

## EL ESTADO, EL DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN DEL BICENTENARIO

### THE STATE, THE LAW AND THE CONSTITUTION OF THE BICENTENARY

**Markoni Gonzales Pichihua**<sup>(1)</sup>

Université Le Havre Normandie, Francia  
Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, Perú

**Resumen:** El presente trabajo es una reflexión jurídico-histórica sobre el origen del Estado peruano. En primer lugar, desde el punto de vista del derecho, abarca tres aspectos: las teorías contractualistas “importadas” del viejo continente; la elaboración del texto fundacional del Estado, la Constitución; y el nacimiento del poder constituyente. En segundo lugar, aborda el proceso histórico de construcción del Estado moderno en paralelo a la expansión del régimen capitalista. Por último, analiza el carácter escolástico de las instituciones políticas y jurídicas.

**Palabras claves:** Estado peruano, capitalismo, constitución, soberanía nacional, contrato social, asamblea constituyente.

**Abstract:** This article is a legal-historical reflection on the origin of the Peruvian State. First, from the point of view of law, it covers three aspects: the contractualist theories “imported” from the old continent; the elaboration of the foundational text of the State, the Constitution; and the birth of the constituent power. Secondly, it deals with the historical process of the construction of the modern State in parallel with the expansion of the capitalist regime. Finally, it analyzes the scholastic character of political and legal institutions.

**Key words:** Peruvian State, capitalism, constitution, national sovereignty, social contract, constituent assembly.

---

(1) Profesor contratado (Departamento de Derecho) de la Faculté des Affaires Internationales de la Université Le Havre Normandie, Francia. Doctorando en derecho público en la misma Universidad. Magíster en Derecho y Ciencia Política por la Université Sorbonne Paris Nord. Abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (Perú). E-mail: markonigonzales@gmail.com.



## Introducción

El 2021, año de reflexiones bicentenarias, nos incita a poner en agenda temas históricos. En pleno contexto pandémico del Covid-19, los análisis son múltiples e interdisciplinarios: las grandes limitaciones del sistema de salud; la inestable y oscura democracia electoral; las deficiencias de la educación; las preocupaciones de la reactivación del ciclo del capital; el aumento geométrico de los despidos; etc. La Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas se suma al debate desde el enfoque del derecho y la política, tradicionalmente dos campos del pensamiento poliárquico-hegemónico. El presente dossier no es un homenaje por el bicentenario patrio, es una reivindicación de los “profanos” en el marco de los doscientos años de la proclamación de la independencia del Perú.<sup>(2)</sup>

Con la declaración de la independencia (1821) y con las batallas de Junín y Ayacucho (1824), el nuevo Estado y la nueva República del Perú emergen. Con el nuevo régimen político, se instala un nuevo régimen económico (el capitalismo naciente industrial europeo) que se confunde con los otros regímenes económicos (el latifundista costero, el gamonalismo de la sierra, el semi-esclavismo selvático, etc.), desarrollándose una mixtura macroeconómica hasta bien entrado el siglo XX. La consolidación del Estado peruano (al menos de la estabilización de su estructura, su legislación y sus funcionarios), en la segunda mitad del siglo XX, posibilita la generalización del régimen del capital con sus cuatro libertades fundamentales: libertad de empresa, libertad de circulación de bienes y servicios, libertad de trabajo, y libertad de circulación de capitales; así como la extinción progresiva de los otros regímenes económicos.

Uno de estos elementos teóricos, muy debatido a lo largo de la historia peruana, es la fundación del Estado peruano. Este evento trascendental pasa por la elaboración de la Carta Magna. *“En el nombre de Dios, por cuyo poder se instituyen todas las sociedades y cuya sabiduría inspira justicia a los legisladores ... Decretamos y sancionamos la siguiente Constitución: ...”* (Preámbulo de la Constitución de 1823, p. 1), de esta manera, la primera Asamblea Constituyente de 1822, da vida a un nuevo Estado, el Estado peruano.

El origen del Estado moderno peruano no fue obra del soplo de Dios. Tanto en el campo del hecho social como en la pura teoría, el Estado peruano, el

---

(2) En este macro-contexto, el Instituto Intercultural de Estudios Sociales y Políticos (IDESPO) tiene el agrado de presentarle el dossier especial “El Estado y el Derecho del Bicentenario (Perú 1821 - 2021)”, de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, para abordar diferentes temas vinculados al bicentenario. La motivación de la producción del presente dossier va más allá del mero interés teórico o doctrinal. Desde el Instituto IDESPO estamos convencidos de que el estudio de la teoría y la reflexión colectiva son dos pasos fundamentales previos de la consciencia colectiva para la posterior acción colectiva.

Estado moderno como lo conocemos hoy en día, tuvo antecedentes directos que lo modelaron dándole una forma particular de existencia. En el campo del hecho social, de la realidad social, la organización del poder político colonial ha influido enormemente en la construcción imperfecta del Estado, con una herencia, en el subconsciente colectivo, de las prácticas tahuantinsuyananas (sobre todo en las provincias), capital cultural que se niega a desaparecer de la memoria social, pese al violento proceso de extirpación de idolatrías. En el campo de la teoría, la influencia es aún más clara: Estado, poder político, régimen político, contrato social, asamblea constituyente, separación (división) de poderes, república, democracia, etc., son conceptos desarrollados en el viejo continente, sobre todo en Inglaterra y Francia.

Jurídicamente, el origen del Estado es una ficción, un cierto tipo de mito<sup>(3)</sup>, que nace en los albores de la humanidad, desarrollado por los romanos (siglos IV a.C. - V d.C.) y reapropiado por las monarquías europeas (sobre todo a fines de la Edad Media). La emergencia del Estado moderno (siglos XVII - XVIII), jurídicamente, se realiza por medio del pacto social, otro mito expandido y naturalizado por la doctrina. De otro lado, la fundación del Estado, sociológicamente, es un producto de la historia, de la violencia institucionalizada, del proceso histórico de monopolización de la coerción física, de la imposición de una clase sobre otra, ligada a la protección de la emergente propiedad privada.

Una vez desterradas las últimas resistencias realistas, la construcción del Estado peruano siguió los modelos europeo y norteamericano. La élite criolla admiradora de la resistencia y lucha de los norteamericanos contra el Imperio británico (1775 - 1783), y de la Revolución francesa contra la monarquía absoluta (1789 - 1798), emprende la ardua tarea de edificar un Estado sin historia, sin orígenes propios, un Estado importado. La nueva clase gobernante y la élite económica de la nueva República del Perú, del nuevo Estado peruano, fue una continuidad de la época virreinal. Los privilegios, las jerarquías y las propiedades de las nuevas élites "libres" fueron una continuidad del pasado colonial. Los descendientes de españoles, los criollos, los "mistis", los grandes caciques provinciales, etc., serán los futuros gamonales, hacendados, diputados, funcionarios de la primera mitad del siglo XX.

La acumulación originaria del capital, iniciada en la época virreinal, continuó en la era republicana. La expropiación violenta de la propiedad colectiva, la promoción de los enclaves mineros e industriales, la concentración de tierras, la

---

(3) Sobre este concepto, los profesores Bourriau y Sohlne (2020) nos informan: "Cassier utiliza un vocabulario bélico para describir el pensamiento mitológico moderno y las reacciones necesarias ante él. Es, pues, un determinado tipo de mito, un producto político fabricado, que genera el Estado basado en el mito" (p. 47).

generalización de la moneda, la aparición de trabajadores “libres”, etc., no se detuvo con la declaración de la independencia, el nuevo Estado defendió, garantizó y promovió el desarrollo del capitalismo. El nuevo Estado (a imagen y semejanza de Europa) trajo consigo ideas sofisticadas, como la democracia, la libertad, los derechos, etc., y su primer derecho fundamental, el derecho a la propiedad privada. En fin, el origen y el desarrollo del Estado (y del derecho), en el Perú, es el origen y el desarrollo del capitalismo. La historia del Estado peruano es la historia de la emergencia y la hegemonía del régimen del capital.

Dos grandes eventos están en el origen del Estado peruano: la proclamación de la independencia y la promulgación de la Constitución de 1823. La primera incrustada en el imaginario popular más que la segunda, por el poder simbólico de ruptura y continuidad que representa. Pero, ¿la fundación del Estado peruano se concretiza con la proclamación de la independencia en 1821? La historiografía jurídica y política (de Grotius a Rousseau, pasando por Hobbes y Locke), importada por la élite intelectual de la época (Sánchez Carrión, Rodríguez de Mendoza, Riva Agüero, etc.), asimila la emergencia del Estado al pacto social reflejado en la Constitución política de la nación (otra ficción). La Constitución es la partida de nacimiento del Estado peruano, tarea de la Asamblea Constituyente de 1822.

La retórica europea del pacto social es reproducida en tierras tahuantinsuyanas (I), legitimando el espectro del Estado y la construcción del sistema jurídico interdependiente. La superioridad jurídico-política de la Constitución de 1823 se impone a la improvisada proclamación de la independencia de 1821 (II), la soberanía del pueblo peruano es transferida a la Asamblea constituyente para cumplir el rol de poder constituyente originario.

## 1. El origen escolástico del Estado peruano

El contexto político internacional de la independencia del Perú es el contexto de la exclusión de Dios de los asuntos políticos, de la transición del Estado monárquico al Estado moderno, del rompimiento del monopolio legislativo de la corona, de la emergencia de la soberanía del Estado contra la soberanía del rey, del nacimiento de la nación, de la democracia representativa, y del pueblo soberano. El Estado ya no es el espacio únicamente del poder, sino también de la libertad<sup>(4)</sup>, frente al poder absoluto de la realeza emerge el clamor de libertad de los gobernados. En adelante, gobernantes y gobernados serán iguales (al menos en la teoría) y gestionarán conjuntamente los asuntos públicos.

---

(4) En palabras de los profesores J. Gicquel y J.-E. Gicquel (2016): “El Estado se presenta como el marco espacial *privilegiado*, en el que se enfrentan y coexisten el poder y la libertad; en términos claros, los gobernantes y los gobernados” (p. 61).

Mientras en el Perú se discutía el régimen político a implementar, en Europa se definía el Estado moderno<sup>(5)</sup>. Una parte de la élite política criolla apostaba por la instauración de una monarquía peruana, con un rey traído de España, la otra parte (la mayoritaria) insistía en el establecimiento de una república. Estos últimos inspirados en el movimiento científico, filosófico y político "*Les Lumières*", impulsaban la creación de un Estado republicano, democrático y liberal. En Europa, pese a que el concepto de Estado se basaba en el racionalismo, los fundamentos de la creación del Estado quedaban impregnados de misticismo religioso. Con sus bondades y desperfectos, la "idea" de Estado llega al Perú para reemplazar el régimen colonial de la monarquía española. Hemos intercambiado un régimen traído e impuesto de Europa, por otro importado y deseado, también de Europa.

La idea más revolucionaria, en el campo político y jurídico, que el Perú importó en los primeros años del siglo XIX fue que: el poder político reside en todos los ciudadanos, es decir, la organización política de la sociedad es un asunto de todos, la soberanía suprema es inherente al pueblo. La voluntad popular reemplaza a la voluntad de Dios y a la voluntad del rey, en los asuntos de la "*Res publica*". Fue la teoría del contrato social<sup>(6)</sup> la que propulsó esta idea histórica. El contrato social (Rousseau), o convención social (Hobbes) o pacto social (Locke), fue la herramienta perfecta de los pensadores de la ilustración, para excluir a Dios y limitar al rey en la organización política de la sociedad. Es más, la teoría de la convención social fue utilizada para fundamentar el origen y la legitimidad del Estado moderno.

La transmutación del lenguaje del poder político en Europa<sup>(7)</sup> no se reflejaba en el Perú. La herencia religiosa del periodo virreinal se impregnó en las ideas y en la práctica política de la élite criolla de los primeros años de la República peruana. Si en el viejo continente el racionalismo ganaba la batalla al oscurantismo<sup>(8)</sup>, en el Perú este conflicto se prolongó muchos años más, sin tener un ganador

---

(5) La definición política del Estado moderno como una institución que ejerce el monopolio de la fuerza física, y la definición jurídica contemplando los elementos constitutivos del mismo, se consolidan a fines del siglo XIX. Por ejemplo, respecto de la primera definición, Weber (1971) nos dice: "El Estado es un cuerpo político de carácter institucional cuya dirección administrativa reivindica con éxito, en la aplicación de los reglamentos, el monopolio de la coacción física legítima" (p. 97); y sobre la segunda definición, J. Gicquel y J.E. Gicquel (2016) nos informan: "El Estado es una agrupación humana, fijada en un territorio determinado, sobre la que se ejerce una autoridad política exclusiva" (p. 64).

(6) Como dirían los historiadores del derecho, Saint-Bonnet y Sassier (2008): "El poder sólo es legítimo si es el resultado de un contrato social, entre los hombres, que lo delegan a una autoridad creada artificialmente (Grotius, Pufendorf, Hobbes, Locke, por nombrar sólo a los más importantes). En materia política y jurídica, ya no es Dios sino los hombres los que están en el centro del sistema" (p. 276).

(7) Sobre el cambio histórico del lenguaje del poder, Hamon y Troper (2017) nos ilustran: "El ejercicio del poder, sea cual sea, se basa en el uso de un lenguaje específico. En las sociedades pre-estatales, este lenguaje puede ser de tipo religioso. En las sociedades estatales, este es jurídico y se utiliza tanto para el ejercicio como para la legitimación del poder" (p. 37).

(8) "A mediados del siglo XVIII, se preferían las luces de la razón a la opacidad de la tradición, se alababa el poder creador del hombre o del legislador contra al respeto de los monumentos del pasado, se glorificaba la novedad lógica mientras se denunciaban las antigüedades góticas" (Saint-Bonnet y Sassier, 2008, p. 276).

indiscutible. Incluso hoy, las ambigüedades religiosas forman parte del diccionario político peruano, y el derecho no ha deslindado completamente con esta herencia divina. Un ejemplo claro es la Constitución puesto que, la mayoría de las Constituciones (incluso la vigente de 1993) evocan la figura divina como sustento y legitimidad<sup>(9)</sup> de la organización política de la sociedad.

Evocar el origen del Estado peruano tiene una doble vertiente: de una parte, el sustento teórico, y, de otra parte, el sustento material-histórico. En el primero, cobra relevancia de primer orden la teoría de la convención social (A), mientras que, en el segundo, el elemento crucial es la emergencia del régimen del capital (B). Ambos forman parte de una misma realidad, el mundo de las ideas y del hecho social se entremezclan y confunden para dar a luz a este fenómeno particular: el Estado.

### 1.1. *El pacto social, a imagen y semejanza del viejo continente*

En la esfera jurídica, la historia del Estado comienza con el paso del hombre del “estado de naturaleza”<sup>(10)</sup> a la “sociedad política”, por medio de un pacto, denominado “pacto social”. La construcción teórica del pacto (o contrato, o convención) social se efectúa imitando el pacto de Dios con el hombre<sup>(11)</sup>. La diferencia entre este último y el “pacto social” es la voluntariedad<sup>(12)</sup>. En definitiva, la gran mayoría de las teorías contractualistas del origen del Estado (desde Grotius hasta las modernas de Hobbes y Locke) están impregnadas de este carácter místico-religioso. Este origen “formal-contractual” del Estado fue exportado a todos los rincones del mundo, incluyendo el Perú. La corriente filosófica-jurídica del derecho natural se encargó de extenderlo y justificarlo por varios siglos.

(9) Por ejemplo, podemos leer en el Preámbulo de la Constitución de 1993: “El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios Todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano...” (Archivo digital de la legislación del Perú, s.f.), o en el Preámbulo de la Constitución de 1979: “Nosotros, Representantes a la Asamblea Constituyente, invocando la protección de Dios, y en ejercicio de la potestad soberana...” (Archivo digital de la legislación del Perú, s.f.), o en el Preámbulo de la Constitución de 1920: “La Asamblea Nacional, en uso de las facultades constituyentes que le confirió el pueblo soberano para integrar y concordar las reformas sancionadas por el plebiscito invocando los sagrados nombres de Dios y de la Patria...” (Archivo digital de la legislación del Perú, s.f.).

(10) El “estado de naturaleza” es definido por Locke (1992) de la siguiente manera: “[El estado de naturaleza] es un estado de perfecta libertad, un estado en el que, sin pedir permiso a ningún hombre, y sin depender de la voluntad de ningún otro hombre, ellos pueden hacer lo que les plazca, y disponer de lo que poseen y de sus personas, como crean conveniente, siempre que se mantengan dentro de los límites de la ley de la Naturaleza” (p. 143).

(11) Hobbes (2000) nos describe este contrato sagrado: “Después de esto [de la creación], Dios quiso hablar a Abraham y (Gn. 17:7,8) hacer un pacto con él, diciendo: *Estableceré mi pacto entre yo, tú y las generaciones que descenderán de ti; este pacto perpetuo me hará tu Dios y el de tus descendientes después de ti. Te daré en propiedad perpetua, a ti y a tu descendencia después de ti, el país de tus migraciones, todo el país de Canaan. Por este pacto, Abraham promete para sí mismo y para sus descendientes obedecer como a Dios al señor que le habla, y Dios, a su vez, promete a Abraham la tierra de Canaán para que la posea eternamente.* Para conmemorar la convención y ser la marca de la misma, ordenó el *sacramento de la circuncisión*. Esto es lo que se denomina *Antigua Alianza, o Antiguo Testamento*, y contiene un contrato entre Dios y Abraham, por el que Abraham se obliga a sí mismo, y a su posteridad, de manera particular, a someterse a la ley positiva de Dios” (p. 586-587).

(12) Locke (1992) nos aclara: “No es todo tipo de acuerdo el que pone fin al estado de naturaleza, sino sólo aquel por el que se entra voluntariamente en una sociedad y se construye un cuerpo político” (p. 153).

El pacto social tiene cuatro elementos substanciales: la cesión, la voluntad, la creación y el fin. La cesión es el “despojo del poder político individual”; es decir, la cesión a la sociedad del poder político de cada individuo. En la doctrina de Locke, el individuo cede su “poder natural”<sup>(13)</sup>, que involucra la facultad de crear leyes, de juzgamiento y defensa. En la doctrina de Hobbes, el individuo cede su facultad de “autogobernarse”<sup>(14)</sup>. Esta cesión necesariamente debe ser voluntaria<sup>(15)</sup>. El resultado de esta multiplicidad de cesiones de poderes individuales es la creación de una entidad política unitaria, una persona moral, un cuerpo político centralizado, un “dios mortal”; es decir, el Estado. El fin de esta creación es la defensa de los individuos (de sus vidas, sus libertades y sus propiedades) a través de la centralización y la monopolización de la producción legislativa, la fuerza pública y la administración de justicia, para garantizar la paz y la tranquilidad social.

Uno de los autores contractualistas que va más lejos es Jean-Jacques Rousseau. Para Rousseau, el individuo no solamente cede su poder, su soberanía individual, a la comunidad, sino que cede, sobre todo, su persona misma<sup>(16)</sup>. Su integridad física individual y su voluntad son entregadas a la colectividad. Una vez

---

(13) En palabras del propio autor inglés: “Sólo existe una sociedad política, allí en la que cada uno de los miembros se ha despojado de su poder natural, y lo ha puesto en manos de la sociedad, para que ésta pueda disponer de él en toda clase de causas, lo que no impide que se recurra siempre a las leyes por ella establecidas. Por este medio, excluido todo juzgamiento de los individuos, la sociedad adquiere el poder de la soberanía; y habiendo establecido ciertas leyes, y ciertos hombres autorizados por la comunidad para hacerlas cumplir, resuelven todas las disputas que puedan surgir entre los miembros de esta sociedad” (Locke, 1992, p. 206).

(14) Hobbes (2000) nos informa: “Se trata de una unidad real de todos en una sola y misma persona, hecha por convención de cada uno con cada uno, de tal manera que, es como si cada individuo dijera a todo individuo: *yo autorizo a este hombre o a esta asamblea de hombres, y le cedo mi derecho a gobernarne a mí mismo, a condición de que tú le cedas tu derecho y autorices todas sus acciones de la misma manera*. Hecho esto, la multitud, así unida en una sola persona, es denominada ESTADO, en latín CIVITAS. Tal es la generación de este gran LEVIATHAN, o más bien (para hablar con más deferencia) de este *dios mortal*, a quien debemos, bajo el *dios inmortal*, nuestra paz y nuestra defensa” (p. 288).

(15) Como dice Locke (1992) : “Los hombres, como se ha dicho, siendo todos naturalmente libres, iguales e independientes, ninguno puede ser sacado de este estado, y ser sometido al poder político de otro, sin su propio consentimiento, por el cual puede convenir, con otros hombres, de juntarse y de unirse en sociedad para su preservación, para su seguridad mutua, para la tranquilidad de sus vidas, para disfrutar pacíficamente de lo que les pertenece en propio, y para estar mejor protegidos de los insultos de aquellos que desearían injuriosos y dañarlos” (p. 214-215).

(16) Rousseau (1963) nos explica: “Si, por lo tanto, descartamos del contrato social lo que no es de su esencia, encontraremos que se reduce a los términos siguientes: “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y recibimos en cuerpo cada miembro como parte indivisible del todo”. Instantáneamente, en lugar de la persona particular de cada parte contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto por tantos miembros como votos tenga la asamblea, que recibe de este mismo acto su unidad, su ser común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que se forma así por la unión de todas las demás, se denominaba antiguamente *ciudad*, y se denomina ahora *république* o cuerpo político, que es llamado por sus miembros Estado cuando es pasivo, soberano cuando es activo, potencia cuando se compara con sus semejantes” (p. 18)



concluido el contrato social, primará la voluntad general, el interés general de la colectividad. En la doctrina de Rousseau, el ser humano únicamente es libre por medio de la colectividad, del Estado, no existe otra concepción de libertad fuera del Estado. Una vez efectuado el contrato social, la persona misma y sus poderes políticos se someten al Estado. Rousseau (junto a Sieyès) es uno de los grandes teóricos de la “voluntad general de la nación” y del “interés general del Estado”, a partir de su particular concepción del contrato social.

En definitiva, el pacto social es el fundamento de la soberanía del Estado, de la protección de las libertades y los derechos fundamentales, y del interés general. Como lo subrayan los profesores Jean y Jean-Eric Gicquel:

*“Este contrato [el contrato social], una vez concluido, se convierte en el fundamento del Estado, del poder estatal, es decir, de la soberanía, finalmente, de las libertades individuales. El Estado es, pues, la asociación política libremente constituida por los participantes en el contrato social; la soberanía del Estado es la voluntad general de las partes contratantes, la suma de sus voluntades individuales”* (Gicquel y Gicquel, 2016, p. 79).

Las primeras teorías contractualistas del origen del Estado son escolásticas, tienen una base y principios religiosos explícitos, este es el caso Locke y Hobbes<sup>(17)</sup>. Estos autores se inspiraron de la doctrina judeo-cristiana, en sus escritos ya no es una convención entre Dios y los hombres, sino una entre los hombres, pero bajo la mirada atenta de Dios y el cumplimiento de las leyes naturales. Algunos autores, sobre todo de la época de la ilustración, como Rousseau, han intentado “racionalizar” estas teorías, limitando la influencia divina o excluyéndola del todo, pero incluso ellos son conscientes de la “prehistoria oscura” de estas teorías, de su esencia mística y de la sombra divina que la acompañan.

El proceso de racionalización de las teorías “ortodoxas” del contrato social se desarrolla en un contexto de contestación y lucha contra las monarquías europeas. Ya no es Dios el centro ni la fuente principal de la construcción de las instituciones políticas, sino el hombre. O como dirían los profesores Saint-Bonnet y Sassier (2008): “Una corriente ideológica subvierte el primer fundamento de la monarquía tradicional, al considerar que los hombres - y no Dios - son la fuente de todo poder político” (p. 276). Más adelante subrayan: “El fundamento del poder ha dejado los cielos por la voluntad de los hombres naturales, y el sentimiento religioso es instrumentalizado al servicio del Estado” (Saint-Bonnet y Sassier, 2008, p. 285). Este “nuevo” enfoque permite dotar de cierta autonomía a los hombres en los asuntos públicos, dejando al margen la predominante doc-

---

(17) Por ejemplo, Hobbes (2000) nos dice: “Finalmente, los pactos y convenciones a partir de los cuales las partes de este cuerpo político han sido originalmente fabricadas, puestas juntas y unidas, son parecidos al “*frat*” o al “*hagamos al hombre*” que Dios pronunció en el momento de la creación” (p. 64).

trina de la iglesia. El lenguaje del poder deja de ser religioso para tomar la forma jurídica<sup>(18)</sup>, y el Estado ya no sirve a los intereses de la iglesia, sino al interés general de la nación<sup>(19)</sup>.

Sin lugar a dudas, las teorías del pacto social son el centro de toda la historiografía jurídica del origen del Estado. Muy poco contestadas en su época, se mostraban reveladoras y revolucionarias dentro de la corriente de la ilustración francesa e inglesa. Ha tenido que pasar más de dos siglos para que, desde la sociología política, estas teorías sean deconstruidas, analizadas y denunciadas, sobre todo por Bourdieu, Elías y Balandier. A pesar del rechazo de estas teorías (por su contenido escolástico, sus actos ficticios, su base mística y sus principios religiosos), especialmente por parte de sociólogos e historiadores del derecho, siguen siendo aceptadas (sin ninguna crítica) en las facultades de derecho de varias universidades del mundo.

El Perú ha adoptado la teoría (las teorías) del pacto social. En los primeros años de la República, ha interiorizado las teorías ortodoxas, sin mucha reflexión particular sobre el tema. En el siglo XX, ya “nacionalizadas”, estas teorías no fueron contestadas, y el manto escolástico las acompañó por mucho tiempo. Ni Sánchez Carrión, ni Rodríguez de Mendoza, ni Unanue Pavón, ni Basadre Grohmann, contestaron dichas teorías, la labor de la élite intelectual hasta bien entrado el siglo XX era meramente descriptiva, de recopilación e interpretación de segundo grado. La alerta vino del exterior, y desde dominios adyacentes al derecho (sobre todo de la ciencia política y la sociología).

En el campo de la subjetividad, el problema se complica, debido a que, si pudimos importar conceptos, instituciones políticas y jurídicas, etc., como es el caso de la teoría (teorías) del pacto social, no pudimos importar creencias sociales que legitiman tales instituciones o conceptos. La creencia social es un asunto que escapa a las formas y a las instituciones jurídicas, va más allá, tiene que ver con las tradiciones, la cultura y la memoria colectiva. Por ejemplo, fácilmente, un grupo social (una nación o varias) puede “importar” el régimen político republicano, plasmarlo en su Constitución, crear un sistema jurídico coherente al republicanismo y dotarse de instituciones políticas que concreten el proyecto republicano, pero si este grupo social no “cree” en el espíritu republicano, en los valores de la república,

---

(18) O como dirían Hamon y Troper (2017): “El poder se ejerce en la forma jurídica, es decir, no mediante órdenes aisladas, sino mediante reglas que se crean y aplican según procedimientos regulares y relativamente estables, de manera que cada orden dirigida individualmente a un sujeto aparece siempre como la aplicación de una regla general previa” (p. 89).

(19) Sobre el particular, Mélin-Soucramanien y Pactet (2019) nos informan: “En otras palabras [reflexionando sobre las concepciones del Estado], el énfasis está en la cohesión del grupo social, en el sentimiento de solidaridad que debe animarlo y que se refleja en el necesario predominio, en el plano político, de la voluntad general, y en el plano jurídico, del interés general” (p. 36).

difícilmente logrará consolidar el republicanismo en su territorio, ya no es un asunto de fuerza o leyes, sino de conciencia social y legitimidades. Lo mismo ocurre con la teoría del pacto social.

Si el pacto social se muestra ahora como un origen “oficial” del Estado, aceptado e interiorizado por la élite intelectual, el origen real lo encontramos fuera de los límites jurídicos y políticos. Uno de los factores principales de la emergencia estatal es, sin duda, el nacimiento del capitalismo.

## **1.2 La emergencia del Estado, la emergencia del capitalismo**

La construcción del Estado (moderno) comienza el siglo XVIII en tierras europeas<sup>(20)</sup>, como un proceso complejo de centralización de funciones reales heredadas del antiguo régimen (justicia, policía, orden público y seguridad, diplomacia y asuntos exteriores, defensa, moneda y finanzas). La figura del rey se había emancipado de la institución religiosa para encontrarse con otra institución, el Estado, ante quien debía someterse<sup>(21)</sup>. La distinción entre el rey y la institución de la corona (representación abstracta de la monarquía) sigue todo un proceso histórico que termina con la separación de la persona y la institución: el rey muere, pero la corona queda<sup>(22)</sup>. El Estado como concepto abstracto sigue la evolución de la corona como entidad abstracta: los representantes pasan, varían, pero el Estado queda.

El proceso histórico de construcción del Estado moderno implica el proceso histórico de construcción del capitalismo, y viceversa. Para hacer viable las cuatro libertades fundamentales del régimen del capital (libertad de circulación de bienes y servicios, libertad de trabajo, libertad de capital y libertad de empresa) era necesario organizar de manera distinta el poder político, era imprescindible reemplazar la monarquía absoluta, la multiplicidad de señorías, las jerarquías feudales, etc., por otra institución que monopolice todo el poder político y “democratice” la vida social (la ficción de la igualdad social), esa institución es el Estado. La demo-

(20) Más claro lo explica Braud (2018): “La invención del Estado moderno aparece fuertemente ligada a la historia de Europa, aunque, como lo ha recordado Bertrand Badie, existen dinámicas culturales en otros lugares que propician un orden político diferente. Fue en Francia e Inglaterra, a partir del siglo XIII, donde comenzó la construcción del Estado. Forma parte de una lógica continua de diferenciación de las tareas políticas dentro de la sociedad. El poder del Estado va afirmarse victoriosamente contra al poder religioso o señorial; al mismo tiempo, aparece cada vez más como un órgano separado, autónomo y distinto de la sociedad civil” (p. 185).

(21) “El rey de Francia se liberó de la supremacía del emperador y del papa a finales de la Edad Media para descubrir otra, la de una persona abstracta deificada, el Estado. A partir de entonces, se confirmó una inversión propia de la modernidad política: el rey existe por el Estado y no el Estado por el rey” (Saint-Bonnet y Sassier, 2008, p. 267).

(22) “La noción abstracta de la corona nació en la Edad Media (gracias sobre todo a la continuidad dinástica) con la conceptualización de la soberanía perpetua, y es el Estado, conceptualmente establecido, que la supone” (Saint-Bonnet y Sassier, 2008, p. 281).

cracia moderna, la democracia representativa, es una democracia liberal y de libre mercado.

Si la “riqueza de las sociedades en las que reina el modo de producción capitalista se anuncia como una inmensa acumulación de mercancías” (Marx, 1975, p. 51), y los nuevos principios sociales son: la valorización del capital<sup>(23)</sup>; la reproducción capitalista, y la acumulación del capital, entonces se necesita un poder político y un sistema jurídico que “garantice” este nuevo contexto. Al lado del nuevo representante político del Estado moderno, emerge otro representante (“económico”) peculiar, el capitalista contemporáneo<sup>(24)</sup>. En esta nueva sociedad el Estado defiende un derecho de primer orden, el derecho a la propiedad privada, que nace como un “derecho natural”, un derecho fundamental, sin el cual es imposible concebir el capitalismo moderno (el ordoliberalismo).

El Estado “capitalista” necesita de un lenguaje formal universal, ese lenguaje es el derecho, que siguió también un proceso de evolución histórica durante la Edad Media y, sobre todo, durante los últimos años de la monarquía absoluta. El poder político (primero la corona y luego el Estado moderno) se ejerce a través del derecho<sup>(25)</sup>. El régimen del capital, el Estado constitucional<sup>(26)</sup> y el derecho positivo son consecuencia del movimiento liberal que revolucionó la sociedad del siglo XVIII. Estas nuevas relaciones sociales e instituciones se exportaron (se impusieron) a todos los continentes, en un primer momento, por la vía de la colonización. En el continente americano, los principales colonizadores fueron ingleses, españoles, portugueses, franceses y holandeses. Además de la espada y la biblia, los colonizadores trajeron nuevas instituciones políticas, jurídicas y económicas. Las colonias “vivieron” el proceso de derrumbamiento de las coronas europeas y el nacimiento de las monarquías constitucionales y de las repúblicas democráticas.

(23) Marx (1975) explica la creación del capital de la siguiente manera: “... la forma completa de este movimiento es  $A - M - A'$  [ $A = \text{argent}$  (dinero en español);  $M = \text{marchandise}$  (mercancía en español)] en la que  $A' = A + \Delta A$ , es decir, igual a la suma inicialmente desembolsada más un excedente. A este excedente lo denominé plusvalor (en inglés *surplus value*). No solamente el valor avanzado se conserva en la circulación, sino que cambia de tamaño, se incrementa, se valoriza más, y es este movimiento el que lo transforma en capital” (p. 155).

(24) “Es como representante, como soporte consciente de este movimiento que el poseedor de dinero se convierte en capitalista. Su persona, o más bien su bolsillo, es el punto de partida del dinero y su punto de retorno. El contenido objetivo de la circulación  $A - M - A'$ , es decir, el plusvalor que crea el valor, este es su finalidad subjetiva, íntima” (Marx, 1975, p. 156).

(25) “El Estado, llamado también “Estado moderno”, es una forma histórica del poder político que se ejerce a través del derecho” (Hamon y Troper, 2017, p. 37).

(26) Para Hamon y Troper (2017): “El Estado constitucional, que surge a finales del siglo XVIII, es una variante del Estado moderno. El Estado constitucional también utiliza el lenguaje de la soberanía y la supremacía de la ley, pero se añaden dos doctrinas esenciales: la representación y la separación de poderes” (p. 357).

El Estado, vinculado al derecho, lo encontramos siempre como una entidad abstracta<sup>(27)</sup>, y vinculado a la economía, casi siempre lo encontramos como un producto histórico que contempla multiplicidad de sectores sociales y lucha de intereses<sup>(28)</sup>. Son dos percepciones que se entremezclan, y que, en la mayoría de los casos, son inclusivas. En fin, si la concepción predominante del Estado es abstracta o no, su materialización en el hecho social es indiscutible (si al Estado no lo vemos, a sus funcionarios, monumentos e instituciones, sí). El derecho “normalmente” se muestra conservador frente al Estado, con cambios impulsados desde el hecho social. La economía, por su parte, es “rebelde” frente al Estado, intenta escapar de la mirada soberana del Estado.

En el Perú la llegada del nuevísimo régimen del capital fue tarde, bien entrado el siglo XX. Aunque las instituciones políticas fueron de “avanzada”, con modelos propios del republicanismo (Estado constitucional, régimen representativo, democracia, separación de poderes, elecciones, etc.), la sociedad arrastraba las cadenas del colonialismo, con un régimen económico arcaico, propio del feudalismo a la peruana (gamonalismo, caciquismo y señorío), sin embargo, la acumulación originaria del capital tenía ya una historia de más de tres siglos, que se intensificó y se extendió con la independencia. La segunda mitad del siglo XX es el gran momento del capitalismo, bajo la denominación de liberalismo, y posteriormente de neoliberalismo, la economía peruana se ponía al día con el régimen imperante en el mundo.

Los grandes estamentos de la sociedad colonial (la iglesia, los nobles y la élite política y militar) vieron reducir sus privilegios después de la independencia, pero se mantuvieron, al fin y al cabo. El nuevo Estado estaba allí para proteger los intereses comunes de los herederos de la vieja sociedad colonial, sobre todo, de los terratenientes, los hacendados y los clérigos. Tuvo que ser un poder militar el que se encargue, bien entrada la década del 60, de acabar con la hegemonía del régimen gamonalista y liberar al capital y al trabajo. El capitalismo en el Perú no se generaliza sino después de la década de 1980, y se intensifica (promovido por el Estado) a partir de la década de 1990.

El derecho positivo peruano que emanaba del Estado comenzó a extenderse y complejizarse. El Estado se comenzaba a desprender de sus ataduras reli-

---

(27) Según Gicquel y Gicquel (2016): “Este último [el Estado] no es más que una *representación de la mente*, una idea, o un concepto. De ahí la visión clásica de Carré de Malberg: *el Estado es un ser de derecho en el que se resume abstractamente la colectividad nacional o la personificación de esta última*. Un ser de derecho, y no de carne y hueso, porta el nombre de *persona moral* por oposición a una persona física” (p. 63).

(28) Por ejemplo, Brimo (2018) concibe al Estado de la siguiente manera: “El Estado no es una abstracción, como sostienen los juristas que lo definen por la soberanía y la personalidad moral, es sólo el reflejo institucionalizado de una situación social histórica caracterizada por la división de clases y su lucha” (p. 443).

gias, era “laico” formalmente, pero en los hechos la iglesia siguió influenciando al poder político, incluso hoy no se sabe con exactitud donde comienza la separación iglesia/Estado. Y como en la época de fines del siglo XVII en Europa, en el Perú “moderno” del siglo XX la racionalización de la concepción del Estado no contesta el fundamento divino del poder político<sup>(29)</sup>. Al lado de la emergencia del derecho positivo (bastión del racionalismo jurídico), la filosofía jurídica seguía impregnada del halo divino. La influencia de Dios, y de sus “leyes naturales”, es vigente, como por ejemplo en la teoría (teorías) del pacto social.

En definitiva, el nacimiento del Estado moderno peruano y la emergencia del régimen del capital son dos eventos históricamente trascendentales, el segundo impulsa al primero, y el primero extiende al segundo. El capitalismo ideológico es un factor fundamental de la construcción del Estado. Mientras el capitalismo nace en tierras peruanas con el proceso de la acumulación originaria del capital, el Estado peruano ve la luz, formalmente, con la Constitución.

## **2. ¡No hay Estado sin Constitución!<sup>(30)</sup>**

La mayoría de los Estados del mundo están dotados de una Constitución, un instrumento que es a la vez político (organiza la estructura y el funcionamiento de las instituciones estatales) y jurídico (regula las conductas humanas, haciendo prevalecer, en las relaciones sociales, la autoridad y la libertad). “La Constitución es el acto fundador de un régimen” (Ardant y Mathieu, 2015, p. 59), es un elemento jurídico-político de primer orden en el establecimiento de un nuevo Estado, como es el caso peruano en 1823. Si la proclamación de la independencia del Perú anuncia la venida de un nuevo régimen, la Constitución la erige, la consolida y la legitima ante sus ciudadanos y ante la comunidad internacional.

La proclamación de la independencia difiere, no solamente en la forma sino esencialmente en el contenido, de la Constitución (A), el rol simbólico de la primera contrasta con el rol legitimador de la segunda. La institución encargada de elaborar la primera Constitución del país es la Asamblea Constituyente de 1822 (B), erigida bajo el nombre de Congreso Constituyente del Perú.

### **2.1. Proclamación vs Constitución**

La proclama independentista es el primer latido del nuevo Estado, del nuevo régimen, que nacerá con la promulgación de la Constitución. La proclamación es, como acto público, una manifestación militar y política antes que jurídica.

---

(29) “La intrusión de la lógica racional para justificar la soberanía no cuestiona en absoluto el fundamento divino del poder” (Saint-Bonnet y Sassier, 2008, p. 285).

(30) O como expresaría Blachèr (2017): “Todo Estado necesita una Constitución ... no hay Estado sin Constitución” (p. 18).

La Constitución encuadra el fenómeno del poder y la libertad bajo el lenguaje del derecho, sin dejar de invadir el campo político. El peso ideológico de la proclamación es inconmensurable, mueve consciencias y prepara el terreno para el cambio. La Constitución se encarga de sepultar al antiguo régimen y consolidar al nuevo, organizando, estructurando y extendiendo el nuevo manto del poder. Si la proclamación abre paso victorioso a los vencedores de la guerra, la Constitución legitima el poder de estos vencedores<sup>(31)</sup>.

De las proclamaciones de libertad, en nuestro país, las hubo en diferentes lugares y épocas antes de 1821<sup>(32)</sup>, sin embargo, las condiciones sociales de conflicto interno, el reforzamiento de la expedición libertadora de San Martín, el debilitamiento de la monarquía española (caída de la dinastía Habsburgo), el desorden y deserción en el ejército realista, etc., hicieron de la proclama independentista de 1821 un símbolo del rompimiento de la cadena colonial, muy útil para unificar voluntades y sumar esfuerzos (financieros, militares, etc.) en plena guerra interna. Había que tener una fecha "arbitraria" para construir una consciencia social de liberación en las zonas aún controladas por el ejército realista.

La proclamación de independencia, el 28 de julio de 1821<sup>(33)</sup> significó un evento mayor por tres razones: fue un símbolo de rompimiento con la sociedad colonial, no solamente del virreinato del Perú, sino de la mayor parte del continente (desde México hasta Chile); un pacto no escrito entre los miembros de la élite española y criolla para combatir al ejército realista, y; fue el prolegómeno de la llegada de un tercer actor en la escena política, el pueblo. Como la Constitución de 1823, la proclamación de la independencia de 1821 fue un asunto de élites, pero llevaba implícitamente la idea de la soberanía popular (y soberanía representativa), frente a la expulsada soberanía de la corona. El nacimiento de la soberanía representativa tiene fecha, el 15 de julio de 1821, cuando el Cabildo de Lima se declara favorable a la independencia y permite a San Martín proclamar la independencia<sup>(34)</sup>.

---

(31) "Los vencedores de las luchas políticas y las guerras civiles legitiman, a través de ella [la Constitución], su poder" (Ardant y Mathieu, 2015, p. 59).

(32) Proclamas independentistas que fueron abatidas brutalmente, como es el caso de Tupac Amaru II en 1780, el de los hermanos Angulo en 1814, etc. Incluso antes de la solemne proclamación de la independencia del 28 de julio de 1821 en Lima, existieron proclamaciones de independencia en Piura y Trujillo (Piccone, 2018).

(33) "El Perú es desde este momento libre e independiente por la voluntad general de los pueblos, y por la justicia de su causa que Dios defiende. Viva la Patria; Viva la Libertad; ¡Viva la Independencia!" (Cignoli, s.f., p. 285), con estas palabras José de San Martín proclamaba la independencia del Perú un 28 de julio de 1821.

(34) El Cabildo de Lima redacta, el 15 de julio de 1821, un acta (denominada "el acta de libertad") en la que, respondiendo a un oficio de San Martín, se decide por la independencia del país, como podemos leer: "*En la ciudad de los Reyes del Perú, en quince de julio de 1821: Reunidos en este Exmo. Ayuntamiento los señores que lo componen; con el Exmo. e Ilmo. señor Arzobispo de esta Santa Iglesia Metropolitana, Prelados de los Conventos Religiosos, Títulos de Castilla ... Que la voluntad general está decidida por la independencia del Perú de la dominación española y de cualquiera otra extranjera...*" (Cignoli, s.f., p. 281).

Frente a la proclamación, como manifestación pública de un evento trascendental (sobre todo militar, político o eclesiástico), la Constitución<sup>(35)</sup> es un hecho fundacional<sup>(36)</sup>. Por su carácter preponderantemente político, sobre todo en sus primeros meses de vida, la “Constitución es un símbolo antes de ser una ley” (Ardant y Mathieu, 2015, p. 59), un símbolo, ante todo, de ruptura con el antiguo régimen y una proyección hacia el futuro<sup>(37)</sup>. Sin embargo, este futuro está lleno de pasados que se reproducen indefinidamente, una muestra de ello, es la administración postcolonial, donde las élites juegan un rol de conservación e innovación a la vez, donde la conservación representa la continuidad, la herencia del antiguo régimen, y la innovación representa la ruptura, la creación política del poder.

La Constitución de 1823 fue la primera Constitución del Perú independiente, la primera norma fundamental del naciente Estado peruano. Antes de ella, jurídicamente, el territorio del Perú (el virreinato del Perú) estaba bajo la sombra de las Leyes de Indias, y, a partir de 1812, bajo la Constitución monárquica del mismo año (con esta Constitución, la corona deseaba “modernizarse” y “adaptarse” a los cambios sociales, económicos y políticos de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX). La Constitución de 1823 se inspira en el movimiento liberal de Europa, sobre todo de Inglaterra y Francia, sin dejar de lado la “iluminación” eclesiástica. Con esta Constitución el Perú entra en la escena internacional, como un “Estado soberano” (en la teoría, debido a que en la práctica la influencia de las potencias europeas, y luego estadounidense, continuó y continúa incluso en nuestros días).

Esta primera Constitución tiene ciertas características: primero, con ella se concretiza el “pacto social” de la emergente nación peruana (nación unitaria forzada y ficticia) para fundar un Estado nuevo, el Estado peruano; segundo, con esta Constitución se legitima, en el plano jurídico y filosófico, la concentración de la fuerza pública, la soberanía absoluta del Estado, la organización del poder político y la limitación necesaria de libertades; tercero, con ella, y en ella, aparecen (por primera vez) los elementos propios del régimen republicano, como la democracia representativa (muy limitada y deformada al inicio), la separación de poderes, las

---

(35) El término “Constitución” es un término muy antiguo, utilizado en la antigua Roma (con una significación diferente a la actual) y Grecia (con una asimilación a una tipología de régimen político). La “Constitución” significa constituir, establecer, fijar, determinar algo. Al respecto, Saint-Bonnet y Sassier (2008) nos informan: “Muy pronto, pero probablemente de forma más sistemática a partir del siglo II, [el emperador] comenzó a emitir diversos tipos de actos públicos que se conocerán bajo el nombre muy general de “constituciones” (del verbo *constituere*: establecer, fijar, decidir)” (p. 16).

(36) “[la Constitución] a menudo aparece como el acto fundacional de un Estado (por ejemplo, en Estados Unidos o en los Estados africanos nacidos de la descolonización), consagrando el nacimiento y la entrada de un nuevo miembro en la sociedad internacional” (Ardant y Mathieu, 2015, p. 59).

(37) Ardant y Mathieu (2015) manifiestan: “Los nuevos gobernantes de un país quieren subrayar su ruptura con el régimen anterior y marcan, a través de la redacción de la Constitución, el inicio de una etapa en la vida de la Nación, la entrada en una era nueva” (p. 59). Estos mismos autores confirman: “[la Constitución] es a la vez una ruptura con el pasado y una proyección hacia el futuro, que a menudo toma la forma de un manifiesto repudiando ciertos principios para exaltar otros valores” (Ardant y Mathieu, 2015, p. 59).



elecciones (aunque censitarias en los primeros años), la protección de derechos y libertades individuales, etc., y; finalmente, con esta Constitución se sacraliza la propiedad privada<sup>(38)</sup> y se comienza a construir el camino para la libertad de la producción, la acumulación y la circulación del capital.

La pretensión racionalista de la Constitución de 1823 se desmorona con su apego a la religión cristiana, siendo incluso de valor concurrente con la soberanía popular a la hora de fundar el Estado. En las dos primeras líneas de esta Constitución podemos leer: "En el nombre de Dios, por cuyo poder se instituyen todas las sociedades y cuya sabiduría inspira justicia a los legisladores ...". (Archivo digital de la legislación del Perú, s.f.), está claro que el peso de la religión, herencia de la época colonial, era considerable y opacaba el avance de la racionalización de la "*res publica*"<sup>(39)</sup>. Con la Constitución de 1823 y la nueva República del Perú se expulsa la "espada" pero queda la "biblia". Tanto fue el sometimiento, la barbarie, la explotación, el genocidio, la aculturación y la "extirpación de idolatrías", que en la conciencia individual y colectiva (indígena y criolla) se "naturalizó" y se "selló" la religión católica europea.

El peso ideológico y la representatividad política de la proclamación de la independencia contrastan con la de la Constitución de 1823. La Constitución de ese año, de manera relativa, es "superior" a la proclamación, por cuatro razones: la primera, mientras que la proclamación es un anuncio de un cambio de régimen político, la Constitución es la materialización de dicho cambio; la segunda, la proclamación es un acto de rebeldía y de contestación frente a la corona, la Constitución, de su parte, es la ruptura y la exclusión monárquica; la tercera, la proclamación no es la expresión de la soberanía popular y/o representativa, mientras que la Constitución sí lo es (con sus grandes limitaciones y alteraciones), y; finalmente, la Constitución es el resultado del pacto social (aunque pretensión ficticia), que da

---

(38) La propiedad privada, en el ámbito jurídico, como parte del "derecho natural", como "inherente a la naturaleza humana", elevada a derecho fundamental, derecho constitucional, derecho humano de primer orden, se desarrolla primero en Europa en los siglos XIV-XVII para consolidarse en el siglo XVIII con el nacimiento del Estado moderno. El derecho a la propiedad privada permite la conservación, protección y extensión del régimen del capital. El dinero, las mercancías, el capital y la propia fuerza de trabajo son "propiedad privada" garantizadas por el ordenamiento jurídico y por el poder del Estado. Propiedad privada, capital y Estado, son parte del mismo movimiento histórico ascendente después de 1789.

(39) En los artículos 8 y 9 encontramos el verdadero "espíritu" de la Constitución de 1823: el artículo 8, vinculado a la supremacía de la religión católica respecto de las otras, prescribe: "La religión de la República es la Católica, Apostólica, Romana con exclusión del ejercicio de cualquier otra" (Archivo digital de la legislación del Perú, s.f.); Enseguida, en el artículo 9, referido al Estado "protector" de la iglesia (utilización del poder público para salvaguardar los intereses de la iglesia), podemos leer: "Es un deber de la Nación protegerla [a la religión católica] constantemente, por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente" (Archivo digital de la legislación del Perú, s.f.). Estos artículos son muestras del proceso de "racionalización a medias" de la sociedad política peruana, con ambigüedades que "la laicidad a la peruana" toleraba, y que aun tolera en nuestros días.

vida al Estado peruano, la proclamación no tiene este carácter fundador. La proclamación de la independencia de 1821 no es “la independencia”, la Constitución de 1823 sí lo es.

La Constitución de 1823 no fue producto de la inspiración divina, como fue con los “diez mandamientos”, sino del trabajo de ciertos hombres, elegidos democráticamente (con todas sus limitaciones: elecciones censitarias, exclusión del voto de esclavos, de mujeres, discriminación étnica, etc.), que integran la denominada Asamblea Constituyente o Congreso Constituyente de 1822.

## **2.2. La Asamblea Constituyente, una soberanía contestada**

Firmada el acta de independencia el 15 de julio de 1821 y proclamada tres días después, San Martín convoca a elecciones para elegir una Asamblea Constituyente, encargada de elaborar una Constitución para la nueva República del Perú. Esta Asamblea Constituyente se instala en septiembre de 1822 bajo la denominación de Congreso Constituyente Peruano, su primer presidente fue Francisco de Luna Pizarro (Archivo digital de la legislación del Perú, s.f.). El Congreso Constituyente produce la Constitución de 1823, la primera Constitución del Estado peruano. El difícil contexto social de la época (guerras civiles, crisis económica, insurrecciones, inestabilidad política, contrarrevoluciones, etc.) no permite la entrada en vigencia total de la Constitución, ella será restaurada en 1827. Los primeros años del Estado republicano del Perú están marcados por un sistema jurídico y unas instituciones políticas inestables y discontinuas, el resultado es una vida política entre estatutos y reglamentos provisorios.

La independencia formal (1821) y material (1824) del Perú permiten la transferencia de la soberanía del rey de España a la nación peruana<sup>(40)</sup>. El problema radica en la concepción de la nación<sup>(41)</sup>, su carácter involuntario<sup>(42)</sup> y su multiplici-

---

(40) Reflexionando sobre el gran evento revolucionario francés, Burguière y otros (1989) afirman: “1789, sobre el plano político, es sobre todo la transferencia de la soberanía del rey a la nación” (p. 363).

(41) El concepto de “nación” es importado de Europa con sus dos acepciones: “Por un lado, una visión de la nación en términos etnoculturales, a menudo vinculada al pensamiento de Johann Gottfried Herder, filósofo alemán de finales del siglo XVIII ... en las concepciones etnoculturales, la nación se percibe como una agrupación basada en características objetivas: el origen de la población, la ocupación de un territorio, la lengua, la religión, las costumbres, la historia política, etc., ... La otra gran concepción de la nación, la formulada por Ernest Renan en su célebre polémica con el alemán Treitschke..., no sólo tiene en cuenta los elementos objetivos de pertenencia sino también el “*querer vivir juntos*”. La dimensión de la elección personal, de la adhesión ratificada, aparece con mucha más fuerza...” (Braud, 2018, p. 130).

(42) La pertenencia a una nación puede ser voluntaria o involuntaria, o como dirían Burguière y otros (1989): “Tanto si se reclaman de una identidad nacional o estén en oposición, abiertamente o no, con ella; tanto si pretenden imponerla a los demás negando la de ellos o, por el contrario, desvincularse de ella en nombre de otra; en definitiva, que vivan bien o mal, todos los hombres viven ahora en el marco de una nación, impuesta o aceptada” (p. 271).

dad<sup>(43)</sup>. Con la noción deformada y limitada de nación, la élite criolla (sobre todo limeña) se confía la tarea de construir la primera carta magna del país. En esta gran obra los pueblos originarios no estuvieron presentes ni representados, el Congreso Constituyente no era la Asamblea Constituyente del Perú sino la Asamblea Constituyente de un grupo minoritario que organizaba el poder político para la gestión de sus negocios comunes futuros. El reconocimiento constitucional del Perú como país plurinacional y multicultural es una deuda del Poder Constituyente.

Con la ruptura de las cadenas ibéricas, el territorio peruano tiende a identificarse con el Estado peruano y la República peruana, repudiando la corona española y el virreinato<sup>(44)</sup>. El Estado concebido como una entidad abstracta, desligada de la individualidad de los gobernantes (poseedores de la soberanía temporalmente), como la encarnación de la nación, como encarnación de la colectividad peruana, como una persona jurídica que se distingue de cualquier persona física<sup>(45)</sup>, en fin, como concepto jurídico abstracto general se consolida con Kant y Hegel (fines del siglo XVIII y comienzos del XIX). Esta concepción del Estado es importada (salpicada de escolasticismo medieval) por la élite intelectual peruana de la época.

El modelo representativo, la soberanía y la autoridad del Congreso Constituyente de 1822 es contestada por cuatro razones: primero, el régimen representativo<sup>(46)</sup> (que deriva del modelo democrático representativo), elitista de origen,

---

(43) La unicidad de la nación como concepto hegemónico solo tiene validez histórica en Europa (con muchas excepciones, como en España), el caso francés es una muestra (Elías (1994) que describe el proceso histórico violento de homogenización cultural en Francia: de la lengua, de la religión, de las costumbres, etc.). En el Perú, este proceso de homogenización cultural no se concreta completamente, la resistencia y la lucha de muchos pueblos y naciones al interior del país es una muestra. En la naciente República peruana existen muchas naciones, la mayor parte de ellas negadas por mucho tiempo, otras combatidas en nombre de la unicidad de la nación. La herencia de la colonia se mantiene hasta bien entrado el siglo XX, en relación a la construcción coactiva de la nación peruana (una gran ficción).

(44) La abstracción del Estado y la separación de la personalidad gubernamental fue un evento histórico de gran importancia, como lo afirman Saint-Bonnet y Sassier (2008): "A fines del siglo XV, Francia, directamente gobernada por el rey, tiende a identificarse con el reino ..." (p. 174). Efectivamente, en la alta Edad Media, el territorio francés deja de vincularse directamente de la personalidad del rey para asimilarse a la abstracción de la corona francesa. El Estado fue una continuidad de esa abstracción, el antecedente directo del Estado como persona jurídica abstracta, como persona moral, es la corona como entidad abstracta. La consecuencia directa de este desdoblamiento, de esta separación institución/gobernante, debilita enormemente el poder del rey, y una vez consumada la revolución francesa fue fácil deshacerse de él, excluyéndolo del poder constituyente de la época, o como diría Morabito: "Al otorgar al rey la condición de representante, los constituyentes no pretendían establecer una cosoberanía entre él y la Asamblea. En respuesta, el 10 de agosto de 1791, a los que objetaban que esta calidad podía llevar al monarca a invadir los poderes que la constitución confiaba al Cuerpo legislativo, Thouret respondió negativamente, "porque la constitución que lo hace representante sólo lo hace dentro de límites muy precisos". El rey es un representante sólo en su calidad de órgano parcial de la función legislativa. Por otro lado – y esto es lo decisivo – se le excluye del ejercicio del poder constituyente" (2016, p. 73-74).

(45) El profesor Léon Duguit opinaba: "yo nunca he almorzado con una persona moral" (2007, p. 83).

(46) "De inspiración elitista, el régimen representativo se define como *el gobierno del pueblo por sus representantes elegidos*. Este se materializa en una asamblea. Gran Bretaña inventó este régimen, con la elección de la Cámara de los Comunes en 1265. A finales del siglo XVIII se generalizó y se impuso

no refleja las voluntades ni los intereses diversos de los pueblos del país, con la concepción impuesta de nación la élite criolla, los hacendados más poderosos, los terratenientes, los españoles nacionalizados, los grandes comerciantes y el círculo intelectual limeño, excluyen a los pueblos originarios, los indígenas, pero también a los otros sectores sociales, como a los esclavos y a las mujeres. Los constituyentes de la época pretenden poseer el consentimiento, la legitimidad y el poder soberano de la nación (naciones), pero no es más que una ficción, validada por el derecho y sostenida por las instituciones políticas y administrativas.

Segundo, en teoría “La idea de contrato social y la práctica del sufragio universal confieren a los dirigentes una legitimidad popular, al mismo tiempo refuerzan la percepción de un Estado que encarna el interés general” (Braud, 2018, p. 200), pero el Congreso Constituyente de la época no fue consecuencia de un sufragio universal sino censitario, excluyente y poco democrático, el régimen representativo no era “representativo”, por lo tanto la misma idea de un contrato social, en este contexto, se desvanece y la legitimidad popular se fragiliza. Sin embargo, pese a todos sus defectos y limitaciones, la instalación de la primera Asamblea Constituyente fue un gran paso hacia la democratización de la sociedad peruana naciente.

Tercero, el Congreso Constituyente de 1822 es contestado en su esencia, en su acción, por su relativa soberanía representativa. La soberanía de la nación (naciones), denominada “soberanía nacional” es transmitida al Congreso Constituyente, denominada “soberanía representativa”. Esta soberanía representativa, que en teoría es absoluta, superior, incondicional e independiente<sup>(47)</sup>, en realidad, es influenciada, manipulada y hasta cierto punto dirigida por intereses privados de pequeños grupos elitistas criollos (en el campo interno) y por intereses de ciertas potencias internacionales de la época (Inglaterra y Francia, sobre todo). Si a ello le sumamos el carácter poco legítimo de su construcción electoral, la soberanía del poder constituyente de la época es muy frágil y maleable.

Cuarto, mientras en el viejo continente la soberanía nacional, la soberanía del Estado y la soberanía representativa se comienzan a racionalizar, excluyendo a dios y al rey, en el Perú el proceso de racionalización de estas tres soberanías

---

definitivamente en Francia y Estados Unidos. La influencia respectiva de Sieyès y Madison será decisiva” (Gicquel y Gicquel, 2016, p. 49).

(47) Saint-Bonnet y Sassier (2008) nos informan que: “*Ab-solutus*, sin vínculo, la soberanía proporciona un poder de mando incondicional y superior a cualquier otro en el campo interno, y estrictamente independiente en el campo externo” (p. 281). Estos mismos autores, sobre la soberanía, nos ilustran: “El adjetivo latino *superanus*, que designa etimológicamente aquel que está arriba, dio lugar a dos palabras francesas: *suzerain* y *souverain*. El uso, desde la época moderna – la palabra es poco utilizada antes del siglo XV –, de la primera en el vocabulario feudal es para designar al señor superior (el vasallo tiene, por encima de su señor, un *suzerain*) o al que está en la cúspide de la jerarquía vasallaje-feudal de un principado o de un reino” (Saint-Bonnet y Sassier, 2008, p. 194).

continúa abrazando la biblia y las recomendaciones neotomistas<sup>(48)</sup>. En Perú, la teoría del poder constituyente<sup>(49)</sup> se envuelve en un manto escolástico por muchos años, y la práctica política replica estas ideas, los preámbulos de la mayoría de las Constituciones del país lo demuestran. El Congreso Constituyente de 1822 no se aleja de las ideas escolásticas (herencia de la época colonial), fragilizándose la soberanía representativa y la autoridad de esta primera Asamblea Constituyente del país.

Nuestro “*tiers état*”<sup>(50)</sup> de 1822, pese a estas limitaciones y deformaciones, da un salto dialéctico muy importante en la historia del país, lleva a cabo las aspiraciones independentistas, de muchos años antes, de los pueblos del Perú (el levantamiento de Tupac Amaru II, la sublevación de los hermanos Angulo, etc.), plasmadas formalmente en el “acta de la libertad”<sup>(51)</sup> y proclamada simbólicamente por San Martín. Este Congreso Constituyente es la culminación de una época repudiada y de un “querer hacer colectivo” nacional (plurinacional) libertario, pero es a la vez el inicio de una ardua tarea de estabilización y consolidación de las nuevas instituciones políticas y de una búsqueda permanente de una identidad individual y colectiva.

El Poder Constituyente, por una parte, se avocó a sentar las bases de la construcción de un nuevo Estado, un Estado escolástico que abrió paso a la aceleración de la acumulación originaria del capital, y, por otra parte, elaboró la primera Constitución del país, en nombre del ficticio pacto social peruano, limitando el po-

---

(48) En Europa este proceso de racionalización pasa por dos etapas, la racionalización de dios y la sacralización de la razón, o como dirían Saint-Bonnet y Sassier (2008): “Si el Dios de los autores del siglo XVII es racional, para los del siglo XVIII es la razón la que tiende a divinizarse” (p. 285). En el Perú, la transición soberana y la instalación del poder constituyente están impregnadas de la idea de dios, la razón no termina con la dictadura de dios, en el Perú la racionalización del poder sigue la racionalización de dios.

(49) “El revolucionario francés Emmanuel Sieyès es el fundador de la “teoría del poder constituyente”. En 1788, consideró que la redacción de una constitución era esencial para conocer la voluntad de la nación e imponer el respeto a los poderes públicos a largo plazo. La redacción de este texto supremo es responsabilidad de un órgano que él denomina el poder constituyente” (Blachère, 2017, p. 17).

(50) El “*tiers état*” era una de las tres órdenes (además del Clero y la Nobleza) que coexistían en la época monárquica francesa, ellos representaban la mayoría de la población francesa. El *tiers état* juega un rol protagónico en la revolución francesa, y se erige como la primera Asamblea Constituyente de ese país en 1789, como lo señalan Duhamel y Tusseau (2016): “El 17 de junio [1789], el *Tiers* se convierte en Asamblea Nacional – “le corresponde, y sólo le corresponde a él, interpretar y presentar la voluntad general de la nación” – y se niega al rey hasta el poder de sanción. El rey no podrá ni decidir, ni siquiera oponer su veto. El 23 de junio, la Asamblea Nacional confirma su competencia constituyente mediante el juramento del *Jeu de Paume*. Una vez que el rey ha cedido, no hay disputa, la Asamblea Nacional, que conserva su flamante denominación, puede elaborar una constitución, es una constituyente, es la Constituyente” (p. 120-121).

(51) El “acta de libertad” es el acta de la independencia del Perú redactada por el Cabildo de Lima el 15 de julio de 1821, en la que, respondiendo al llamado de San Martín, se pronuncia por la independencia del país.

der público y protegiendo derechos y libertades individuales, sobre todo el sacrosanto derecho a la propiedad privada. El Congreso Constituyente no excluye a dios del fundamento del poder, ni combate el dominio ni la influencia de la antigua élite colonial económica en el ejercicio del poder<sup>(52)</sup>, sin embargo, los grandes excluidos fueron los grupos sociales originarios y la emergente clase asalariada.

Finalmente, casi doscientos años después, el gobierno entrante proyecta la instalación de otra Asamblea Constituyente, exclusivamente para la redacción de una nueva Constitución. “Fijar” otra Constitución<sup>(53)</sup>, trae consigo riesgos necesarios y ventajas asimétricas, conlleva la idea de reproducir un pacto social (que no existe) sobre nuevas bases e ideales, significa también renovar intenciones y esperanzas. Sin embargo, la pretendida nueva Constitución, ¿tendrá vocación de resolver los grandes problemas sociales del país?, ¿desafiara a la élite económica, extirpándola del ejercicio oscuro del poder?, ¿desacralizará la gran propiedad privada?, ¿romperá con la ideología dominante y hegemónica del país?, sobre todo, ¿tocará siquiera los dos grandes principios de la sociedad moderna, la valorización del valor y la acumulación del capital? Son preguntas de las que pronto esperamos escuchar respuestas, develando la verdadera esencia de los actuales gobernantes del Perú.

## Referencias

ARCHIVO DIGITAL DE LA LEGISLACIÓN DEL PERÚ. (s.f.). *Constitución Política del Perú de 1823*. Congreso de la República del Perú. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones\\_ordenado/CONSTIT\\_1823/Cons1823\\_TEXTO.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1823/Cons1823_TEXTO.pdf)

ARCHIVO DIGITAL DE LA LEGISLACIÓN DEL PERÚ. (s.f.). *Constitución Política del Perú de 1920*. Congreso de la República del Perú. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones\\_ordenado/CONSTIT\\_1920/Cons1920\\_TEXTO.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf)

ARCHIVO DIGITAL DE LA LEGISLACIÓN DEL PERÚ. (s.f.). *Constitución Política del Perú de 1979*. Congreso de la República del Perú. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones\\_ordenado/CONSTIT\\_1979/Cons1979\\_TEXTO\\_CORREGIDO.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf)

---

(52) El profesor Bourdieu (1979) decía: “La adaptación a una posición dominada implica una forma de aceptación de la dominación” (p. 448).

(53) Los profesores Favoreu, Ghevontian, Mestre y otros, reflexionaban sobre “fijar” una Constitución, en el periodo revolucionario francés de 1789, remarcando su innovación total y ruptura frente a la normativa monárquica anterior: “Muy rápido, tras jugar con la ambigüedad del término “fijar la Constitución” para describir la tarea que querían llevar a cabo, la mayoría de los diputados decidieron redactar una Constitución inspirada en las ideas innovadoras que se habían desarrollado desde hace un siglo y medio, en lugar de limitarse a repetir las antiguas leyes fundamentales del reino” (Favoreu et al., 2016, p. 10).

ARCHIVO DIGITAL DE LA LEGISLACIÓN DEL PERÚ. (s.f.). *Constitución Política del Perú de 1993*. Congreso de la República del Perú. [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones\\_ordenado/CONSTIT\\_1993/Texto\\_actualizado\\_CONS\\_1993.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1993/Texto_actualizado_CONS_1993.pdf)

ARDANT, P. y MATHIEU, B. (2015). *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Issy-les-Moulineaux. LGDJ, Lextenso éditions.

BLACHER, P. (2017). *Droit constitutionnel*. Vanves. France. Hachette éditions.

BOURDIEU, P. (1979). *La distinction : critique sociale du jugement*. Paris. Les éditions de minuit.

BOURIAU, C. y SOHLNE, J. (2020). *La dimension kantienne de l'Etat de droit, approches juridiques et philosophiques*. Nancy. Presse Universitaire de Nancy-Éditions Universitaires de Lorraine.

BRAUD, P. (2018). *Sociologie politique*. Issy-les-Moulineaux. LGDJ, Lextenso éditions.

BRIMO, A. (2018). *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*. Paris. Editions A. Pedone.

BURGUIERE, A., REVEL, J., DESCIMON, R., GUERY, A., LE GOFF, J., LEVEQUE, P. y ROSANVALLON, P. (1989). *Histoire de la France : L'Etat et les pouvoirs*. Tome II. Paris. Editions du Seuil.

CIGNOLI, F. (s.f.). *San Martín en Lima. Proclamación y jura de la independencia peruana: crónicas y testimonios directos*.

[https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/4983/RU090\\_10\\_A008.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar:8443/bitstream/handle/11185/4983/RU090_10_A008.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

DUGUIT, L. (2007). *Manuel de droit constitutionnel*. Paris. Panthéon Assas éditions.

DUHAMEL, O. y TUSSEAU, G. (2016). *Droit constitutionnel et institutions politiques*. France. Editions du Seuil.

ELIAS, N. (1994). *La dynamique de l'occident*. Paris. Calmann-Lévy éditions.

FAVOREU, L., GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., MESTRE, J.-L., PFERSMANN, O., ROUX, A. y SCOFFONI, G. (2016). *Droit constitutionnel*. Paris. Editions Dalloz.

GICQUEL, J. y GICQUEL, J.-E. (2016). *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Issy-les-Moulineaux. LGDJ, Lextenso éditions.

HAMON, F. y TROPER, M. (2017). *Droit Constitutionnel*. Issy-les-Moulineaux. LGDJ, Lextenso éditions.

- HOBBS, T. (2000). *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*. Traduction par Gérard Mairet, France, Editions Gallimard.
- LOCKE, J. (1992). *Traité du gouvernement civil*. Traduction de David Mazel, Paris, GF-Flammarion.
- MARX, K. (1975). *Le capital, critique de l'économie politique : le développement de la production capitaliste*. Livre premier, Paris, Editions Sociales.
- MELIN-SOUCRAMANIEN, F. y PACTET, P. (2019). *Droit constitutionnel*. Paris. Editions Dalloz.
- MORABITO, M. (2016). *Histoire constitutionnelle de la France*. Issy-les-Moulineaux. Lextenso éditions.
- PICCONE CAMERE, C. (2018). "Por la justicia de su causa que Dios defiende", José de San Martín y la liturgia republicana. *Mercurio Peruano. Revista De Humanidades*, (531), 103-112. <https://doi.org/10.26441/MP531-2018-A5>
- ROUSSEAU, J.-J. (1963). *Du contrat social ou Principes du droit politique*. Paris. UGE éditions.
- SAINT-BONNET, F. y SASSIER, Y. (2008). *Histoire des institutions, avant 1789*. Paris. Montchrestien, Lextenso Editions.
- WEBER, M. (1971). *Economie et société*. Paris. Plon Editions.