
HACIA UNA CRÍTICA DE LA RAZÓN CONSTITUCIONAL PERUANA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**Towards a critique of Peruvian constitutional reason based
on fundamental rights**

JAIME ARAUJO FRÍAS

Barro Pensativo: Centro de Estudios e Investigaciones en
Humanidades y Ciencias Sociales
Email: jaraujof@unsa.edu.pe

RESUMEN: La protección de los derechos fundamentales es un indicador de que se está en un Estado de Derecho Constitucional. El Perú reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales. Sin embargo, en la práctica se constata una evidente disociación entre lo proclamado y lo realizado. El objetivo de este estudio es exponer en qué reside tal disociación y qué se puede hacer para corregirlo. La conclusión a la que se arriba es que el problema reside en el constitucionalismo, pero como este es creado por la razón, lo que se tiene que hacer es cambiar la racionalidad que lo crea. Y ello requiere una crítica de la razón constitucional peruana a los efectos de identificar sus patologías para corregirlo y avizorar posibles soluciones.

PALABRAS CLAVES: Derechos fundamentales, Constitución política, Constitucionalismo, razón, crítica.

HACIA UNA CRÍTICA A LA RAZÓN CONSTITUCIONAL PERUANA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

ABSTRACT: The protection of fundamental rights is an indicator that one is in a State of Constitutional Law. Peru recognizes a wide catalog of fundamental rights. However, in practice there is an evident dissociation between what is proclaimed and what is done. The objective of this study is to expose where such dissociation lies and what can be done to correct it. The conclusion reached is that the problem lies in constitutionalism, but since it is created by reason, what has to be done is to change the rationality that creates it. And this requires a critique of the Peruvian constitutional reason in order to identify their pathologies to correct it and envision possible solutions.

KEYWORDS: Fundamental rights, Political Constitution, Constitutionalism, reason, criticism.

Introducción

Los derechos fundamentales son la base de todo Estado de derecho constitucional. Sin embargo, que lo sea es algo en el que todos estamos de acuerdo, pero que se garantice su cumplimiento es algo muy distinto. La realidad peruana nos muestra niños revolviendo la basura para encontrar restos de comida en ella. Ancianos que tienen que esperar muchos días para ser atendidos en un hospital público, alguno incluso encuentran la muerte antes de ser atendidos. Niños con plomo en la sangre ocasionado por la contaminación minera. Campesinos y líderes indígenas maltratados y asesinados por defender sus tierras y aguas.

Se constata una evidente disociación entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos fundamentales. Pero también se comprueba que quienes sustentan y orientan la práctica constitucional son conscientes de este problema, pero parecen ser indolentes al sufrimiento y dolor. De ahí que el constitucionalismo

tenga que ser puesto en cuestión. No por avidez de novedad, sino por necesidad teórica. Porque son los problemas de la realidad los que nos deben indicar la pertinencia o no de las teorías que utilizamos.

El objetivo de este trabajo es exponer de manera indicativa y provisional en qué reside la disociación entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos fundamentales. La conclusión a la que se llega es que el problema reside en el constitucionalismo, entendido como el marco teórico conceptual que sustenta y orienta la práctica constitucional. Sin embargo, seguidamente se advierte que el constitucionalismo es creado por la razón, por lo tanto, lo que se tiene que hacer es cambiar la racionalidad que lo crea.

De ahí la necesidad de plantear una crítica al instrumento que sirve para crear el constitucionalismo y, en consecuencia, para corregir sus patologías: la razón constitucional. Y, como en este caso se trata de problemas relacionados a los derechos fundamentales en el Perú, entonces, la crítica que se sugiere plantear es a la “razón constitucional peruana”. Cabe indicar que el estudio se ha efectuado a partir de los derechos fundamentales, en razón de que estos son los mínimos vitales que debe asegurar todo Estado de Derecho constitucional.

El estudio está organizado en seis apartados. En el primer apartado se reflexiona sobre la separación entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos fundamentales. En el segundo se lanza la idea de que el problema de dicha separación reside en el constitucionalismo. Seguidamente, en el tercer apartado se propone una conceptualización del constitucionalismo. En el cuarto apartado se intenta justificar por qué razón es necesario transformar el constitucionalismo. En el quinto se argumenta que la teoría constitucional es la que crea la práctica constitucional. Y por último, a modo de conclusión, en el sexto apartado se sugiere que para

HACIA UNA CRÍTICA A LA RAZÓN CONSTITUCIONAL PERUANA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

reducir la brecha entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos fundamentales es necesario llevar a cabo una crítica del instrumento que sirve para crear el constitucionalismo: la razón constitucional.

La protección de los derechos fundamentales como criterio de progreso

Marina y Rambaud (2018) sugieren que la creación humana que mejor señala el progreso es la evolución de sus derechos. Si es así es razonable convenir que el grado de civilización de un país se mide verificando el reconocimiento y cumplimiento de esos mínimos vitales denominados “derechos fundamentales”. La Constitución Política vigente en el artículo 2 y en el capítulo III, respectivamente, reconoce un amplio catálogo de derechos fundamentales y derechos sociales fundamentales. Entre ellos, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, entre otros.

Sin embargo, que se reconozca no quiere decir que se cumpla. Lamentablemente en el Perú nos hemos acostumbrado a hablar de todo sobre los derechos fundamentales mientras no se intente pasar de la palabrería a la práctica. Un ejemplo de ello es que si la población exige que se le proteja su derecho al agua, a la salud, a un medio ambiente saludable o que se le indemnice por los daños ocasionados por la contaminación minera —como ocurre actualmente con los pobladores de Espinar-Cuzco frente a las mineras Antapaccay y Glencore—, esta es vista en el mejor de los casos como opositora al desarrollo del país, y en el peor de los casos como delinquentes.

La separación entre lo proclamado y lo realizado es tan abismal que un estudio señala que en América Latina —lo cual

también es aplicable al Perú— la brecha es de 99% de violaciones a 1% de protección (Sánchez Rubio, 2019). ¿Qué está ocurriendo?

La separación entre lo proclamado y lo realizado: una sospecha de conocimiento

Lo irónico de la separación entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos fundamentales es que quienes se ocupan de sustentar y orientar la práctica constitucional, son conscientes de ello. Muchos incluso son defensores de las empresas que violan derechos sociales fundamentales y, al mismo tiempo, asesores del Estado en materia constitucional. ¿En qué consiste la separación entre lo proclamado y lo realizado? No tenemos la certeza, pero tenemos una idea. Una idea opina el físico Jorge Wagensberg (2017) es una sospecha de conocimiento. Apoyados en esta opinión arrojaremos nuestra sospecha. Sin embargo, antes expondremos brevemente lo que han dicho dos juristas al respecto. El primero en relación a lo que ocurre en el Perú, y el segundo respecto a lo que sucede en los países de Latinoamérica.

Chanamé Orbe (2013) en un estudio sobre la Constitución Política del Perú advierte que el problema de la ineficacia de los derechos radica en lo económico, por lo que anota que mejorando la economía del país se resolvería el inconveniente. Gargarella (2014) por su parte, en un estudio sobre las constituciones latinoamericanas, concluye que el problema respecto a la separación entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos reside en que la “sala de máquinas de la Constitución” —parte orgánica de la Constitución— no avanza al ritmo de los derechos que se proclaman, por lo que la solución pasaría por reformar la organización de los poderes del Estado.

La economía y los poderes del Estado sirven para resolver problemas, por lo que mejorarlas es necesario, pero no suficiente.

HACIA UNA CRÍTICA A LA RAZÓN CONSTITUCIONAL PERUANA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por la siguiente razón: ningún problema se puede solventar sin hacer uso del pensamiento. ¿Por qué? La respuesta nos la sugiere Marina y Rambaud (2018): porque necesitamos pensar para conocer, conocer para comprender y comprender para tomar buenas decisiones y actuar. No obstante, en América Latina las luchas por los derechos han sido políticas y sociales, pero nunca epistemológicas (Ávila Santamaría, 2019). Es decir, no se cuestionó ni se intentó transformar el pensamiento con el cual se pretendió conocer para comprender el mencionado problema y buscar posibles soluciones.

Entonces, lo visto hasta aquí, nos lleva a la siguiente conclusión parcial y provisional: si de lo que se trata es de resolver el problema de la separación entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos fundamentales, no basta con arreglar la economía, la “sala de máquinas de la Constitución” o la organización de poderes. Necesitamos arreglar primero el pensamiento que sirve para solucionarlo: el constitucionalismo. Entendiendo por pensamiento la capacidad para formar y relacionar ideas y representaciones sobre la realidad. En tal sentido, el constitucionalismo vendría a ser un conjunto de ideas y representaciones sobre el fenómeno constitucional.

¿Qué es el constitucionalismo?

La tarea de la filosofía consiste entre otras cosas, en formular y aclarar conceptos, y este es un ejercicio de filosofía, pero de filosofía referida al derecho: filosofía del derecho. Somos conscientes de que en toda conceptualización siempre queda algo por decirse. Esto es así porque los conceptos son representaciones mentales nunca conclusivas sino aproximativas de un determinado fenómeno de la realidad. Y como tales, “son necesarios para pensar las cosas, en el sentido de que sólo los conceptos poseen la suficiente determinación que hace posible el reconocimiento y comprensión de lo percibido por los sentidos” (Enciclopedia Herder, 2020, párr. 1).

En este caso nos referiremos no a toda la realidad, sino a una porción de la realidad política vertebrada por el derecho que se ha venido en llamar “constitucionalismo”.

Existen múltiples conceptos de constitucionalismo. Los cuales varían de acuerdo al adjetivo que se le agregue: garantista, principialista, argumentativo, popular, crítico, del oprimido, andino, latinoamericano, entre otros muchos. Teniendo en cuenta esta advertencia, para nuestros efectos, intentaremos proponer un concepto del mismo sin adjetivos. ¿Qué es el constitucionalismo? Se puede conceptualizar de manera corta como el marco teórico conceptual que sustenta y explica la Constitución. Y, de manera más detallada —aunque no por ello concluyente— como el conjunto de conceptos, ideas, creencias que sustenta y orienta la praxis constitucional con la finalidad de garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y organizar del mejor modo posible los poderes del Estado.

Por qué es necesario transformar el constitucionalismo

Transformar no es lo mismo que reformar. Reformar es cambiar la apariencia, lo fenoménico o lo que es perceptible a simple vista; en cambio, transformar supone cambiar el contenido, lo que está detrás de lo fenoménico o aquello que no es perceptible a simple vista. Por ejemplo se puede agregar o quitar (reformular) tal o cual artículo de la Constitución con la finalidad de acortar la separación entre lo proclamado y lo realizado en derechos fundamentales, pero si no se cambia la interpretación (transformar) de esos mismos artículos, el problema quedaría intacto. Y la interpretación de tal o cual norma depende de los conceptos que tenga el intérprete en su cabeza. ¿Por qué de los conceptos? Veamos a continuación.

Una analogía es un buen modo de explicar de manera sencilla los problemas que nos suceden. El epistemólogo Nicholas

HACIA UNA CRÍTICA A LA RAZÓN CONSTITUCIONAL PERUANA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Rescher (1995) sugiere que sin capacidad de encontrar analogías no es posible elaborar buenas hipótesis. Apoyados en esta afirmación acudimos a la siguiente analogía: “así como no se puede dibujar sin líneas ni pintar sin colores, tampoco se puede hablar sin palabras ni pensar sin conceptos (Mosterín y Torretti, 2002, p. 102). Si es cierto que no se puede pensar sin conceptos, entonces, la práctica constitucional —el modo de garantizar los derechos y organizar las instituciones del Estado— está condicionada por estos. Porque, como hemos expuesto, necesitamos pensar para conocer, conocer para comprender y comprender para tomar buenas decisiones y actuar. En otras palabras, el pensar sustenta el mundo del hacer.

Si el hacer depende del pensar, y no se puede pensar sin conceptos, entonces es razonable convenir, como sugieren algunos neurocientíficos cognitivos, que el ser humano y en este caso los que se ocupan de garantizar los derechos y de organizar el Estado, lo hacen a través de los lentes de los conceptos (Goldberg, 2019). ¿Qué relación tiene todo esto con transformar el constitucionalismo para corregir la separación entre lo proclamado y lo realizado en derechos fundamentales? El constitucionalismo es un marco teórico conceptual que sustenta y orienta la práctica constitucional. Es una subjetividad que se decanta es una objetividad, esto es, en un modo de garantizar los derechos y organizar el Estado. Por ejemplo si conceptualizamos el poder como dominación, entonces, es lógico que quienes ejercen el poder jurídico para garantizar derechos (magistrados) o quienes ejercen el poder político para organizar el Estado (legisladores) lo hagan de manera abusiva e injusta.

La teoría constitucional crea la práctica constitucional

Ahora bien, para el constitucionalismo hegemónico, y con hegemónico nos referimos a la comprensión oficial que sustenta y dirige la práctica constitucional, la Constitución “tiene por finalidad limitar el poder para garantizar los derechos de las personas” (Abad

Yupanqui, 2019, p. 50). Lo cual quiere decir que la condición necesaria para garantizar los derechos es la limitación y restricción del poder político. Sin embargo, la política y el derecho es esencialmente despliegue de poder. Es decir, existen y se ejercen en la modalidad del poder. De manera que sin ejercicio de poder no se podría garantizar los derechos y organizar las instituciones que conforman el Estado.

Entonces, si en el derecho y en la política el ejercicio del poder no es una elección sino una necesidad, ¿por qué el constitucionalismo hegemónico busca limitarlo para garantizar los derechos, no es acaso una contradicción? Para responder esta pregunta tendríamos que formular otra: ¿cuál es el concepto de poder que utiliza el constitucionalismo hegemónico? Cabe advertir que el concepto de poder no lo construye el constitucionalismo, lo toma de la filosofía política y jurídica, las cuales a decir de algunos juristas son las constructoras del Estado de derecho moderno (Ferrajoli, 2016). Vale decir, son las que le dotan de insumos teóricos conceptuales en base a los cuales el constitucionalismo construye su propio conocimiento y comprensión de la realidad para dirigir la práctica constitucional.

El concepto de poder que utiliza el constitucionalismo hegemónico, el cual se enseña en todas las facultades de derecho y ciencias políticas del país, le pertenece a Max Weber, pero se enseña como si fuera el concepto —como diría Leopoldo Zea— “sin más”. Para este autor el poder es dominación “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad” (Weber, 2002, p. 43). Evidentemente esta conceptualización del poder es negativa y equívoca. Es negativa porque la dominación es la negación de la vida y la libertad; y es equívoca porque si el poder es dominación no puede ser legítima, porque legitimidad presupone el consenso de sujetos libres.

HACIA UNA CRÍTICA A LA RAZÓN CONSTITUCIONAL PERUANA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La comprensión que se tiene de algo es la que crea tal o cual objetividad. La acción presupone la comprensión, y la comprensión presupone el conocimiento. Y el conocimiento, como hemos expuesto, se construye principalmente en base a conceptos. Si se conceptualiza el poder como dominación, entonces, de ello se sigue que quien ejerce el poder político y jurídico deben hacerlo para dominar. Porque la subjetividad (teoría) crea la objetividad (práctica). El constitucionalismo (subjetividad) sustenta y orienta el modo de garantizar los derechos y organizar las instituciones del Estado (objetividad). Y lo hace, como hemos anotado, desde el poder como dominación.

Lo visto con el concepto de poder es solo un indicio de lo mal que eventualmente se podría realizar la reforma de la Constitución si previamente no se lleva a cabo la transformación del constitucionalismo. Por ejemplo, más que una reforma de los poderes del Estado, lo cual es necesario pero no suficiente, lo que se necesita es una transformación del concepto de poder. El cual no es en sí mismo bueno o malo. Porque se puede ejercer el poder para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, como para violarlos. No obstante, este último no sería poder jurídico ni político. Porque tanto el poder jurídico como el político refieren a la afirmación de la vida de la comunidad política.

Si de darle un nombre a esta conceptualización negativa del poder de la filosofía política y jurídica hegemónicas se trata, siguiendo al filósofo camerunés Achille Mbembe (2011), lo llamaríamos “necropoder” o poder de la muerte. El cual se ha ido decantando en una “necropolítica” o política de la muerte, y en un “necroderecho” (Narváez, 2017) o derecho de la muerte. Es a este poder de la muerte al que la Constitución tiene que limitar, restringir y eliminar. Sin embargo, resulta que es ese el concepto de poder presupuesto en la subjetividad, en la mente de las autoridades judiciales y políticas que tienen a su cargo interpretar las normas

constitucionales para garantizar el cumplimiento de los derechos y organizar las instituciones del Estado.

En base a lo expuesto hasta aquí se podría convenir parcial y provisionalmente en que, si de acortar la brecha entre lo proclamado y realizado en materia de derechos fundamentales se trata, no basta con mejorar la economía, reformar la organización de poderes del Estado o reformar la Constitución toda; es necesaria una transformación del pensamiento que sustenta y dirige el mundo de la práctica constitucional: el constitucionalismo. Sin embargo, al ser el constitucionalismo un pensamiento, y el pensamiento una actividad cerebral que surge cuando el ser humano se pone a razonar, nos lleva a otra idea o sospecha de conocimiento.

Si el constitucionalismo deriva de la razón humana que lo inventa, entonces, si se pretende resolver el problema del distanciamiento entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos fundamentales, lo que se tiene que hacer es cambiar la racionalidad que crea el constitucionalismo y, en consecuencia, la que debe resolverlo. Y esto nos lleva hacia una crítica de la razón constitucional, pero como la razón se ejerce en un espacio y tiempo histórico-cultural, la crítica de la razón constitucional que se efectúe no puede ser sino la razón constitucional peruana.

A modo de conclusión: hacia una crítica de la razón constitucional peruana

Ningún problema se puede resolver sin acudir al pensamiento porque el pensamiento está en todo, entonces, ningún problema puede ser investigado a fondo sin que entre en cuestión el instrumento que sirve para producirlo: la razón (Nicol, 1982). Y ¿por qué una crítica de la razón? Al respecto, el filósofo Juan José Bautista Segales (2010) sugiere que “una crítica de la razón solo es necesaria cuando el sistema anterior de ideas ya no funciona, es

HACIA UNA CRÍTICA A LA RAZÓN CONSTITUCIONAL PERUANA A PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

decir cuando han caducado las ideas con las cuales nos conducíamos hasta a hora” (p. 16). Y, tal como hemos expuesto, las ideas contenidas en los conceptos —el concepto de poder por ejemplo— con los cuales se conduce el constitucionalismo peruano no es que no funcionan; funcionan muy bien, pero para producir una retórica de encubrimiento de los derechos fundamentales. La cual mantiene la brecha de 99% de violaciones a 1% de protección.

En suma, se constata la necesidad de producir otro marco conceptual que permita otra comprensión de los derechos fundamentales, y por lo tanto, otras prácticas constitucionales que hagan posible su protección; pero también, otros modos de comprensión y de organización de los poderes del Estado. Y para llevar a cabo esta tarea, como pasa con todo, hay que empezar por el principio. Y, en este caso el principio está en la razón constitucional. ¿Por qué?

El fenómeno constitucional deriva de la razón humana que lo inventa. De manera que si se pretende resolver en serio los problemas relacionados con la separación entre lo proclamado y lo realizado en materia de derechos fundamentales, lo que se tiene que hacer además de mejorar la economía, reformar la organización de los poderes del Estado o reformar la Constitución toda, es cambiar la racionalidad que debe resolverlo, caso contrario el problema principal quedará intacto.

Llevar a cabo semejante tarea requiere realizar una crítica de la razón constitucional peruana, a los efectos de identificar sus patologías, sus contradicciones y limitaciones para corregirlo y avizorar posibles salidas.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, Samuel. (2019). *Manual de derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra.

Achille, Mbembe. (2011). *Necropolítica seguido de Sobre el gobierno privado indirecto*. Trad., y Ed., Elisabeth Falomir Archambault. Santa Cruz de Tenerife: Editorial Melusina.

Ávila Santamaría, Ramiro. (2019). *La utopía del oprimido. Los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el Sumak Kawsay (Buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. México: Akal.

Bautista Segales, Juan José. (2010). *Crítica de la razón boliviana. Elementos para una crítica de la subjetividad del boliviano con conciencia colonial, moderna y latino-americana*. Tercera Edición. La Paz: Rincón Editores.

Chanamé Orbe, Raúl. (2013). “Constitución Económica”. *Derecho & Sociedad*, (40), 43-63. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12788>.

Enciclopedia Herder. (2020). Concepto. Disponible en <https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Concepto>. Consultado el 23 de julio de 2020.

Ferrajoli, Luigi. (2016). “El futuro de la filosofía del derecho”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 39, pp. 255-263. Disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/2016-n39-el-futuro-de-la-filosofia-del-derecho>. Consultado el 23 julio de 2020.

HACIA UNA CRÍTICA A LA RAZÓN CONSTITUCIONAL PERUANA A
PARTIR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Gargarella, Roberto. (2014). *Las sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.

Goldberg, Elkhonon. (2019). *Creatividad. El cerebro humano en la era de la innovación*. Barcelona: Crítica.

Marina, José Antonio y Rambaud, Javier. (2018). *Biografía de la humanidad. Historia de la evolución de las culturas*. Barcelona: Ariel.

Mosterín, Jesús y Torretti, Roberto. (2002). *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza Editorial.

Narváez Hernández, José Ramón. (2017). *#Necroderecho*. México: Editorial Libitum.

Nicol, Eduardo. (1982). *Crítica de la razón simbólica*. México: Fondo de Cultura Económica.

Rescher, Nicholas. (1995). *La lucha de los sistemas. Un ensayo sobre los fundamentos e implicaciones de la diversidad filosófica*. Trad. Adolfo García de la Sienna. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Sánchez Rubio, David. (2018). *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. México: Akal.

Wagensberg, Jorge. (2017). *Teoría de la creatividad*. Barcelona: Tusquets.

Weber, Max. (2002). *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.