

# LA PLURICULTURALIDAD COMO REFORMA DE ESTADO PARA UN CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA EN PERÚ

LUIS FELIPE ESPARZA TAFUR<sup>1</sup>

*Han transcurrido veinte años desde la promulgación y entrada en vigor de la Constitución de 1993 y, sin embargo, a la fecha de este ensayo académico, la realidad constitucional que a partir de entonces se institucionalizó en el país nunca ha dejado de ser cuestionada, impecable y/o implacablemente, desde una pluriversidad de planos, debido a que se la recuerda emanada de un escenario antidemocrático y anticonstitucional que fue implementado por el Poder Ejecutivo de entonces luego de que éste se diera a sí mismo un golpe de Estado el cual, quebrantando el Estado de Derecho vigente a la época, significó el punto final, el óbito, de la Carta Magna de 1979 al mismo tiempo que el punto de partida, el nacimiento, de la Carta actual.*

*A pesar de los preclaros estudios críticos que se han producido respecto de ella, y frente a los cuales se podría pensar que si no en lo periférico al menos en lo central ya todo está dicho, hace pocos años han saltado a la palestra de la investigación jurídica constitucional variables y consideraciones de tipo cultural y ecológico<sup>2</sup> las cuales, si bien siempre han existido, son recién ahora, gracias a los actuales problemas en el país y en el mundo y también al estudio comparado de la experiencia política, el desarrollo doctrinario y la política jurisdiccional constitucionalistas, que han venido a proveer, para quienes sólo tenían una formación monista en derecho, y a fortalecer, para quienes ya poseían una formación pluralista en derecho, una mirada holística y esclarecedora de las cosas que tiempo atrás o no se tenía tal cual o sólo se llegaba a tener fragmentaria y confusamente. Ello está permitiendo asistir a una comprensión contextualizada de la vida, y con la vida el derecho, que hace que los países, de acuerdo a su realidad cultural ahora mejor comprendida, replanteen su ser y su deber-ser constitucionales al punto de reformar en unos casos o de refundar en otros las iusfilosofías sobre las que constitucionalmente solían erigirse.*

*El marco conceptual implícito de este trabajo no está dado por utilizar ni evocar, pero tampoco inutilizar ni revocar ortodoxamente, las racionalidades jurídicas clásicas del iusnaturalismo o el positivismo avistadas como totales o absolutas, ni tampoco por aquellas que se producen por las convergencias/divergencias parciales o relativas de ambas, sino está dado más bien por concebir el derecho desde otro paradigma epistemológico –uno germinado a partir de la acumulación de saberes integrales y plurales–, desde otro fondo iusfilosófico, en sí, desde otra racionalidad jurídica: el neoconstitucionalismo.*

## PERÚ Y LA CONSTITUCIÓN DE 1993

En Perú, con relativa frecuencia, se escucha en medios intelectuales y políticos, especialmente de adultos pero ahora también de jóvenes, con mayor énfasis en provincias antes que en Lima, la necesidad de hacer un nuevo contrato social. Esta es una idea dispersa que se ha quedado suspendida en el imaginario colectivo de muchas personas a lo largo y a lo ancho del país como consecuencia natural a la crítica fundamentada que se desarrolló contra aquel constitucionalismo hecho a la medida del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori. Dicha crítica ha sido tal que, post década de los noventa, se promovieron significativas actividades académicas pro cambio o reforma constitucional por parte de los constitucionalistas peruanos, se iniciaron procesos constitucionales

<sup>1</sup> Maestrando en Ciencias Políticas (PUCP)

<sup>2</sup> Para el presente trabajo sólo se abordará directa y centralmente la variable cultura y la consideración cultural en el marco de la realidad constitucional de Perú.

contra la Carta de 1993 ante el Tribunal Constitucional y se originaron condiciones de peso que hicieron que la necesidad de nueva constitución sea a) mencionada, sin mayor voluntad gubernamental, en sendos Mensajes a la Nación durante el toledato,<sup>3</sup> b) incorporada como planteamiento medular de las candidaturas participantes en las elecciones presidenciales del 2006<sup>4</sup> y c) finalmente retomada en las elecciones presidenciales del 2011<sup>5</sup> por uno de los candidatos a la Casa de Pizarro que la incluyó como parte identitaria del Plan de Gobierno,<sup>6</sup> inscrito ante el JNE, con el que se presentó a la primera vuelta, pero que dejó de lado al pasar a la segunda cuando la redujo a la reforma de un solo artículo.<sup>7</sup> Finalmente, al día de hoy, esta última reforma también ha sido dejada de lado.

La Constitución de 1993 instauró, como bien lo señala el constitucionalista Bernales, citando al sociólogo Sinesio López, no un régimen de «democracia» como esperaban, después del autogolpe de Estado de Alberto Fujimori Fujimori el 5 de Abril de 1992, la OEA<sup>8</sup> y quizás la mayoría del país, sino un régimen de «democradura» que tenía las siguientes características: uno, la legitimación del autogolpe y la constitucionalización del poder de facto; dos, el endurecimiento del gobierno en el ejercicio del poder; y tres, la concentración del poder en el Ejecutivo y el incremento del poder personal de Fujimori a costa de sus aliados (1998: 91). Todo ello con el objetivo de petrificar, a su presente y a su futuro, el nuevo texto constitucional y, con él, el proyecto *reaccionario* que le era inmanente, proyecto que implicó un fuerte retroceso en el campo jurídico dado que exhibió: primero, un pésimo abordaje académico constitucional en la técnica legislativa especial constituyente; segundo, el desconocimiento y/o incomprendición de la pluriversa temática y la elemental estructura cualificantes de una Carta Magna que pretende condecirse con su pueblo y no contradecirse con él; y tercero, los cuestionamientos ingentes sobre la legitimidad de origen, de elaboración y de aprobación de la nueva constitución.<sup>9</sup> En sí, como menciona el constitucionalista García: «En realidad, [...] el oficialismo no tenía la menor idea de lo que era una Constitución, e ignoraba por completo las corrientes modernas del constitucionalismo. Lo único que tenía claro es que había que privatizar el inmenso sector empresarial del Estado y desregularizar el mercado [...]» (1996: 388). Por otra parte, además, se colige que dicho proyecto era conservador pues ya con el retroceso implicado, empezado el ejercicio de un gobierno dictatorial, se trabó las distintas posibilidades de reforma constitucional iniciadas por la oposición durante el régimen (estableciéndose así una realidad constitucional que suponía entonces una refundación republicana conservadora) y, empezada la transición a la democracia post dictadura fujimorista, se conservó la Carta, salvo con algunas reformas centrales del gobierno transitorio de Valentín Paniagua Corazao y algunas otras periféricas de los gobiernos siguientes, por parte de Alejandro Toledo Manrique y Alan García Pérez (estableciéndose así una conservación, para las investigaciones jurídicas, de aquello que, para las investigaciones sociales, ha venido a denominarse «fujimorismo sin Fujimori»).

En este sentido, la transición a la democracia en realidad no fue concluida pues constitucionalmente no llegó a constituirse post dictadura fujimorista una democracia que sea ajena a dar pie a cualquier autoritarismo, presidencialismo atípico o Estado asimétrico. Lo que nació autoritariamente para constitucionalizar el autoritarismo no puede dejar de ser tal pues eso constituyó su razón de ser. Así, si la Constitución de 1993 tiene, de forma y de fondo, una naturaleza *autorizante*, resulta entonces evidente que constitucionalmente no se

<sup>3</sup> Léase «toledato» como «gobierno de Alejandro Toledo Manrique». Inició 28 de Julio de 2001 y terminó 28 de Julio de 2006 en Perú.

<sup>4</sup> En las elecciones generales del año 2006, después de la primera vuelta del 9 de Abril, entraron a la segunda, a celebrarse el 4 de Junio, el candidato Ollanta Humala Tasso bajo la propuesta de convocar una Asamblea Constituyente que elabore una nueva constitución y el candidato Alan García Pérez, quien resultaría electo presidente ese año, bajo la propuesta de retorno a la Constitución de 1979.

<sup>5</sup> Se llevaron a cabo en dos vueltas: la primera, el 10 de Abril de 2011, y la segunda, el 5 de Junio de 2011.

<sup>6</sup> El candidato, hoy electo Presidente de la República, es Ollanta Humala Tasso. Participó a nivel electoral en la alianza política Gana Perú, hoy inexistente a nivel de gobierno. En relación a la propuesta de *un nuevo contrato social* para el país, véase la página 33 de su Plan de Gobierno (Consultado en: <http://www.presidencia.gob.pe/plan-de-gobierno-gana-peru-2011-2016>», Viernes 29 de Mayo de 2014 a las 16:35 horas)

<sup>7</sup> Se trata del Artículo 60º de la Carta peruana, exactamente el segundo párrafo, que versa sobre el rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial. Gana Perú pasó de proponer una nueva constitución que plasme la creación del *nuevo contrato social* a proponer la reforma de un solo artículo que plasme la conservación del *viejo contrato social*. Al presente, la reforma de un solo artículo no se ha dado.

<sup>8</sup> OEA son siglas de Organización de Estados Americanos, organización multilateral de la cual Perú es parte.

<sup>9</sup> Para profundizar en el tema léase Rubio 1999, Bernales 1998 y García 1996.

pueda democratizar en la forma lo que es autoritario en el fondo. Es decir, no basta transformar la forma para democratizar el fondo sino más bien transformar el fondo para democratizar la Carta. No se descubre la pólvora al afirmar que Perú vive una transición inconclusa,<sup>10</sup> verbigracia, continúa bajo una Constitución a la que el pueblo peruano percibe, antes que como propia y como una razón vital, como ajena y como motivo mortuorio para su sentimiento constitucional. De hecho, por eso se ha consignado en la presente investigación conceptos de vitalidad que yerguen la necesaria ruptura-superación del estado actual de las cosas.

Siendo ello así, se torna meritorio la búsqueda fundamentada de un contrato social para el Perú que realmente contenga un proyecto país desde su pluriversidad cultural. Para ello, explicaremos algunas teorías que fundamentan el constitucionalismo toda vez que pensamos que *peruanamente* puede plasmarse un neoconstitucionalismo o un constitucionalismo de nuevo tipo.

#### **NEOCONSTITUCIONALISMO, CONTRATO SOCIAL Y PODER CONSTITUYENTE**

El neoconstitucionalismo, antes de pensarla como «[...] una etiqueta vacía que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera» (Carbonell 2007: 9) o antes de usarlo como «[...] [un] cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido, el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y de otro, para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí» (Bernal 2007: 301), debiera de una vez por todas empezar a ser aceptado, sin mezquindades ni sobrevaloraciones, como una novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de Derecho. Ello pues expresa una nueva teoría de Derecho, y con ello otra forma de concebirlo, frente a:

[...] la crisis de la ley, una crisis que no responde sólo a la existencia de una norma superior, sino también a otros fenómenos más o menos conexos al constitucionalismo, [...] como la revitalización de las fuentes sociales del Derecho, la pérdida o deterioro de las propias condiciones de racionalidad legislativa, como la generalidad y la abstracción, etc. En suma, la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época y tal vez este sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del Derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del Derecho. (2002: 120-121)

En ese sentido, la mirada neoconstitucionalista viene a estar dada por el gran salto cualitativo de pasar de un Estado legal de Derecho a un Estado constitucional de Derecho, salto que se encuentra contenido, según el iusfilósofo español Prieto, en cinco epígrafes que señalan orientaciones o líneas de evolución:

[...] más principios que reglas; más moderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas (2002: 121)

O, como lo menciona el jurista mexicano Carbonell, dado por tres niveles de análisis a considerar:

1. Textos constitucionales [...] Se tratan de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas «materiales» o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la observación de ciertos fines y objetivos.
2. Prácticas jurisprudenciales [...] Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales [...]
3. Desarrollos teóricos [...] [L]os cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo (2007: 11).

<sup>10</sup> De similar opinión es Adrianzén 2009.

No se trata, entonces, el neoconstitucionalismo, de un simple cambio de denominación ni de cajones de sastre sino más bien de la sincronización de varios procesos de desarrollo jurídico que, en conjunto precisamente, han determinado sin haberlo previsto un nuevo escenario con un nuevo esquema y nuevos elementos, y así una nueva estructuración jurídica teórico-práctica, para otra concepción del Derecho. Este nuevo espacio no se circunscribe a comprensiones absolutas y simplificadoras de las fuentes de Derecho, de la práctica jurisdiccional, del desarrollo jurídico, de la naturaleza del Derecho, etcétera; por el contrario, se refiere a comprensiones relativas y de carácter constructivo complejo. ¿Qué tiene que ver el neoconstitucionalismo con la realidad cultural de Perú? Pues mucho. Primero, porque dicha teoría genera una ruptura-superación sustantiva con el viejo esquema positivista, estatalista y legalista de Derecho; segundo, que producido ello, apertura el universo jurídico más allá de la ley: a la altura de la Constitución; tercero, que reconoce la complejidad de la formación del Derecho en sociedades pluriculturales como la nuestra; cuarto, que instituye las ideas de que hay Derecho más allá del Derecho legislativo (por ejemplo: Derecho consuetudinario, etc.); quinto, posibilita a un pueblo pluricultural el desarrollo de su pluralismo jurídico, entre otras ideas más.

En síntesis, el corazón del neoconstitucionalismo podría ser definido, en las palabras de Bernal, como lo siguiente: «[...] (1) que los derechos fundamentales de la Constitución son principios, y (2) que se aplican judicialmente (3) mediante la ponderación» (2007: 301).

Por otra parte, neoconstitucionalismo o constitucionalismo a secas, no sólo abarca lo antes expuesto (neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho) sino también, siguiendo la clasificación de Prieto, otras dos acepciones principales: el constitucionalismo como un cierto tipo de Estado de Derecho y el constitucionalismo como una ideología. Dado que el ensayo gira en torno a la pluriculturalidad peruana como realidad distante, cuando no ajena, de la experiencia política, el desarrollo doctrinario y la política jurisdiccional del constitucionalismo peruano, abordaremos la acepción del constitucionalismo como tipo de Estado de Derecho.

Ya lo señalaba premonitoriamente el iusfilósofo español, el neoconstitucionalismo es una expresión o rúbrica usada cada vez más que se aplica para aludir diversos aspectos de una nueva cultura jurídica (Prieto 2002: 109). Nueva cultura jurídica que en Perú inexorablemente tendría que darse en secuencia o en paralelo, primero, como experiencia política, segundo, como desarrollo doctrinario, y luego, como política jurisdiccional, dentro de una gran reforma del Estado. Con claridad Prieto centra el interés en la destacada evolución que ha tenido la Constitución dentro de la organización social en que han incurrido muchos pueblos del mundo. En el caso peruano, al referirnos al tipo de Estado de Derecho lo hacemos en referencia al modelo de Estado Constitucional de Derecho que proviene de la tradición francesa (está también la tradición americana, pero esa no corresponde a nuestro caso), pues dado que partimos de una realidad constitucional irregularmente construida es que necesitamos «[...] la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política» (Prieto 2002: 112) para que nuestro proyecto país sea propio, sea nuestro, sea democrático. Entonces, enmarcados siempre con Prieto, es sobre el tipo francés de Estado de Derecho que pondremos sello peruano.

Para hablar, en términos generales, de neoconstitucionalismo peruano, nos hemos permitido tomar ideas básicas de la teoría del contrato social y la teoría del poder constituyente.

Podemos empezar preguntándonos ¿qué entendemos por contrato social?, pregunta frente a la que responderíamos que éste se entiende como «[...] una construcción racional, artificial, [...] [que] [...] utiliza elementos de la fantasía con significados simbólicos y, con ellos, pretende explicar —no describir— el origen de la sociedad» (Rubio 2009: 480). La teoría que lo desarrolla proviene de varios autores como los clásicos Thomas Hobbes, John Locke o Jean Jacques Rousseau, o como los contemporáneos David Gauthier o John Rawls. Siendo que en el presente ensayo nos referimos a la necesidad de otro contrato social para Perú, tenemos la impresión de que no se habla de los últimos desarrollos de este concepto principalmente sino, más bien, de los primeros (más adelante, rescataré la idea pero me alejaré también de estas teorías por la visión cultural en que fueron concebidas). Entonces, sintéticamente deberíamos entender que:

El «contrato social» es la etapa en la que los seres humanos deciden juntarse en sociedad [provocando el «estado de sociedad»] [pues antes se encontraban desunidos, dispersos, en su «estado de naturaleza»] y, para ello, sientan determinadas reglas que serán obedecidas por todos para poder vivir conjuntamente. El contrato social son pues dos cosas simultáneas, pero que es interesante separar conceptualmente: la creación de la sociedad y el establecimiento de las reglas fundamentales para esa sociedad. No es solo lo uno o lo otro y, en realidad, no se podría crear una sociedad viable si carece de reglas porque, en ese caso, no serviría de nada poner una autoridad superior a los seres humanos para que haga justicia entre ellos.

Claro que el contenido del contrato social es muy distinto según los autores, lo que corresponderá a su turno al tipo de estado de naturaleza que han imaginado: Hobbes verá en el contrato la entronización de un gobernante absoluto que ejerce el poder pacificador de la guerra del estado de naturaleza sin atadura ninguna. Locke entenderá el contrato como el mantenimiento de la ley natural y el traspaso de una propiedad de concepto peculiar. Rousseau verá un contrato que engrandece y asegura la libertad.

Ninguno de estos autores escribió pensando en la existencia de normas constitucionales como las que tenemos en la actualidad. Rousseau, que fue el más reciente de todos, escribió cuatro décadas antes de que Estados Unidos o Francia tuvieran sus constituciones aprobadas y vigentes. Sin embargo, con el desarrollo que ha tenido el constitucionalismo desde mediados del siglo XIX, podríamos asimilar el contrato social a la dación de la constitución en la medida que esta es un conjunto de reglas dadas por el pueblo mismo para la organización de la sociedad. En realidad, una nueva constitución equivale siempre a la refundación del Estado y esto es como constituir nuevamente la sociedad política. (Rubio 2009: 481)

La teoría del Contrato Social, tan concretamente explicada por el jurista peruano Rubio, es una experiencia que se baña de la realidad social y cultural de la que emerge. Es importante tener en cuenta esta idea porque no podemos obviar, uno, el espacio en que se ha de forjar el contrato social, y dos, el tiempo en el que esto estaría sucediendo. Es cierto también que la naturaleza fundacional de esta teoría sirvió no sólo para explicar el origen de la sociedad sino además para consolidar los Estados uninacionales bajo la conocida conceptualización de Estado-Nación que se proliferó post revolución francesa. Esta teoría no desarrolla la variable *cultura* a lo largo de su concepción. Esto recién se aprecia en estudios recientes cuando uno se topa con la experiencia de los pueblos latinoamericanos, africanos y asiáticos (los cuales como veremos producen un constitucionalismo de tipo pluralista). Más no se puede desconocer la inmensa contribución al constitucionalismo internacional que dicha teoría nos brinda cuando le da un cauce regular a la forma cómo es que socialmente nos ordenamos. Por ello, tenemos presente que en la aplicación inicial del contrato social éste ha solidado limitarse a una visión monocultural y homogeneizante, que sustentó luego el monismo jurídico, monismo que advertimos en adelante, más aún cuando nos referimos a la realidad pluricultural de Perú.

La microconclusión a la que arriba Rubio, luego de su explicación, es certera puesto que en la actualidad, ya socialmente, al menos en la academia, se entiende que la materialización de un contrato social viene dado en una Constitución, cual Norma Fundante y Fundamental de un nuevo orden social que se ha elaborado. He allí el valor de la Ley de Leyes.

Pero aquí aparece otro tema: ¿Quiénes elaboran la Constitución? Para darnos respuesta, tenemos que introducirnos en la Teoría del Poder Constituyente. Esta teoría nace, como el brillante constitucionalista De Vega nos lo cuenta, en el marco de:

El Estado constitucional [el cual] cimentó su estructura en dos pilares fundamentales: por un lado, en el principio político democrático; por [el] otro, en el principio jurídico de supremacía constitucional. Conforme al principio político democrático se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Según el principio de supremacía, se considera que la Constitución es lex superior, que obliga por igual a gobernantes y gobernados.

Confluyen de esta suerte en la organización estatal que históricamente surge como consecuencia de los procesos revolucionarios burgueses, dos líneas de pensamiento perfectamente diferenciables. La primera sería la que, intentando proporcionar una justificación racional del poder, arranca de las incipientes formulaciones de la doctrina pactista (Nicolás de Cusa, Marsilio de Pánsa, etc.), para terminar en la formidable construcción del iusnaturalismo contractualista en nombres como Althusius, Grocio, Puffendorf, Wolff, Burlamaqui, Vattel, Locke, Rousseau, etc.

La segunda, preocupada no tanto en justificar el poder como en propiciar su limitación, y que podría situar su génesis en la teoría medieval de la supeditación del gobernante a la ley (Bracton, Fortescue, etc.) llegaría, a través de las versiones y matices más dispares (entre los que no resultaría ocioso recordar la literatura política monarcómaca del derecho de resistencia), a la más completa y acabada formulación en la obra de Montesquieu, en los umbrales mismos del triunfo y la institucionalización de la revolución burguesa (1999: 15-16)

Ambos pensamientos complementan en buena cuenta la razón de ser de no sólo hablar del nacimiento de una nueva forma de organización social pos absolutismo monárquico como fue la República, sino de, en tanto ésta, también la plasmación de reglas-principios que provean la base subjetiva objetivada de la estructuración de un proyecto país, es decir del contrato social de un pueblo, de su puesta en una Constitución. Más se hace evidente una contradicción que encarna en sí la sola idea de poder soberano, que implica poder ilimitado, cuando éste entra en relación a la Constitución, que implica limitación del poder. El detalle está en que hay dos planos de análisis que se mezclan: el que proviene de la idea del contrato social que requiere de poder sin limitaciones para constituirse como un Estado y el que proviene de la idea de una constitución entendida como norma fundamental a ser respetada sin distingos por todos, norma fundamentada en la limitación del ejercicio del poder.

La respuesta a esta encrucijada estaría en que «[p]orque se renuncia previamente a la democracia de la identidad [que es la democracia directa] como posibilidad histórica, es por lo que se hace posible plantear una teoría de la limitación del poder y, en definitiva, una teoría de la Constitución como ley suprema, en el marco de la democracia representativa» (De Vega 1999: 19). Si a esto le agregamos que se admite como único supuesto legitimador del Estado el principio democrático de la soberanía popular, entonces «[s]e establecen históricamente las bases –como indica Bryce– sobre las que inexorablemente ha de surgir la noción de poder constituyente» (De Vega 1999: 25). Con este poder se creará, por el propio pueblo, la Constitución. En contraste a esto encontraremos a los poderes constituidos los cuales están ordenados y limitados justamente por esa Constitución. ¿Entonces qué es en síntesis el poder constituyente y quiénes están llamados a ejercerlo?

Siguiendo el hilo conductor de la pregunta, este poder calificado como constituyente lo responde el gran constitucionalista argentino Bidart:

El término denota, en su acepción más sencilla, algo que mediante ese mismo poder se "constituye"; se constituye un orden político, una constitución, una vigencia constitucional, un repertorio de vigencias. Poder constituyente, en sentido general, es el que constituye al Estado; y como todo Estado, al constituirse, tiene siempre una constitución, poder constituyente es el que confiere al Estado su constitución. (1962: 541)

Por su parte, el jurista Orbegoso también aporta una definición sobre poder constituyente al decir que «[...] será, pues, en muy breves palabras, el poder social que tenga la virtud o la fuerza de constituir un Estado, o de que éste se constituya. [...] [también habrá] poder constituyente allí donde ya ha existido un Estado, pero donde dicho poder determina el cambio de organización política más o menos importante hasta llegar a constituir inclusive un nuevo tipo de Estado o una nueva forma de gobierno» (Orbegoso 2002: 67), que sería precisamente el caso peruano.

Pedro De Vega dice que «[...] respecto a la naturaleza del poder constituyente, no admite duda alguna que se trata de un poder absoluto y total» (1999: 28). Asimismo, expone una cita del gigante Sieyès que a la letra dice: «El poder constituyente todo lo puede... No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pluguiera adoptar» (1999: 28).

En nuestra opinión, aquel trasfondo con que cierra esa idea es medular: son los individuos mismos quienes organizados toman la decisión creadora del Estado, de la Constitución. Bidart, a continuación, lo desarrolla cuando habla de que: «El consentimiento juega un papel primordial en ese momento fundacional de cada Estado. De ahí que el pueblo deba intervenir en la gestación del Estado, históricamente considerado como una institución concreta en el tiempo y en el espacio, prestando su consentimiento y resolviendo su organización» (1962: 541).

Ahora bien, definido el poder constituyente, ¿quién es el que puede ejercerlo? Muy sucintamente Bidart señala que «[e]l pueblo posee [...] el poder constituyente como titular natural, y tal poder deriva, según Messineo, del derecho originario de la colectividad a proveer a su organización política y jurídica, estableciendo e imponiendo una Constitución» (1962: 542). De la misma opinión es De Vega al mencionar que «[n]unca se ha puesto por nadie en duda, cuando se admite el principio político democrático de la soberanía popular, que la titularidad del poder constituyente corresponde al pueblo» (1999: 29).

Nos queda clara la idea de que es el pueblo el único titular del poder constituyente y es entonces en esa lógica que tenemos que analizar en adelante la variable *cultural* que es compositiva de las personas, de los grupos humanos que participan al interior del pueblo.

## PLURICULTURALIDAD PERUANA

En efecto, referirnos a Perú es albergar en nuestro estudio datos sobre su realidad. Más en relación al tema constitucional del poder constituyente, donde ya explicamos que el pueblo es el llamado a ejercer tal poder, resulta imperioso especificar la realidad básicamente sobre la composición demográfica peruana. Para ello, trabajaremos con datos brindados por el INEI,<sup>11</sup> que es el Instituto Nacional de Estadística e Informática, y con mapas elaborados por el INDEPA,<sup>12</sup> que es el Instituto Nacional de Desarrollo de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano.

Según el INEI, con información del último censo sobre población realizado el 2007, Perú tiene un total de 28'220,764.<sup>13</sup> También tiene el censo de 1993, año en el que se engendró el Congreso Constituyente Democrático que dio a luz a la Constitución del mismo año, el cual anota un total de 22'639,443 habitantes. Ello es importante para las ideas que daremos.

En Perú existe una característica importante más allá del mero cálculo de cuántas personas hay en territorio patrio: esto es ser un país *pluricultural*. Un país que tiene orígenes poblacionales anteriores a la colonización española en el continente americano durante el siglo XVI y, por ende, antes de los procesos libertadores que generaron una república independiente de la corona española durante el siglo XIX. Se trata de colectividades, comunidades o pueblos indígenas, amerindios o más exactamente originarios, esparcidos a lo largo del territorio americano (en nuestro caso, peruano).

Cuando llegaron a Perú las teorías aplicadas nacidas en el seno de la Revolución Francesa como la Teoría del Contrato Social, del Estado, de la Separación/División de poderes, etc., éstas se aplicaron sobre una realidad social completamente distinta a la de sus lugares de origen. Mientras allá sus procesos constitucionales se dieron como una forma de consolidar una nación, una cultura, por el contrario en continentes colonizados como América, África y Asia las sociedades estaban compuestas básicamente por una variedad de culturas y/o naciones debiendo significar que los procesos constitucionales sean diferentes (aunque como veremos, este elemento, el de la *pluriculturalidad*, a pesar de existir, fue obviado por el constitucionalismo importado a América). Como hemos apreciado, la definición de «pueblo» es tomada a lo largo de dichas teorías eurocéntricas saltándose la consideración *cultural* que poseen los individuos, pues importa entender al pueblo a secas, es decir como un conjunto de individuos que, sin más, forman un conglomerado en torno al objetivo de hacer un contrato social que plasme la nueva forma en que se organizarán social, política y económicamente. En otras palabras, se toma el hecho descriptivo de estos individuos sólo desde su *numerosidad* más no desde su *culturalidad*. Se evade desplegar a profundidad ese tema en el entendido de que se asiste a un patrón cultural

<sup>11</sup> El INEI es el órgano rector del sistema estadístico nacional en el Perú el cual norma, planea, dirige, coordina, evalúa y supervisa las actividades estadísticas oficiales del país. Su página web es <http://www.inei.gob.pe/>. Al entrar a dicha página, debemos dirigirnos a la parte céntrica superior y seleccionar la viñeta llamada Perú en Cifras y al interno seleccionar la viñeta Indicadores Demográficos. Trabajaremos con ello.

<sup>12</sup> El INDEPA es el organismo rector encargado de proponer y supervisar el cumplimiento de las políticas nacionales, así como de coordinar con los Gobiernos Regionales la ejecución de los Proyectos y Programas dirigidos a la promoción, defensa, investigación y afirmación de los derechos y desarrollo con identidad de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuano en el Perú. Su página web es <http://www.indepa.gob.pe/>.

<sup>13</sup> Consultado en: «<http://censo.inei.gob.pe/Censos2007/IDSE/index.htm>», Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 6:40 horas)

compartido (que tiene variaciones de forma pero no de fondo), una cosmovisión común a todos ellos, que no comporta una novedad, que no llama la atención a desarrollar. De allí que el pueblo francés, junto a su revolución en la que se consolidan como República, pueda entenderse como la expresión más nítida de, si bien un pueblo pluriverso, un pueblo *monocultural*. De allí que sus teorías constitucionales no cobijen conceptos referidos a la *cultura* como elemento componente de su constitucionalidad, de allí que en esencia el constitucionalismo europeo hoy predominante esté impregnado por naturaleza de *monoculturalidad* en cada institución constitucional.

Perú tiene una composición pluricultural importante al interior de su pueblo que nunca se ha tomado a detalle para su necesaria representación y participación dentro de los muchos procesos constituyentes desde sus inicios como República. El año 2002, la Mesa Nacional de Pluralismo Jurídico<sup>14</sup> (MNPJ), en su documento Propuestas de Reforma Constitucional en Materia de Pueblos Indígenas y Comunidades, concluía que:

Cuando la Constitución reconoce el carácter pluricultural y pluriétnico de la Nación sustentado en sus pueblos originarios, establece una relación directa con la historia contemporánea del país. Esa declaración debe repercutir en todo el sistema jurídico. De manera que, esos caracteres generales resulten orientándonos al logro de una democracia que no sea meramente formal. En el caso del Perú, esas condiciones de nuestra Nación atienden, principalmente a la existencia de Pueblos Indígenas con derechos propios. Pueblos Indígenas excluidos de las constituciones peruanas hasta la fecha. (2002: 2)

Fuera de que dicha Mesa, limitada y contradictoriamente, conceptualiza la pluriculturalidad sin equipararla a la plurinacionalidad (por eso habla sólo de *nación*, de una sola nación, en el sentido de *uninacionalidad*), el diagnóstico que nos brinda sobre este tema es claro: los pueblos originarios peruanos están hasta hoy excluidos de las constituciones peruanas. Ello porque:

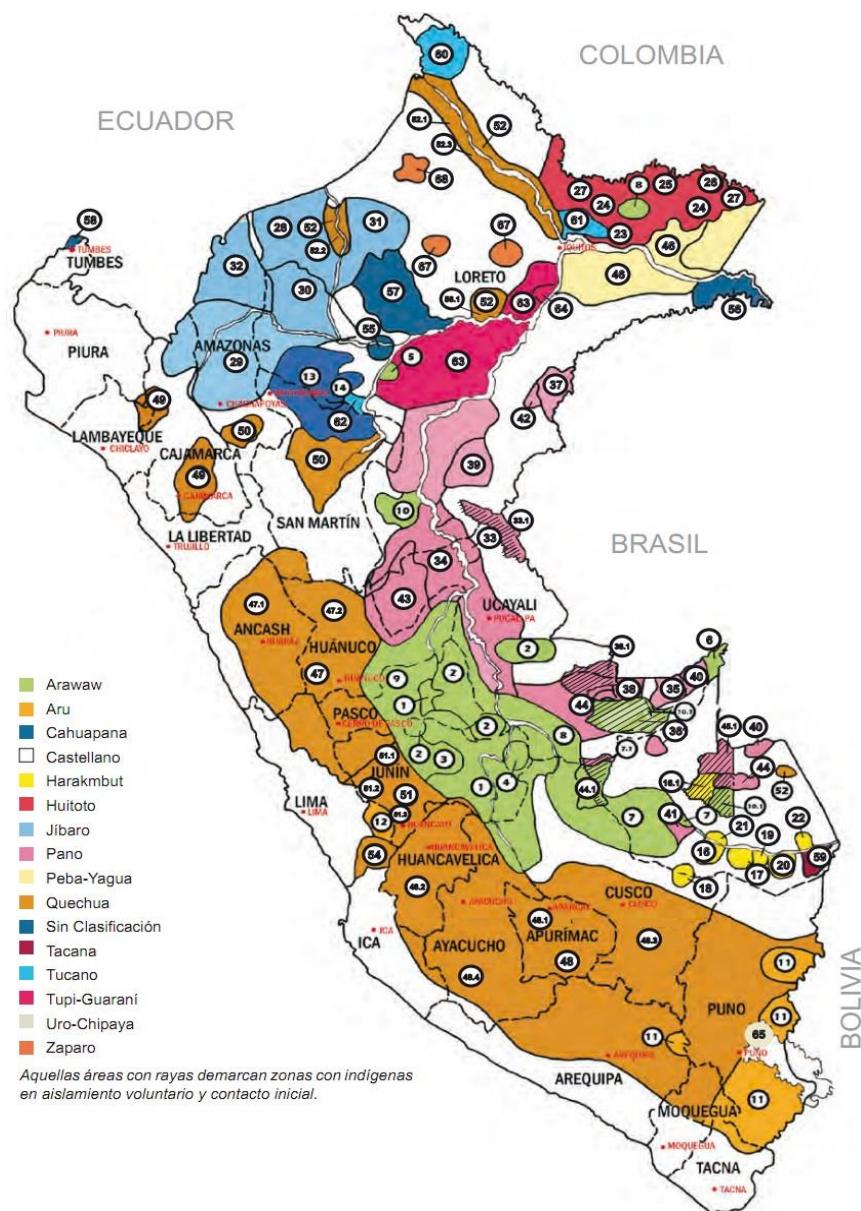
Al iniciar el siglo XXI, en el Perú se percibe todavía a la población nativa [léase indígena] como un obstáculo, una carga contra la modernización. Este pensamiento se acentúa en los liberales a ultranza para quienes toda realidad social peruana que provenga de su historia, "traba" el desarrollo del libre mercado. De manera que, todos sus derechos deben ser borrados si suponen algún límite a la "inversión", su propiedad negada si ella implica los recursos naturales históricamente utilizados, sus conocimientos expropiados si tienen valor comercial... La propiedad no les alcanza, los recursos naturales bien utilizados no les pertenecen, los conocimientos no tienen patentes... En consecuencia, los indígenas son el sector social más estigmatizado en sus derechos y más empobrecido. Contra todas las evidencias de su dinamismo económico, de su capacidad de adaptación y cambio en bien -precisamente- del mercado. (MNPJ 2002: 3)

Esquemas de pensamiento restrictivos como éste no hacen sino evidenciar la hondura del desconocimiento sobre el pueblo peruano. Perú debería haberse constituido cuan pluricultural era, es y será. Por eso es bueno saber de dónde se viene para saber a dónde se va.

El territorio americano, sobre el cual se asentaron las colonias españolas y posteriormente las repúblicas independientes de la corona española, estaba previamente poblado de indígenas alrededor de originarias ordenaciones sociales, políticas y económicas cual originarias ordenaciones culturales tales como, lo que en una época histórica significó, la civilización Maya, la civilización Azteca, la civilización Incaica, entre muchas otras. En nuestro caso, la civilización incaica tuvo a su interior diversas culturas, muchas de las cuales, derrotada ella, han trascendido a los tiempos coloniales y republicanos manteniendo sus costumbres, su identidad, su lengua, su propia forma de organizarse como sociedad. En el caso peruano podemos situarlas territorialmente si nos fijamos en el siguiente Mapa Etnolingüístico del Perú (MELP) al 2010<sup>15</sup>:

<sup>14</sup> La Mesa Nacional de Pluralismo Jurídico estaba conformada la Defensoría del Pueblo, Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS), Comisión Andina de Juristas (CAJ), Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAAP), Servicios Educativos Rurales (SER), Centro de Investigación y Promoción Amazónica (CIPA). (Consultado en: <http://ibcperu.org/doc/isis/12946.pdf>), Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 8:27 horas)

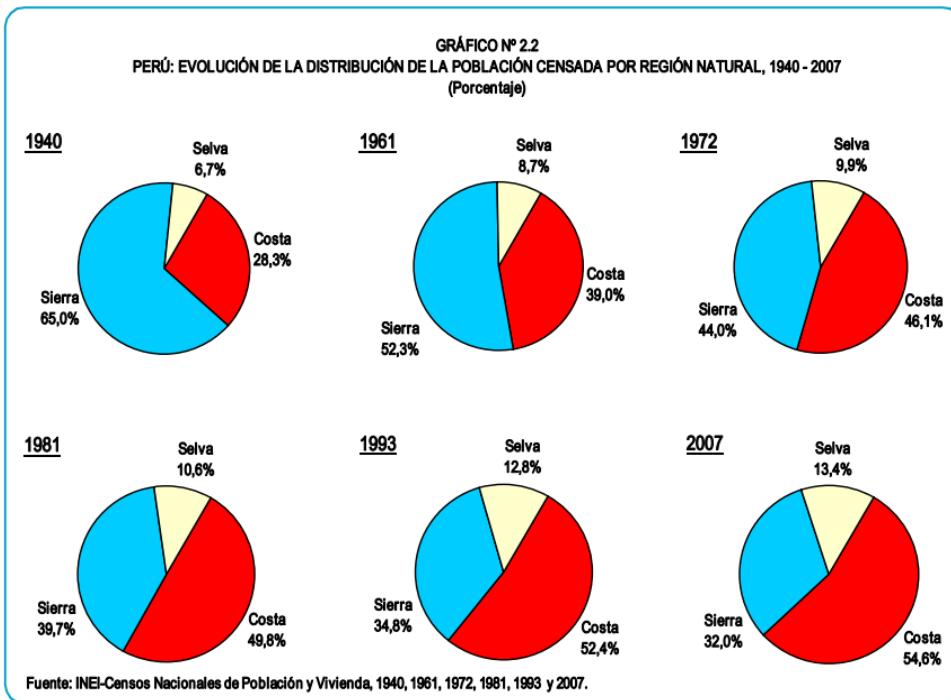
<sup>15</sup> Consultado en: «<http://www.indepa.gob.pe/mapa2.html>», Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 8:50 horas.



Hay 3 regiones naturales en las que suele ser dividido estadísticamente el país para su estudio. Éstas son costa, sierra y selva. Según apreciamos del MELP, la mayoría de los pueblos indígenas que corresponde a nuestro país se encuentran asentados alrededor de la sierra y la selva, y muy pocos en la costa pues como sabemos esa fue la zona de asentamiento de quienes vinieron del hemisferio norte (Europa principalmente).

Tomemos en cuenta dos datos importantes más. Primero, el Cuadro de la Evolución de la Población censada por Región Natural (CEPxRN) desde 1940 hasta 2007<sup>16</sup>:

Y segundo, la naturaleza que han tenido nuestras constituciones a lo largo de nuestra historia republicana. Esto para sacar algunas observaciones que sirvan a nuestro ensayo. Sobre nuestras Cartas Magnas, el doctor Ferrero Costa nos extiende una caracterización oportuna:



Una muestra de los distintos cambios en las tóricas constitucionales está reflejado en el hecho de haber tenido cartas políticas con influencia liberal, como las de 1823, 1828, 1834, 1856 y 1867; de indudable tono conservador, como las de 1826, 1836, 1839 y 1860; y otras con marcado signo social, como son las de 1920, 1933, y 1979, para luego desembocar en la actual [1993], con marcadas manifestaciones [neo]liberales en lo económico pero fuertes signos autoritarios en lo político. (2006: 26)

Con ambos datos, nos damos cuenta que hemos tenido Constituciones desde principios de la República peruana. También se aprecia que hay una marcada tendencia desde 1940 hasta 2007 de despoblamiento de la zona sierra y un creciente (re)poblamiento de la zona costa del Perú. Nos preguntamos ¿Participaron representativa e identitariamente los pueblos indígenas asentados en la sierra, como parte mayoritaria del pueblo peruano, titular del poder constituyente, en el proceso constituyente de 1933 habida cuenta que habrían sido poblacionalmente un porcentaje mayor al 65% tal como lo expresaría el censo de 1940? ¿En cuántos procesos constituyentes desde 1823 hasta 1993 participaron representativa e identitariamente los pueblos indígenas en Perú? Como bien se desprende de la caracterización dada por el profesor Ferrero a las constituciones (liberales, conservadoras, etc.), casi todas las Normas Fundamentales que hemos tenido han bebido de la experiencia constitucional de Europa, motivo por el cual tienen una clarísima impronta iusfilosófica en sentido occidental, de uninacionalidad, de monoculturalidad. ¿Pero qué pasa con la visión no-occidental que repre-

<sup>16</sup> Consultado en: «<http://censos.inei.gob.pe/censos2007/documentos/ResultadoCPV2007.pdf>», Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 8:30 horas.

sentan los pueblos indígenas peruanos que por años han habitado este país? ¿Es factible considerar con completa legitimidad, la dación de una Constitución en la que no participen sectores importantes de la población? ¿Los pueblos indígenas no tienen derecho acaso a participar como parte conformante del pueblo en el ejercicio de su poder constituyente? La lógica impresión que nos dejan las respuestas implícitas a estas preguntas nos dicen que los pueblos indígenas no tienen un sentimiento constitucional a lo largo de la historia constitucional peruana pues nunca fueron tomados en cuenta en los momentos en que se elaboraban constitución tras constitución. Sus *cosmovisiones* no han sido recogidas en la Constitución actual como cualquier Carta Magna que, dignándose de ser tal por haber sido elaborada representativa e identitariamente por su propio pueblo, sí lo tendría.

## PERÚ Y EL CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA

En el mundo académico e intelectual formado con las premisas de la ciencia occidental, es difícil tener una comprensión clara de la realidad social no-occidental en la que participan primordialmente los pueblos indígenas. Dichos pueblos no sólo tienen otros saberes sino también otros procesos de formación de conocimientos. Es preciso que al profundizar nuestro estudio relacionado al pluriculturalismo, al interior del concepto pueblo, podamos advertir que muchas aproximaciones teóricas elaboradas en el Norte resultan limitadas para poder analizar las emergentes realidades del Sur, sus diversos contextos culturales y sus heterodoxos procesos políticos. Y es respecto de ello que debemos comprender cómo ha funcionado el constitucionalismo cada cierta época latinoamericana. En una publicación del 2010 sobre este tema, la jurista peruana Yrigoyen señala el horizonte evolutivo del constitucionalismo en Latinoamérica: del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social y de éste al constitucionalismo pluralista.<sup>17</sup> Cabe entender al constitucionalismo como una técnica de organización y distribución de poder, tanto en forma de derechos como de soberanía, para que así podamos entender que las constituciones tienen importancia no sólo simbólica sino también sustantiva. Estos tres horizontes constitucionalistas, nos revelan que poco a poco ha empezado a existir un sinceramiento respecto de los pueblos (y su composición pluricultural) en la generación de sus contratos sociales, hecho que antes no se producía. Significa que los países pluriculturales por fin están reconociéndose como tales en la medida de que el proyecto país, que cada uno plasma en su Constitución, pasa por la consideración igualitaria de las distintas concepciones del mundo al interior de su pueblo. No hay una mejor que las otras. Los de una ya no deciden por los de otras. Es un avance, sin duda, que tiene el mérito de empezar a hacer derecho desde la propia realidad social amerindia en correlación con la experiencia importada de las realidades sociales que implicaron el constitucionalismo europeo y norteamericano.

Se hace oportuno desarrollar el último horizonte: *el del constitucionalismo pluralista*, pues expresa experiencias constituyentes nacidas en el seno del continente americano de las cuales debemos aprender pues son ejemplos de democratización en el plano constitucional. En las últimas tres décadas, en varios de nuestros países se han dado tres ciclos de reformas constitucionales en materia de multiculturalidad, derechos indígenas y pluralismo jurídico, las cuales sobretodo han terminado caracterizando la dinámica constitucionalista

<sup>17</sup> Yrigoyen desarrolla cada uno de los horizontes constitucionalistas: «Luego de la era colonial, los Estados latinoamericanos se organizaron, bajo liderazgo criollo, en torno a proyectos políticos excluyentes que implantaron nuevas formas de sometimiento, anexión territorial y subordinación indígena en el *horizonte del constitucionalismo liberal* del siglo XIX. Se inauguró un Estado organizado en instituciones formalmente democráticas, con un sistema de garantías y derechos individuales que negaba a los indígenas derecho colectivos a sus tierras. Se trataba de un Estado monocultural, etnocéntrico, de ciudadanía restringida (para hombre blancos propietarios padres de familia) y que no reconocía pueblos, naciones, idiomas, culturas ni sistemas jurídicos indígenas.

En el siglo XX, luego de la Constitución mexicana de 1917, se inaugura el *horizonte del constitucionalismo social*, marcado por el proyecto de indigenismo integracionista. En ese marco, se busca «resolver el problema indígena» mediante políticas de integración al mercado y al Estado, incluyendo el reconocimiento de tierras y colectivos indígenas: más adelante, reformas agrarias y organización de cooperativas, sindicatos y comunidades campesinas. Todo ello, sin cambiar la configuración excluyente y monista del Estado.

A partir de los ochentas del siglo XX, luego de la Constitución de Canadá de 1982, se inicia el *horizonte del constitucionalismo pluralista*, llegando a desarrollar tres ciclos hasta la fecha. En ese horizonte se cuestiona la monoculturalidad, la identidad Estado-derecho o el monismo jurídico y, finalmente, la propia raíz colonial de los Estados latinoamericanos, configurados de espaldas a los pueblos originarios. Y esta es la novedad del último ciclo del constitucionalismo pluralista. No sólo concibe a los colectivos indígenas como culturas diversas, objeto de reconocimiento de derechos culturales por los Estados; sino como pueblos, naciones o nacionalidad originarias, con capacidad de ser sujetos de un nuevo pacto de Estado, el cual se configura como un Estado plurinacional.» (2010: 10-11)

latinoamericana. Estas reformas han ido del reconocimiento del derecho a la diversidad cultural y la definición de la pueblo pluricultural, al reconocimiento de nuevos derechos indígenas, el pluralismo jurídico interno, y una redefinición del Estado mismo, primero como Estado pluricultural y luego como Estado plurinacional.<sup>18</sup>

Esta nueva conceptualización, que tiene sus fuentes en la experiencia indoamericana, dada su envergadura, no acaba de ser totalmente digerida ni por la academia ni por los actores que la originaron pues ha implicado una nueva institucionalidad, ahora pluriversa culturalmente.

Con el encabezamiento de los espacios constituyentes por los pueblos indígenas, las Constituciones ya no sólo son el escenario donde se define las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas sino que se han constituido en escenarios de la refundación de tales relaciones y de los Estados mismos.

Perú no es ajeno a esta realidad social que ha empezado a cambiar la realidad constitucional. Si analizamos el MELP<sup>19</sup> al 2010 podemos darnos cuenta que actualmente existen gráficamente 76 etnias que pertenecen a 16 familias etnolingüísticas y la forma de cómo éstas están distribuidas geográficamente en el país. La Constitución Política del Perú 1993 en su Título I *De la Persona y De la Sociedad*, Capítulo I *Derechos Fundamentales de la Persona*, en su artículo 2º numeral 19º señala que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. Pero ¿cuáles son las identidades étnicas y culturales (y lingüísticas) que existen en el país?

El mapa en mención, trabajado por el INDEPA, ubica en el territorio nacional los asentamientos ancestrales de todos los pueblos indígenas (descendientes de las poblaciones originarias). De acuerdo a una publicación de dicho instituto realizada en la Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública<sup>20</sup>, revista editada por el Instituto Nacional de Salud, el mapa:

---

<sup>18</sup> La constitucionalista Yrigoyen Fajardo explica estos tres ciclos anotando que: «El primer ciclo de reformas constitucionales en el horizonte pluralista arranca en los ochenta del siglo XX, con la emergencia del multiculturalismo, y se caracteriza por la introducción del derecho –individual y colectivo- a la identidad cultural, junto con la inclusión de derechos indígenas específicos. Luego de la pionera adopción del constitucionalismo multicultural por Canadá en 1982, le siguen dos países centroamericanos –Guatemala 1985 y Nicaragua 1987- que buscan salir de procesos bélicos y reconciliar a sus sociedades, incluyendo el reconocimiento de derechos indígenas y, en el caso de Nicaragua, un sistema de autonomías. La reforma de Brasil en 1988 antecede en un año a la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT] sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, pero ya recogen algunos de los planteamientos que se debaten en la revisión del Convenio 107 de la OIT, por lo que dicha Constitución está en el umbral del segundo ciclo. El segundo ciclo, durante los noventa del siglo XX, incorpora los derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT. Este ciclo reafirma el derecho a la identidad y diversidad cultural, ya introducido en el primer ciclo, pero desarrolla además el concepto de «nación multiétnica» y «Estado pluricultural», calificando la naturaleza de la población y avanzando hacia el carácter del Estado. En este ciclo se reconocen formas de pluralismo jurídico, lo que supone el reconocimiento de las autoridades, normas o derecho consuetudinario indígena y funciones jurisdiccionales o de justicia. Ello rompe el monismo jurídico anterior, por el cual sólo el Organismo Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial monopolizaban la producción jurídica y la violencia legítima. También estas constituciones incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, como el derecho de consulta y participación, que no acaban de ser acomodados por los órganos soberanos del Estado. Este modelo se expande en Meso y Sudamérica (Colombia 1991, México 1992, Paraguay 1993, Perú 1993, Bolivia 1994, Argentina 1994, Ecuador 1996 y 1998, y Venezuela 1999). La adopción del multiculturalismo en los noventa se dio paralelamente a las reformas del Estado, en el marco de la globalización. Tales reformas supusieron políticas de ajuste y la retracción de derechos sociales así como la flexibilización de mercados y la apertura a las transnacionales. Un gran número de corporaciones transnacionales se instalaron en territorios de los pueblos indígenas, con efectos contraproducentes respecto de sus nuevos derechos conquistados. El segundo ciclo, por ello, es de marcados contrastes y, de algún modo, inconsistente, por la adopción simultánea de derechos indígenas y de políticas que permiten nuevas formas de despojo territorial indígena como no se había dado desde el siglo XX.

El tercer ciclo, durante la primera década del siglo XXI, se da a la par de la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006-2007). Está conformado por dos procesos constituyentes (Bolivia 2006-2009 y Ecuador 2008), y ha puesto en el escenario nuevos temas de debate como el «Estado plurinacional», un modelo de pluralismo jurídico igualitario (con institucionalidades plurinacionales e interculturales), y nuevos derechos, en el marco de un proyecto descolonizador» (Santos 2010: 12-13)

<sup>19</sup> MELP significa Mapa Etnolingüístico del Perú. Consultado en: <<http://www.indepa.gob.pe/mapa2.html>>, Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 8:54 horas.

<sup>20</sup> Su página web es <http://www.rpmesp.ins.gob.pe/portalweb/> y puede accederse a ella ingresando primero al portal web del Instituto Nacional de Salud (<http://www.ins.gob.pe/portal>) para luego dirigirse al lado medio-derecho en la parte señalada como Publicaciones. Allí se encuentra el vínculo web de la revista con la que trabajaremos. Una vez dentro, vayamos al lado superior centro y seleccionemos la viñeta Números, luego la subviñeta Otros Números y seleccionemos año 2010, volumen 27, número 2. (Consultado en: <<http://www.rpmesp.ins.gob.pe/portalweb/Articulo.htm?Id=2902>>, Viernes 30 de Mayo de 2014 a 8:56 horas)

[...] hace uso de la estadística oficial proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, al tomar como fuente cifras oficiales sobre población de comunidades indígenas de la Amazonía al año 2007, número de comunidades nativas y hablantes de lenguas indígenas a nivel nacional en base al II Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonía Peruana 2007 y Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda; y también los datos de COFOPRI sobre comunidades campesinas.

Así tenemos que 3'919,314 personas de 5 a más años hablan lenguas indígenas, de las cuales 3'261,750 son quechuahablantes, 434,370 aymarahablantes y 223,194 hablan otra lengua nativa; todos ellos están organizados en torno a 7 849 comunidades de las cuales 6,063 son campesinas y 1,786 son nativas. (INDEPA 2010: 288)

La información es valiosísima puesto que nunca antes se ha desarrollado oficialmente investigaciones a esta escala, menos aún referido a poblaciones indígenas peruanas. Acá se elabora un recuento sintético de la realidad cultural peruana:

La matriz mencionada da cuenta de la coexistencia no siempre pacífica de 76 etnias, de las cuales 15 se ubican en el área andina: Cañaris, Cajamarca, Huancas, Choccas, Wari, Chancas, Vicus, Yauyos, Queros, Jaqaru, Aymaras, Xauxas, Yaruwilcas, Tarumas y Uros; y 60 en el área amazónica que están especificadas en el mapa y una en la costa: Walingos, todas las cuales están agrupadas en 16 familias etnolingüísticas diferentes: Arawak, Aru, Cahuapaná, Harakmbut, Huitoto, Jibaro, Pano, Peba-yagua, Quechua, Romance, sin clasificación, Tacana, Tucano, Tupi-Guaraní, Urochipaya y Zapparo.

Al respecto, cabe señalar que hemos encontrado que la relación entre identidad y lengua no siempre ha sido unívoca, ya que las 76 etnias mencionadas están relacionadas a 68 lenguas. Así tenemos, que en la Amazonía, a excepción de los Resigaros que si bien hablan Huitoto todavía se identifican como parte de los Arawak y las etnias Quichua, Inga y Alamas son parte de la lengua Napo-Pastaza-Tigre; los Walingos de la costa hablan castellano pero desean persistir conservando su propia identidad. En el área andina los Uros peruanos, a diferencia de los Uros bolivianos que hablan Uro, hablan Aymara pero siguen identificándose como Uros; asimismo dentro de la familia lingüística Quechua no es unívoco, a excepción de los Vicos perteneciente a la lengua Ancash-yaru; así como dentro de la lengua Ayacucho-Cusco existen las etnias: Chopcca, Chancas, Wari, Keros; dentro de la lengua Cañaris-Cajamarca dos etnias: Cañaris y Cajamarca y, dentro de la lengua Jauja-Huanca las etnias: Huanca, Tarumas y Xauxas. Es decir no siempre existe una correspondencia entre etnia y lengua, y que para ser indígenas no siempre tienen que hablar su lengua ancestral que la pudieron perder por diversos motivos y tuvieron que adoptar otra para poder comunicarse, pero sin perder su identidad, como hemos apreciado líneas arriba. (INDEPA 2010: 288-289)

Es cierto que la población indígena ha disminuido considerablemente en relación a su migración a la costa (que precedía el hecho de dejar sus tierras y territorios de donde procedían y el hecho de acoplarse transculturalmente a otra cultura como la occidental asentada en las costas peruanas) tal como nos revelaba el CEPxRN<sup>21</sup> desde 1940 hasta 2007 que ya mostramos, puesto que si en 1940 la población mayoritaria ubicada en sierra peruana constituía el 65% del total (la composición popular de esta región era sustancialmente indígena), luego en 1972 dicha población indígena post migración del campo a la ciudad durante los años 1950 y 1960 dejó en la zona serrana sólo un 44% mientras que la zona costeña pasaba a tener el 46.1% del total. Ahora, según último censo del 2007, la población se encuentra en un 32% en la Sierra, un 54,6% en la Costa y un 13,4% en la Selva. Si a esto agregamos la transculturación de lo indígena hacia lo occidental que han vivido muchas de las regiones político-administrativas, de territorios netamente indígenas, entonces el panorama se complejiza. Es decir, siguen habiendo pueblos indígenas en demasía pero parte importante de estos pueblos ya no asisten a sólo vivir en cuanto a su propia cultura sino también han aprendido a reconocer en ellos parte de la cultura occidental que encontraron en las ciudades a las que fueron. Se ha producido entonces, sobre el pluriculturalismo, un interculturalismo transculturalizante que como bien ha mencionado el INDEPA, en tanto se tenga que definir qué es o no es indígena, está sujeto en gran medida al hecho de haber mantenido «su identidad» de origen.

De la lectura del MELP al 2010 y del CEPxRN desde 1940 hasta 2007 podemos colegir que los principales asentamientos territoriales de poblaciones indígenas se encuentran aún en la Sierra y la Selva. Agregaríamos que

<sup>21</sup> CEPxRN significa Cuadro de la Evolución de la Población censada por Región Natural. Consultado en: «<http://censo.inei.gob.pe/censos2007/documentos/ResultadoCPV2007.pdf>», Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 11:12 horas.

también en la Costa puesto que el hecho de haber migrado hacia esta zona (que es lo que constituyó la sobre-población costeña actual y su inexorable mestizaje) no hace que los migrantes indígenas peruanos hayan dejado de ser tal. Es más, llegados a la Costa muchos reproducen un equilibrio entre su cultura de origen y la cultura de la ciudad, convirtiéndose cada cual en portadores unitarios de esa pluriversidad cultural que también expresa en ella una pluriversidad jurídica. Es decir, «[...] es necesario reconocer, analíticamente y políticamente, la tensa interacción entre los diferentes ordenamientos normativos que operan en cualquier sociedad» (Guevara 2008: 148), en este caso, expresados en los seres humanos que asisten a contener en sí más de una cultura con lo cual «[...] se configura[ría] un complejo escenario legal policéntrico y conflictivo» (Guevara 2008: 148).

Por otra parte, retomando el análisis de los cuadros presentados, de aquellos pueblos indígenas situados en sus territorios, según observamos el MELP al 2010, podemos decir que:

Las etnias de la zona amazónica se organizan, mayoritariamente, en torno a comunidades nativas que están conectadas a la sociedad nacional, esto se traduce en la existencia de 1786 comunidades nativas que están distribuidas en dicha zona. Asimismo existen pueblos indígenas pertenecientes a algunas familias etnolingüísticas (Arawak, Harakmbut y Pano) y etnias (Matsiguenga, Yine, Amarakaeri, Iscobaquebu, Morunahua, Yaminahua y Yora) las que el Estado y los gobiernos regionales sobre la base a la Ley N° 28736 para la protección de los pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial y el D.S.N.º 008-2007-MIMDES Reglamento de la Ley N.º 28736 han reconocido y protegen mediante cinco reservas territoriales tales como: Kugapakori-Nahua-Nantis y otros, Mashco-Piro, Madre de Dios (Amarakaeri, Yaminahua y Yora), Isconahua y Morunahua. Dichas etnias enfrentan un choque intercultural con los foráneos ya sean estos madereros o colonos, debido a la poca densidad poblacional y a los recursos naturales que poseen y que han convertido a la selva en el segundo destino migratorio del país, después de la costa.

En el área andina las etnias asentadas en ella conservan en mayor o menor medida creencias, prácticas socioculturales, económicas y la mayoría tienen lenguas que le confieren identidad. Así tenemos que, a excepción de los Aymaras y Jaqaru, los quechuas han experimentado fuerte deterioro en su identidad étnica y perviven en las denominadas comunidades campesinas. (INDEPA 2010: 289)

Como vemos Perú ha sido siempre un país *pluricultural*. Lo deduciblemente inicuo, desde el punto de vista constitucional, es que no ha existido un proceso constituyente hasta el día de hoy que tenga como parte integrante importante en la representación identitaria legislativa especial constituyente a estos pueblos indígenas, a pesar de haber sido la población mayoritaria por más de un siglo y medio de República, por años en que se elaboraban contratos sociales para ellos sin ellos.

Hace un par de años, el historiador peruano Nelson Manrique, basándose en las estadísticas oficiales del INEI sobre la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) del 4º Trimestre del 2001, publicó un breve e interesante análisis,<sup>22</sup> de fácil contrastación, referido a la realidad cultural en Perú: cómo se definen étnicamente los peruanos. Manrique dice:

Del total de la población peruana, se autodefinen como mestizos un 58.1%, quechua un 30.1%, aymaras 4.0%, blancos e indígenas amazónicos 2.9% cada uno (son nuestras minorías étnicas), negros, mulatos y zambos 1.1%, y “otros” (que incluye a los de origen asiático) 0.9%. Una amplia mayoría de los peruanos se autodefine como mestiza y una cantidad muy reducida como blanca. Lo sorprendente es que, si se suman las categorías de quechua, aymara y amazónico, un 37% de los peruanos se autodefine como indígena, lo cual contradice la percepción de que lo indígena es hoy marginal en el Perú. Y si se suma a esta cifra la de “mestizos” se concluye que un 95.1% de los peruanos reconoce tener un origen andino.

Es en la región norte donde se concentra la mayoría de quienes se autodefinen como mestizos; en Cajamarca, Lambayeque y La Libertad se consideran tales más del 90% de los pobladores y en Tumbes el 88.5%. En Tumbes y Piura está la mayor cantidad de quienes se autodefinen como blancos, pero siendo estos una minoría a nivel nacional, su peso en

<sup>22</sup> Dicho análisis se publicó en la columna periodística «En Construcción», que tiene a cargo Manrique en el diario La República, mediante un artículo intitulado «Anatomía de un país desconocido» (Consultado en: «www.larepublica.pe/columnistas/en-construcion/anatomia-de-un-pais-desconocido-10-01-2012», Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 07:25 horas).

los departamentos aludidos es modesto: 7.1% y 6.1%, respectivamente. Los departamentos donde los mestizos constituyen una minoría (en Puno y Apurímac son menos del 10%) son aquellos donde la población indígena es aplastantemente mayoritaria.

La presencia de lo indígena es mucho mayor en los departamentos serranos. Quienes se definen como de origen quechua llegan al 90.5% en Apurímac, 86.9% en Ayacucho, 76.8% en Cusco, 70.4% en Huancavelica. Aunque a nivel nacional los aymaras constituyen apenas el 4.0% de la población, en Puno constituyen el 43.4%, en Moquegua el 27.9% y en Tacna, para sorpresa, el 53.0%. Si en este último departamento se suman los quechuas y los aymaras se llega al 58.7% de la población departamental, y en Puno al 95.3%. Existen pues una buena cantidad de departamentos donde los indígenas constituyen una amplia mayoría de la población. En Áncash, Arequipa y Huánuco están por encima del 50%. Pero las leyes no reconocen esta realidad y se vulnera derechos elementales de la mayoría de los ciudadanos.

Este es uno de los temas no resueltos aún por el constitucionalismo peruano que, como hemos señalado, caracterizándose dentro del *horizonte del constitucionalismo pluralista* factible a un desarrollo de tercer ciclo, se ha quedado congelado en uno de segundo ciclo lo cual hace solamente evidenciar la falta de sinceramiento a nivel de la realidad constitucional de aquello que ha venido existiendo en nuestra la realidad cultural. Manrique, finalmente, en el mismo artículo expresa:

Un último detalle significativo es que en el departamento de Lima un 26.8% de los habitantes se autodefine como quechua, y los aymaras y amazónicos aportan un 2.9% adicional. Alrededor de un 30% de los limeños se autodefinen pues como indígenas, y a esto hay que añadir que hoy Lima es el departamento que concentra la mayor cantidad de quechua hablantes en el Perú. Sin embargo es muy improbable que los lectores escuchen alguna vez hablar quechua en las calles, como sí sucede, por ejemplo, en Quito o La Paz. La razón no es difícil de comprender: hablar quechua, aymara o alguna lengua amazónica es exponerse al desprecio y la discriminación. Los hablantes de las lenguas originarias se protegen escondiendo su identidad lingüística. Esa es una de las peores heridas dejadas por la dominación colonial. Mejor que reprimir por la violencia la cultura de los vencidos (como se pretendió luego de la derrota de Túpac Amaru) es enseñarles a avergonzarse de ser quienes son.

A estas alturas, resulta inverosímil suponer que Perú vive encuadrado jurídicamente en la Carta de 1993, carta que, como la *constitución histórica* peruana, ha invisibilizado a través del tiempo a los pueblos indígenas que se identifican como tales al interior del pueblo peruano, a pesar de que éstos han sido la mayoría poblacional hasta hace contadas décadas atrás.

Como el portugués Santos, uno de los investigadores y académicos más importantes en el área de la sociología del derecho a nivel mundial, bien dice: «No es fácil analizar procesos sociales, políticos y culturales nuevos o novedosos porque es grande el riesgo de someterlos a cuadros analíticos y conceptuales viejos, incapaces de captar la novedad y, por eso, hay la tendencia a desvalorizarlos, ignorarlos o satanizarlos» (2010: 19).

Y eso es lo que ha estado pasando, constitución tras constitución, aquí en Perú. Diríamos que lo anotado por este autor es una de las explicaciones de las limitaciones en que se encuentra la academia en Perú. Cada vez que se ha tenido que fundamentar iusfilosóficamente un contrato social en nuestro país, esta labor se hace circunscrita a una conceptualización de lo preponderantemente hoy existente en la academia. Y eso no parece ser lo más acorde a un pueblo de naturaleza distinta a aquellos que se fundamentan en una iusfilosofía monocultural. En esa línea, deberíamos tomar distancia de la tradición constitucional europea y norteamericana toda vez que imparten una esquematización constitucional que no contiene (ni podría contener) la realidad cultural (que nació monocultural en países de Europa y que debería haber nacido pluricultural en países de América, África y Asia) existente al Sur del mapa mundial. Pero «[t]omar distancia no significa descartar o echar a la basura de la historia toda esta tradición tan rica, y mucho menos ignorar las posibilidades históricas de emancipación social de la modernidad occidental» (Santos 2010: 35) sino significa saber cuál es la fuente primaria de derecho, como lo es su realidad cultural en su aspecto social, político, económico y ecológico, y cuál es su fuente secundaria, como lo sería el conjunto de avances jurídicos de la experiencia cultural mundial.

No es representativo ni identitario ni democrático reproducir descontextualizada y universalmente en el mundo la epistemología de un constitucionalismo que nació al fragor de un contexto social y cultural deter-

minado, sin deberse principalmente al conocimiento de los otros contextos desde los cuales se discute el nacimiento de un contrato social con otra esencia; antes resulta sí ser un sinsentido que sólo se podría explicar si revisamos en qué momento e impulsado por qué movimiento se produjo la actual constitucionalidad en la que se está y de la que se proviene. Se pone de manifiesto mencionar que durante las últimas décadas dicha constitucionalidad ha empezado a sincerarse progresivamente en Latinoamérica bajo el horizonte del constitucionalismo pluralista.

Para Santos a su vez significa:

Asumir nuestro tiempo, en el continente latinoamericano, como un tiempo que revela una característica transicional inédita que podemos formularla de la siguiente manera: tenemos problemas modernos para los cuales no hay soluciones modernas. Los problemas modernos de la igualdad, de la libertad y de la fraternidad persisten con nosotros. Sin embargo, las soluciones modernas propuestas por el liberalismo y también por el marxismo ya no sirven, incluso si son llevadas a su máxima conciencia posible (para usar una expresión de Lucien Goldmann), como es el caso de la magistral reconstrucción intelectual de la modernidad occidental propuesta por Habermas (2010: 35)

Es una observación preclara que evidencia que las soluciones a los problemas no siempre se producen en el marco de una misma lógica, es más, muchas veces escapan a ésta. Ello quizás porque sus causas provienen de otra lógica. Por ejemplo, la Carta de 1993 faculta al Estado, propietario del subsuelo, a dar en concesión el territorio que éste convenga, de acuerdo a determinados requisitos, a fin de que se realicen actividades extractivas. Esta idea, proveniente de una visión que piensa al Perú como un país monocultural y por ende jurídicamente monista, colisiona sustancialmente con la visión de los pueblos indígenas peruanos, pueblos que con regularidad son amenazados y/o vulnerados en sus derechos fundamentales por dichas actividades, los cuales conciben el desarrollo de diferente manera que nosotros. Dicha decisión estatal de otorgar concesiones, así, sin más, obedece a «[...] las teorías monistas que proponen y defienden la idea de que las sociedades modernas (e.g., estados-nación) han desarrollado sistemas normativos monopólicos y especializados que atribuyen al Estado la potestad de legislar, administrar y resolver conflictos [...]» (Guevara 2008: 148).

Mientras la Carta Magna peruana tiene una fuerte impronta relativa a identificarse con la cultura occidental donde el ser humano es el centro de las cosas, ellos, que siendo peruanos debieron haber sido considerados representativa e identitariamente en la dación de dicha carta para evitar esta colisión, entienden al ser humano como parte integrante de la naturaleza, naturaleza que es finalmente el centro de las cosas para muchos pueblos indígenas.

Un claro ejemplo para Perú del choque de esas dos mundovisiones está plasmado en el desencadenamiento que tuvo la irregular, antijurídica y ortodoxa forma de concesionar parte importante del territorio patrio durante el segundo gobierno de Alan García (2006-2011) al amparo de la filosofía de *El Perro del Hortelano*<sup>23</sup> la misma que provocó tanto la primera (2008) como la segunda (2009) huelga amazónica de diversas comunidades indígenas en el Noroeste peruano, principalmente en las provincias de Bagua y Condorcanqui de la región Amazonas. El punto de inflexión máximo al respecto se expresa en los lamentables Sucesos de Bagua<sup>24</sup> del 5 de Junio de 2009<sup>25</sup> donde:

<sup>23</sup> Dicha filosofía expresa una concepción monista del Estado, en este caso, liberal, que es concebida a ultranza y presentada como la única forma de ver el mundo, como tenedora de la verdad absoluta, como la única vía posible para el desarrollo. Generalmente asociada a una concepción totalitaria o una visión fanática o de pensamiento único de mercado. El impulsor de ella fue el mismo Presidente de la República de ese entonces, Alan García, quien ya durante su primer gobierno (1985-1990) había sido acusado de violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad por parte de la CVR (Comisión de la Verdad y Reconciliación), comisión formada para investigar los veinte años (1980-2000) de violencia política interna que vivió el país.

<sup>24</sup> Los Sucesos de Bagua, conocidos popularmente como Baguazo, relatan el sangriento enfrentamiento entre miembros de la nación Awajún-Wampis y las Fuerzas Policiales junto a las Fuerzas Armadas del Estado Peruano durante el desalojo, ordenado por el Gobierno Central, de la Carretera Marginal Fernando Belaunde Terry tomada por la población indígena como medio de visibilización ante la inobservancia del Poder Ejecutivo en respetar su derecho a la consulta previa que tienen, como pueblos indígenas que son, de acuerdo al Convenio Internacional 169º de la OIT antes de que, por parte del Estado, se inicie cualquier actividad económica que los afecte. En este caso, se trataban de territorios concesionados para actividades extractivas. Hasta el día de hoy los sucesos y las responsabilidades por lo acontecido no han sido esclarecidos.

<sup>25</sup> Paradójicamente, ese mismo día, como cada año, se celebraba el *Día Mundial del Medio Ambiente*.

[...] podemos afirmar que el derecho de consulta previa [derecho que tienen los pueblos indígenas en su calidad de tal] definido en la Constitución y el Convenio 169 de la OIT constituyeron un marco vigente al momento de los hechos. Este marco constitucional e internacional no fue respetado [por el Estado peruano] y por el contrario fue transgredido cuando se emitieron decretos legislativos, normas administrativas y disposiciones policiales y militares que afectaban directamente a las comunidades o pueblos "indígenas", agravándose tal transgresión por sus efectos al producirse las trágicas muertes y la reproducción de violencia en todo el país.<sup>26 27</sup> (Peña 2009: 140)

Otros ejemplos emblemáticos de ese choque cultural, naturalizados últimamente en la sociedad peruana a pesar de la violencia e invisibilizados políticamente por los medios masivos de comunicación nacional a pesar de la responsabilidad que tienen de informar objetivamente con la verdad, también están expresados en torno al caso del proyecto minero Conga<sup>28</sup>, en Cajamarca, y al caso de la comunidad nativa Tres Islas,<sup>29</sup> en Madre de Dios.

¿En pueblos como los latinoamericanos, qué ha entrado en cuestión hace décadas? Ha entrado en cuestión que muchas Normas Fundamentales no hayan sido producto de la participación representativa de la pluriversalidad de mundovisiones al interior de cada país. Santos sintetiza razones importantes en torno a lo mencionado cuando dice:

[...] El Estado moderno ha pasado por distintos órdenes constitucionales: Estado liberal, Estado social de Derecho, Estado colonial o de ocupación, Estado soviético, Estado nazi-fascista, Estado burocrático-autoritario, Estado desarrollista, Estado de Apartheid, Estado secular, Estado religioso y, el más reciente (quizá también el más viejo), Estado de mercado. Lo que es común a todos ellos es una concepción monolítica y centralizadora del poder del Estado; la creación y control de fronteras; la distinción entre nacionales y extranjeros y, a veces, entre diferentes categorías de nacionales; la universalidad de las leyes a pesar de las exclusiones, discriminaciones y excepciones que ellas mismas sancionan; una cultura, una etnia, una religión o una región privilegiadas; organización burocrática del Estado y de sus relaciones con las masas de ciudadanos; división entre los tres poderes de soberanía con asimetrías entre ellos, tanto originarias (los tribunales no tienen medios para ejecutar sus propias decisiones) como contingentes (la supremacía del Ejecutivo en tiempos recientes); aun cuando en la práctica el Estado no tiene el monopolio de la violencia, su violencia es de un rango superior una vez que puede usar contra «enemigos internos» las mismas armas para combatir a los «enemigos externos». (2010: 69)

La forma de estructuración de este tipo de Estado al amparo de este tipo de Constitución es lo que ha entrado en crisis y lo que ha empezado a cambiarse. Así:

<sup>26</sup> Hace un par de años, Martes 6 de Septiembre de 2011, en Irmacita, provincia Bagua, región Amazonas, el Presidente de la República Ollanta Humala Tasso promulgó la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios como un simbolismo unificador para peruanas y peruanos que cierre la idea de la existencia de *Ciudadanos de Segunda Categoría* tal como, en su momento, así calificase el hoy expresidente Alan García a los Pueblos Indígenas. Se ha criticado duramente dicha ley porque a) el resultado de consulta (consentimiento/disentimiento) no es vinculante, b) las concesiones ya dadas, aun cuando fueron dadas en incumplimiento del Convenio 169 OIT, no serán revisadas, c) la reglamentación no cuenta con la participación de las organizaciones indígenas reconocidas nacionalmente y d) es centralista pues la consulta la tiene a cargo el gobierno central.

<sup>27</sup> La conclusión jurídica del doctor Peña Jumpa sobre los Sucesos de Bagua muestran la gravedad del caso. Bagua era uno de los cientos casos de conflictos sociales (más del 50% son siempre socioambientales) reportados por la Defensoría del Pueblo que nunca fue atendido. En el último reporte (Nº 122), del mes Abril del 2014, la Defensoría señala 212 conflictos sociales: 136 son socioambientales (64.2%) (Consultado en: <<http://www.defensoria.gob.pe/conflictos-sociales/objetos/paginas/6/48reporte-mensual-de-conflictos-sociales-n-122.pdf>>), Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 10:10 horas)

<sup>28</sup> Proyecto minero perteneciente a la empresa minera Yanacocha, la cual, recibiendo todo el respaldo del actual gobierno encabezado por el Presidente de la República Ollanta Humala Tasso, intentó imponerlo sin consultar a las poblaciones aledañas durante los años 2011 y 2012, produciendo un enfrentamiento similar al de Bagua con el fatídico resultado de la muerte de cinco ciudadanos cajamarquinos, entre ellos un menor de edad. En efecto, el reconocido constitucionalista peruano César Landa, Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP y Expresidente del Tribunal Constitucional, escribió un artículo intitulado «Conga y el Perro del Hortelano» analizando proceso constitucional del caso (Consultado en: <<http://www.ius360.com/articulos/derecho-constitucional/2012/05/conga-y-el-perro-del-hortelano>>), Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 10:23 horas)

<sup>29</sup> La jurista peruana Raquel Yrigoyen fue quien llevó la defensa jurídica del caso de la comunidad nativa Tres Islas, comunidad que luego de un largo proceso buscando justicia logró obtener la razón en resolución del Tribunal Constitucional, tutelándose constitucionalmente así sus derechos. (Consultado en: <<http://www.derechoysociedad.org/IIDS/Documentos/CLINICA-JURIDICA-BOLETIN-1-Caso-Tres-Islas.pdf>>), Viernes 30 de Mayo de 2014 a las 11:10 horas)

Aparentemente, «el Estado» pasa por profundas transformaciones desde el colapso financiero de 2008. Los cambios anteriores, producidos por los colapsos financieros locales o regionales de los años 70, 80 y 90 del siglo pasado, afectaron países con poca influencia en los negocios internacionales. Por ello, los respectivos Estados fueron forzados a insistir en la ortodoxia, o se rebelaron y fueron objeto de sanciones o, en el mejor de los casos, fueron ignorados. El tema de debate es saber hasta qué punto los cambios en curso desde hace varias décadas afectan la estructura institucional y organizacional del Estado moderno, el conjunto de instituciones más estable de la modernidad occidental. Los cambios en la acción del Estado en el continente latinoamericano durante los últimos veinte años han dado fuerza al argumento de que «el Estado está de vuelta» ¿Pero qué tipo de Estado está de vuelta? [...]. (Santos 2010: 67)

No sólo es válido mencionar que para solucionar algunos problemas actuales, como por ejemplo el monismo jurídico que fundamenta la visión del Estado propietario del subsuelo, tenga que dejarse de emplear las mismas teorías constitucionales que generaron dichos problemas, sino que además se hace necesario repensar el constitucionalismo peruano desde el Perú de selva, sierra y costa donde coexisten una pluriversidad de culturas (no una única), repensar la constitucionalidad que debiésemos tener como pueblo pluricultural que somos, repensar el contrato social que debiera ser constitutivo de nuestro proyecto país y repensar al Estado.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Sin duda, no se trata de la vuelta a un Estado concebido en la lógica liberal o marxista, como se podría criticar, sino más bien uno mucho más plural y sobretodo propio que tenga como fundamento la realidad cultural latinoamericana, en nuestro caso, peruana. Si se debe construir un contrato social, realmente auténtico, que exprese en justicia un pacto al que socialmente ha arribado el pueblo peruano, éste con seguridad ha de expresar una conjunción entre un neoconstitucionalismo nacido desde las mundo visiones de las culturas peruanas y un constitucionalismo nacido de la mundo visión de la cultura europea y norteamericana. Ello, como lógicamente valoramos, con principal énfasis en el primero pues es con los peruanos desde y para quienes nacería dicho pacto social. Eso ha venido pasando en Latinoamérica. Por eso, como un medio de sinceramiento constitucional, empezaron a surgir contratos sociales de nuevo tipo y Estados que eran refundados al amparo de éstos, tal como Santos trae a colación:

En el contexto latinoamericano, la refundación del Estado pasa en algunos casos por el reconocimiento de la plurinacionalidad<sup>30</sup>. Implica un desafío radical al concepto de Estado moderno que se asienta en la idea de nación cívica - concebida como el conjunto de los habitantes (no necesariamente residentes) de un cierto espacio geopolítico a quienes el Estado reconoce el estatuto de ciudadanos- y, por lo tanto, en la idea de que en cada Estado sólo hay una nación: el Estado-nación. La plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión. (2010: 81)

En esa perspectiva, iniciaba, antes que una época de cambios, un cambio de época. Cambio que empezó como ejercicio soberano del poder constituyente por parte de cada pueblo en la identificación de que cada cultura es una nación y de que cada nación no siempre corresponde a cada Estado pues un Estado puede ser en sí mismo la conjunción de varias naciones. Nace allí a la par de la uninacionalidad con que el Estado solía ser entendido por la iusfilosofía occidental, la plurinacionalidad del mismo de la mano de la iusfilosofía no-occidental. He allí un quiebre sustancial con la teoría y la doctrina constitucionales del hemisferio norte. Sincrinar la realidad cultural de un pueblo en su realidad constitucional comenzaba a ser una señal del avance de la creación de un constitucionalismo desde la propia experiencia, desde la experiencia continental, en este caso, de Latinoamérica.

El mismo Santos, en conclusión que comparto, precisa:

En el lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. Como lo demuestra la existencia de varios Estados plurinacionales (Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva

<sup>30</sup> El autor además señala que en África la plurinacionalidad suele ser designada como federalismo étnico.

Zelanda, etc.), la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro del mismo espacio geopolítico, del mismo Estado.

El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia. Así lo han entendido los pueblos indígenas del continente latinoamericano y los instrumentos/tratados internacionales sobre los pueblos indígenas, como por ejemplo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y más recientemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada el 7 de Septiembre de 2007. La idea de autogobierno que subyace a la plurinacionalidad tiene muchas implicaciones: un nuevo tipo de institucionalidad estatal, una nueva organización territorial, la democracia intercultural, el pluralismo jurídico, la interculturalidad, políticas públicas de nuevo tipo (salud, educación, seguridad social), nuevos criterios de gestión pública, de participación ciudadana, de servicio y de servidores públicos. Cada una de ellas constituye un desafío a las premisas en que se asienta el Estado moderno. (2010: 81)

Esta descripción sintética nos da cuenta del neoconstitucionalismo que estaría erigiéndose como una expresión legítima refundante de los fundamentos iusfilosóficos que solían emplearse al plasmar una Constitución y/o al constituir un Estado. Esta refundación del contrato social hecha por el pueblo, en la que el reconocimiento de la plurinacionalidad es un elemento constitutivo, significa otro proyecto país, otros fines de la estructura estatal y otros tipos de relación entre el Estado, el mercado y la sociedad. El reconocimiento de las diferencias nacionales o culturales no implica una yuxtaposición de cosmovisiones sin reglas o un hibridismo o eclecticismo sin principios. Al contrario, incluye jerarquías entre ellas, producto de la ordenación social propia de cada cultura. También significa una revaloración de la democracia toda vez que el *demos* participa representativa e identitariamente por primera vez para definir su *cratos*. No es posible, si de garantizar la democracia se trata, que la estructura jurídica de un país, como Perú por ejemplo, se comporte como si dicha pluriversidad cultural no existiera. Una Constitución peruana tiene sentido no por ser la última copia de una versión de Europa o América, sino por que recoge la matriz de su condición histórica. En ese sentido, afirmar un constitucionalismo acorde a la plurinacionalidad peruana es reconocer a la pluriculturalidad como matriz para una reforma de Estado posible y necesaria jurídicamente, reforma de Estado que sólo el pueblo peruano, titular del poder constituyente, podrá generacionalmente imaginar, democráticamente concebir e históricamente institucionalizar. En la medida de que el pueblo elabore sus propias Constituciones y sus Constituciones expresen lo que el pueblo en su plurinacionalidad siente, entiéndase a niveles civil, político, económico, social y cultural, en ese momento nacerá, espontánea y no forzadamente, el sentimiento constitucional que su Constitución evoque, su constitucionalidad proclame y su constitucionalismo se merezca. Antes no, como hoy.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADRIANZÉN, A. 2009. *La Transición Inconclusa. De la década autoritaria al nacimiento del pueblo*. Lima: Otra Mirada.
- BERNAL, C. 2007. "Refutación y Defensa del Neoconstitucionalismo". En CARBONELL, M. (ed.). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Trotta, pp. 289-325.
- BERNALES, E. 1998. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*. Lima: Rao Jurídica.
- BIDART, G. 1962. *Derecho Político*. Buenos Aires: Aguilar.
- CARBONELL, M. 2007. "El neoconstitucionalismo en su laberinto" (presentación). En CARBONELL, Miguel (editor). *Teoría del Neoconstitucionalismo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Trotta, pp. 9-12.
- GARCÍA, D. 1996. "La reforma del Estado en el Perú". En VALADÉS, D. y otros (eds.). *La Reforma del Estado. Estudios Comparados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 371-393.
- GUEVARA, A. 2008. "Derechos de Aguas, pluralismo legal y Concreción social del Derecho". En GUEVARA, Armando (editor). *Derechos y Conflictos de Agua en el Perú*. Lima: WALIR, pp. 147-162.
- MESA NACIONAL DE PLURALISMO JURÍDICO. 2002. *Propuestas de Reforma Constitucional en Materia de Pueblos Indígenas y Comunidades*.
- ORBEGOSO, S. 2002. *Poder Constituyente y otros ensayos*. Lima: Osbac.
- PEÑA, A. 2009. "El Derecho Constitucional a la Consulta Previa tras los Sucesos de Bagua: la Aplicación Sistématica de la Constitución Política del Perú y el Convenio Internacional 169 de la OIT". *Lus Inter Gentes*. Lima, año 6, número 6, pp. 129-140.
- PRIETO, L. 2002. *Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palestra.

- RUBIO, M. 2009. "Sobre Aquella Necesidad de Hacer Un Nuevo Contrato Social en el Perú". En AVENDAÑO, Jorge y otros (editores). *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Volumen 1, pp. 479-510.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA. 2010. *Refundación del Estado en América Latina*. Lima: IIDS y PDTG.
- VEGA, Pedro de. 1999. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Cuarta reimpre-sión. Madrid: Tecnos.
- YRIGOYEN, R. 2010. *Pueblos Indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*. Lima: IIDS