

Reforma y cambio constitucional como instrumento para la autoconservación de las élites

*Gorki Gonzales Mantilla**

SUMARIO: Presentación. I. Muchas constituciones en medio de una débil constitucionalidad: el poder de las élites y la exclusión de las mayorías. II. El colonialismo como estructura institucional durante la república. III. Colonialidad del poder y la paradoja del cambio constitucional. IV. La emergencia de los derechos constitucionales indígenas y la organización política: construyendo sobre arena movediza. V. Reflexión final. Bibliografía

PRESENTACIÓN

En esta intervención pretendo formular algunas consideraciones sobre el significado de la reforma constitucional en el Perú. Me refiero al procedimiento propio de los ordenamientos constitucionales rígidos, para adecuar el orden instituido a las necesidades de autoconservación social y estabilidad política. Sin embargo, también pretendo incorporar en este mismo análisis los procesos de reformas extremas o cambios de constitución. Am-

* Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, *Magister* en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinador del Programa en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina de la PUCP.

bos aspectos son parte de la misma realidad cultural y no pueden ser valorados al margen de ella. Este enfoque es particularmente relevante para el caso de América Latina.

Estos procesos tienen que ver, entonces, con el significado que la Constitución misma ha tenido en su proceso de evolución histórica, con las dificultades, tensiones y asimetrías que ha tenido que enfrentar. Son las repercusiones de este fenómeno en el tiempo, las que propician y exigen la reforma de la Constitución.

Conforme a lo señalado, propondré algunas líneas de reflexión sobre el cambio y la reforma como instrumentos que recogen las expectativas y contradicciones presentes al interior de las sociedades. Se trata de reconocer, en ambos casos, algo más que procedimientos para modificar, suprimir o derogar disposiciones normativas del texto constitucional.

También es necesario valorar para el caso peruano, los desafíos de la historia reciente, sobre todo en las últimas décadas, donde la reforma —incluido el cambio— constitucional ha tenido impactos decisivos en sentidos diversos. A propósito de esto, se abren aún mayores desafíos que deberán ser confrontados a través de nuevas transformaciones y reformas. De esta manera, resulta imprescindible señalar las razones que han pesado para llegar al punto de inflexión que reclama la reforma en algunos casos y que desacelera el rumbo hacia ella en otros.

I. MUCHAS CONSTITUCIONES EN MEDIO DE UNA DÉBIL CONSTITUCIONALIDAD: EL PODER DE LAS ÉLITES Y LA EXCLUSIÓN DE LAS MAYORÍAS

Las razones que justifican los cambios y reformas constitucionales están asociadas a los problemas o anomalías que la práctica constitucional ha tenido que enfrentar en su evolución. Este punto es crucial para responder a la pregunta sobre el objeto de la reforma en cada caso. Su configuración o diseño formal no logra representar las razones que la motivan y, por ello, aunque esto se valore como lo más relevante, el proceso político es clave

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

para entender el significado jurídico y *contractualizador* que la reforma implica en los hechos.¹

Una primera pregunta tiene que ver, por lo tanto, con las razones que han permitido la existencia de un número considerable de constituciones y, por lo tanto, muchos procesos de reforma y cambio constitucional. Este fenómeno encierra una paradoja: la reforma se presenta como si fuera una cuenta por saldar que no termina nunca, derechos y condiciones para su ejercicio, que no se realizan y que justifican la reforma siguiente. Sin embargo, la historia de este proceso muestra que, en el fondo, se trata de un pretexto que ha funcionado favorablemente para mantener el estado de cosas.²

Si por Constitución debemos entender el ordenamiento general que sirve para regular las relaciones sociales y políticas,³ la permanente ruptura de este orden es un indicador del desequilibrio constante de la vida social y el ejercicio del poder. Así han sido las cosas en el Perú y eso explica también que hasta hace pocas décadas la mayor parte de nuestros países estuviera signada por los golpes de Estado sucedidos por regímenes dictatoriales y autoritarios o, en el mejor de los casos, por democracias precarias. La baja densidad constitucional de los procesos republica-

¹ La reforma constitucional y lo que ella produce se proyecta, también, en los términos del contrato social, como la metáfora fundadora de la realidad social y política de la modernidad occidental: sus criterios de inclusión/exclusión dan legitimidad a las interacciones económicas, políticas, sociales y culturales. Véase Sousa Santos, Boaventura de y García Villegas, Mauricio, “Colombia: el revés del contrato social de la modernidad”, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2001, p. 13.

² El amplio número de constituciones es evidente en el caso de países como Bolivia que presenta 19 textos constitucionales; Ecuador con 20; Colombia tiene 10; Perú cuenta con 12. Antes de llegar a la llamada Constitución Bolivariana de 1999, Venezuela ha tenido una larga lista de constituciones (alrededor de 26) aunque solo algunas de ellas ofrecen cambios sustantivos. En el caso de Argentina, luego de la Constitución de 1853 y sin mencionar el estatuto temporario de 1972, ofrece hasta cinco reformas importantes y una de ellas, en 1949, tuvo un carácter total. Por su lado, Brasil cuenta con 8 constituciones.

³ Véase Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 11.

nos está en la base de aquella realidad y en el caso peruano esto es notable.

Las constituciones que emergen de los procesos de emancipación en las primeras décadas del siglo XIX llevan consigo la influencia de un constitucionalismo que prioriza las libertades individuales y un sentido formal de la igualdad.⁴ Por efecto de lo anterior, se acentúa la libertad de los que se encuentran en aptitud para ejercerla y la desigualdad real de las mayorías sociales. El régimen virreinal no se quedaba entonces en el pasado y el itinerario republicano seguirá marcado, en mayor o menor medida, por esa impronta. En esta realidad se identifican y acrecientan las desigualdades y la ausencia de justicia social: su reflejo son las diferencias culturales y étnicas no reconocidas ni valoradas, la exclusión como práctica social e institucional y el abuso del poder de los sectores económicamente más fuertes en alianza con las fuerzas armadas e incluso con la Iglesia Católica.⁵

⁴ Desde el Estatuto Provisional del 8 de octubre de 1821, dictado por el general José de San Martín, las libertades aparecen como prioridad del orden constitucional. La igualdad es un complemento formal sin repercusión en la realidad. El art. 1 de la sección octava del Estatuto de 1821 establece: “Todo ciudadano tiene igual derecho a conservar y defender su honor, su libertad, su seguridad, su propiedad y su existencia y no podrá ser privado de ninguno de estos derechos, sino por el pronunciamiento de la autoridad competente, dado conforme a las leyes [...]”. En una línea semejante, en las Bases de la Constitución de 1822 del 19 de diciembre de 1822 se señala que la Constitución debe proteger “[...] 1.- La libertad de los ciudadanos [...]” y también la “[...] La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.” En forma contradictoria, la configuración de este escenario admite, en los términos de la Constitución de 1823, que para ser ciudadano se requiera tener propiedad o ejercer alguna profesión o arte con título público u ocuparse en alguna industria, sin sujeción a otro en calidad de sirviente o jornalero. También se exige saber leer y escribir, aunque esta condición “[...] no se exigirá hasta después del año de 1840” (art. 17). De esto modo, el modelo constitucional en sus orígenes niega la ciudadanía a los grandes conglomerados sociales del país y funciona, entonces, como categoría de exclusión social. Por lo tanto, la igualdad es solo una expresión formal sin referente ni contenido posible.

⁵ No llama la atención el carácter confesional que las constituciones del siglo XIX atribuyen al Estado y que en forma abierta se extiende hasta la Constitución de 1920. Desde el Estatuto Provisional de octubre de 1821 y en las constituciones de 1823, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1865 y 1920

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

Esta realidad, se entiende, por ello, como una geopolítica constitucional, una forma concreta de ser del ordenamiento que reutiliza los presupuestos fundantes del constitucionalismo moderno. La reforma constitucional funciona, en este caso, como un instrumento que usa la precariedad del sistema social, cultural, político y económico para legitimarse y legitimar la autoconservación de poder de las élites y sus aliados en cada lugar. Al final este es el significado que adquiere la denominada Constitución histórica.

II. EL COLONIALISMO COMO ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DURANTE LA REPÚBLICA

La independencia no sirvió para superar estas condiciones, porque además de producir su desvinculación del poder de la Corona Española, en todo lo demás se mantuvo una estructura de dominación extraña al significado de una república.⁶ Así fue en lo económico, donde el virreinato fue reemplazado por la hegemonía de Inglaterra, con todas las implicancias que este hecho produjo.⁷ En lo social, las desigualdades y la exclusión de las poblaciones originarias formaron parte de una estructura que se mantuvo intacta e incluso empeoró:⁸ la prolongación de la esclavitud y la restauración del tributo indígena, hasta bien entrado el siglo XIX, son pruebas elocuentes de lo dicho.⁹

se advierte la cláusula que establece que “La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la religión del Estado [...]” o bien, que “La nación profesa la religión católica”. En un extremo, la Constitución de 1823 llega a establecer que “La religión de la República es la católica, apostólica, romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra”.

⁶ Abugattas, Juan, “El Perú y los retos del entorno mundial”, *Desde el límite. Perú reflexiones desde el umbral de una nueva época*, Lima, IDS, 1992, p. 82.

⁷ Flores Galindo, Alberto *et al.*, “Oligarquía y capital comercial en el sur peruano (1870-1930)”, *Oligarquía y capital comercial en el sur peruano. Debates en sociología*, núm. 3, 1978, pp. 53-75, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6800>

⁸ Abugattas, Juan, *op. cit.*, p. 82.

⁹ Es una demostración relevante de esta realidad el discurso del constitucionalismo del siglo XIX en la voz de uno de sus representantes más impor-

Se trata de una forma de colonialismo que se mantuvo y prolongó en los hechos. Una fórmula que lleva consigo los moldes estamentales del virreinato en la organización social y que, desde los inicios de la república, arrastra la opacidad de los privilegios en la base de los derechos subjetivos.

Este colonialismo ha servido como una estrategia para organizar y dirigir el poder.¹⁰ Desde la clasificación social proveniente de las diferencias entre conquistadores y conquistados, cuyo origen fenotípico pronto terminó atribuido a diferencias de carácter biológico, hasta las formas de control sobre la fuerza laboral de los conquistados, de sus recursos y productos.¹¹ Ambos factores fueron usados en forma articulada para construir el modelo de economía que sirvió de estructura al sistema social. Y así se pudo expandir a través de los intersticios y debilidades de las instituciones republicanas.

Este fenómeno, entendido como colonialidad del poder¹² se ha mantenido hasta nuestros días. Sus fuentes directas han variado o se han matizado, pero la estrategia continúa. Aspectos básicos como la identidad cultural y étnica, el ejercicio de la propiedad, de los territorios y los recursos naturales, la imposición de políticas educativas no bilingües, la ausencia de políticas de salud respetando la diversidad, las barreras para el acceso a la justicia,

tantes, Toribio Pacheco. En los términos de este jurista: “Se proclamó la independencia y los que, pocos momentos antes habían sido súbditos [...] de la España, se hallaron como por encanto [...] entregados asimismo a sus pasiones, ¿qué decimos? a las pasiones de algunos ambiciosos sin principios, sin patriotismo, sin virtudes, que no tenían ningún conocimiento de las cosas ni de los hombres de su época, asustados con la enormidad del peso se habían echado a cuestras y que, cuando llegó el momento de organizar la nueva sociedad, se convirtieron en plagarios de instituciones exóticas, porque ellos por sí nada podían producir”. Véase Pacheco, Toribio, *Cuestiones constitucionales*, Lima, Separata de Ius et Praxis, núm. 14, 1989, pp. 236-237.

¹⁰ Véase Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, *Cuestiones y horizontes. De la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Buenos Aires, CLACSO, 2014, p. 781.

¹¹ *Ibidem*, p. 779.

¹² *Idem*.

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

entre otros, son el resultado de una visión geocultural ajena a las realidades de los países de la región.

Más aún, la colonialidad del poder se ha expandido con fuerza en nuestros países gracias al impacto de la globalización de las últimas décadas. Las instituciones republicanas y las prácticas que les han dado vida, gracias al proceso globalizador, han servido como soporte para ampliar y justificar las enormes brechas sociales y asimetrías constitucionales que definen las realidades de nuestros países.¹³

La globalización, en muchos casos, ha servido como acelerador de los procesos económicos que han contribuido a erosionar y desaparecer hasta los vestigios de las culturas originarias. El punto de referencia de las políticas del derecho usadas para este propósito, provienen de una visión colonial del poder.

Asimismo, la colonialidad del poder está presente en el desequilibrio entre los grupos sociales y el ejercicio del poder: ha permitido que las brechas de exclusión y desigualdad social se prolonguen y profundicen, pero también ha justificado que el poder sea ejercido por élites sucesoras del poder virreinal a lo largo de la república, incluso hasta nuestros días.

III. COLONIALIDAD DEL PODER Y LA PARADOJA DEL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Es aquí cuando aparecen las primeras reformas y cambios constitucionales, nominalmente como manifestaciones tendientes a mejorar o restablecer la relación entre el orden social y la legitimidad del orden político. Sin embargo, surge la paradoja que cuestiona este significado. Las reformas y cambios pasan a ser un instrumento útil para adecuar el orden y las relaciones existentes a las necesidades de autoconservación de las élites que están en la posición de imponer su poder.

¹³ Al respecto, el profesor Quijano ha dicho que: “La globalización en curso es, en primer término, la culminación de un proceso que comenzó con la constitución de América y la del capitalismo colonial / moderno y eurocentrado como un nuevo patrón de poder mundial [...]”. *Ibidem*, p. 777.

En lugar de ser un instrumento para corregir las distancias sociales y optimizar la legitimidad del orden constitucional, la reforma y, en su caso, el cambio de Constitución, sirven para refrescar el *establishment*. Por eso, el carácter técnico del procedimiento de la reforma aparece con tanto énfasis, opacando quizás la complejidad de los problemas sustantivos que son materia de la reforma misma.

Esta paradoja define el sentido de los cambios constitucionales, sobre todo en las constituciones del siglo XIX, pero se mantiene en el tiempo durante las primeras constituciones del siglo XX. Una tendencia que no será alterada ni siquiera por la influencia del reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales, cuyo referente es la Constitución de Querétaro de 1917.

Los cambios que la Constitución de Querétaro introdujo responden a urgentes reivindicaciones sociales y económicas en América Latina. Aquí se cuentan el derecho al trabajo, a la sindicalización, a la previsión social, a la educación laica en todos los niveles, la prohibición de monopolios y los derechos de consumidores, la regulación en el ejercicio de la propiedad y eliminación del latifundio. La premisa de estos cambios radica en el imperativo de lo social como equilibrio de las libertades individuales, lo social como expresión del valor que adquiere la comunidad respecto del orden político, como el logro del bien común y recordatorio del significado de la noción de república: para ello eran necesarias las acciones que permitieran una eficaz reforma del *status quo*¹⁴ desde el plano constitucional.

Este discurso no tendrá un correlato semejante en las reformas ni en la realidad que se abrió paso con las constituciones de 1920 o 1933 en Perú. Las resistencias del poder oligárquico se muestran en múltiples escenarios. Uno de ellos es la permanencia del catolicismo como religión oficial de la nación y el Estado.

¹⁴ Hernández Valle, Rubén, “La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Flores Pantoja, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

La idea se mantiene en ambas constituciones, aunque con más intensidad en la primera. En el fondo, se trata de una asociación entre el poder político y la necesidad de contar con un factor de legitimidad para su ejercicio; por otro lado, el vínculo con la religión expresa también la permanencia del poder de las élites económicas, católicas por antonomasia en el Perú. La relación entre la religión y el Estado las involucra, las blinda y funciona como red para articular sus propios intereses.

La precariedad institucional del Estado es otra pieza reconocible de este modelo político. Los grupos de poder, las oligarquías propietarias del país, se sienten más cómodas con un Estado débil y ausente. Los negocios, la explotación de los recursos naturales, el abuso sobre las comunidades originarias, campesinos y obreros, resultan más eficaces cuando el Estado deja hacer y no tiene capacidad para controlar. Entonces, estos poderes se convierten en sus aliados para su propia sobrevivencia, incluso más allá de los calendarios electorales o por encima de las urnas.

Los reconocimientos sociales que se observan tenuemente en estas décadas son un resultado de la tensión entre las presiones sociales y la necesidad de mantener el orden. Esto resulta claro en un discurso previo a las elecciones de 1956 del presidente Bustamante y Rivero, considerado uno de los políticos más representativos de los valores democráticos en el siglo XX. Para Bustamante y Rivero el estado de cosas en el país aconsejaba iniciar una campaña nacional para reformar todo el Estado: la vivienda, la alimentación, la rehabilitación del indio, la reforma agraria, la supresión de los impuestos directos y la descentralización. Este discurso no esconde, sin embargo, la resistencia de las mentalidades de la dominación. Bustamante y Rivero denuncia como inexcusable el no afrontar el problema del indio “si queremos ahorrarnos el sonrojo de ser compelidos a ello por las presiones humanizantes del mundo exterior o por el despertar de los instintos dormidos de la raza”.¹⁵ Más aún, advierte que la situación del país en esta materia obliga a hacendados y patronos a “[...] ceder magnánimamente, en aras de una evolución cuerda,

¹⁵ Bustamante y Rivero, José Luis, *Mensaje al Perú. Perú: estructura social*, Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 1994, p. 178.

una parte de las posiciones adquiridas, antes que perderlas todas bajo un incontrolable estallido de violencia.¹⁶

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas que empieza a aparecer en estos ordenamientos constitucionales, junto a otros derechos vinculados a lo social, irán de la mano con las políticas que mantienen los latifundios, las grandes haciendas, la explotación de los campesinos que vivían en condiciones de servidumbre. Los gobiernos que se suceden entre democracias precarias, dictaduras y autoritarismos —aunque admitan algunas reformas parciales— las mantendrán en el gesto, quizás invariablemente. En la realidad, ellos actúan como nexo con el poder de las oligarquías en lugar de honrar su compromiso con la sociedad, así como con los grupos más vulnerables y desaventajados.

El problema de la tierra tiene su expresión política con la exigencia de la reforma agraria y es un ejemplo nítido de esta paradoja. Aún para 1965 se calcula que solo “El dos por ciento de la población posee el noventa por ciento de la tierra en el Perú”.¹⁷ En consecuencia, son menos de “[...] mil las familias que, en verdad, son propietarias de este país que cuenta con más de diez millones de habitantes”.¹⁸ Esa realidad define el espacio institucional y se expresa en “[...] la miseria de la población rural [...]”¹⁹ que no es otra que la formada por los campesinos de la sierra y la costa del país.

La realidad descrita grafica uno de los momentos más críticos del país y refleja las respuestas institucionales que se habían dado en este sentido. Años antes, durante el gobierno del presidente Manuel Prado, a menos de dos semanas de asumir el poder el 10 de agosto de 1956, se creó la Comisión para la Reforma Agraria y la Vivienda, y se nombró a Pedro Beltrán como su presidente.

¹⁶ *Ibidem*, p. 182.

¹⁷ Mac-Lean y Estenós, Roberto, “La reforma agraria en el Perú”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 27, núm. 1, mayo de 2020, pp. 15-71, <http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/58542/51739>

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Idem*.

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

Nada menos que el director del diario *La Prensa*, hacendado y representante de los grupos oligárquicos del país. Junto a él estuvieron otros latifundistas, así como representantes de la Compañía Grace y la Sociedad Nacional Agraria.²⁰ Los resultados del trabajo que esta Comisión llevó a cabo están a la vista diez años después.

Todas estas contradicciones y fracturas en el orden constitucional han sido encubiertas por la teoría constitucional tradicional. Esta ha buscado representar la dinámica de la Constitución a partir de los textos normativos, ajena a los fenómenos sociales y políticos, configurando una forma de constitucionalismo de baja intensidad.²¹ Este enfoque ha usado la exégesis y otras formas afines de razonamiento formalista, para interpretar y explicar la Constitución.

Ciertamente un rasgo adicional de las reformas de la primera fase constitucional es la ausencia de deliberación ciudadana. Los sistemas de partidos aparecen recién a mediados del siglo XIX²² y su presencia en los procesos políticos será muy lenta. Las élites oligárquicas son las que marcan el destino de las instituciones políticas a su favor. Son democracias de baja intensidad, aristocráticas, pues en sus diseños y conformación no participan las mayorías. Los excluidos son muchos: las poblaciones originarias y afrodescendientes, los no propietarios, las mujeres, los que no tienen trabajo conocido, los iletrados, los que realizan trabajo de servicio doméstico.

La desigualdad heredada y la exclusión son realidades que afectan todas las instituciones. Esta es la marca final del proceso republicano hasta bien entrado el siglo XX. Reformar las constituciones resultaba, por todo ello, parte de un mismo proceso. Los cambios propuestos estaban pensados para consolidar el poder

²⁰ Chirinos Almanza, Alfonso, “La reforma agraria peruana”, *Nueva Sociedad*, Lima, núm. 21, noviembre-diciembre de 1975, pp. 47-64.

²¹ Gonzales Mantilla, Gorki, “La consulta previa para repensar la teoría constitucional”, (*Justiça Constitucional e Tutela Jurisdiccional dos Direitos Fundamentais*). en Romboli, Roberto y Labanca, Marcelo (eds.), *Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti Fondamentali*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014.

²² En el caso peruano esta tendencia se identifica hacia fines de la primera mitad del siglo XIX. Véase Távora, Santiago, *Historia de los partidos*, Lima, Editorial Huascarán, 1951.

de las élites y sus alianzas. Excluir a las mayorías en la deliberación de este proceso era la condición para lograr este propósito. Esta pauta mantiene la desigualdad estructural atribuida a las poblaciones originarias que se gestó antes de la república, pero que se abrió paso en esta, gracias al sistema económico en curso. Esa misma desigualdad estructural fue usada para colocar a las poblaciones aborígenes en una posición intermedia de humanidad, para someterlos a condiciones de semiesclavitud: en la república cambiaron algunas denominaciones jurídicas, ya no se hablaba de minoría de edad o miserabilidad del indio, tampoco de ociosidad natural, pero en los hechos las condiciones fueron peores.²³

Por lo demás, la deliberación democrática es un procedimiento que exige condiciones de igualdad material.²⁴ Resulta ingenuo suponer que estas comunidades, desprovistas de derechos y negadas en su identidad cultural, tuvieran un espacio legítimo para participar en la discusión del cambio o la reforma constitucional. Tales procesos tenían ya un derrotero construido a partir de trasplantes normativos con un discurso que mostró un enorme desdén por la realidad como punto de referencia. Una visión que buscaba, en todo caso, imponer realidades paralelas a fin de encausar los intereses de las élites y grupos de poder. Esta visión se mantuvo en forma dominante hasta fines de la década de los sesenta y se reflejará recién en la Constitución de 1979.

IV. LA EMERGENCIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES INDÍGENAS Y LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA: CONSTRUYENDO SOBRE ARENA MOVEDIZA

Los procesos de cambio y reforma constitucional de las últimas décadas forman parte de un escenario de crisis institucional

²³ Gonzales Mantilla, Gorki, “La miserabilidad del indio en el siglo XV”, *THĒMIS-Revista de Derecho*, Lima, núm. 34, 1996, p. 297, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11852>

²⁴ La instauración de un nuevo “contrato social” incluye necesariamente las nociones de igualdad y diferencia, por lo tanto, de igualdad material. Véase De Sousa Santos, Boaventura, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, CLACSO, 2006, p. 39.

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

complejo y sostenido. Un primer momento esta delineado por la crisis del poder oligárquico hacia fines de los sesenta, así como por el impacto de la dictadura militar con las reformas y contra reformas que llevó consigo hasta fines de la década siguiente.²⁵ La reivindicación republicana de las poblaciones originarias empieza a ver la luz con la reforma agraria, iniciada, paradójicamente, con el régimen militar en 1969, pero se neutraliza durante la segunda fase de este periodo.

Luego, en los ochenta, la crisis económica, la corrupción del Gobierno y una de las más ineficientes gestiones políticas de nuestra historia, insuflaron la devastadora presencia de Sendero Luminoso. Escaso significado tuvo, por ello, la Constitución de 1979. La novedad de los derechos fundamentales y la renaciente institucionalidad democrática no pudo lucirse y sucumbió en el siguiente acto del proceso político: el golpe de Estado del presidente Fujimori como suma de todas las crisis anteriores, y cuyo efecto está presente en la Constitución de 1993.

Esta última se produjo sin cauces de legitimidad. No hubo Asamblea Constituyente que la respaldara y en su lugar, la fuerza de los hechos le abrió paso a un anómalo Congreso Constituyente Democrático. Esta Constitución fue un pretexto para sanear las primeras heridas del régimen y enfrentar las críticas internas e internacionales al golpe de Estado del 5 de abril de 1992.

El ciclo que vino a continuación representa una mezcla de elementos abiertamente desconstitucionalizadores: el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, por ejemplo, son parte de este momento que explica su accidentada trayectoria. Ambas instituciones se inauguraron con competencias más ambiciosas que las previstas en la Constitución de 1979, sin embargo, el régimen busco intervenir en su actuación desde un primer momento. Lo mismo ocurrió en otros ámbitos de la vida pública: el ministerio público, el poder judicial, el Jurado Nacional de Elecciones, y aunque la arremetida fue puesta al descubierto, las instituciones agredidas fueron profundamente afectadas.

²⁵ Matos Mar, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1984.

La política y el quehacer político fueron dañados al alejarse de los valores republicanos. En este periodo se configuran las bases de una cultura que auspicia la extinción de los partidos tradicionales y su conversión en organizaciones vinculadas o dependientes de grupos de intereses privados e incluso a organizaciones criminales.

En los años posteriores al régimen autoritario de los noventa, la dinámica constitucional ha buscado poner en práctica algunos de los cambios introducidos por la Constitución de 1993. Sin embargo, los grandes problemas de desigualdad y discriminación que vienen desde los orígenes de la república no han sido resueltos e incluso se han agudizado con el devenir constitucional y las directrices económicas que la propia Constitución del 93 ha delineado.²⁶

Como se ha dicho, los cambios que se introducen desde el constitucionalismo social de Querétaro se encuentran con un terreno inhóspito, con enormes extensiones de arena movediza. La historia constitucional del siglo XX es un recordatorio permanente de este hecho. Y esta es una condición de la realidad constitucional, un reflejo del ejercicio del poder, de los intereses que protegía, del modelo liberal conservador que le precede e impide que toda posibilidad de cambio se desarrolle, sino para legitimarse en el tiempo y sin afectar las viejas estructuras.²⁷

²⁶ Aunque la Constitución de 1993 reconoce el pluralismo económico (art. 60), existe un predominio delineado desde el propio texto en favor de la actividad empresarial que ubica al Estado en una situación inerte para cumplir su función pública, pues le atribuyen una posición subsidiaria de la actividad empresarial (art. 60). Más aún, en la Constitución no se prohíben los monopolios ni las posiciones dominantes o monopólicas, sino el abuso en el ejercicio de estas. La Constitución establece que mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente (art. 63).

²⁷ A contracorriente de la opinión general, las constituciones peruanas influenciadas por la de Querétaro no llevaron a la práctica sus lineamientos. De hecho, normas como la Ley de Conscripción Vial, al amparo de la Constitución de 1920, atentaron contra derechos indígenas. El constitucionalismo social implica una redefinición de las estructuras democráticas, tarea que nunca fue enfrentada por el Gobierno en turno. Véase Paniagua Corazao, Valentín, en su disertación pronunciada por el académico doctor,

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

Todo ello explica que el programa de derechos de las comunidades originarias que la Constitución de 1993 trae consigo, no ha sido capaz de resistir la pugna con el poder de las transnacionales. Incluso la consulta previa hoy extendida, salvo en casos muy definidos, no deja de tener un valor simbólico.²⁸ Más aún, en algunos supuestos, esta conquista de los pueblos originarios sobre sus territorios, su identidad cultural y el buen vivir, ha sido usada para legitimar la fuerza de la globalización económica y la hegemonía de las grandes multinacionales.²⁹ Estas conquistas se vuelven precarias al formar parte de estructuras que no dejan de ser herederas de una tradición legal de poder colonial: una mezcla que se ha gestado en los procesos de reforma y cambio constitu-

con motivo de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho, en sesión pública del 10 de marzo de 2003, *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2002-2003-Gaceta Jurídica*, Lima, 2004, pp. 21-38. “Disertación pronunciada por el académico doctor con motivo de su incorporación a la Academia Peruana de Derecho”, en la sesión pública de 10 de marzo de 2003. Lima, Perú. En *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2002-2003*. Lima: *Gaceta Jurídica*, 2004, pp. 21-38.

²⁸ Un claro ejemplo de ese carácter es el caso Lotes Petroleros de Perupetro S.A. y Pluspetrol: “En 2013, la empresa anunció que 26 lotes estarían sujetos a consulta. En enero de 2014, Perupetro declaró la finalización del primer proceso de consulta exitoso sobre el lote 169, en la región Ucayali, que involucró a los pueblos Asháninka, Ashéninka, Amahuaca y Yaminahua. Por tratarse de un lote de hidrocarburos, la responsabilidad de la consulta la tuvo Perupetro, con la asistencia técnica del viceministerio de Interculturalidad. Tres meses después de culminado el proceso, los representantes indígenas señalaban que [...] no les había quedado claro qué es lo que se les ha consultado [...], la consulta ha sido un fracaso” Sin embargo, las obras continuaron sin observación de las agencias estatales encargadas de velar por la idoneidad del proceso de consulta. Véase Sanborn, Cynthia y Paredes, Álvaro, “Consulta previa: Perú”, *Americas Quarterly*, p. 13. Véase también Servindi, <http://www.servindi.org/actualidad/103391>

²⁹ Estas asimetrías han sido también el punto de referencia de las relaciones institucionales y en los patrones que rigen el ordenamiento social en el Perú. Forman parte de un proceso político desprovisto de consensos reales, que alberga intereses contrapuestos en las distintas esferas de la vida social y cultural, a través de un marco institucional impuesto en forma arbitraria a las mayorías del país desde los orígenes de la república. Véase Gonzales Mantilla, Gorki, *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 25.

cional en cuyos referentes prevalecen los diseños eurocéntricos, sin siquiera entender las realidades a las que estos pertenecen.

El cambio que trajo la Constitución de 1993 en la organización política del Estado ha desestructurado la representación política del Parlamento, no solo como resultado de convertirlo en una Cámara única, sino también por la ausencia de una articulación hacia las ciudades y regiones del país. Por estas y otras razones, el Parlamento ha perdido representatividad formal y en lo sustancial está completamente lejos de entender y representar los intereses de las regiones del país.

En esta realidad las élites económicas y los viejos grupos de poder han mantenido su capacidad de imponer el sentido del orden. Y el constitucionalismo que se desprende del programa de derechos de la Constitución de 1993 apenas ha servido para relajar las tensiones sociales. Los poderes económicos, con sus aliados en la política, han impedido que los derechos sociales y el Estado constitucional se realicen.

Otros cambios constitucionales menos transformadores que, en forma paralela, se han venido produciendo en otros países de la región, demuestran la persistencia en el error. Estos defectos muestran, en otras facetas, la introducción de reformas que han fracasado en países de Latinoamérica. Algunas reformas electorales, judiciales y previsionales en materia constitucional, por ejemplo, se hicieron sin entender el contexto y las lecciones aprendidas en nuestros propios países. Se copiaron como trasplantes forzados y erráticos.³⁰ Sin embargo, esto también es parte

³⁰ Solo para recordar un caso ilustrativo, el art. 19, núm. 18 de la Constitución chilena de 1980 señala: “El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de *quórum* calificado [...] La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias [...] El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”. Tal fórmula fue recogida en nuestro texto constitucional de 1993: “Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”. Este modelo dio lugar a la creación y expansión de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs) en Chile con su

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

de la prolongación de las estructuras del poder tradicional, de la cultura jurídica y política que atrapa las claves de las reformas y cambios constitucionales para evitar que tengan algún significado en la realidad.

V. REFLEXIÓN FINAL

Reformas hegemonizadas por ideales y diseños eurocéntricos terminaron por enlazarse a compromisos más conscientes y comprometidos con la realidad que, sin embargo, no saben cómo hacer para romper con la anterior tradición y terminan por subordinarse a sus consecuencias.

Esto es lo que ha pasado con los procesos de cambio y reforma constitucional en el Perú. Y aquí se entiende que el procedimiento agravado que requiere la reforma, así como los derechos constitucionales para garantizar sus límites, no son un debate que pueda hacerse sin valorar la realidad del poder y su estructura colonial. Por esa razón, insistir en la comprensión del problema a partir de un enfoque formal y puramente procedimental solo traerá un círculo vicioso como consecuencia.

El gran desafío para emprender un camino transformador debe comenzar por iniciar un proceso que enfrente la influencia del poder colonial. Depende de la capacidad para hacer que la fuerza de la Constitución material de nuestro país se abra paso reflejando lo que somos, nuestros ideales y nuestra historia. Este sentido concreto ha estado ausente a lo largo de toda la historia republicana.

réplica en Perú. En Chile se ha reconocido la crisis del sistema y la necesidad de su reforma radical. En nuestro país, el tiempo ha demostrado que estas entidades no son capaces de brindar pensiones, y que las cantidades irrisorias que entregan a los jubilados pensionistas solo favorecen sus propios millonarios negocios. Hasta la fecha, el gobierno se niega a enfrentar el problema, siguiendo el propio ejemplo chileno, seguramente presionado por el poder económico de las mismas AFPs. Véase la nota sobre el caso chileno y la crisis del sistema privado de pensiones en el Perú, en Gonzales Mantilla, Gorki, “La reforma en Chile: el espejo incómodo”, *La República*, 21 de noviembre de 2019.

En su recorrido las reformas constitucionales no expresan una consciencia definida sobre los cambios que deben producirse, sus prioridades ni las estrategias para lograrlos. Las reformas están fuertemente atravesadas por desacuerdos profundos en la necesidad misma del cambio. Estos desacuerdos son los que parecen imponerse en forma inevitable sobre el resultado, anulándolo, como si esa fuera una estrategia del poder colonial.

Una correcta interpretación de las reformas y sus posibilidades implica entender el carácter integral, la realidad histórica y el futuro que definen el sentido de la Constitución. Por lo tanto, un cambio siempre traerá alguna incidencia en otras áreas no consideradas por la reforma y producirá cuando menos un impacto. Es necesario tener presente que las reformas no deben producirse sin antes haber definido el núcleo del orden constitucional: los derechos sociales que no se excluyen con los derechos individuales y que, más bien, se incorporan como factores centrales de nuestra vida republicana; el énfasis pluricultural del país, más allá de las comunidades y pueblos originarios; la organización del poder, que hace posible la participación y representación de todos los grupos sociales y comunidades en las decisiones públicas; la redefinición del ejercicio del poder desde la capital como rezago del poder colonial en los tiempos de la Corona Española; la recomposición del Parlamento bicameral y sus relaciones con el ejecutivo,³¹ pero también la necesidad de reformar el sistema judicial para acercar la justicia a la ciudadanía.

Esa debe ser la base del núcleo normativo de nuestra Constitución hacia el futuro, en confrontación con los modelos normativos y principios existentes.³² Al final de todo, la Constitución importa por su relación con la realidad social para transformarla en bien de la comunidad y sus miembros. Y las reformas constitucionales deben servir para lograr ese objetivo.

³¹ Gargarella, Roberto, “La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo”, *Revista Nueva Sociedad*, núm. 258, julio–agosto de 2015, p. 106, <https://nuso.org/articulo/la-sala-de-maquinas-de-las-constituciones-latinoamericanas/>

³² Bilchitz, David, “El constitucionalismo, el sur global y la justicia económica”, en Bonilla, Daniel, *Constitucionalismo del sur global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2015, p. 61.

Reforma y cambio constitucional como instrumento...

BIBLIOGRAFÍA

- ABUGATTAS, Juan, “El Perú y los retos del entorno mundial”, *Desde el límite. Perú reflexiones desde el umbral de una nueva época*, Lima, IDS, 1992.
- BILCHITZ, David, “El constitucionalismo, el sur global y la justicia económica”, en Bonilla, Daniel, *Constitucionalismo del sur global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2015.
- BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis, *Mensaje al Perú. Perú: estructura social*, Arequipa, Universidad Nacional de San Agustín, 1994.
- CHIRINOS ALMANZA, Alfonso, “La Reforma Agraria peruana”, *Nueva Sociedad*, Lima, núm. 21, noviembre-diciembre de 1975.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.
- FLORES GALINDO, Alberto; O. PLAZA Y ORÉ, M., “Oligarquía y capital comercial en el sur peruano (1870-1930)”, *Oligarquía y capital comercial en el sur peruano. Debates en Sociología*, 1978, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6800>
- GARGARELLA, Roberto, “La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo”, *Revista Nueva Sociedad*, núm. 258, julio-agosto de 2015, <https://nuso.org/articulo/la-sala-de-maquinas-de-las-constituciones-latinoamericanas/>
- GONZALES MANTILLA, Gorki, “La consulta previa para repensar la teoría constitucional”, en ROMBOLI, Roberto y LABANCA, Marcelo (eds.), *Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti Fondamentali*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2014.
- , “La miserabilidad del indio en el siglo XV”, *THĒMIS-Revista de Derecho*, Lima, núm. 34, 1996, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11852>
- , *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.), *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- MAC-LEAN Y ESTENÓS, Roberto, “La Reforma Agraria en el Perú”, *Revista Mexicana de Sociología*, [S.l.], v. 27, núm. 1, mayo de 2020, <http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/58542/51739>
- MATOS MAR, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 1984.
- PACHECO, Toribio, *Cuestiones constitucionales*, Lima, Separata de Ius et Praxis, núm. 14, 1989.
- QUIJANO, Aníbal, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Buenos Aires, CLACSO, 2014.
- SANBORN, Cynthia y PAREDES, Álvaro, “Consulta previa: Perú”, *Americas Quarterly*.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, CLACSO, 2006.
- y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, “Colombia: el revés del contrato social de la modernidad”, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 2001.
- TÁVARA, Santiago *Historia de los partidos*, Lima, Editorial Huascarán, 1951.