

La Constitución que emerge: las voces acalladas de las comunidades originarias en el discurso constitucional peruano de comienzos del siglo XXI

di Pedro P. Grández Castro

Abstract: *The Insurgent Constitution: the silenced voices of indigenous people in Peruvian constitutional discourse at the beginning of the XXI century* – The republics that were formed by the independence of the Spanish colonies in Latin America in the 19th century did not incorporate the indigenous communities in the emancipation project. On the contrary, the Republic constituted in many cases a new punishment for these communities. They had to sustain it with the payment of new taxes, besides that they became, mandatorily, in the troop of the new armies that Prefects and Subprefects recruited throughout the country. Only in the 20th century, indigenous communities achieved their slow appearance in academic and constitutional debates. The movement of human rights towards the second half of the 20th century, together with the new tools of post-war constitutionalism, the establishment of constitutional justice and, above all, the creation of the Inter-American Court of Human Rights, have created the conditions for the judicial protection of rights that began to be recognized during the second half of the 20th century. In this context, a new Constitution is emerging at the beginning of the 21st century: it is the indigenous Constitution, which, based on the recognition of constitutional pluralism and international human rights law, is making possible the construction of the Inter-American Court of Human Rights jurisprudence with a strong influence in national courts.

1065

Keywords: Indigenous constitutional law; pluralist constitutionalism; Latin American constitutionalism; Peru.

1. Introducción: el emergente Derecho Constitucional Indígena

La “cuestión indígena” no estuvo presente en la agenda del constitucionalismo de los primeros días de los Estados que se empezaron a formar tras la independencia de las colonias en América. El “indio”, sometido en la colonia, mantuvo esta condición, en muchos casos incluso empeorada por la situación de permanente hostilidad y violencia, producto de las guerras y conflictos internos que sucedieron a la independencia. En este contexto, el indio, no solo se convirtió en el aportante de las recaudaciones fiscales, sino también, en “voto cautivo” al servicio de intereses gamonales y, desde luego, en recluta de las fuerzas militares en constante movilización producto de la inestabilidad política que prosiguió a las guerras de

independencia¹.

Si hay algo que pueda llamarse “Derecho constitucional indígena” (DCI), como he sugerido en otro lugar², esto es sin duda, parte de la agenda del siglo XX. Por un lado, desde la mitad del siglo XX, con la gran transformación que produjo a nivel global el inicio de la institucionalización del Derecho Internacional tal como lo conocemos hoy en día, comenzó también —aunque de forma tardía— la incorporación en los instrumentos jurídicos internacionales de los derechos de muchos grupos (entre ellos, las poblaciones indígenas) que no habían sido considerados durante la formación de las repúblicas. Por otro lado, hacia finales de la década de los 90s e inicios del siglo XXI se elaboraron, gracias al impulso de diversas organizaciones de la sociedad civil y de movimientos sociales, grandes reformas en las Constituciones latinoamericanas en relación con los derechos indígenas.

En este escenario, dos tesis pueden trazarse en relación a lo que se conoce en la actualidad como DCI. La primera de ellas, considera que este constituye una rama jurídica que se encuentra entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional³; mientras que una segunda tesis apuesta por considerarlo no de manera autónoma ni normativa, sino desde un enfoque discursivo y dinámico que lo comprende como un auténtico Derecho Constitucional Indígena (DCI), noción que incluye en sí misma un cambio de paradigma en la propia manera de entender a la Constitución⁴.

Esta segunda forma de comprender el proceso de inclusión de los grupos acallados por tantos años durante la historia de las naciones latinoamericanas, constituye el punto de partida del presente artículo. Así, el objetivo principal del mismo es mostrar cómo, aun cuando el constitucionalismo latinoamericano ha sido poco receptivo a la transformación impulsada, sobre todo, desde el espectro internacional, es posible observar un discurso nuevo y emergente en el constitucionalismo a favor de los derechos de los pueblos originarios.

Este discurso se configura dentro de un contexto con rasgos propios que permite que la nueva disciplina tenga un objeto, ámbito de competencia, vías y elementos de desarrollo. En cuanto a su objeto, el DCI plantea un estudio sobre las condiciones materiales de la cultura, del espacio geográfico y de la identidad de las comunidades, así como el estudio de sus fuentes positivas y de sus propios conocimientos ancestrales con apoyo de otras disciplinas. Respecto al ámbito de su competencia, se trata de una disciplina que no tiene propiamente un carácter nacional, ya que, debido a su enfoque discursivo, incluye una dinámica entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Constitucional e incluso el Derecho Administrativo ambiental y territorial.

¹ Cfr. C. Aljovín de Losada, *Caudillos y Constituciones. Perú, 1821-1845*, Lima, 2000, en especial 167 ss.

²Cfr. P.P. Grández Castro, *Sobre el emergente derecho constitucional indígena en el espacio interamericano. Notas sobre el derecho a la consulta desde la experiencia peruana*, en *Memoria del XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, 2015, II, 372 ss.

³ B. Clavero, *El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano: Venezuela y Awas Tingni*, en *Revista IIDH*, vol. 39, 2005, 257-292.

⁴ P.P. Grández Castro, *Sobre el emergente derecho constitucional indígena...*, cit.

Por otro lado, en relación a su contexto de desarrollo, el DCI puede considerarse una disciplina forjada fundamentalmente en el ámbito de las decisiones judiciales; aun cuando posee fuentes jurídicas tanto nacionales como internacionales, gran parte de los contenidos del DCI se encuentran en los razonamientos de los tribunales. Se trata, por tanto, de una disciplina nacida en el contexto del diálogo judicial. Finalmente, en cuanto al elemento esencial que utiliza para su desarrollo, debido a que es una disciplina que se encuentra en el centro de una deliberación intercultural, su esencia es de corte principialista, lo que hace posible una construcción permanente de diálogos.

Con la finalidad de explicar el proceso de formación y asentamiento de este discurso emergente en el constitucionalismo latinoamericano, el presente trabajo estará dividido en cuatro partes. En la primera, se busca trazar el trasfondo histórico que muestra que las comunidades originarias, aun cuando participaron —incluso con sacrificio— en la construcción de las nuevas repúblicas, no resultaron inmediatamente beneficiarias de las garantías jurídicas instauradas en los nuevos órdenes. Para ello, utilizaré como ejemplo de esta exclusión el caso concreto del Perú y sus inicios como nación republicana. En la segunda parte, continuando con el caso peruano, mostraré cómo, a pesar de que en los primeros años del siglo XX el debate sobre la cuestión indígena resurgió en la deliberación pública, no logró conseguir una influencia efectiva en el Derecho institucionalizado.

Ello nos permitirá evidenciar, en la tercera parte, el hecho de que solo con la transformación ocurrida en el plano del Derecho internacional fue posible obtener los recursos discursivos suficientes como para que se dé la aparición y crecimiento del Derecho Constitucional Indígena. En tal sentido, este es considerado como el producto de una construcción conjunta de activistas, juristas y agentes políticos en un contexto de internacionalización de los derechos humanos. En base a ello, en la cuarta parte, mostraré que uno de los factores determinantes para el surgimiento del DCI fue el cambio de paradigma en torno a la noción de Constitución, la cual pasó a ser vista, ya no únicamente desde una perspectiva liberal, sino también a partir de un enfoque pluralista.

2. La construcción de la nueva República: entre ficción y utopía

¿Cómo y por qué la República fue incapaz de incorporar a grupos como las poblaciones originarias? En el ámbito de la historia y la sociología latinoamericanas ha sido ampliamente discutida la marcada exclusión que vivieron muchos grupos sociales durante los inicios de la formación de las nuevas repúblicas. No obstante, uno de los grandes temas que se sigue debatiendo hasta la actualidad tiene que ver con las razones que llevaron a que dicha exclusión no haya podido ser mitigada, ni siquiera formalmente en el ámbito institucionalizado

del Derecho, sino hasta mediados del siglo XX⁵.

Ello generó, entre otras consecuencias, que, después de muchas décadas, las cicatrices de ser naciones cuya independencia fue más impuesta que lograda —o en términos de Klarén⁶, una «independencia a regañadientes»— sigan estando presentes en los problemas estructurales de exclusión y segregación que definen hoy en día a las sociedades de América Latina. Las poblaciones de herencia indígena constituyen un caso claro de estas voces acalladas que, al inicio de las repúblicas, si bien formaron parte de su construcción, no solo no resultaron beneficiadas, sino que, además, continuaron siendo vistas como “los otros”, percepción que llegó a calar en tal medida que «se constituyó en una ideología oficial»⁷.

En este escenario, una de las preguntas más interesantes que se planteó después de los procesos independentistas fue: ¿*De quién* se independizaron las poblaciones originarias? En una importante reconstrucción realizada por la historiadora Brooke Larson de las repúblicas andinas y las cargas de la raza en los países de Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia, se concluye que «para 1900, los nacionalistas criollos habían levantado naciones poscoloniales construidas en torno a rígidos conceptos de las razas, que excluían a las mayorías indígenas de la historia republicana y la participación política, pero que, al mismo tiempo, les forzaban a ingresar a las economías nacionales como trabajadores subalternos»⁸.

Es fundamental rescatar, no obstante, que, en medio de este contexto, los pueblos andinos no mostraron una posición pasiva, sino que desarrollaron sus propias estrategias para enfrentar los nuevos cambios que trajo el proceso de independencia⁹, cambios que muchas veces implicaban una peor situación a la que habían tenido durante la colonia. Dicha forma de supervivencia en la república no solo se dio a través de las negociaciones que pudieron entablar con los nuevos actores del ordenamiento posindependentista, sino que también se dio a través de luchas concretas, que se llevaron a cabo, sobre todo, a fines del siglo XX en países como Perú y Bolivia. En términos de Brooke:

«Igualmente importante es que ahora nos brindan vistazos de la imaginación política de los campesinos-soldados andinos, que se redefinieron a sí mismos como sujetos políticos con derecho a la justicia, el respeto y la protección en sus propias sociedades. Los líderes indígenas como Atusparia, Laimes y

⁵ No fue sino hasta mediados del siglo XX que muchos países en América Latina reconocieron, por primera vez, el derecho al sufragio universal: Bolivia en 1952, México en 1953, Chile en 1970, Perú en 1979.

⁶ P. Klarén, *Nación y sociedad en la historia del Perú*, Lima, 2004, 135 ss.

⁷ Ibid., 190. Voces no solo acalladas, también puede hablarse de “voces condenadas” por la legislación de la República. Es simbólico de esto la regulación del Código Civil peruano de 1852 (treinta años luego de la independencia), que mantenía una extensa regulación sobre los “derechos” del amo sobre sus esclavos. En lo que respecta a los “derechos” del esclavo, puede leerse en uno de sus disposiciones lo siguiente: «Art. 104. El esclavo tiene derecho a variar de amo. 1. Por causa de sevicia; 2. Por obligarse el nuevo comprador a darle libertad pasado algún tiempo de servicio, que no exceda de 10 años. Esta obligación constará en la escritura de venta». Con lo cual, la República, al menos con relación a los esclavos, los colocaba en un espectante “mercado de la libertad”.

⁸ B. Larson, *Indígenas, élites y Estado en la formación de las repúblicas andinas*, Lima, 2002, 176.

⁹ P. Klarén, *op. cit.*, 177.

Zárate Willka no trazaron diseños políticos para formas alternativas de la nación, ni suscribieron rígidamente una ortodoxia política. Pero en sus propias formas diversas y contradictorias, sí concibieron naciones que permitían a las comunidades aimaras y quechuas florecer»¹⁰.

Lo recogido en esta cita es una evidencia del debate tardío sobre el indigenismo en la era republicana. Para comprender los niveles de exclusión, podemos tomar como ejemplo la lucha acaecida en uno de los casos mencionados: el levantamiento del líder Pedro Pablo Atusparia en 1885, en el Callejón de Huaylas en Ancash, departamento ubicado en la sierra norte del Perú. Este levantamiento se produjo luego del fin de la Guerra del Pacífico, momento en el que el país estaba sumido en medio de una crisis económica devastadora ocasionada no solo debido a la ocupación chilena durante la guerra, sino, sobre todo, por la deuda que el Perú tuvo que asumir para finalizar con ella.

A pesar de la crítica situación, en el departamento de Ancash se ordenó la reimposición de un tributo al campesinado indígena, que tendría que pagar dos soles de oro, monto que «pesó duramente sobre la población de esta región predominantemente indígena»¹¹. Ante ello, el líder Atusparia (quien era alcalde de un Municipio de Huaraz) y otros jefes indios presentaron una solicitud pidiendo que se ordene una reducción en la contribución debido a su precaria situación económica que les impedía asumirla. No obstante, la administración a cargo reaccionó de manera violenta en contra de los líderes, llegando incluso a torturarlos, hecho que fue reclamado por algunos campesinos. Esta protesta llevó a un levantamiento masivo en toda la región luego de que el primer grupo de campesinos fuera asesinado.

No obstante, la magnitud del levantamiento, finalmente las fuerzas del gobierno provisional de Iglesias terminaron controlando a los rebeldes y reduciendo la protesta. A pesar de ello, esta lucha constituye un hito importante para comprender la forma en que la República silenciaba las voces de los grupos indígenas. Y ello tiene que ver con el tipo de discurso que se utilizó para justificar la represión. El reclamo promovido por Atusparia y los otros líderes era auténticamente legítimo y tenía un carácter estrictamente civil y jurídico. La reimposición del tributo estaba sustentada en una ley emitida durante el gobierno de Piérola, quien había sido colocado en el poder por los propios chilenos en medio de una situación de guerra que ya había concluido, lo que explicaba por qué, después de finalizada la guerra, la contribución ya no podía ser aplicada¹².

Sin embargo, el discurso que se utilizó para legitimar la represión del levantamiento fue, en términos de Klarén, «la misma táctica usada por las autoridades coloniales para ganarse la opinión pública contra Túpac Amaru cien años antes»¹³. Se esparció la idea de que la protesta de Atusparia tenía fines raciales y que buscaba generar una guerra social, lo que llevó a que, finalmente, se los considerara como enemigos de la nación que acababa de salir de una derrota.

¹⁰ B. Larson, *op. cit.*, 179.

¹¹ P. Klarén, *op. cit.*, 245.

¹² M. Thurner, *From Two Republics to One Divided: Contradictions of Postcolonial Nationmaking in Andean Peru*, Duke, 1997, 422.

¹³ P. Klarén, *op. cit.*, 246.

Una de las cuestiones que más llama la atención de este episodio histórico es que muchos de los campesinos que se levantaron también participaron en la resistencia organizada por Andrés Avelino Cáceres en la sierra central en contra de los invasores durante la Guerra del Pacífico. Esta circunstancia generó una gran decepción por parte de los indígenas, quienes fueron considerados como enemigos pese a la justicia de su causa y pese, además, de haber contribuido decididamente en las campañas contra el invasor chileno durante la campaña para su expulsión del territorio patrio.

No obstante, la República mostraba su lado más hostil con la población indígena en la propia versión de los líderes del levantamiento encabezado por Atusparia. En una comunicación dirigida al Presidente de la República, Andrés Avelino Cáceres, los Alcaldes Ordinarios de Huaraz, Nicolás Granados y Apolinario de Paz, escribieron:

«Durante el coloniaje gozamos los indígenas, como V. E. sabe muy bien, de la comunidad de pastos, montes y aguas establecidas por las primeras de dichas leyes (se refieren al Título XVII, del Libro IV de la Recopilación de Indias) sin restricción alguna; de manera que, aunque estábamos sujetos al pago de tributo, lo pagábamos fácilmente, estrayendo (sic) lena(sic) de los montes para venderla en la ciudad, y criando nuestro poco ganado en los pastos, sin pagar cosa alguna a nadie, ni aun a los que se titulaban dueños(sic) legítimos de dichos montes y pastos. Vino la independencia y ni más ni menos, que si ella no hubiera sido conseguida sino en beneficio de los mestizos y españoles, vimos con dolor que comenzó a ponersenos estorbos al ejercicio de esos derechos, pretendiendo que la comunidad de pastos, montes y aguas había desaparecido...»¹⁴.

La reivindicación de las leyes coloniales por los indígenas, muestra hacia finales del siglo XIX, una posición táctica, al tiempo que pone en evidencia el descredito moral del proyecto republicano frente a los pueblos originarios. El siglo XX deberá repensar la cuestión indígena como un proyecto que no será más de promesas ni de paternalismos. Tras un siglo de frustraciones, el indigenismo encontrará nuevos aliados en el movimiento obrero, pero también en el movimiento internacional por los derechos humanos¹⁵.

3. Nuevos obstáculos: el debate en torno al “problema indígena”

Entre el nacimiento de las repúblicas en el siglo XIX y luego de la Segunda Guerra Mundial a mediados del siglo XX, el debate sobre la cuestión indígena en América Latina pasó por un proceso de evolución tanto en el entorno intelectual como en el plano de las luchas sociales. No obstante, a pesar de que se plantearon algunas reformas jurídicas en relación al tema, la reacción del Derecho ante tal evolución

¹⁴ M. Thurner, *op. cit.*, 189.

¹⁵ Aunque el Derecho internacional hacia finales del siglo XIX e inicios del XX había consolidado un conjunto de teorías que, en esencia, había cubierto de “juridicidad” la negación a los pueblos originarios de sus derechos y había convalidado de este modo, el despojo de sus tierras y territorios por parte de los Estados, negándoles la condición de sujetos del Derecho Internacional. Cfr. J. Anaya, *Los pueblos Indígenas en el derecho internacional*, Madrid, 2005, 62 ss.

fue casi nula.

Los discursos que dieron inicio al cambio sobre la manera de ver al indígena en el caso del Perú, por ejemplo, tuvieron su punto de partida en el contexto de posguerra a fines del siglo XIX, momento en el que se planteó como una pregunta de gran relevancia aquella referida a las razones por las que el Perú había perdido la guerra con Chile. Muchas fueron las tesis ofrecidas por políticos e intelectuales. Entre las más resaltantes están, por ejemplo, la sostenida por Ricardo Palma, quien atribuyó la derrota a «la élite exportadora civilista y al atraso de la población india»¹⁶, y la de un grupo de intelectuales surgido en la Universidad Mayor de San Marcos, que, influido por los postulados del positivismo, apostaba por la educación de los indios como mecanismo de integración para solucionar el problema de la ausencia de unidad social que se consideró como una de las causas de la derrota¹⁷.

Esta idea que relaciona los problemas de la nación con la falta de educación del indígena es reafirmada, desde una perspectiva un poco más amplia, por Manuel González Prada, para quien, la derrota tenía que ver, sobre todo, con la posición indiferente del pueblo andino, posición que tenía como una de sus causas principales la falta de educación¹⁸. No obstante, el problema de la educación para González Prada estaba directamente relacionado con la condición del indígena dentro de un fuerte problema de exclusión de larga data que comenzó en la colonia pero que continuaba durante la república.

A pesar de la solidez de estos discursos iniciales, la resistencia al cambio de la percepción hacia el indígena era tal que incluso hasta en 1937, varios años después de que empezara el debate, encontramos opiniones como las de Alejandro Deustua, ex rector de la Universidad Mayor de San Marcos, filósofo y educador: «¿Qué influencia podrán tener sobre esos seres (los indios), (...) las escuelas primarias más elementales? ¿Para qué aprender a leer, escribir y contar, la geografía y la historia y tantas otras cosas, los que no son personas todavía, los que no saben vivir como personas, los que no han llegado a establecer una diferencia profunda con los animales, ni tener ese sentimiento de dignidad humana, principio de toda cultura?»¹⁹.

No obstante ello, a pesar de que el Derecho como institución social durante aquellos años continuó permaneciendo indiferente, en el ámbito de los movimientos sociales sucedía todo lo contrario. Con las bases asentadas en 1884, emergió en los primeros años del siglo XX en el Perú un nuevo «movimiento poderoso y militante en busca de la reforma social y política»²⁰, conocido como *indigenismo*. El pensamiento que sustentaba este movimiento, así como el de las diversas escuelas, se esparció a lo largo de todo el país, llegando, incluso, a constituirse en un mecanismo lo suficientemente influyente para lograr que Leguía, presidente de la República en aquel entonces, incluyera, por primera vez, en la Constitución de 1920 el reconocimiento oficial de los pueblos indígenas,

¹⁶ P. Klarén, *op. cit.*, 250.

¹⁷ A. Zapata, *¿Desiguales desde siempre? Miradas históricas sobre la desigualdad*, Lima, 2013.

¹⁸ Cfr. E. Kristal, *Problemas filológicos e históricos en Páginas libres de González Prada*, en *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, XII/23, 1986, 141-150.

¹⁹ A.O. Deustua, *El problema nacional de la educación*, Lima, 1904, 15.

²⁰ P. Klarén, *op. cit.*, 304.

declarando la imprescriptibilidad de sus tierras (artículo 41°), así como el derecho a «su desarrollo y cultura» (artículo 57°) y su reconocimiento legal (artículo 58°).

Sin embargo, el movimiento social por sí mismo no podía enfrentarse a los grandes intereses de las clases dominantes que vieron acrecentado su poder económico debido al aumento de las oportunidades comerciales a principios de la década de 1920. Ello terminó acelerando el proceso de exclusión económica y social en su interior, lo que trajo como resultado, «una mayor estratificación social, polarización y conflicto de clases»²¹. Esta situación, aunada al hecho de que el discurso proindigenista de Leguía, pronto se vio en la práctica desbordada por la demagogia autoritaria que lo caracterizó, lo que generó que el movimiento perdiera fuerza alejándose pronto del discurso oficial.

4. Punto de quiebre: el constitucionalismo social del siglo XX

No obstante dicho escenario, a mediados del siglo XX se produce un quiebre a partir de la gran transformación generada por el inicio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como lo conocemos en la actualidad, sobre todo, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ello debido a que su institucionalización empieza a incorporar tardíamente derechos para grupos que no habían sido considerados durante la formación de las repúblicas, pero tampoco, tal como vimos, en las décadas posteriores a ella.

Como ya ha sido bastante discutido, la aparición de los derechos humanos a nivel universal puede rastrearse incluso hasta los orígenes del liberalismo en la modernidad. Sin embargo, a pesar de que la idea de autonomía individual fue y sigue siendo el eje angular de los derechos humanos, la falta de reconocimiento intersubjetivo de esa misma autonomía es lo que ocasionó los grandes problemas del reconocimiento de los derechos humanos para todos los individuos y grupos sociales por igual a lo largo de la historia universal, en general, y latinoamericana, en particular.

Lynt, por ejemplo, plantea que el problema de reconocimiento pudo haberse debido a una falta de empatía que permitiera comprender en qué medida los derechos humanos debían tener un carácter universal. Así, señala que «las ideas filosóficas, las tradiciones jurídicas y las ideas políticas revolucionarias debían contener esta clase de punto de referencia emocional profundo para que los derechos humanos fueran en verdad evidentes»²². Por otro lado, la positivización de los derechos humanos en diversas declaraciones nacionales estuvo también marcada por intereses particulares que representaron, a lo largo de muchos años, grandes límites para un auténtico reconocimiento²³.

Podemos hablar así de una confluencia entre los movimientos sociales que se gestaron al interior de las naciones desde inicios del siglo XX y el proceso de institucionalización del Derecho Internacional después de la Segunda Guerra Mundial con la creación de nuevas herramientas normativas, así como de nuevos

²¹ Ibid., 310.

²² H. Lynt, Hunt, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, 2009, 26.

²³ B. Clavero, *El derecho indígena entre el derecho constitucional y el derecho interamericano: Venezuela y Arwas Tingni*, en *Revista IIDH*, vol. 39, 2004, 257-292.

organismos, entre los que destaca, sobre todo, el poder determinante que pasarán a jugar en los años sucesivos tribunales y cortes internacionales. No hay que olvidar en este punto, que luego del proceso constitucional de post guerra, la mayoría de Estados Europeos adopta sistemas constitucionales que incorporan la justicia constitucional como un poder desconocido durante la codificación europea. La justicia Constitucional se vuelve también en un instrumento gravitante para la protección de las comunidades, hacia finales del siglo XX en América Latina, como veremos en seguida.

El proceso conocido en Latinoamérica como la *descolonización de los derechos humanos*²⁴ hizo posible que las Constituciones que por tantos años habían estado a merced de concepciones formales basadas en las ideas de constitucionalismo liberal, autonomía individual, propiedad, Estado-nación y legicentrismo, sufrieran también una metamorfosis. Este cambio hizo posible la entrada de una nueva forma de constitucionalismo cuyo pilar está erigido sobre una idea pluralista mediante la cual los derechos tienen como función primordial el control efectivo del poder. Para hacer esto posible, uno de los rasgos básicos que define esta forma de constitucionalismo social está dado por el papel que se les otorga a los jueces, quienes tienen la función de controlar, sobre todo, el poder de la legislación.

Es justamente en este periodo que se producen importantes modificaciones en las Constituciones latinoamericanas, como puede verse en el siguiente cuadro:

Estado / año	Reforma constitucional
<p style="text-align: center;">ECUADOR</p> <p style="text-align: center;">Constitución 1929</p> <p style="text-align: center;">Vs.</p> <p style="text-align: center;">Constitución 1945</p>	<p>En la Constitución ecuatoriana de 1929 se hacían solo dos menciones a los pueblos originarios considerándolos como la “raza india”. Así, en el artículo 33 se hacía mención a que la tutela y defensa de la “raza india” debía estar a cargo de un Senador, mientras que en el 167 se hacía referencia a su protección en relación a su vida social, educación y económica.</p> <p>En contraste con ello, en la Constitución de 1945, se incluyen una serie de artículos en los que, en primer lugar, se reconoce al quechua y a las lenguas aborígenes como parte de la cultura nacional (art. 5) y su uso en las escuelas en zonas de poblaciones indias. Asimismo, a las organizaciones de indios se les es otorgado el derecho a la participación política (art. 23). Por otro lado, en relación al derecho de acceso a la justicia, se inserta la garantía de una defensa legal gratuita para aquellas comunidades indígenas que no tengan recursos económicos (art. 95). Se reafirma, además, el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación por cuestiones de raza (art. 141). Así también, se reconoce</p>

²⁴ R. Merina, V. Arell, *Descolonizar el Derecho. Pueblos indígenas, derechos humanos y Estado plurinacional*, Lima, 2018.

	<p>la protección de la propiedad comunal (art. 146). Finalmente, se concede una regulación especial en materia laboral para el trabajo realizado por indios (art. 148).</p> <p>En suma, en Ecuador las reformas constitucionales de 1945 tienen una fuerte incidencia en los derechos de las poblaciones indígenas referidos a: derechos lingüísticos, participación política, acceso a la justicia, propiedad y trabajo.</p>
<p>GUATEMALA</p> <p>Constitución 1838</p> <p>Vs.</p> <p>Constitución 1945</p>	<p>En la Constitución de 1838 solo se hacía una mención a las poblaciones indígenas en el artículo 3, en el que se mencionaba que los indígenas, por carecer de ilustración no podían defender sus propios derechos, por lo que las leyes debían protegerlos de manera especial.</p> <p>En contraste con ello, más de cien años después, se incorporan tres reformas en relación a los grupos indígenas: (i) la promoción del mejoramiento étnico (art. 80), lo que lleva al (ii) desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas (art. 83), y la declaración de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inexpropiación e indivisión de las tierras de las comunidades indígenas (art. 96).</p> <p>En resumen, el único derecho que explícitamente se les reconoce es el de la propiedad, mientras que su protección económica, social y cultural se hará a través de políticas públicas.</p>
<p>PANAMÁ</p> <p>Constitución 1941</p> <p>Vs.</p> <p>Constitución 1946</p>	<p>En la Constitución de 1941 se hacían solo dos menciones a las poblaciones indígenas. La primera estaba referida a la posibilidad de designar ministros de la religión católica a las tribus indígenas (art. 38), y la segunda hacía referencia a las huacas indígenas que pertenecían a la República, y que, por lo tanto, su explotación y exploración serían reguladas por ley.</p> <p>En contraste, en 1946, se incluyen modificaciones relacionadas a la protección especial de las colectividades campesinas e indígenas en lo referente a su integración económica, política e intelectual (art. 94). En relación a la protección económica, se indican una serie de medidas referidas a la entrega de tierras (a</p>

	<p>través inclusive de mecanismos de expropiación de propiedad privada), al reconocimiento de reservas indígenas, a la tecnificación, a reglas de mercado y comercio de sus productos agrícolas, a los medios de transporte, entre otros (art. 95). Asimismo, se plantean reformas a nivel de la educación nacional, a través de las cuales se quiere promover el respeto por tanto por la cultura nacional como por la cultura de los campesinos e indígenas, así como asegurar una mayor llegada de instituciones educativas al campo (art. 96).</p> <p>En suma, se plantean grandes reformas en relación a los derechos de propiedad y educación para las poblaciones indígenas y campesinas.</p>
<p>VENEZUELA Constitución 1924 Vs. Constitución 1947</p>	<p>En este Estado, entre un poco más de dos décadas de diferencia, el reconocimiento de lo indígena en la Constitución pasa por un giro considerable. En 1924, la población de los indígenas estaba totalmente excluida de la vida política (art. 58: “El Distrito Federal y los Territorios Federales (...) elegirán también sus Diputados (...). No se computarán en la base de la población los indígenas no reducidos”). Asimismo, la única otra mención que se hacía era en relación a la misión de civilizarlos (art. 80).</p> <p>Sin embargo, en la Constitución de 1947 se introduce una transformación sumamente importante: el Estado declara la incorporación del indio a la vida nacional, lo cual deberá ser efectivizado a través de la aprobación de una legislación especial que tendrán que tener en cuenta “las características culturales y las condiciones económicas de la población indígena” (art. 47).</p>

Fuente: Elaboración a partir de la recopilación y edición de Bartolomé Clavero (<http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>)

5. Colofón: la Constitución que emerge

Hacia finales del siglo XX, el panorama en América Latina ponía de manifiesto una tendencia hacia el reconocimiento de las comunidades en los textos constitucionales con distintos matices. En su dimensión mejor lograda, estas reivindicaciones de las comunidades originarias, apuntan al reconocimiento del pluralismo jurídico en los textos constitucionales. Se trata del “horizonte pluralista” que, en términos de Yrigoyen emergió como «un nuevo modelo de

gestión de la multiculturalidad»²⁵. Si bien, como señalé anteriormente, el DCI empieza a configurarse a partir de 1945, no es hasta 1990 cuando se enfrenta en serio a uno de sus desafíos más importantes: ser una voz genuina para los desventajados en un contexto en el que los derechos humanos empiezan a plantearse como un discurso alternativo poderoso.

A diferencia de los años anteriores en los que, a partir de mediados del siglo XX, se reconocía parcialmente a los pueblos indígenas y estos seguían siendo vistos a través de una posición subordinada²⁶, en esta nueva etapa comienzan a ser considerados como auténticos sujetos políticos con derecho a autodeterminarse a sí mismos. La constitucionalización del pluralismo, plantea desafíos de gran calado. Se trata del reconocimiento de un modo de vida y de cultura, de una manera de razonar y por tanto, de una nueva manifestación del propio Derecho, desde el interior de la comunidad.

Como resultado de este proceso, se asume que ya no es suficiente la incorporación de los derechos indígenas en las Constituciones, sino que es momento para cambiar la propia forma en que son concebidas estas últimas. Si es que lo que se pretende es una real participación política de las poblaciones indígenas, es el momento en que los Estados deben transformarse a sí mismos, y reconocer que existe «una diversidad cultural, lingüística y legal»²⁷, pero sobre todo, que existe una manera diferente de vivir la propia dimensión constitucional. Los Estados que logran procesos constituyentes en esta etapa, pueden exhibir la nueva dimensión del constitucionalismo pluralista que centrará su mirada, en forma simbólica en las naciones originarias:

1076

Ecuador (2008)	Bolivia (2009)
<p>Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.</p> <p>Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.</p> <p>Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los</p>	<p>Preámbulo</p> <p>El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.</p> <p>Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la</p>

²⁵ R. Yrigoyen, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, en *El otro derecho*, N° 30, 2004, 171-195, esp. 172.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., 173.

individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.	consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.
---	--

Elaboración propia

La Constitución que emerge de este proceso, es sin duda una que no hemos terminado de ver aún. Pero sus fuentes están ya casi establecidas a gran escala en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos. Como señalé antes estas fuentes, no se reducen a las reformas constitucionales ni tampoco a los diversos instrumentos internacionales que se empezaron a emitir a partir de 1945 (como Convenio 107 de la OIT en 1957, el Pacto Internacional de DESC en 1966, el Convenio 169 de la OIT en 1989, la Declaración de Atitlan en el 2002, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el 2007). Una de sus fuentes jurídicas más importantes, sino la fundamental, se construye a partir de la jurisprudencia de tribunales tanto nacionales como internacionales a través de la protección de los derechos.

Con estas fuentes y las estrategias propias del Estado Constitucional, las comunidades han encontrado en los procesos judiciales no solo un espacio de protección efectiva de sus derechos, sino también vías permeables para participar en la democracia. Desde la aprobación del litigio, las comunidades participan activamente en la elección del abogado, en la aprobación de las estrategias y en la vigilancia ciudadana a las estrategias judiciales. Los procesos judiciales ponen a prueba muchas veces la articulación de estrategias legales y estrategias propias de la participación política. Asimismo, la actuación de las organizaciones no gubernamentales es, en muchos casos, una forma de acompañamiento estratégico de participación. En tal sentido, es posible sostener que lo que las poblaciones indígenas no han encontrado en las vías de participación política, muchas veces aparece en las decisiones judiciales.

No obstante, junto con este horizonte optimista también se han presentado algunas frustraciones judiciales, debido a que, en muchos casos, los sistemas judiciales nacionales no han estado en condiciones de atender eficientemente los reclamos²⁸. Sin embargo, frente a ello, es posible encontrar un discurso esperanzador en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas líneas jurisprudenciales, a partir del año 2000, se han construido a través de discursos potentes que engloban cinco ejes principalmente: (i) identidad cultural, (ii) propiedad comunal, (iii) consulta, (iv) participación política, y, (v) organización política, social, económica, cultural y religiosa.

²⁸ Aquí, la jurisprudencia peruana resulta siendo un buen ejemplo. El Tribunal Constitucional, en el caso del derecho a la consulta previa, ha intentado cerrar el discurso del diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableciendo que este tiene un contenido que excluye el consentimiento (La Rosa, 2012). Por otro lado, en el caso del proyecto minero *Conga* en la ciudad de Cajamarca, este sigue esperando una decisión de los tribunales (<https://larepublica.pe/sociedad/1243735-tecnicos-confirman-tribunal-constitucional-inviabilidad-proyecto-conga>). Asimismo, en el caso de la protesta social que se realizó en contra del proyecto minero en Espinar, Cusco, las líderes han terminado denunciadas y procesadas por defender su territorio (<http://www.muqui.org/comunicaciones/noticias/item/491-fiscalia-reitera-pedido-de-20-anos-de-prision-para-lideres-y-dirigentes-sociales-de-espinar>).

«La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo», sostuvo la Corte IDH en el año 2005²⁹. La tierra, sostuvo en otro caso, no es un bien fungible sino que «significa una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka». En otro caso en el año 2010, la Corte tuvo ocasión de referirse a los derechos culturales y de identidad de los niños de una comunidad. Invocando el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño, puso contenido al artículo 19 de la Convención de San José para sostener que los niños indígenas tienen derecho a «vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma»³⁰.

Con relación a la garantía de sus propias formas de organización y participación, la Corte ha subrayado en más de una ocasión, la necesidad de que las comunidades puedan participar, «a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural»³¹. Mas recientemente, la Corte ha avanzado exigiendo la creación de un fondo comunitario para compensar los daños materiales e inmateriales que se había causado a una Comunidad al violar sus derechos a su identidad y cultura³².

La forma cómo se ha ido gestando la Constitución de las comunidades indígenas a lo largo de dos siglos desde el inicio de la República, muestra un proceso que va de la desolación y olvido absoluto de sus derechos más básicos, hacia una esperanzadora presencia, no solo formal en los textos constitucionales, sino real en los foros del Derecho Constitucional y convencional contemporáneo. Desde luego, su andamiaje conceptual y teórico es aun precario y, en muchos casos, se trata de ubicar su presencia entre líneas de argumentaciones de los tribunales nacionales e internacionales. Algo es claro sin embargo, el empoderamiento de las comunidades y su activa presencia en la vida política y cultural de las naciones, hace presagiar que asistimos a un proceso sin retorno de reconocimiento y defensa activa de sus derechos por ellos mismos, algo que era impensable en los primeros días de nuestras frágiles repúblicas.

²⁹ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* (2005).

³⁰ Cfr. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay* (2010).

³¹ Cfr. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (2012).

³² Cfr. *Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam* (2015).