

ESTADO PLURICULTURAL, ORDEN INTERNACIONAL, CIUDADANÍA POSCOLONIAL: ELECCIONES CONSTITUCIONALES EN EL PERÚ

Por BARTOLOMÉ CLAVERO

SUMARIO

1. UNAS ELECCIONES NO TAN ORDINARIAS.—2. UNA LIBERTAD SEVERAMENTE OBLIGATORIA.—3. UNA HISTORIA CONSTITUYENTE DE ESTADO.—4. UNA INCONSTITUYENCIA NO SÓLO PERUANA.—5. ORDEN INTERNACIONAL Y DERECHO POSCOLONIAL.—6. CONSTITUCIÓN PLURICULTURAL Y CIUDADANÍA IGUALMENTE VIRTUAL.

Existen puntuales criterios reconocidos por los documentos internacionales sobre derechos humanos que deben guiar los procesos electorales para que éstos sean considerados válidos.

Defensoría del Pueblo, Perú.

El Perú ha celebrado unas elecciones generales formalmente ordinarias, pero de hecho fuera de lo ordinario, entre abril y junio del 2001. Lo extraordinario procede de que se inscriben en una transición política para la superación de un régimen formalmente constitucional, pero profunda y gravemente corrupto y delincente, como el personalizado por Alberto Fujimori. Se comprenden estas elecciones en un cambio que ha supuesto la reincorporación internacionalmente reconocida del Perú al mundo que se entiende democrático. Una importante presencia de este orden internacional centrada en la observación y la asistencia electorales ha respaldado y revalidado estos comicios peruanos como motivo y prueba de dicha reintegración. Han sido por sufragio universal con una participación efectiva que ronda el 80 por 100 y en unas condiciones apreciables de libertades para las opciones en liza. El Perú es bienvenido al orden internacional de la democracia y los derechos humanos.

Unas elecciones incluso ordinarias son buen motivo y buena prueba. Parece indudable que pueden ofrecer en cada caso una medida de democracia y un test de derechos humanos. Propongo que nos tomemos la comprobación en serio. Partamos de estas elecciones peruanas para plantearnos cuestiones de fondo. No se trata ahora de explicar un sistema ni de hacer la crónica de un proceso, sino de proceder a una caracterización que nos permita dicho planteamiento de unos problemas que son ciertamente de derechos humanos y de democracia. Los extremos que van a venir ante la vista ya están anunciados en el título. Son de pluriculturalidad y de poscolonialismo no sólo en el campo interior de los Estados, sino también y sobre todo en el terreno internacional de los derechos. Procedamos. Vayamos por pasos para situarnos de modo que podamos alcanzar a tamaños asuntos.

1. UNAS ELECCIONES NO TAN ORDINARIAS

Las elecciones peruanas del 2001 se han producido de un modo que ofrece en efecto toda la impresión de participación masiva de la ciudadanía, neutralidad escrupulosa de las instituciones y competición justa entre fuerzas políticas, asegurándose así la credencial democrática para la recuperación interna y la reincorporación internacional a un mundo ante todo hoy definido por el orden jurídico de libertades identificadas con los derechos humanos, los que se formulan y desarrollan desde hace poco más de medio siglo por empeño y mérito de Naciones Unidas. Como he sido testigo privilegiado (1), puedo descender a pormenores de confirmación y de contraste. Está ya advertido que no se trata ahora de la exposición normativa de un sistema electoral ni, aún menos, de la crónica política de unas elecciones, sino del intento de una caracterización para ver de asomarnos a un fondo.

Al propio efecto de neutralidad institucional, los comicios están presididos por un organismo de indole sustancialmente judicial, el cual se muestra tan sensible ante reclamaciones de partes como insensible ante intereses públicos o más generales, cual por ejemplo el de la resolución ágil de los contenciosos electorales en una situación delicada de transición. De hecho, mientras que la ley contempla unos remedios electorales extraordinarios y sumarios (2), dicho organismo ha admitido adicional-

(1) He sido jefe operativo sobre el terreno, durante unos tres meses, de la observación electoral organizada por la Unión Europea. Se tiene información en <http://www.mocue-peru.org>, o también en sitio europeo: http://europa.eu.int/comm/external_relations/human_rights/eu_election_ass_observ/index.htm. He contado con la guía de RAFAEL LÓPEZ PINTOR: *Electoral Management Bodies as Institutions of Governance*, New York, 2000, y el asesoramiento desprendido de JOSÉ RAMÓN MONTERO. Agradezco en especial a ULRICH FANGER, ADOLFO CAYUSO, ANDREA MALNATI y SCIPIÓN DU CHATENET por la colaboración de equipo en el Perú. El presente texto ha sido ponencia del seminario sobre *Ciudadanía, Cultura Política y Reforma del Estado en América Latina*, en el Colegio de Michoacán, México, 24-26 de octubre, 2001.

(2) Dicho mismo organismo cuida de la recopilación normativa: JURADO NACIONAL DE ELECCIONES: *Legislación Electoral del Perú*, Lima, 2001. También mantiene su hogar electrónico:

mente recursos administrativos de todo tipo, poniendo seriamente en riesgo, con la notable demora producida, la confianza tanto interior como exterior. El propio gobierno peruano, que carece de competencias en la dirección del proceso electoral por mor de la neutralidad, lanzó advertencias entre las dos vueltas que requirió la elección presidencial, dada la falta de mayoría absoluta en primera, sufriendose serias demoras por la deferencia jurisdiccional hacia los recursos de parte. Habiendo sido el 8 de abril las elecciones parlamentarias y presidenciales, la segunda vuelta de éstas no tuvo lugar hasta el 3 de junio. Con dicha postura judicial, ¿se defienden derechos por encima de intereses?

No parece. Que el organismo electoral supremo prefiera así la satisfacción de las partes no significa que sea sensible a derechos. A esto vamos. Para promocionar la presencia política de la mujer, la ley establece una cuota de género en las listas electorales que dicho organismo ha interpretado con laxitud a la baja. A fin de no obligarse en un país de fuerte migración interna a desplazamientos costosos y penosos para el ejercicio del sufragio que no es, según veremos, de carácter voluntario, y como además no se admite el voto postal salvo en el extranjero, la ley también requiere la instalación de mesas de sufragio para transeúntes que no se ha tenido la diligencia de organizar y que debería haber dispuesto dicho organismo superior. A pesar de que la misma administración electoral ha suscrito un convenio con la Defensoría del Pueblo para establecer oficinas de Defensoría del Elector en sus propias dependencias administrativas, las electorales, y así se ha hecho, el susodicho organismo superior se ha negado a reconocer competencia alguna por defensa de derechos en el campo electoral a dicha otra institución constitucional, la Defensoría. La deferencia del tal alto organismo resulta así a las fuerzas políticas y no a los derechos ciudadanos (3).

<http://www.jne.gob.pe>, como igualmente lo tienen otras instituciones congéneres, Oficina Nacional de Procesos Electorales: <http://www.onpe.gob.pe>, y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil: <http://www.identidad.gob.pe>.

(3) La Constitución de 1993 que, cercana en el tiempo, pero distante en el espíritu, rige todavía las elecciones del 2001, de lo que hablaremos, establece un *Sistema electoral* institucionalmente tripartito independiente del gobierno. Con jurisdicción suprema, poder reglamentario, iniciativa legislativa y facultad fiscalizadora, preside el JNE. Jurado Nacional de Elecciones; con autonomía al efecto, organiza la ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales; con su competencia propia de censo y acreditación, asiste el RENIEC. Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Los cargos principales de estas instituciones electorales son de designación procedente, no del gobierno, sino de órganos judiciales o también corporativos en la órbita del derecho. La autonomía funcional de la ONPE, aun bajo fiscalización del JNE, permite dicha disparidad de relaciones con la DP, Defensoría del Pueblo. Respecto a las Mesas de Transeúntes, se ha alegado una interpretación muy forzada de la ley, pues ésta las requiere sin el condicionamiento, en virtud de la cual no cabrían cuando las elecciones son por distrito múltiple, como han sido efectivamente las parlamentarias, por imposibilidad de transferencia de votos entre circunscripciones. El voto del extranjero, donde también se instalan mesas además de admitirse por correo, se impueta todo al distrito capital, el Departamento de Lima. Para las elecciones presidenciales tampoco las ha habido de transeúntes, alegándose que la papeleta única, pues tal es a doble columna, no lo permitía en primera vuelta, con lo que no resultaba planteable en su caso, que se dio, sólo para la segunda. Una

Resulta además dicho organismo proclive a la mera discrecionalidad una vez que preside la jurisdicción en materia electoral, salvo asunto penal, como último remedio en su campo sin recurso ulterior alguno según la Constitución y, conforme a ella, la propia ley orgánica. La misma norma constitucional fortalece la posición disponiendo que dicha instancia suprema en el campo electoral aprecia los hechos «con criterio de conciencia». Difícilmente puede ser de otro modo si los votos, como vamos a ver, pueden destruirse inmediatamente tras el escrutinio (4). Por su parte, de manera análoga al rechazo de competencia de la Defensoría del Pueblo, dicha jurisdicción electoral superior ha dado muestras de no estar a favor de reforma que admita recurso, por razón igualmente de derechos, ante justicia constitucional. También se resiste a la aceptación de jurisdicciones internacionales con posible competencia en materia de elecciones siempre por interesar a derechos y en la medida en que resulte conforme a la habilitación y al reconocimiento de cada instancia (5).

En otro extremo, en la base de toda una pirámide institucional, las mesas de sufragio, a efectos igualmente que pueden presumirse de garantía y confianza, son de composición ciudadana, pero mediante una selección sumamente opaca. Conocen una fiscalización de los partidos que tiende a debilitarlas sobre todo en el momento decisivo del escrutinio tanto más fácilmente por cuanto que se destruyen materialmente a pie de mesa los votos no cuestionados de forma inmediata. Dentro de un

iniciativa parlamentaria por la separación de papeletas naufragó ante la drástica oposición de la ONPE. Tras algún intento fallido, el JNE se ha inhibido olímpicamente de la iniciativa legislativa en materia electoral. En cuanto a *Defensoría del Elector*, el sesgo masculino no tiene en el caso mayor implicación. La DP se ha significado por el empeño de aplicación escrupulosa de la cuota de género topándose con la majestuosa indiferencia del JNE.

(4) Ha habido al menos un caso bastante aparente de arbitrariedad. El último escaño de un departamento, el de Ancash, resulta reñido entre dos fuerzas políticas, la segunda y la cuarta del resultado final para el Congreso. Los votos se han destruido. Las actas del escrutinio, que son oficialmente varias, difieren. La jurisdicción electoral de primera instancia asigna el curul a la cuarta fuerza tras un recurso de reposición que legalmente no cabe, pero que está practicándose. Apelación mediante, el Jurado Nacional de Elecciones se lo adjudica a la segunda fuerza, declarando improcedente en este caso, pues no en todos, dicho otro recurso y, a mayor abundamiento constitucionalmente no obligado, agregando la prueba de un peritaje que se pretende oficial, por hacerlo a título particular grafólogos que también trabajan para el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, negativo para una cifra y una firma del acta más discordante. Quien figura como firmante declara a continuación por escrito que la rúbrica no es falsa, pues le pertenece, pero esta jurisdicción suprema ya no admite en el caso ni reposición ante sí misma por aparición de nueva prueba que pueda ser decisiva. El trasfondo político del caso tiene visos de favorecimiento, pero no vamos a entrar en el terreno siempre resbaladizo y además improcedente, por reñir con presunciones constitucionales, del juicio de intenciones.

(5) Esto último (la admisibilidad de recurso en materia electoral que interese a derechos concretamente tanto para el Tribunal Constitucional peruano como hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previo trámite de Comisión, o incluso ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas correspondiente a la Convención de Derechos Civiles y Políticos, dado que éstas internacionales o supraestatales son jurisdicciones reconocidas por el Perú, cerrado ahora un paréntesis o una intermitencia que provocara el régimen Fujimorista) es propuesta constante de la Defensoría del Pueblo: <http://www.ombudsman.gob.pe>.

sistema de sufragio o franquicia universal en cuanto al derecho de voto, dicha participación institucional de la ciudadanía introduce una cuña censitaria, esto es, censo mucho más restringido que el de ciudadanía, puesto que, aparte manipulaciones bastante factibles al propósito, se requiere legalmente para integrar mesas un «mayor grado de instrucción». Se realiza sin publicidad la misma selección del censo entre quienes reúnan la condición para un sorteo que se celebra en Lima y no localmente. También hay participación ciudadana a modo de jurado en una primera instancia de la jurisdicción electoral, pero igualmente bajo regla censitaria y mediante selección poco o nada transparente. Se admiten tachas o recusaciones, pero con exigencia de fianza bastante prohibitiva para el común de la ciudadanía. El descontento ciudadano menos orgánico, el que no se encauza por partidos ni tampoco por medio periodístico, llegaba a ser más que palpable en algunas determinadas zonas (6).

Las mesas efectúan el escrutinio para el Congreso conforme al sistema d'Hont de proporcionalidad corregida que la ley define, no en la forma más simple de resto mayor (adjudicación de escaño a cada lista que va quedando primera mediante reducciones sucesivas a la mitad), sino en la más compleja de cifra repartidora (misma operación por cocientes de división con el número de la lista primera sin curul tras dicha sucesión de restas). El trabajo de las mesas se incrementa y complica por la multiplicación de actas con valor oficial para instituciones, comprendida la militar, y los partidos, así como por el empeño de la administración electoral de recibir una primera acta sin esperarse a la formalización del resto. También, respecto al Congreso, se dificulta notablemente por la admisión de votos preferenciales de candidaturas individuales en un sistema de listas que además atrae especialmente el interés y la interferencia de los propios partidos en el momento decisivo del escrutinio. Toda la complicación, que en parte, como en las operaciones de cifra repartidora, es artificial, resulta caldo de cultivo para dicha injerencia.

Ante este conjunto de factores hay división de opiniones entre constitucionalistas y demás publicistas. Se polariza entre quienes piensan que debe excluirse siste-

(6) Pude particularmente comprobarlo en Tarapoto, cuyo Departamento, San Martín, ya es de por sí conflictivo por no ubicarse las instituciones electorales en la capital, Moyobamba, sino en dicha otra ciudad, lo que trajo el sufragio en vilo con bloquos de carreteras y secuestros de material electoral. Solamente la visita personal ofrece conocimiento de la insatisfacción debida a la presencia partidista, cuando no incluso fujimorista, en el organigrama local, como también tan sólo el trato directo rinde constancia de la falta de neutralidad y hasta exceso de beligerancia de algunos altos cargos departamentales de la administración electoral. Ante la pregunta a ciudadanía de por qué no se habían interpuesto recusaciones en tiempo y forma, se alega no sólo el obstáculo que supone la fianza, sino también toda una microsociología de presiones y represalias frente a las que tampoco es que valga el remedio de la justicia, pues, procediendo en parte de ella los respectivos nombramientos de la administración electoral, parece precisamente encontrarse involucrada. Ante el mismo riesgo de acciones judiciales en sentido contrario, esto es, en defensa de potenciales malhechores electorales en posición institucional, prensa y televisión trataron del primer asunto, el del conflicto abierto entre ciudades, y no del segundo, el de la desconfianza palpable entre la ciudadanía en dicho mismo Departamento.

máticamente de la participación institucional a los analfabetos funcionales, entendiéndose los no duchos por escrito en castellano y presumiéndoseles por esto más débiles y hasta inermes, y quienes razonan que debe en cambio primarse la participación y confianza ciudadanas. Si la razón de la composición de las mesas no es ésta, sino la incapacidad administrativa por formarlas de otro modo, cabría hacerse de la necesidad virtud (7).

En cualquier caso, adviértase que con todo ello, y sobre todo con la destrucción de votos a pie de mesa, puede dilatarse realmente no sólo el margen de influencia partidista en los resultados de las elecciones, sino también la discrecionalidad directiva y jurisdiccional del organismo superior del sistema electoral. Entre un extremo de arbitrio por la institución electoral suprema y otro de intervención por los partidos en liza, no se está ya dibujando tan claramente un escenario que pueda entenderse sin más como democrático. Mas no nos precipitemos juzgando. Quedan detalles que pueden resultar de importancia primaria.

Las *elecciones generales*, comicios tales, han sido de ciento veinte tres personas por un censo electoral de cerca de quince millones en una población que se acerca a veinticinco según estadísticas oficiales (8). Se trata de una presidencia, dos vicepresidencias y ciento veinte escaños parlamentarios, éstos a una sola y exclusiva cámara. Si hay con esto un problema serio de infrarrepresentación, lo es por razones no solamente cuantitativas, sino también y sobre todo cualitativas. El Perú comprende un espacio humanamente pluralísimo por la concurrencia de regiones de diversas economías y costumbres, como también por la abundancia de comunidades de dispares lenguas y culturas, resistentes las indígenas, sin representación prevista de índole política de dichas entidades varias ni articulación posible de carácter constitucional entre las unas y las otras entonces (9). Hoy por hoy, para las elecciones del

(7) Aunque hay desde luego tratadística más sistemática y éste es un texto un tanto de aluvión, resulta ilustrativo en sus voces como en sus silencios el curioso manual y oficioso galería de JUAN CARLOS y RAMIRO VALDIVIA: *Diccionario de Derecho Electoral Peruano*. Lima, 2001.

(8) Un buen sitio de entrada para información no sólo de cifras es el que ofrece la *Biblioteca Digital del Instituto Nacional de Estadística e Informática de la Presidencia del Consejo de Ministros*: <http://www.inei.gob.pe/biblioinei>.

(9) Para esta pluralidad humana podría remitir a cualquier introducción al Perú, pero no debo, pues no conozco que la haya franca y cumplida. En el aspecto más marcado de la multiplicidad de lenguas, existen no sólo las culturas quechua y aymara comunes con Bolivia, la primera igualmente con Ecuador y en algo también con Colombia y Chile, sino además las de una veintena de pueblos amazónicos no todos tampoco reclusos en las actuales fronteras del Perú. Como veremos, en el lenguaje normativo peruano, quiero decir de la Constitución y de las leyes, se hace referencia a dicha presencia con la expresión de «comunidades campesinas y nativas», éstas las amazónicas. Para el lenguaje normativo internacional, por virtud del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, los primeros se califican como tales, como «pueblos indígenas», en cuanto que anteriores y supervivientes al colonialismo. Ni mención constitucional ni ratificación del Convenio, entre 1993 y 1994, han llevado en el Perú hasta el momento a ningún replanteamiento del sistema representativo por la pluralidad humana que de hecho abarca o ni casi tan siquiera a una revisión del lenguaje de las propias normas. Luego veremos.

2001, la única cámara formalmente parlamentaria, políticamente representativa, por todo el Perú, a lo largo y a lo ancho, es el Congreso de la República, dicho colegio de ciento veinte curules, en la capital, Lima.

Se detectan problemas serios respecto a una base y agencia ciudadanas, a lo que llamo constituyencia. Los agentes estrictamente políticos, los partidos y alianzas electorales, cuentan con condiciones de libertades y de medios para hacerse vivos competitivamente ante la ciudadanía. Las autoridades políticas y las fuerzas policiales han garantizado dichas condiciones comenzando por mantenerse ellas mismas en una posición de neutralidad política de cara a las ofertas electorales. Ahora bien, lo que se garantiza a las candidaturas no se extiende en igual medida a la ciudadanía, al ciudadano o ciudadana individualmente o asociados a otros efectos. Con un orden público muy militarizado y tras una sangrienta fase de terrorismo y contrainsurgencia sin respeto ni el uno ni la otra por derechos (10), no se guarda la misma consideración ante ejercicio de libertades por parte ya de agentes electorales, ya de otros sujetos ciudadanos. La actividad sindical ha estado en algunas zonas reprimiéndose en nombre de la seguridad electoral. Y no faltan casos de lesión policial de la libertad personal bajo el mismo tipo de alegación con alarde incluso de la autoridad militar tal y como si esto lustrase y no empañare (11).

Advirtamos también que en el caso se acentúa y agrava la distancia entre libertades, entre la de competencia electoral y la meramente ciudadana, por el orden de requisitos para el registro de formaciones políticas. Han de presentarse en lengua castellana y aportar un acopio de firmas de adhesión, y no sólo de respaldo, de un 1 por 100 del total de votantes en las elecciones previas, lo que sitúa la cifra por encima de cien mil, lo cual a su vez tiene que quintuplicarse como mínimo en las urnas para mantenerse la inscripción que confiere reconocimiento y garantías. Y en la interferencia preventiva de libertades, está al mando un ejército y al servicio una policía sin derechos ciudadanos sus miembros, ni siquiera el del sufragio. Colaciónese lo

(10) En el Perú entre terrorismo y contraterrorismo no menos terrorista, durante las dos últimas décadas del siglo XX, se han producido más número de muertes y desapariciones, todavía éstas en buena parte por esclarecer, que en el Chile o la Argentina de régimen militar. Si se me preguntase por qué el caso trasciende bastante menos hacia el exterior, la razón que diría no sería la de que no hubiera una dictadura abierta concitando oposición, sino la de que se ha tratado de población indígena produciendo indiferencia: Defensoría del Pueblo, *Las voces de los desaparecidos. Testimonio de los familiares*. Lima 2001. Para otras direcciones de vigilancia de derechos: <http://www.dhperu.org>; <http://www.transparencia.org.pe>; <http://www.cajpe.org.pe/rj>; <http://www.idl.org.pe>. y, no sólo ya para el Perú, <http://geocities.com/alertanet/peru.html>, a la que iremos.

(11) Para esta última apreciación me baso esencialmente en entrevistas propias con responsables militares de la policía civil en zonas de amenaza todavía terrorista, a donde y a quienes pude acceder, como observador electoral, gracias a la intendencia del mismo Ministerio de Defensa. La asistencia directa del gobierno tenía también su parte interesada, pues tras los viajes se convocaban sendas ruedas de prensa, junto a otras observaciones, presididas por el ministro, pero también en la primera expusc, sin más signo de problema que el sintomático silencio de la prensa sobre este determinado punto, la apreciación, respecto a las fuerzas armadas, de su parcialidad policial y no sólo de su neutralidad electoral, lo que se vocaba y no era incierto.

dicho sobre la deferencia del organismo electoral supremo con fuerzas políticas y no con derechos ciudadanos. Parece que, para integrarse una ciudadanía, hay problemas por parte pública tanto de mentalidad y conducta como de orden e institución, tanto de política como de derecho. También se dan peculiaridades saliendo al paso de la falta de integración (12), mas que no pueden alcanzar al fondo.

2. UNA LIBERTAD SEVERAMENTE OBLIGATORIA

El establecimiento del sufragio universal, que fue obra de la Constitución de 1979, ya llevó pareja al derecho una obligación que viene de tiempos de voto masculino y alfabetizado en castellano y así, con esto, no exactamente inspirado en integración y participación (13). Ya hemos aludido a esto de que el ejercicio del voto no es voluntario, lo que puede resultar clave. Con el servicio militar obligatorio, ahora en trance de abolición, y la cadencia fiscal, es el principal cargo de los ciudadanos como también, para el voto, de las ciudadanas. El sufragio, como derecho desde los dieciocho años de edad y como deber hasta los setenta, es efectivamente así, y no de otro modo, universal. La abstención comporta una multa que resulta severa para los estratos menos pudientes y también otra pena que puede decirse accesoria. Mientras que la sanción no se salde, viene a menos la propia identificación ciudadana, el derecho constitucional a la identidad, la condición así de ciudadanía personal.

(12) Pongo un solo ejemplo. Para saberse del programa vencedor, no sólo importa el presentado formalmente a las elecciones por Perú Posible, la agrupación que encabeza Alejandro Toledo, o derivado también de sus acuerdos partidistas. En una sociedad cuya articulación ni está dada en el campo constitucional ni por dar exclusivamente en el terreno político, el mismo candidato contrae formalmente por sí solo compromisos de gobierno suscribiendo convenios con formaciones de otro orden. Así, en campaña, ha firmado un *Compromiso Democrático por la Dignificación del Trabajo* con la principal central sindical o federación gremial, la CGTP, Confederación Nacional de Trabajadores del Perú, conteniendo básicamente el acuerdo de recuperación de un derecho laboral en conformidad con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. La principal organización que puede decirse indígena, la CCP, Confederación Campesina del Perú, ha preferido no firmar un acuerdo central, remitiéndose a la autonomía de las entidades federadas. Así la FDCC, Federación Departamental de Campesinos de Cusco afiliada a la CCP, y «Alejandro Toledo Manrique, Candidato a la Presidencia del Perú», suscriben un convenio con puntos no sólo más generales de «defensa y fortalecimiento de la comunidad campesina y nativa» y de «promoción de los derechos de la mujer campesina», sino también más detallados sobre necesidades sociales y económicas para el desarrollo regional y comunitario. A la vista de este tipo de acuerdos se integran representantes tanto sindicales como indígenas en las listas de Perú Posible. El carácter de su representación no es el de ciudadanía mediante partido que suele presumirse. Con dicho tejido social resulta cuestionable la receta usual de fortalecimiento de los partidos más todavía de lo que ya están reforzados en el papel y en la práctica del régimen electoral y político.

(13) MANUEL VICENTE VILLARÁN: *Ante-Proyecto de Constitución de 1931 por la Comisión que él presidiera. Exposición de Motivos*, Lima, 1962, reproducido por CÉSAR LANDA (ed.): *Materiales de enseñanza Historia constitucional del Perú*, Lima, 2001, es texto históricamente clave para la motivación del voto obligatorio de hombres alfabetos, así como también del establecimiento de una administración electoral independiente encabezada entonces por una Corte Nacional de Elecciones de impronta ya judicial.

El control se llevaba mediante una libreta electoral que certificaba la participación. Ahora se ha introducido un DNI, Documento Nacional de Identidad, de alto nivel técnico materialmente, pero que no acaba de representar formalmente un derecho constitucional a la misma identidad. Se ha establecido un registro centralizado de identificación y estado civil, asumiendo competencias antes municipales, el cual está depurando el censo electoral a la par que emitiendo tal documentación. El documento sigue registrando la participación electoral con la consecuencia práctica, caso de abstención no justificada y aunque la ley predique expresamente otra cosa, de perder valor identificatorio a efectos de gestión de intereses propios oficiales o también privados, como los judiciales y los asistenciales o los notariales y los bancarios. Esto puede que no sea tan sistemático como con la libreta electoral, pero no hay percepción ciudadana de diferencia sustancial. No se conoce caso judicial que haga prevalecer la ley sobre la práctica en el particular. En el campo policial, de policía militar y civil y también de la privada, en el penal y en el penitenciario, la justicia tampoco se presta a cuestionar la retención usual de documentación incluso después del cumplimiento de pena de privación de libertad que así se dobla en privación de identidad.

He aquí un asunto que también produce división de opiniones entre constitucionalistas y demás publicistas. ¿Puede considerarse propiamente constitucional, conforme a democracia y derechos humanos, un régimen de voto obligatorio además tan severo? De una parte, se valora el objetivo entendidamente democrático de integración política de la población entera; de otra, se acusa el efecto lesivo de un derecho constitucional de libertad como hubiera de serlo el de participación (14).

La obligatoriedad, y más aún con su dureza, lo que está probablemente acusando es un fondo, o más bien un desfondamiento, del cual pudieran también derivar otros aspectos problemáticos, como el del arbitrio judicial en la cúspide y el de la intervención de partidos a ras de mesa o el de la interferencia policial a otros efectos de ejercicio de derechos, o como también el elemento de la reducción extrema de la representación política con indiferencia completa por la pluralidad presente. ¿No puede que guarde relación con todo ello el propio empeño por obligar al voto, por forzar la legitimación democrática de las instituciones precisamente de este modo y no de otro más acorde con los mismos principios constitucionales de los derechos en cuanto que títulos de libertad ante todo?

Parece que tocamos fondo o, mejor dicho, que nos asomamos al desfondamiento. No sólo se trata de que el sistema electoral conspira contra la representación indígena, lo que resulta bastante evidente siempre que no se eluda la mirada (15). Tam-

(14) De la parte peruana, para la argumentación que se presenta como democrática, J. C. y R. VALDIVIA: *Diccionario de Derecho Electoral Peruano*, voces «Votar es obligatorio (e indispensable)» y «Voto obligatorio».

(15) Aun limitado al espacio amazónico, pues no hay o no conozco estudios más comprensivos, JAVIER ECHEVARRÍA: *Las comunidades nativas y el sistema electoral peruano*, en MILKA CASTRO (ed.): *Derecho consuetudinario y pluralismo legal*, vol. II, Arica, 2000, págs. 575-587.

bién ocurre que dicho mismo sistema puede constituir la ortopedia de una deficiente constituyencia, el fondo falso del Estado malamente constituido, el aspecto engañosamente firme de las arenas movedizas que le prestan cimientos bien precarios. La obligatoriedad del voto, este presunto signo de democracia, puede que sea toda una señal de advertencia del abismo abierto a los mismos pies del Estado. Con obligación bajo multa más suspensión de identidad y todo, la abstención suele rozar el 20 por 100, superándose el treinta si se suman votos en blanco y viciados. ¿Cuál ciudadanía activa y de cuál caracterización cultural habría con libertad de participación, con derecho propiamente dicho al voto? ¿Qué nos está comunicando tamaña serie de detalles?

De entrada, el sistema electoral está buscando más la legitimación del Estado, dado que la representación de la ciudadanía o que su misma existencia como el agente debido. Por añadidura, unas expectativas ciudadanas quizá mayoritarias pudieran situarse, no exactamente en la dirección representativa, sino en la comunitaria o en ésta segunda al menos como base primaria de la primera o así secundaria y no al contrario, de lo cual hay algún indicio incluso en el régimen electoral establecido (16). En todo caso, está fallando una constituyencia, el sustento y el agente ciudadanos del propio sistema, no sólo ni principalmente partidistas. Falla por la razón precisa del modo como se concibe y la forma como se actúa por parte del Estado. La misma idea y la propia práctica de la democracia como principio legitimador y objetivo legitimado puede que no coincida en la acepción política y en la ciudadana o, si prefiere decirse, popular. Es una discordancia de fondo que también ha podido justamente detectarse por otras latitudes (17). ¿Cuál es el trasfondo, cuál el sustento aunque resulte inconsistente, de un caso como el peruano?

3. UNA HISTORIA CONSTITUYENTE DE ESTADO

El Perú como Estado se acerca al cumplimiento de dos siglos. Tiene una historia ya extensa tras de sí, un largo pasado que puede en parte constituirle tanto o más, so-

(16) Me refiero en especial al expediente de la revocación mediante elecciones a mitad de mandato que se admite en Perú para el ámbito municipal. A fin de paliar el apoderamiento resultante de unas autoridades locales encontrándose con resistencia de comunidades, el constitucionalismo peruano ha adoptado, entre otras fórmulas, el expediente de las votaciones revocatorias de tales cargos municipales que, al permitir renovaciones a mitad de mandato, conecta en cierto grado con prácticas arraigadas indígenas de cadencias cortas. Al tiempo, el mismo constitucionalismo, aparte de resistirse a revocatorias parlamentarias que consiguientemente se propugnan, acusa una falta elocuente de aprecio a dicho recurso electoral de ámbito local. Tocaban estas elecciones revocatorias municipales en este año 2001, atrasándose al anticiparse las generales y evitándose la coincidencia. Las instituciones electorales proponen acto seguido su cancelación argumentando que son una carga superflua de costo además gravoso por no contarse con ayuda internacional a tales efectos que se consideran así secundarios también exteriormente.

(17) FREDERIC C. SCHAFER: *Democracy in Translation. Understanding Politics in an Unfamiliar Culture*, Ithaca 1998, respecto en concreto a Senegal.

bre todo respecto a fondo, que la propia norma constitucional presente. Es por esta razón y en tal medida por lo que ahora nos interesa una mirada retrospectiva sin perder de vista y para regresar enseguida a la fase actual. La historia, sobre todo la de tiempo constitucional y con ello potencialmente constituyente, no tiene por qué suponer ni producir ningún extrañamiento o ni siquiera distancia. La misma forma de imaginar el pasado en el presente puede generar realidad. En la historia y sus imágenes hay claves para el derecho (18).

Recordemos. Cuando el Perú se erige como Estado en los años veinte del siglo XIX, concibiéndose conforme a modelo constitucional de procedencia europea directamente o con mediación de la experiencia estadounidense, el mismo, el Perú, era un espacio humano no exactamente tal, europeo, o ni siquiera tampoco criollo, esto es, que participase de esa ascendencia y se identificara con la cultura de ese origen. Había una minoría de esta identidad, pero nada hegemónica, por ser beligerante, a los efectos culturales que interesan de forma neurálgica a la formación política y jurídica perfilando escenario y marcando posibilidades. No entremos en cifras siempre al propósito debatidas, cuando no sesgadas. Baste con la constancia de que una mayoría sobrada era indígena, esto es, de humanidad con culturas anteriores en América a la comparecencia europea y con su evolución propia, cuya presencia seguía caracterizando el espacio peruano. La misma palabra, *peruano*, significaba entonces primariamente *indio*, nombre de acuñación notoriamente europea, por confusión de continente, para *indígena americano*. Son signos primordiales que conviene ahora recordar porque revisten importancia para el mismo extremo de la formación constituyente del Perú.

Pues no sólo se trataba de que dicha humanidad indígena mantuviese internamente un derecho propio, sino también de que pudiera conservar una vocación de constituyencia propia, esto es, de base y agencia para determinarse por sí misma en el orden político exterior como jurídico interior. Era particularmente el caso del sector quechua, el mayoritario y más identificado con el Tawantinsuyu, la amplia comunidad pluricultural que había constituido el imperio del Inca, la formación política y jurídica previa y en parte todavía también coetánea a la presencia europea. La recuperación del Tawantinsuyu es un motivo nunca perdido durante el tiempo de la colonia y que además recupera fuerzas a las mismas vísperas de la independencia, de la erección del Perú y de Bolivia, de Ecuador y de Colombia, de Argentina y de Chile, como Estados neonatos por este espacio.

En los años ochenta del siglo XVIII, un sector importante de los pueblos quechua y aymara estuvo cerca de lograr bajo su propia hegemonía como mayoría neta una constituyencia pluricultural. La historia hubiera sido otra, pero ahora nos interesa lo que fuera aquel presente, el de un arranque de futuro entonces. El Perú se constituye con dicha otra alternativa, la indígena, no menos viva culturalmente porque hubiera

(18) Es un motivo en el que vengo incidiendo desde hace años; para nuestro actual asunto, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*. Madrid, 2000.

sido derrotada en el campo de la guerra y la justicia coloniales. Es un escenario donde pueden comprenderse unos primeros empeños constituyentes de parte del Estado peruano, unas opciones que podrán seguir pesando en el futuro y hasta el presente. Ahí se forja una imagen (19).

Cabía optar por el federalismo incluso para la perspectiva menos pluralista. Desde la definición del modelo por los Estados Unidos primeros, estaba la fórmula federal hecha y derecha por América como mecanismo en concreto para reducirse la presencia indígena, pues no sólo consistía en la concurrencia de *Estados* bajo reglas constitucionales particulares y comunes, sino también en el establecimiento de *Territorios* cuales zonas sin norma constitucional propia, así sometidas a los poderes federales particularmente en lo que toca a la reducción y hasta eliminación de dicha presencia, la indígena, como requisito para la erección definitiva de Estado interno o federado. Bajo la fórmula territorial de transición a la estatal, dichos mismos poderes ya ofrecen reconocimiento de derechos y garantía de justicia al sector colonizador, no en cambio al indígena lo primero, pues lo segundo no lo necesitaban desde luego al tener jurisdicciones propias (20).

El Perú no realizó evidentemente esta opción. No se creó una imagen federal de sí mismo pese a ser un dechado de condiciones. Nunca se entendería tan seguro ni tan fuerte como para probar en serio la posibilidad. No ha habido federalismo en el Perú por una razón seguramente bien distinta a la de que no se sintiera la necesidad o, menos todavía, a la de que no se reunieran las condiciones, pues lo uno y lo otro parece patente durante toda su historia constitucional. Si hubiera evidencia constante de posibilidad federal, ahí se tiene en un Estado nada federal, en el Perú. Parece una verdadera incógnita, pero puede despejarse. Federalismo no hay aquí original-

(19) Sobre todo a partir de ALBERTO FLORES GALINDO: *Buscando un Inca. Identidad y utopía en los Andes*. Lima, 1987, con reediciones y debates, viene desarrollándose una literatura bien interesante al efecto, entre la que cabe destacar FLORENCIA E. MALLON: *Peasant and Nation. The Making of Postcolonial Mexico and Peru*, Berkeley, 1995; MARK THURNER: *From Two Republics to One Divided. Contradictions of Postcolonial Nationmaking in Andean Peru*, Durham, 1997; CHARLES F. WALKER: *De Tupac Amaru a Gamarra. Cusco y la formación del Perú republicano. 1780-1840*, Cusco, 1999 (original, *Smoldering Ashes*, del mismo año). En el sentido más adverso aún muy beligerante, no viéndose ya de partida otro horizonte pensable, incluso entre indígenas, que el del Estado criollo, MARTA IRUROZQUI: «A bala, piedra y palo». *La construcción de la ciudadanía en Bolivia, 1826-1952*. Sevilla, 2000. En línea más ponderada, aunque ya no sea para el espacio andino, SONIA ALDA: *La participación indígena en la construcción de la república de Guatemala. siglo XIX*. Madrid, 2000. Respecto a la constituyencia pluricultural, permítaseme recordar que tal era, con otras palabras desde luego, el planteamiento acreditado, hacia 1780, de Tupac Amaru, valiendo poco, o realmente nada a los efectos virtuales, el argumento usual de que no era respetado ni por sus mismas tropas, practicando matanzas indiscriminadas de población no indígena según las crónicas criollas, tampoco olvidemos este último detalle. Respecto a la recuperación pluricultural y no imperial del Tawantinsuyu, la imagen indígena es bien otra.

(20) JEFFREY BURTON: *Indian Territory and the United States, 1866-1906. Courts, Government, and the Movement for Oklahoma Statehood*, Norman, 1995; DAVID E. WILKINS: *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court. The Masking of Justice*, Austin, 1997; VINE DELORIA Jr. y D. E. WILKINS: *Tribe, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin, 1999.

mente porque más de un territorio lo que estaba es en condiciones de constituirse como Estado indígena, cual el predominantemente quechua del departamento de Cusco muy en particular. Y los pueblos amazónicos se mantenían por lo general llanamente independientes.

En la historia constitucional del Perú, desde un inicio, el federalismo es episodio efímero y el antifederalismo opción empeñada. Lo mismo puede decirse de la ubicación de la capital en la colonial Lima y no en la más pluricultural Cusco, el centro antiguo del Inca. *Qosqo* significa ombligo en quechua. *Lima* es nombre originalmente de pueblo extinto, de accidente geográfico o de corriente acuática que acabara prestando nombre a la que fuera fundada como Ciudad de los Reyes, de unos reyes europeos. Es la capital constitucional del Estado peruano. Ahí radica y desde ahí se despliega como si todo el territorio con toda su humanidad estuviera bajo su responsabilidad de legislación, justicia y gobierno.

Se crea efectivamente una red de administración delegada y dependiente, pero que nunca acaba de hacerse cargo operativo de unas funciones. Las va de hecho perdiendo o, dicho mejor, no logrando, a medida que se extiende y, por decirlo así, que descende. Y esto no implica que reine progresivamente la anarquía. Indica más sencillamente que unos cometidos de derecho, justicia y gobierno siguen por lo común en manos de jurisdicciones comunitarias, las indígenas ante todo. La misma administración municipal rige humanidad y territorio en mucha mayor medida que la desplegada desde la capital. El Estado centralizado resulta entonces, por mucho que persista, una pura ficción, así como la federalización un reto permanente (21). A pesar de todo, no se afronta en el Perú el correspondiente desafío de la constitucionalización por obra y fábrica de un federalismo que habría de ser así no sólo interterritorial, sino también intercultural, sin el doble rasero desde luego entre Estados y Territorios ni nada que pudiera por asomo parecersele.

Algún amago constitucional de reconocimiento de realidad hasta entonces extraconstitucional se produce entrado el siglo xx. Arranca en 1920: «El Estado protegerá a la raza indígena», «la Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas» y «la ley declarará los derechos que les corresponden». Son pronunciamientos que en la Constitución de 1933 conformarán todo un título dedicado a *Las Comunidades de Indígenas*, con elevación así de la expresión ya utilizada en 1920, el texto constitucional de 1920. Se reconoce por dicho título «existencia legal y personería jurídica», «integridad de la propiedad» y autonomía en la administra-

(21) El tema de la descentralización, en estos términos ya de por sí limitativos, es recidivante en la publicística peruana; últimamente, PEDRO PLANAS: *La descentralización en el Perú Republicano, 1821-1998*. Lima, 1998, y JOHNNY ZAS FRIZ BURGA: *La descentralización ficticia. Perú, 1821-1998*. Lima, 1998, con más atención el primero a planteamientos federales y el segundo a problemática municipal. Al propósito resulta relevante el indigenismo criollo: JOSÉ DESTUA y JOSÉ LUIS RÉNIQUE, *Intelectuales, indigenismo y descentralismo en el Perú, 1897-1931*. Lima, 1984, pero pueden serlo más y se atienden menos planteamientos e incluso prácticas de carácter federal de parte indígena: M. THURNER: *From Two Republics to One Divided*, págs. 127-129.

ción de «rentas y bienes» conforme todo ello, no de forma inmediata a Constitución, sino a ley ulterior: «El Estado dictará la legislación civil, penal, económica y administrativa que las peculiares condiciones de los indígenas exigen», lo que en buena parte, por lo que toca a cosecha legislativa, se efectuaría (22).

Mas no dejen de observarse nunca unos términos y ante todo los constitucionales. El reconocimiento es concesivo y no reflexivo, esto es, sin replantearse de una forma que guardase consecuencia la propia estructura constitucional del Estado que está procediendo a gesto tamaño. Se identifica una presencia, la indígena, pero no una constituyencia, una base y agencia ciudadanas ahora distintas. No se revisa ni la propia imagen de fondo. Por virtud de la constancia constitucional, no hay cuestión ya no digo constitucional de federalismo, sino ni siquiera formal de descentralización. No la hay material de constituyencia o de necesidad ninguna de revisarla. Lo que se reconoce es lo que existe, la comunidad indígena, y no además para habilitarla, sino para facultar a la ley a su respecto, para apoderar a una ley que sigue respondiendo a la misma planta constitucional anterior con el extrañamiento correspondiente de la propia parte interesada, la indígena. Considerándosele incapacitada por analfabeta, por no ducha en castellano y menos escrito, estaba masivamente excluida de la participación política en instituciones por otra parte ajenas, si no extrañas.

Añadiéndose el reconocimiento igualmente expreso de jurisdicción en términos de derecho consuetudinario y tampoco así implicando propiamente capacitación, no formalizándose constitucionalmente autonomía ninguna ni planteándose institucionalmente articulación alguna, no es muy distinto lo que encontramos respecto a la presencia indígena, de «comunidades campesinas y nativas» que se les dice, en la actual Constitución del Perú (23). La misma Constitución que define y contempla la

(22) JOSÉ PAREJA PAZ-SOLDÁN (ed.): *Las Constituciones del Perú*, Madrid, 1954, Constitución de 1920, artículo 58; de 1933, título XI, arts. 208-212; JOSÉ VARALLANOS (ed.): *Legislación indiana republicana. Compilación de leyes, decretos, jurisprudencia judicial, administrativa y demás vigentes sobre el indígena y sus comunidades*, Lima, 1947; MANUEL D. VELASCO (ed.): *Compilación de la legislación indigenista concordada*, Lima s.a. (1959); ROQUE ROLDÁN y ANA MARÍA TAMAYO: *Legislación y derechos indígenas en el Perú*, Lima, 1999, págs. 50-56. Añadamos noticia de que el Congreso peruano mantiene un sitio en la red con la legislación desde la independencia hasta la actualidad: <http://www.congreso.gob.pe/index.htm>. También es de utilidad a los efectos normativos FERNANDO TUESTA: *Perú Político en cifras. 1821-2001*, Lima, 2001, edición corregida y ampliada; primera de 1987.

(23) CLETUS GREGOR BARIÉ: *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, México, 2000, págs. 447-493. Lo de actual para la Constitución peruana es relativo, puesto que, a partir de un dictamen rendido en julio del 2001 por una comisión presidencial, la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, se ha puesto seriamente en entredicho la vigencia del texto de 1993, que no respetó el procedimiento de reforma del precedente y se ratificó mediante un plebiscito tan ajustado como dudoso. La Constitución anterior, de 1979, se entiende como la legítima todavía. La misma guardaba silencio sobre la presencia indígena, bien que la propia Comisión para la Reforma Constitucional propone la salvedad de parte de la norma cuestionada comprendiendo sus posiciones sobre «comunidades campesinas y nativas». De otro modo, se perderían instituciones actualmente tan valiosas como la Defensoría del Pueblo. En cuanto que se ha constituido el nuevo Congreso a finales de julio, ya se ha presentado alguna moción requiriendo la descalificación de la Constitución última, la de 1993. La cuestión esencial del orden constitucional vigente fue elusiva durante la campaña de unas elec-

justicia como función exclusiva del Estado reconoce a continuación la jurisdicción comunitaria indígena sin plantearse reflexión ninguna de lo segundo sobre lo primero. La norma constitucional también habla ahora de «pluralidad étnica y cultural» con derecho a la «identidad étnica y cultural» sin reflejo como tal derecho tampoco ninguno en el régimen de registro y documentación que ni siquiera respeta la identificación personal, como hemos podido ver. Aparte variables de mero lenguaje y por menores de mayor enjundia, que también pueden ser los lingüísticos, todo ello representa una posición bastante común hoy entre las normas constitucionales a lo largo y ancho de América (24).

La calificación más comprensiva de indígena rige también ahora normativamente por virtud del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes que el Perú ratificó en 1994. Ahí se entiende como tal cualquier caso en el que se haya mantenido en algún grado cultura, institución o costumbre anterior al colonialismo. La forma de identificación no es desde luego inocente. Mientras que un calificativo como el de campesino mira a la integración en la ciudadanía sin mayor consideración (25), el de indígena está hoy contemplando otro horizonte como mínimo más complejo. Son imágenes, la una como la otra, que generan realidades y además dispares. En el caso del referido Convenio, el segundo término, el de indígena, o el primero aquí pues ha figurado anteriormente en reconocimientos constitucionales, presenta la virtualidad de habilitar derechos específicos comprometiéndolo al Estado a no incidir sobre ellos sino mediante consulta. Ya no queda tan clara la sujeción sin más a ley de planta constitucional no revisada ni reflexiva. Sin embargo, la ratificación de dicho Convenio no ha llevado en el caso hasta el momento, ya no digo a un replanteamiento constituyente, sino tan siquiera a una revisión legislativa, aun no habiendo faltado incluso reclamaciones internacionales (26). ¿Dónde estamos en suma?

ciones al fin y al cabo realizadas conforme, con excepción de la fecha, quiero decir el año, y también del espíritu, a las previsiones del texto de 1993, a lo que aún tengo que regresar.

(24) Además del panorama más completo de C. G. BARIÉ: *Pueblos indígenas y derechos constitucionales*, recién citado, WILLEM ASSIES, GEMMA VAN DER HAAR y ANDRÉ HOEKEMA (eds.): *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, Zamora de Michoacán, 1999 (con edición también inglesa del mismo año, *The Challenge of Diversity*); DONNA LEE VAN COTT: *The Friendly Liquidation of the Past. The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, 2000, págs. 257-280; RAQUEL YRIGOYEN (ed.): *Pluralismo legal y reconocimiento constitucional del derecho indígena en América Latina*, en el sitio que dirige de Alertanct: <http://geocities.com/alertanct/foros-2a.html>. ALISON BRYSK: *From Tribal Village to Global Village. Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford, 2000, no es en nuestro campo constitucional y hacia nuestra temática internacional por donde amplia información y reflexión.

(25) DÉBORA URQUIETA: *De Campesino a Ciudadano. Aproximación jurídica*, Cusco, 1993; PEDRO GERMÁN NÚÑEZ: *Derecho y Comunidades Campesinas en el Perú, 1969-1988*, Cusco, 1996.

(26) MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *Compendio de Legislación para los Pueblos Indígenas y Comunidades Nativas*, Lima, 1999-2000, con el susodicho Convenio en el volumen segundo, como si se hubiera producido un descuido en el primero. De hecho, éste apareció originalmente como único en el mismo año de 1999 sin reparar en la existencia de derecho internacional, lo que se re-

4. UNA INCONSTITUYENCIA NO SÓLO PERUANA

Estamos ante el desfondamiento acusado por las elecciones, en la situación insconstituyente de falta de base y agencia ciudadanas. Los mismos reconocimientos constitucionales no rectifican a tal efecto, no digo a otros por supuesto, si no es que incluso, en dirección adversa, enquistan la inconstituyencia misma. Por los términos como se dan, reconociéndose tradición consuetudinaria sin consideración de derecho propio ni posibilidad entonces de autonomía mínimamente constitucional ni de articulación común por lo tanto, puede incluso reproducirse una posición de procedencia colonial. Del colonialismo europeo, sin ir más lejos, procede la misma dualidad entre un universo de derecho propiamente dicho y otro de costumbre adversativamente aceptada (27). Inconstituyencias como la peruana pueden resultar legados de Europa tanto como efectos de determinación propia. Ahí estamos. Si quiere decirse con palabra gruesa, la herencia tiene un nombre. Se llama racismo (28).

Hay quien, con conocimiento de causa y experiencia de cosa, piensa que el mismo reconocimiento formal de comunidad por tracto consuetudinario e historia colonial es exactamente el modo de reproducir e interiorizar colonialismo en tiempos teóricos de descolonización o de independencia (29). Mas la costumbre es potente y

media enseguida con el segundo. Obsérvese que ya se adopta en un frontispicio oficial de compilación normativa la identificación de *pueblos indígenas* que todavía suele ser en medios letrados objeto de rechazo o al menos de reparo como presuntamente extraña al actual ordenamiento jurídico peruano. Respecto a reclamación internacional, FERGUS MACKAY: *Los derechos de los pueblos indígenas en el orden internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas*. Lima, 1999, págs. 230-232. Se produce por cauce sindical, por la Confederación General de Trabajadores del Perú ante la Organización Internacional del Trabajo, lo que resulta especialmente factible no sólo por la peculiar composición tripartita de este organismo internacional (gubernamental, empresarial y sindical: <http://www.oit.org>), sino también por lo ya dicho de que dicha confederación peruana integra asociacionismo indígena por vía de sindicalismo campesino. Adviértase que, frente a toda regla constitucional, la Organización Internacional del Trabajo se ocupa de derechos indígenas sin conceder por ello ni voz ni voto directos a la parte interesada.

(27) Para el caso del Perú, M. THURNER: *From Two Republics to One Divided*, ya citado, con título de por sí expresivo, pues las *dos repúblicas* son las coloniales de no indígenas y de indígenas, y con epígrafe de capítulo además, págs. 20-53, de *Unimagined Communities*. El argumento vale no sólo para un colonialismo hispano, sino en general, con sus variables, para el europeo, inclusive el anglosajón y también con la continuidad correspondiente tras la independencia en los Estados Unidos o lo equivalente en Canadá: ROBERT A. WILLIAMS JR., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, New York, 1990; JAMES TULLY: *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, 1995.

(28) Pongo un ejemplo práctico más que peruano. Para la observación electoral europea alquilamos oficinas a una acreditada transnacional que ofrece no sólo locales, sino también servicios de forma integrada. Es tal el grado como se cumple una regla evidente de que el personal de gestión sea de apariencia europea y género femenino, mientras que el de limpieza, en cambio, indígena sin acepción de sexo, que cabe pensar no solamente en reflejo sociológico del medio peruano, sino también en política sistemática de la empresa plurinacional. Racismo y sexismo no sólo son locales por mucho que se presuma otra cosa.

(29) MAHMOOD MAMDANI: *Citizen and Subject. Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, Princeton, 1996. Desconozco algo así para América, mas la descalificación completa de costum-

da margen de autonomía en todo caso. No hace falta llegar a descalificarla para apreciar la distancia que media entre la tolerancia reversible y el derecho propio o entre las jurisdicciones privativas indígenas, mejor en plural que en singular, y la constituyencia común que no acaba de participarse e intenta aún retenerse por el empeño y la responsabilidad de la parte no indígena para las latitudes americanas. No parece ser otra, sino la de tamaño dualidad, la situación constituida del Perú.

No suele esto afrontarse por las voces predominantes ya políticas, ya también jurídicas. La misma campaña electoral del 2001 ha sido bien sintomática al propósito. Se trata de elecciones de hecho extraordinarias tras la caída del régimen de Fujimori y bajo la Constitución producida durante el mismo en 1993, pero no se convocan, por darse tal circunstancia, como formalmente constituyentes. Presentan de hecho este potencial que en la campaña prefiere eludirse. Sólo acto seguido se franquea realmente el asunto (30).

Durante el período electoral, del mismo Presidente de la República en la fase de transición, Valentín Paniagua, procede la sugerencia, bien que en sede no política, sino académica, de que el Perú necesita un cambio de Constitución. El asunto sigue eludiéndose en el debate político. A lo largo de dicho período, sólo en ocasiones como la de un foro más reservado, aunque también público, de unas jornadas universitarias con participación de las dos fuerzas políticas principales, se aborda con franqueza la incertidumbre constitucional (31).

En la ocasión se concretan ideas y anuncian proyectos importantes de reformas, pero no se toca por parte de los partidos el asunto más peliagudo de la desarticulación constituyente por pluralidad regional y también cultural. Se cuestiona la Constitución de 1993, pero sin dicha implicación. Sólo se insinúa algún paso tibio en línea descentralizadora. Se propone la recuperación del bicameralismo, que ha existido hasta 1993, a escala central y no, tampoco, para representación interregional e intercultural, sino duplicándose cámaras para evitarse el juego de una sola mayoría con la práctica de leyes y decisiones parlamentarias de lectura única sin debate alguno. Esto, junto con la delegación legislativa al gobierno y disposiciones de éste in-

bre se insinúa por las cercanías del Perú: MARCELO FERNÁNDEZ OSCO: *La Ley del Ayllu. Jach'a justicia y jisk'a justicia en comunidades aymaras*. La Paz, 2000. Si se quiere, con sus propios excesos, una visión contrapuesta, LEON SHELEFF: *The Future of Tradition. Customary Law. Common Law and Legal Pluralism*. Londres, 1999.

(30) Ya me he referido al dictamen de julio de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú de nombramiento presidencial precisamente, digo esto por lo que ahora añado. No identifica ni aborda, con las palabras y del modo que fuere, la cuestión constituyencial, pero da ocasión a algún comentario que viene a hacerlo: RAQUEL YRIGOEYEN: *El carácter pluricultural del Estado y de la Nación y la justicia indígena-campesina*, que es nota dirigida a los mismos miembros de la Comisión. Toda esta documentación puede verse en la dirección electrónica de Alertanet ya citada.

(31) Me refiero en particular a una jornada sobre *Gobernando sin mayoría* que la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas organizara durante el período electoral, el 28 de mayo concretamente, bajo la dirección de José Luis Sardón. El motivo de la convocatoria ya de por sí representa todo un reto constitucional por la existencia de un régimen extremadamente híbrido de presidencialismo y parlamentarismo: CARLOS HAKANSSON: *La forma de gobierno de la Constitución peruana*. Piura, 2001.

cluso de carácter secreto, ha sido algo habitual en los últimos años. Las propuestas reformistas añaden fórmulas plausibles para reequilibrar las relaciones entre parlamento y gobierno que, con el régimen de Fujimori, se han escorado en línea presidencialista poco o nada chequeable. No hay más a la vista que pudiera llegar a interesar a constituyencia, la cuestión de fondo (32). En definitivas cuentas, las mismas reformas pensables, con regionalización inclusive, siguen moviéndose en el cuadro de la imagen de Perú como Estado unitario que se hubiera forjado desde el propio origen (33).

Según todos los visos, se teme abrir la cuestión innominada de inconstituyencia incluso cuando se considera el tema constituyente. Nombrar sería mirar. Se verbalizasen y perifrasearan unos signos como fuese o como se prefiriera, ahí está a la vista el asunto de la infrarrepresentación de ciudadanía sobre desarticulación de país, algo que, si aparentemente se sostiene, es, a efectos de legitimación, gracias a mecanismos bien engrasados como el de la obligatoriedad bajo pena de la misma participación ciudadana con todos sus corolarios.

No es lo único por supuesto. Desde la función policial de unas fuerzas militares a la interferencia electoral de los partidos interesados, pasándose por la discrecionalidad de unas instituciones garantes y directivas de la participación de la ciudadanía, así como también por el empeño de exclusiva en la representación política y la producción normativa de un parlamento central, sea también bicameral, el sistema conspira por una clausura, por bloquear dicha misma posibilidad de cuestionarse la constituyencia, se diga como se quiera.

Respecto a la palabra, constituyencia, del inglés *constituency* evidentemente, con significado ahí por lo general más limitado, es un invento para intentar decirse en castellano algo que resulta inefable en cualquier lengua dentro de un mundo presidido incluso mentalmente por la institución de los Estados y su imagen de las Naciones (34), un universo así literalmente infantil, un tanto ayuno o al menos apurado

(32) Entre la literatura en desarrollo sobre el régimen peculiar de Fujimori por cuanto que no ha sido dictadura abierta, sino corrupción opaca con la base del sesgo constitucional, puede verse una crónica parlamentaria de un periodo segundo y último: HENRY PEASE: *Así se destruyó el Estado de Derecho. Congreso de la República. Perú 1995-2000*, Lima, 2000. Para perspectiva más amplia de la clave de producción de ordenamiento, PEDRO PLANAS: «Inseguridad jurídica, imprevisión normativa e ineficiencia legislativa. Efectos de la subordinación del Congreso peruano al Ejecutivo, 1980-2000. Estudio cualitativo de la política legislativa desarrollada en los últimos veinte años, con énfasis en el Congreso unicameral del fujimorato», separata de la revista *Advocatus*, Lima, 2001. Sobre la cuestión del régimen fujimorista tiene monografía temprana el mismo autor reciente y prematuramente fallecido: P. PLANAS: *El Fujimorato. Estudio político-constitucional*, Lima, 1999.

(33) En el hogar electrónico oficial, *Portal del Estado Peruano*: <http://www.perugobierno.gob.pe>, puede verse la imagen de *Estructura Básica del Estado Peruano*: <http://www.mef.gob.pe/misc/estado.pdf>, con la trinidad constitucional de poderes en la cumbre y el ejecutivo en el centro presidiendo todo el grueso del despliegue que sitúa en los bajos, como terminales de base, los Departamentos y las Municipalidades.

(34) La introduzco y razono en *Ama Llunku, Abya Yala*, otro juego de lenguas, éstas americanas, la quechua y la kuna, para intentar decirse lo que más difícilmente se expresa en cualquiera de matriz europea.

de vocablos. No es una situación privativamente peruana, por supuesto. Conviene que extendamos la visión.

5. ORDEN INTERNACIONAL Y DERECHO POSCOLONIAL

El horizonte del Estado se nos queda estrecho para la comprensión de la ciudadanía. El panorama tiende a situarse en un escenario internacional. En el momento mismo en el que el Perú se ha acercado más, aunque tampoco mucho, a un reconocimiento franco de su complejidad constitutiva, ha sido cuando ha aceptado y suscrito un instrumento de esa procedencia internacional, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Acudamos o más bien regresemos al mismo. No sólo reconoce unos derechos, sino que también, previamente, define una categoría, la de sus sujetos, dichos pueblos indígenas y esos otros que se dicen tribales. Lo primero nos interesa. De entrada, en el primer artículo, figura la definición (35).

El Convenio manifiesta que se aplica «a los pueblos en países independientes considerados *indígenas* por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas»; agrega que «la conciencia de su identidad indígena (...) deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos» de tal carácter; y remata con el pronunciamiento de que «la utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional». Hay un concepto, el de indígena como producto del colonialismo, un requisito, el de la conciencia de pueblo para poder serlo, y, finalmente, un quiebro, el de denegación de unos derechos de orden internacional.

El Perú ratifica, pues el asunto le concierne. Así se reconoce con el gesto. Dentro de las fronteras, en el seno de la ciudadanía, entre quienes tienen no sólo el derecho, sino también la obligación, de participar mediante la emisión del voto, hay pueblos indígenas, individuos contando con culturas anteriores en algún grado a la presencia colonial que trajo aquella otra con la que aún se identifica el Estado y así formando unos sujetos colectivos de derechos al menos internos a los propios Estados. Son entonces pueblos no exactamente equiparados con otros pueblos. El quiebro final sobre «la utilización del término» está clamorosamente diciendo que no to-

(35) El texto se encuentra fácilmente tanto en soporte de libro como en el informático. Para una compilación, *Derechos de los Pueblos Indígenas*, Vitoria-Gasteiz, 1998. Voy a prescindir ahora de lo referente al concepto de *pueblo tribal* por no enredarnos más todavía con una categoría que, cual ésta del tribalismo como factor definitorio, más claramente resulta un residuo colonial.

dos tienen los mismos derechos ni siquiera humanos. Sendos artículos primeros de las Convenciones mayores de desenvolvimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la de Derechos Civiles y Políticos y la de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se acuerdan conjuntamente en 1966, están proclamando el derecho de referencia y contraste: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural», viniendo a continuación el despliegue de los derechos individuales.

El texto y el concepto mismo de este derecho colectivo como derecho humano igual e incluso precedente, lo que no quiere decir superior, a los de carácter individual provienen notoriamente de la declaración sobre descolonización de las mismas Naciones Unidas en 1960, de su adopción formal de una postura anticolonial que no tiene de origen. Puede existir relación entre superación política de colonialismo y posibilidad humana de derechos individuales. Las Convenciones, estas mayores, lo proclaman con la sistemática que presenta la concepción del derecho de pueblo como premisa y requisito del derecho de individuo, del despliegue consiguiente de derechos individuales. Mas «todos los pueblos» resulta así que serían algunos. Con Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y todo, se sigue neutralizando la cuestión de constituyencia que viene cerniéndose sobre Estados como el Perú.

¿Tiene sentido una incongruencia al fin y al cabo tan flagrante al identificarse de hecho como pueblo lo que de derecho no se reconoce como tal, como pueblo? Lo cobra si se sitúa el texto entre los textos y en el contexto o en los sucesivos contextos encadenados de la misma Organización Internacional del Trabajo, de las Naciones Unidas como institución matriz y del orden internacional como escenario. No es cosa de divagar ni de repetir (36). Así quedará también situada la coyuntura actual sobre la estructura histórica del Perú. De este modo percibiremos lo que podemos llamar una virtualidad poscolonial, pues todavía no realidad cumplida, que no sólo interesa desde luego a su caso.

La Organización Internacional del Trabajo es realmente, como su mismo nombre bien indica, una agencia especializada. Lo fue en origen de la Sociedad o Liga de Naciones incorporándose luego a Naciones Unidas, con su especialidad laboral siempre. Esto quiere decir que su competencia alcanza donde lo haga su objeto, el trabajo. Respecto a los posibles derechos de pueblos, por cuenta propia dicha organización internacional sólo podía y puede decir, si dice algo, lo que tiene dicho, esto es en sustancia, que no está habilitada para producir novedad ninguna respecto a sujetos en el orden internacional. La cuestión llamativa es que haya podido llegar a

(36) Para ulteriores argumentaciones y referencias, puedo remitir a *Ama Llunku, Abya Yala*, particularmente a su capítulo primero; también a un texto publicado en la edición electrónica de la revista *Tink'azos Virtual* (<http://www.pieb.org/indice.asp>): *Doble minoría. Adopciones internacionales y culturas indígenas*; o incluso a una introducción que no tiene edición en castellano: *Diritto della Società Internazionale*, Milán, 1995.

este punto. Ya hay toda una historia también sustancialmente colonial llevando a la Organización Internacional del Trabajo a hacerse cargo respecto a pueblos indígenas, y no a otros, de más competencias que la de objeto laboral, dificultando ahora con ello, aunque no impidiendo por supuesto, que el asunto se aborde con todo su alcance en el propio orden internacional (37).

El reto, si lo hay como parece, se lanza a Naciones Unidas, la matriz responsable de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de todo el cuerpo normativo que la ha desenvuelto hasta el momento. Aunque la misma declaración, hace medio siglo, lo eludía, ha venido afrontándolo desde entonces. Por una parte, ha producido, desde los años sesenta, dicho pronunciamiento del derecho de libre determinación de los pueblos que no alcanza a los indígenas y que se contiene, como derecho expresamente humano, en el pórtico, cual condición de entrada de todo su despliegue de derechos de los individuos, tanto en la Convención de Derechos Civiles y Políticos como en la de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por otra parte, ha buscado acomodo para quienes no acaban de asentarse en dicho panorama, para los grupos de entidad cultural y vocación política que no se identifican o no se reconocen como Estados ni como pueblos.

A eso vino el artículo 27 de la misma Convención de Derechos Civiles y Políticos: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». Antes de advertir otras particularidades, obsérvese lo que ocurre con el mismo texto cuando posteriormente, en 1989, se repite para niños, niñas y adolescentes en el instrumento de derechos humanos que precisamente supera el lastre tradicional de la minoría de edad en cuanto a estado de privación o suspensión de libertades, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 30: «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma». La Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, sólo le consideraba como objeto de protección, mientras que la Convención viene a tratarle como sujeto de libertad.

¿Qué está pasando en el seno de Naciones Unidas para dicho cambio de lenguaje implicando el discernimiento de categorías entre la llamada todavía de *minorías*, las étnicas, religiosas o lingüísticas, y la que ahora se distingue como *indígena*? Sencillemente, se ha cobrado conciencia de que existen unos pueblos en el sentido que

(37) Reconstruye ahora concienzudamente en base a los propios archivos de la OIT desde sus inicios en tiempos abiertamente todavía coloniales el proceso de apropiación de la competencia global en la materia indígena por razones que resultan de índole complejamente tal, colonial, con el caso americano además en primera línea, LUIS RODRÍGUEZ PIÑERO: libro de próxima publicación, faltándole poco más que el título definitivo.

entretanto ha venido a identificar la Organización Internacional del Trabajo con el Convenio susodicho (38). No se guarda de momento tampoco consecuencia. Basta mirar el instrumento que en 1992 desarrolla expresamente el referido artículo 27 de la Convención de Derechos Civiles y Políticos, esto es, la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, instrumento que se sitúa abiertamente por debajo del entendimiento extensivo que se le ha ido dando a dicho mismo artículo en el propio seno de Naciones Unidas (39).

Y advertimos el elemento más persistente. Igual que en dicho artículo y lo mismo que en su versión para niñas y niños, el sujeto de derecho estrictamente dicho es en exclusiva el individuo, la *persona perteneciente a minoría*, aunque no en solitario, sino *en común con los demás miembros de su grupo* naturalmente. Con esta individualidad a ultranza del sujeto, no se abre comunicación con el derecho de pueblo que podría ciertamente constituir el pórtico o la condición para la cobertura institucional del medio cultural de los propios derechos individuales cuando éstos no cuentan con el abrigo de Estado u otra entidad política de la misma cultura en la que se socializa el respectivo individuo. No hay por qué pensar en términos de contradicción la distinción entre derechos individuales y derechos colectivos cuando están predicándose mutuamente como bien lo saben los Estados, cuya misma existencia, con el apoderamiento que implica, no tiene hoy otra legitimación y otro objetivo que la cobertura, garantía y promoción de los derechos de los respectivos individuos, ciudadanos y ciudadanas. Las Convenciones mayores de Derechos Humanos, la de Derechos Civiles y Políticos y la de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, están transmitiendo el mensaje con el susodicho primer artículo común de libre determinación de los pueblos abriendo entrada a todo un despliegue de derechos individuales, inclusive el dicho de la persona que se identifica con cultura distinta a la del correspondiente Estado y a la que por eso, y no por razones estadísticas, se le dice *perteneciente a minoría*.

En el propio nombre del instrumento sobre las llamadas minorías se contiene una insinuación de novedad indudable. De ellas también se dice ahora que pueden ser *nacionales* y esto lo hace la misma institución internacional en cuya propia denominación se identifica lo nacional con lo estatal, las Naciones Unidas que lo que une son Estados. Constitutivamente parece por igual incapacitada para ofrecer lo que no tiene, una forma de constituyencia que no parta obligadamente de los Estados constituidos. Pero la misma descolonización de los años sesenta ya demostró, mejor o peor, que hay instituciones capaces de situarse, si no por encima de sí mis-

(38) S. JAMES ANAYA: *Indigenous Peoples in International Law*, New York, 1996, es buen abordaje; F. MACKAY: *Los derechos de los pueblos indígenas* ya citado, amplía información.

(39) DOMINIC MCGOLDRICK: *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights. With an updated Introduction*, Oxford, 1994, págs. 14-16 y 247-268; SARAH PRITCHARD (ed.): *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, Londres, 1998.

mas, al menos no por debajo de sus partes constituyentes. Y el asunto pendiente de los pueblos indígenas sigue retando como secuela de colonialismo a Naciones Unidas del mismo modo que a los Estados constituyentes. Desde los años ochenta está considerándose su problemática en el seno de la organización internacional de modo que interesa en general a los pueblos sin reconocimiento como tales (40). Está ahora formalmente debatiéndose un proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que los equipara a los no indígenas en cuanto al título de la libre determinación y les brinda garantías internacionales si optan por una autonomía en el seno de los Estados constituidos, no en otro caso. Queda la duda de hasta qué punto el pie de igualdad sería efectivo, pero ya lo resultaría al menos virtual. Sería ya una virtualidad realmente poscolonial, el inicio de historia tal que no trajo la descolonización (41).

Es un reto de derechos humanos, de derechos individuales y de los colectivos que les son precisos. En esos términos lo afronta hoy el orden internacional representado por Naciones Unidas, si no todavía en sus actuaciones prácticas, al menos ya en sus planteamientos teóricos, los de dicha virtualidad. La cuestión se cifra entonces en recordar siempre que, como proclama Naciones Unidas desde la declaración de descolonización de 1960, su base no es otra que la de derechos humanos y éstos además, conforme lo consagran las Convenciones mayores en 1966, como derechos individuales que requieren la premisa de derechos colectivos. No hay o no debiera criterios internacionales de otro orden para la determinación de los sujetos, de las ciudadanías como de los individuos. Éstos, los individuos, vienen naturalmente dados como sujetos físicos, pero esas, las agencias constituyenciales, necesitan reglas internacionales para reconocerse y determinarse.

No suelen verse así las cosas entre constitucionalistas ni demás publicistas tanto de teoría como de práctica o también de ambas conjuntamente. No parece sino que haya una inconsciencia que incapacita comenzando porque ciega. Si resulta así, aquí se trata tan sólo de identificar y diagnosticar el morbo, no de analizarlo ni de someterle a tratamiento. Adviértase que el constitucionalismo tanto doctrinal como normativo y también como político está lejos por lo usual de plantearse las cuestiones que pueden decirse de constituyencia ni siquiera cuando reconoce, pues no siempre lo hace más allá del homenaje, la base de partida más propia, la del orden que se dice internacional de los derechos humanos. Se sufre ante todo la deficiencia de un derecho constituyencial como parte principal del derecho constitucional. No sólo en

(40) GIUSEPPE PALMISANO: *Nazioni Unite e autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milán, 1997; THOMAS D. MUSGRAVE: *Self-Determination and National Minorities*, Oxford, 1997.

(41) Entre los libros que estamos manejando puede verse el texto del proyecto en S. J. ANAYA: *Indigenous Peoples in International Law*, la versión inglesa, y en F. MACKAY: *Los derechos de los pueblos indígenas*, la castellana, o también ésta en la compilación citada de *Derechos de los Pueblos Indígenas*. Los instrumentos internacionales en vigor a los que vengo refiriéndome son de obligada inclusión y así fácil localización en cualquier compilación de derechos humanos en formato de libro o por la red.

el Perú pesan los Estados incluso cuando se trata en forma explícita de problemática constituyente.

Hay literatura sobre las denominadas minorías calificadas como nacionales y acerca de sus derechos respecto a los Estados constituidos. No falta tampoco sobre el derecho de secesión de cara a lo mismo, a la realidad dada de los Estados existentes, de lo que depende la misma terminología. Abunda realmente sobre el derecho de libre determinación de los pueblos en idéntico escenario e incluso con igual perspectiva, la de constituir Estado. Se revisa además la descolonización por recuperarse otras posibilidades en dicho mismo universo caracterizado por el protagonismo de los Estados. A todo esto se suma ahora una floreciente literatura sobre multiculturalidad que no sólo mira a culturas, sino también e incluso sobre todo a instituciones y procedimientos de composición y articulación en el escenario establecido por los Estados. Dejemos por nuestra parte al margen el diletantismo tanto en pro como a la contra que el auge multicultural está provocando actualmente. Observemos la virtualidad. Todo ello, a lo que mis noticias alcanzan (42), llega a tocar claramente materia constitucional y a rozar continuamente la constituyente, aunque ésta, la que aquí y ahora nos importa, no acabe realmente de afrontarse en su dimensión de fondo y envergadura de forma. Si está viniendo a la vista en su profundidad, pues todavía no más, es precisamente en particular por mérito y vía de las inconstituyencias indígenas (43).

Queda mucho. Falta el pensamiento, como falla la práctica, sobre determinación de sujetos y habilitación de procedimientos para concepción y ejercicio del derecho a la propia constituyente, concurriendo los denominados pueblos y también las que se llaman minorías en condiciones actualmente muy diversas, sobre todo por la identificación o el extrañamiento de Estado, y con perspectivas que también pueden resultar muy varias sin cifrarse tampoco necesariamente en fórmulas estatales más o menos acreditadas para la seguridad y promoción de libertades. Falta en especial la captación y el desenvolvimiento de la conexión y el complemento entre derechos individuales y apoderamientos colectivos o derechos tales. Tanto los que se llaman pueblos como las que se denominan minorías pueden constituir legítimamente, conforme a derechos humanos, ciudadanía virtual para unos tiempos como los actuales que no acaban de ser poscoloniales.

Faltan prácticas como huelgan coberturas. Sobran planteamientos capciosos y sucedáneos. El empeño de polarizar entre individualidad y colectividad es notable

(42) La salvedad no es de estilo. Ofrecen constancia del alcance o, en su caso, de la cortedad las notas presentes y sus referencias a obra propia. No tendría sentido registrar bibliografía no manejada o controlada, pues, aparte una utilidad muy mermada ahora con los medios informáticos, siempre podría deparar sorpresas realmente imprevistas. No es raro afortunadamente que ocurra.

(43) JAMES TULLY: *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, citado; WILL KYMLICKA: *Multicultural Citizenship. A liberal theory of minority rights*, Oxford, 1995; DUNCAN IVisON; PAUL PATTON y WILL SANDERS (eds.): *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge, 2000, aun también con el apego todavía excesivo, para el alcance del asunto, a historias particulares entre las que las ausencias principales son las de parte latinoamericana.

entre quienes comienzan por abstraer el Estado de los sujetos en liza, como si la propia existencia le librase, a ésta y no a otras entidades, de la necesidad de legitimación. No sólo entre diletantes se oscila, tras la abstracción de la figura del Estado, entre unos y otros principios, los de derecho individual y los de derecho colectivo, de forma excluyente en cuanto tales como si no se predicasen y requiriesen mutuamente, como si la humanidad no consistiera en individuos y culturas, personas y constituyencias, necesitándose y virtualizándose entre sí. Sin cultura que socialice, no hay ser humano que se individualice.

La literatura que más debiera, la constitucional, no parece darse por enterada. Lo usual es en ella que ni siquiera se consideren dichas cuestiones de determinación de los denominados pueblos o de apoderamiento también de las llamadas minorías, de identificación al cabo de culturas, con equivalencia de principios, lo que no quiere decir de aplicaciones. Abierto el horizonte, éstas quedan, deben quedar, a las respectivas constituyencias. En el campo constitucionalista, todo esto suele entenderse como hechos políticos o circunstancias culturales, y no como títulos o derechos constitucionales. El derecho entonces hace mutis del escenario constituyente en su alcance colectivo.

Es todo ello problemática constitucional que no le gusta tratar al constitucionalismo. El derecho constitucional y su doctrina comienzan por lo general con los poderes virtualmente constituidos, con la presuposición de Estado a cuya imagen y semejanza se concibe la misma ciudadanía constituyente, la cual así no lo resulta tanto a los mismos efectos democráticos. De este modo tenemos una antropología ficticia para inconsciencia del propio derecho. Lo que abunda todavía es la doctrina constitucional asegurando y asumiendo que sin dicha base que se dice nacional, la políticamente establecida, no hay posibilidad ni siquiera de derecho individual. Es la que suele agregar que los derechos colectivos son improcedentes a este nivel constitucional primero, el constituyente. Han quedado así sentados los sujetos nacionales existentes, y no otros, como titulares de poderes políticos o, dicho del otro modo, derechos colectivos realmente necesarios para la libertad del individuo, el respectivo ciudadano o ciudadana socializados en el seno de unas culturas determinadas y no de una inexistente sociedad global, digase abusivamente la humanidad.

En tal escenario, el mismo orden dicho internacional de los derechos humanos, este referente básico de la humanidad virtual por plausible y realista por viable, no consigue el acogimiento debido como elemento fundamental, con la existencia textual que ya alcanza, para todo constitucionalismo. Tampoco por su parte, por cuenta propia, el cuerpo normativo internacional se hace todavía verdaderamente cargo ni de su fuerte entidad normativa ni de sus graves retos pendientes, entre los cuales se encuentra precisamente el derecho constituyente, el derecho de determinación de sujetos constituyentes y de ejercicio de agencias constitucionales, las ciudadanas virtuales, con un carácter general, rigiendo así el derecho y no privando la política para estas determinadas cuestiones realmente básicas y, por supuesto, peliagudas. Es cuestión de derecho humano, de artículo 21 de la Declaración Universal y del primero de las Convenciones o Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales. Es cuestión de democracia vinculada y debida a derechos humanos, a estos precisos y justos estándares.

La democracia constituida responde notoriamente a unos estándares o cánones que no están a disposición propia de la constituyencia misma. No se encuentran disponibles a la libre determinación de ciudadanías. Lo que constitucionalmente define la democracia no es el gobierno político de mayorías, sino el régimen normativo de derechos, de lo que constituye una consecuencia así además condicionada y limitada dicha misma regla mayoritaria. Y no hay otra. Los derechos rigen democracia. Los derechos humanos son los que presiden, los que deben hacerlo. Lo mismo vale exactamente para la democracia constituyente. No hay otros principios legitimadores ni otras bases constitucionales.

Democracia no es la mera determinación de mayorías sociales o, menos todavía desde luego, de minorías culturales todavía hegemónicas, como puede seguir ocurriendo incluso por latitudes que se reputan democráticas, o que quieran serlo. Tiene la democracia sus reglas. Debe tenerlas en cuanto al mismo reconocimiento de sujetos constituyenciales, como también respecto a condiciones y procedimientos de la determinación constituyente, a concurrencia y articulación de constituyencias interrelacionadas más o menos densamente, a relación constituyente entre derechos o poderes individuales y poderes o derechos colectivos para que el orden complejo de factores no se altere, sino que en cambio se potencie, y un largo etcétera. Es el reto actual de un constitucionalismo virtualmente poscolonial no sólo, por supuesto, para el caso del Perú.

6. CONSTITUCIÓN PLURICULTURAL Y CIUDADANÍA IGUALMENTE VIRTUAL

El colonialismo existe en tiempo presente. No me refiero en exclusiva a mentalidad neocolonial especialmente arraigada y enquistada en el mundo del derecho incluso bajo la forma de derechos, sino también y sobre todo a realidad paleocolonial todavía viva y activa particularmente por América. He aquí pendiente descolonización propiamente dicha, la que media entre colonizador y colonizado, no entre colonizadores de diversas latitudes. Mientras que ni siquiera se reconozca que tal es la situación, las mismas categorías titulares de estas páginas, *Estado pluricultural*, *orden internacional*, *ciudadanía poscolonial*, resultan ocurrencias de ciencia-ficción. Anuncian un proyecto imposible de poner en práctica. De intentarse, se defrauda. Lo están haciendo las Constituciones latinoamericanas que durante los últimos años proceden a reconocimientos de pluriculturalidad a los que no puede realmente hacerse honor mientras que haya colonialismo. Sin embargo, la situación resulta por fortuna más bien compleja y hasta contradictoria. Ya de algún modo existe un poscolonialismo virtualmente global, uno que se gesta y perfila en el seno del orden internacional de los derechos humanos. Está propugnando nuevos sujetos constituyenciales.

Mas no vaya a cundir el pánico. No empiece a mencionarse en vano, pues nunca resulta en balde, el fantasma de la balcanización recorriendo también América como

el caballo loco de los Pueblos frente al gran garañón de los Estados. Igual que derechos individuales y apoderamientos colectivos, sujetos constituyenciales antiguos y nuevos, unos experimentados y los otros por experimentar, tampoco tienen por qué ser incompatibles abocándose al conflicto. Si el escenario es de derechos humanos, el argumento puede ser pacífico. Cabe la pluriculturalidad no sólo internacional de pueblos, sino también interior de Estados. Hay problemas por supuesto, como también virtualidades. Miremos más a las segundas que a los primeros. Caben constituyencias nuevas, ciudadanías poscoloniales.

Las constituyencias pendientes, como las ciudadanías responsables, pueden ser virtuales en un doble sentido que resulta, éste sí, contrapuesto: por inexistentes unas y por cotidianas otras. El más evidente es el primero. Las Constituciones, en cuanto que textos performativos antes que normativos y además a su modo publicitarios, crean una imagen virtualizada del Estado respectivo que comienza por figurarse a su propia ciudadanía constituyente no menos entonces virtual. Todo esto también es forma de realidad, lo cual no quita que la virtualidad misma resulte en casos todavía irreal o tenga aún mucho de inexistente. Hay Estados que perdieron la paciencia intentando imponer a la fuerza la propia imagen de la ciudadanía con ocurrencias entonces como la del voto obligatorio con ocupación militar del territorio. He aquí la virtualidad nada inocente ni inofensiva de la ciudadanía poco menos que inédita todavía a estas alturas.

Mas ni la ciudadanía, como sujeto, ni la democracia, como método, ni la constituyencia, como sustento, son cosas que se contrapongan ni tampoco que se impongan, que puedan imponerse. Pues no cabe hoy legitimidad en otro caso, si ha de lograrse tal soporte, respetarse tal procedimiento y tenerse tal sujeto, sin esta agencia constituyente, ese proceso libre y aquel resultado consistente, no hay modo entonces, con la inexistencia resultante de ciudadanía, para los Estados, ni para los interesados ni para los cómplices que se dan entre sí por democráticos con abuso no sólo de lenguaje. No bastan unas buenas elecciones si encubren una mala constituyencia.

Constituyencia, democracia y ciudadanía pueden ser virtuales también en otro sentido, el contrapuesto que he dicho. Para cobrar existencia legitimando, sosteniendo y activando instituciones, no es preciso siempre que actúen de forma franca como a través de plebiscitos constitucionales o de elecciones constituyentes. Hay otra forma de carácter virtual. Están los comicios ordinarios sobre una base apropiada de constituyencia. Esto, lo constituyencial, es lo decisivo. No se identifica exactamente con lo electoral. Las elecciones son uno de sus signos. La ciudadanía actúa como sujeto de constituyencia también mediante el ejercicio cotidiano de libertades individuales, demostrando confianza en las coberturas colectivas de garantías dadas y escenarios existentes.

Cuando esa actitud y esa conducta ciudadanas no resultan la evidencia observable, la presunción de virtualidad positiva no cabe o no debiera. Si nos encontramos con un caso de respeto a libertades estrictamente electorales junto con adversidad en cambio para las cotidianas de la ciudadanía común, estamos probablemente ante indicio y quizá prueba de sofocamiento y represión de un estado de inconstituyencia.

De producirse la práctica en un medio de pluralidad interior de culturas con el Estado escorado hacia alguna tan sólo y el resto ubicado en la zona más adversa para el ejercicio de las libertades, para las mismas individuales, no quepa entonces duda. Estamos ante la otra virtualidad, la negativa, con toda la envergadura de los problemas que entraña.

No se espere la solución limpiamente del orden o de la cooperación internacionales. Ni tan siquiera Naciones Unidas, con su constituyencia de Estados, con su inconstituyencia de ciudadanías o de pueblos, puede ofrecer fórmulas, aunque pueda reconocer derechos. Intenta indebidamente, cual ocurrió con la descolonización habida, ambas cosas a un tiempo. Mas ni Naciones Unidas como reunión de Estados ni los Estados mismos, con sus imágenes invertidas de las respectivas ciudadanías por hacerlas dependencias, pueden constituirse en sujetos exclusivos por excluyentes so pena de reproducir y enquistar e incluso agravar y exasperar los problemas comunes de inconstituyencia en todos sus grados y todas sus variantes.

Sujetos de constituyencia expresa o implícita sólo cabe que sean las ciudadanías que se identifican a sí mismas sin lastres ni imposiciones. Mal pueden serlo las que resultan meramente especulares de los Estados en plan simple ni compuesto por uniones y reuniones regionales o universales. Si las ciudadanías que conciben los Estados de modo simplificado son de hecho, cual suele ocurrir, más complejas, ahí está entonces el reto de hacerse el mismo Estado imagen y semejanza de su constituyencia, y no a la inversa, si quiere realmente pervivir respondiendo a los únicos principios constituyentes legítimos, los de derechos humanos, los individuales y los colectivos, los colectivos y los individuales.

Lo que tenemos en fin son unos interrogantes. ¿Cómo es que todo esto de constituyencia ciudadana no se aborda y trata cual materia estrictamente jurídica y de lo más fundamental, asunto de derecho humano que es derecho constitucional por constituyente, derecho constituyencial al cabo? ¿Cómo es que el constitucionalismo convencional ni siquiera acaba de tomarse absolutamente en serio que los derechos de los que versa no son tales por concedidos ni tampoco por reconocidos en una norma constitucional o texto constituyente concreto de un Estado en particular, sino sencillamente y ante todo por constituir derechos humanos, unos derechos que ya además cuentan con un cuerpo normativo propio y en desenvolvimiento? Las Constituciones mismas no llegan a esto ni siquiera cuando, como hoy es usual, reconocen en principio la primacía y prevalencia del orden internacional de los derechos humanos, de todo un ordenamiento superior a ellas mismas hasta el punto de no estar a su determinación constituyente o al verdadero extremo de no deber estarlo desde el propio arranque del constitucionalismo, desde que la historia comenzó a constituir en sentido propio (44).

(44) Reflexiono sobre todo esto en «Constituyencia de derechos entre América y Europa: Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American Constitution, Constitution of Europe», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 29, 2000, págs. 87-171.

El diagnóstico ante las incógnitas no parece difícil. Dicha misma consecuencia sería con unos reconocimientos constitucionales resulta problemáticamente imaginable para los Estados, algo extraño para su misma imagen, e impensable prácticamente sin más para la cultura jurídica predominante, en cuanto implica ante todo la renuncia a la determinación propia, por parte del Estado o de la Nación que también se diga, del derecho constitucional fundamental, el derecho de los derechos, y así también de la constituyencia y de la ciudadanía correspondientes en el caso. Como forma constitutiva de referencia bien consabida por pasado en la memoria y por presente a la vista, la figura estatal, esta categoría, sin duda pesa no sólo en la realidad exterior de lo visible, sino también en el foro interior de lo pensable, en la misma posibilidad de pensamiento, en esta virtualidad. Fácil es la diagnosis del morbo. Otra cosa resulta desde luego el abordaje, análisis y tratamiento, en lo que aquí ya sabemos que no entramos.

El lastre puede que sea también más virtual que realista, más real por imaginado. Las imágenes quizá pesen en mayor medida que otra especie de realidades. Hay hechos que por lo común se abstraen en el campo del derecho. Suelen ser precisamente aquellos que resultan adversos para la pretensión estatal de constituyencia. No se busque en tratados y exposiciones usuales de materia jurídica noticias mínimamente fiables sobre la pluralidad de pueblos solapada por los Estados con la inconstituyencia pendiente que implica tanto para los unos como para los otros, para todos. Es difícil, cuando no imposible, encontrar información cumplida incluso en otro género de publicística. Si se hace referencia en relación al derecho, es como asunto no jurídico. Así se le trata con toda la defección de procedimiento y potencial de conflicto que entonces se produce.

Cuando se abordan cuestiones constituyentes en términos jurídicos, el espacio todavía lo ocupan las ficciones históricas y presentes generadas por el Estado y la Nación como su doble. El problema no reside por supuesto en que genio y figura hagan acto de comparecencia, pues ahí están pudiendo constituir pueblos o resultar constituyencias suyas, cabiendo también que sean agentes favorables para los derechos. El problema radica en que sigan compareciendo jurídicamente en solitario como agentes constituyenciales incluso cuando ya se tiene conciencia menos autista, como suele ocurrir a nuestras alturas. La descolonización abrió un compás más bien descompensado que quiere además clausurarse prematuramente como si fuera un paréntesis poco menos que redondo.

No sólo el Perú lo sufre. O no solamente con antelación y todavía lo padece un pueblo como el quechua en las fronteras peruanas y trascendiéndolas a lo largo y ancho del Tawantinsuyu. Virtualidad obliga. Por concluir lo poco concluyentemente que cabe en un terreno como el constituyencial, digamos que, conscientes o inconscientes, todos somos en fin pluriculturales, aunque, colonialismo todavía mediante, no sea esto hoy por hoy con exactitud lo evidente o ni siquiera con fidelidad lo cierto. Es sólo, de momento y por ahora, mientras tanto que no arribemos a la historia poscolonial, ciencia-ficción.

