

LOS DERECHOS INDÍGENAS EN LAS NUEVAS CONSTITUCIONES HISPANOAMERICANAS

INDIGENOUS RIGHTS IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONS

FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 9-2-2011
Fecha de aceptación: 20-9-2011

Resumen: *El artículo examina, en primer lugar, la ideología de los “derechos diferenciados en función del grupo” como respuesta a la supuesta insuficiencia del principio clásico de igualdad ante la ley en lo que se refiere a la efectiva promoción de los pueblos indígenas. A continuación aterriza en el caso particular de los indígenas hispanoamericanos, distinguiendo cuatro etapas históricas (colonial, asimilacionista, integracionista y pluralista) en su estatus legal. Examina la plasmación positiva de los derechos indígenas, primero en el Convenio 169 de la OIT, y después en las constituciones de las últimas dos décadas. Finalmente, expone algunas de las dificultades y críticas suscitadas por dicha positivación: conflictos entre el Derecho indígena y los derechos fundamentales; potenciación de una mentalidad victimista en las minorías; subordinación del individuo a la comunidad ...*

Abstract: *This article examines, first, the ideology of “group-specific rights”, conceived as a response to the alleged failure of the classical principle of legal equality in promoting indigenous minorities. Then, it comes to analyze the specific case of Latinamerican indigenous peoples, distinguishing four historical stages (colonial, assimilationist, integrationist and pluralist) in their legal status. It examines the legal development of indigenous rights, first in Covenant 169 of the ILO, and then in Latinamerican constitutions enacted in the last two decades. Finally, it expounds some difficulties and criticisms prompted by such development: clashes between indigenous rights and human rights; encouragement of a “victimist” attitude in indigenous people; subordination of the individual to the community ...*



Palabras clave: minorías, derechos colectivos, igualdad, pluralismo jurídico, multiculturalismo.

Keywords: minorities, group-specific rights, equality, legal pluralism, multiculturalism.

La ideología subyacente a los “derechos diferenciados en función del grupo” implica una rectificación del universalismo característico del liberalismo clásico. En efecto, los liberales clásicos pensaron que la libertad y la igualdad de todos quedarían mejor garantizadas por un Derecho “ciego al color”: “más que proteger directamente a los grupos vulnerables mediante derechos especiales para los miembros de grupos concretos, las minorías culturales serían protegidas *indirectamente* garantizando los derechos civiles y políticos básicos a todos los individuos, con independencia de su filiación o grupo de pertenencia” (Will Kymlicka)¹. Las leyes debían hacer abstracción del factor étnico y atribuir los mismos derechos a todos, con independencia de la filiación cultural o el color de la piel. Lo fundamental, se pensaba, era consolidar el principio de *no discriminación* por razón de raza, cultura o religión.

En los últimos tiempos, muchos estiman que esta igualación legal no impide, en la práctica, la perpetuación de situaciones de discriminación material de ciertas minorías étnicas². La protección adecuada de estas minorías no requiere sólo la extensión a ellas de los derechos generalmente disfrutados por todos los ciudadanos; es preciso, además, conferirles unos “derechos diferenciados en función del grupo”, que serán disfrutados sólo por

¹ W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. de C. Castells, Paidós, Barcelona, 1996, p. 15.

² “Quienes defienden estos derechos pretenden resaltar que la justicia en los Estados multiculturales requiere algo más que un sistema democrático y el respeto a los derechos individuales básicos” (N. TORBISCO, *Minorías culturales y derechos colectivos: un enfoque liberal* [http://www.tesisenxarxa.net/TDX/TDX_UPF/TESIS/AVAILABLE/TDX-1212101-123858//tntc1de1.pdf], p. 7). “[I]ndigenous rights advocates argue that even the most basic of individual rights are hardly enjoyed by ethnic groups and minorities who are systematically discriminated against and excluded by the power structure in the prevailing system of social stratification. They claim that something more is needed, such as a bundle of group rights allowing indigenous to fully live and reproduce their cultures, organise their lives according to their own social norms, [...] enjoy social, political and legal status as distinct groups in the wider society, and relate to this society and the national state on their own terms as recognised peoples or nations” (R. STAVENHAGEN, “Indigenous Peoples and the State in Latin America”, en R. SIEDER (ed.), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2002, p. 37).

ellos. El indígena, por ejemplo, además de los derechos que le atribuye la Constitución *qua* ciudadano, debe ser titular de ciertos derechos adicionales *qua* indígena. Will Kymlicka estima que estos “derechos diferenciados en función del grupo” pueden ser de tres tipos: 1) *derechos de autogobierno*, a ejercer por minorías étnicas en las provincias, Estados federados, etc. en los que aquéllas son mayoritarias³; 2) “*derechos poliétnicos*”: reivindicaciones de grupos que solicitan exenciones frente a normas de apariencia neutral pero –según Kymlicka– en el fondo discriminatorias y atentatorias contra la identidad cultural (por ejemplo: judíos que quieren cerrar sus comercios los sábados, y no los domingos; chicas musulmanas que exigen que se les permita acudir a la escuela con *chador*, etc.); y 3) *derechos especiales de representación*: cuotas étnicas en los órganos legislativos que garanticen un número mínimo de escaños a las minorías.

La necesidad de tales “derechos adicionales” suele ser defendida desde dos argumentos:

- La presunta insuficiencia o *impotencia de la “estrategia liberal clásica”* (derechos universales “ciegos al color”) para promocionar efectivamente a grupos étnicos (especialmente, pueblos indígenas) que han sido secularmente víctimas de prejuicios racistas, situaciones de exclusión, etc⁴.
- El “*derecho a la identidad cultural*”: se parte del supuesto de que el hombre es, radicalmente, un “animal cultural” y, por tanto, sólo puede construir su identidad nutriéndose de un “marsupio” o ma-

³ Kymlicka enfatiza que la estructura federal del Estado no garantiza por sí misma la protección de las minorías: es preciso que alguna de las unidades federadas se corresponda con un territorio en el que es mayoritario el grupo étnico que, a su vez, es minoritario respecto a la población total del Estado federal. Vid. *Ciudadanía multicultural*, cit., p. 50.

⁴ “En efecto, los pueblos indígenas han sido sometidos a prácticas esclavistas, a la expropiación violenta de sus tierras, genocidios, expulsiones, pérdida de identidad y a intentos asimilacionistas de todo tipo [...]. Ni la democracia, ni los sistemas de protección universales, regionales y nacionales de los derechos humanos, afianzados en los principios de igualdad y libertad [...] han garantizado una vida digna a las personas pertenecientes a estas comunidades, ni han posibilitado la incorporación de las mismas, proporcional a su peso poblacional, a los marcos y esferas de negociación y decisión de ámbito internacional e interno” (J.D. OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional”, en M. APARICIO WILHELMI (ed.), *Caminos hacia el reconocimiento: Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Universitat de Girona, Gerona, 2005, p. 60).

triz comunitaria que le envuelva como un seno materno⁵. Así, Amy Gutmann estima que “la mayor parte de las personas necesitan un contexto cultural seguro que proporcione sentido y dirección a sus elecciones vitales”; por tanto, el “contexto cultural seguro” es uno de los bienes primarios que el Estado debe garantizar al individuo (y, en el caso de las minorías, esto se traduce en un deber estatal de protección de sus culturas específicas): “los Estados democráticos tienen la obligación de ayudar a los grupos desaventajados a preservar su cultura frente a las intrusiones de la cultura mayoritaria”⁶. En un sentido similar, para Will Kymlicka los *derechos diferenciados en función del grupo* no satisfacen intereses colectivos (el interés del grupo como tal en preservar su identidad), sino el interés de *cada persona* en disponer de una matriz cultural-identitaria de la cual extraer significados y orientación vital y respecto a la cual desarrollar un “sentimiento de pertenencia”: se trataría, no tanto de respetar las identidades étnicas en cuanto tales, como de respetar el derecho del individuo a llevar una vida con sentido (para lo cual resultan imprescindibles los significados y referencias culturales comunitarias)⁷. En opinión de

⁵ “[Los seres humanos] Nacemos casi tan incapaces como los marsupiales. Necesitamos el marsupio de un medio cultural concreto y determinado para hacernos individuos. Somos [...] seres humanos [...] gracias a la cultura que mamamos, en la que nos instalamos y con la que nos habilitamos” (B. CLAVERO, “Multiculturalismo constitucional con perdón, de veras y en frío”, en F.M. MARIÑO-J.D. OLIVA, *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Instituto Francisco de Vitoria-Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2004, p. 158).

⁶ A. GUTMANN, “Introduction”, en CH. TAYLOR et al., *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton (N.J.), 1994, p. 5.

⁷ Según Kymlicka, la deseabilidad de la preservación de las identidades étnico-culturales está implícita en los supuestos básicos del liberalismo: éste siempre ha valorado la libertad del individuo para escoger y revisar sus fines y valores, su concepción de la “vida buena”; ahora bien, según Kymlicka tal libertad no puede operar en el vacío: las diversas opciones entre las que puede escoger el sujeto le vienen ofrecidas por las tradiciones culturales comunitarias. Para que tenga sentido la libertad individual sería fundamental, por tanto, preservar esos legados culturales, esos repertorios de significados y respuestas entre las cuales escoge el sujeto: “Las culturas son valiosas, no en y por sí mismas, sino porque únicamente mediante el acceso a una cultura societal, las personas pueden tener acceso a una serie de opciones significativas [...] La pertenencia cultural nos proporciona un contexto de elección inteligible y nos asegura un sentimiento de identidad y pertenencia, sentimiento al que podemos recurrir para afrontar cuestiones acerca de los valores y los proyectos personales” (W. KYMLICKA, *Ciudadanía multicultural*, cit., pp. 120 y 150).

Bartolomé Clavero, “derecho del individuo a la identidad cultural y derecho del pueblo a la cultura colectiva son naturalmente coextensivos; se requieren mutuamente”⁸. “El yo sin el nosotros jamás podría constituirse como yo particularizado” (J. Daniel Oliva)⁹.

1. ETAPAS HISTÓRICAS DE LA “CUESTIÓN INDÍGENA” EN HISPANOAMÉRICA

En el caso hispanoamericano, los “derechos diferenciados en función del grupo” vienen, supuestamente, a corregir una situación de inveterada exclusión civil de la población amerindia. Siguiendo a Raquel Yrigoyen, podemos distinguir cuatro etapas históricas en lo que se refiere al estatuto indígena:

- Período *colonial*: La legislación española intenta proteger a la población indígena: los indios no pueden ser sometidos a esclavitud (Leyes de Burgos, 1512; Leyes Nuevas, 1542); su estatuto jurídico es en principio el mismo que el de los campesinos castellanos, con la excepción de una serie de exenciones y dispensas (relacionadas con la supuesta inmadurez del indio) similares a las que benefician a los menores: no se presume en sus actos dolo ni engaño, ni sus declaraciones les obligan en contra suya; no incurrir en contumacia cuando citados no comparecen; los delitos de que son víctimas se consideran “casos de corte” y han de penarse con mayor rigor que si se cometiesen contra españoles, etc. (estos privilegios son recopilados por Alonso de la Peña en su *Itinerario para párrocos de indios*, 1668)¹⁰. Son sometidos, sin embargo, durante los siglos XVI y XVII al régimen de *encomiendas*, que en principio tiene un carácter tuitivo (el encomendero español garantiza la evangelización y protección de los indios, los cuales a cambio le pagan un tributo), pero que deriva en la práctica hacia una sujeción semifeudal. En lo que se refiere a la identidad cultural de los nativos, la colonización española tiene miramientos que no tendrán las futuras repúblicas independientes: los misioneros aprenden a menudo las lenguas autóctonas (son

⁸ B. CLAVERO, “Novedades constitucionales y continuidades constituyentes: Ecuador, Venezuela, México, Bolivia (1998-2004)”, en M. APARICIO WILHELMI (ed.), *Caminos hacia el reconocimiento*, cit., p. 14.

⁹ J.D. OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de fundamentación ...”, cit., p. 69.

¹⁰ Vid. A. GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*, vol. I, Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1984, p. 722.

ellos, de hecho, quienes fijan la gramática y las reglas de transcripción fonética de lenguas que hasta entonces no tenían –salvo la maya– forma escrita); en 1596 se crea en la Universidad de Lima una cátedra de quechua; cuando en el mismo 1596 el Consejo de Indias solicita a la Corona una mayor energía en la castellanización de los nativos, Felipe II responde que “no parece conveniente forzarlos a abandonar su lengua natural”. En lo jurídico, cabe hablar de un “pluralismo legal subordinado” (Raquel Yrigoyen)¹¹: el Derecho indiano tolera la subsistencia de las leyes y costumbres indígenas en tanto no entrañen contradicción con el Derecho natural o las leyes españolas; se reconoce la jurisdicción civil y penal de las autoridades indígenas de rango inferior (caciques, curacas, calpullíes), que resuelven los pleitos entre indios con arreglo a las costumbres locales, aunque no pueden aplicar la pena de muerte. Los cacicazgos se proveen conforme al Derecho indígena mediante sucesión o elección.

- La independencia de las repúblicas hispanoamericanas marca el comienzo del período *asimilacionista*, que abarcará todo el siglo XIX y comienzos del XX: la legislación paternalista y la relativa autonomía indígena del período colonial son abolidas; los indios pasan legalmente a ser ciudadanos como todos los demás. Se confía en que la igualdad ante la ley, la castellanización y la incorporación a la economía de mercado favorecerán la inclusión de los indígenas en la nueva comunidad nacional. En la práctica, los nuevos Estados son, en su mayoría, oligarquías controladas por las élites criollas, que serán las principales beneficiarias de la desamortización de los bienes eclesiásticos y la privatización de tierras comunales que la Corona había asignado a los indios¹². La población indígena es desposeída de sus tierras fértiles y empujada hacia zonas montañosas o

¹¹ R. YRIGOYEN FAJARDO, “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el Derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en M. BERRAONDO (ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 537-567.

¹² “Durante el periodo de 1850-1870 se produjeron más usurpaciones de tierra de las comunidades indígenas que las que se habían ido produciendo desde la independencia, e incluso antes. Además, las reformas legales minaron la base jurídica de la existencia de estas comunidades, ya fuera porque impusieron la división patrimonial entre los miembros de la misma [...], o bien porque convirtieron la tierra comunal en usufructo del Estado” (T. HALPERÍN DONGUI, *Historia contemporánea de América Latina*, Alianza, México DF, 1989, p. 39).



selváticas, o bien reducida a la agricultura de subsistencia y/o el trabajo cuasi-servil como jornaleros de los grandes hacendados.

- La aparición del “constitucionalismo social” (a partir de la constitución mexicana de 1917) marcaría el comienzo del período al que Yrigoyen llama “integracionista” (desde los años 20 a los años 80 del siglo XX). El Estado reconoce que la igualdad formal de derechos no basta para resolver el problema indígena; se desarrollan, pues, políticas sociales dirigidas a promocionarlos¹³. La “cuestión indígena” es disuelta en la “cuestión social”: el Estado asistencial no ve en el indígena a alguien con una identidad cultural merecedora de reconocimiento, sino a un ciudadano económicamente vulnerable que debe ser promocionado mediante políticas sociales tales como la universalización de la educación y la atención sanitaria, la reforma agraria, la construcción de infraestructuras, etc. (la consagración jurídico-internacional de esta perspectiva puede cifrarse en el Convenio 107 [1957] de la OIT)¹⁴. Se confía en la modernización como panacea, y se busca la *integración* de las minorías étnicas en una gran sociedad mestiza¹⁵. Las fuerzas de izquierda consideran a los indígenas como parte del campesinado pobre y se muestran reacias a tomar en consideración su especificidad cultural (haciéndose eco de la caracterización de los “pueblos salvajes” por el marxismo clásico

¹³ “El constitucionalismo social define el “problema indígena” como un asunto de marginalidad socio-económica producida por la concentración de la tierra por la oligarquía, la servidumbre indígena y la falta de desarrollo agrícola” (R. YRIGOYEN FAJARDO, “Hitos del reconocimiento ...”, cit.).

¹⁴ “Considerando que es deseable [...] perseguir el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de esas poblaciones [indígenas] ejerciendo una acción simultánea sobre todos los factores que les han impedido hasta el presente participar plenamente en el progreso de la colectividad nacional de que forman parte ...”. Vid. Convenio núm. 107 de la OIT [<http://www.cesdepu.com/instint/oit107.htm>] y comentario en L. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “La OIT y los pueblos indígenas en el Derecho internacional: Del colonialismo al multiculturalismo”, en M.A. APARICIO WILHELMI, *Caminos hacia el reconocimiento*, cit., p. 121 ss. Cf. R. NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, University of California Press, Berkeley, 2003, p. 38 ss.

¹⁵ “Acculturation and Ladinoisation [...] were seen as inevitable processes, a part of the general tendency towards modernisation in which “traditional societies” were bound to disappear. Such approaches became official indigenista policy during the 20th century, when governmental programmes stressed assimilation and integration of the indigenous through communications and road building, the market economy, education and community development” (R. STAVENTHAGEN, “Indigenous Peoples and the State ...”, cit., p. 26).

- Engels: “pueblos sin historia y sin futuro”– como reliquias históricas condenadas a la extinción y obstaculizadoras de la revolución). Por ejemplo, en la década de los 80, el régimen sandinista se enfrentará a una decidida oposición (incluso armada) de los indios miskitos¹⁶.
- La aprobación del Convenio 169 de la OIT (1989) marcaría el inicio de la etapa actual, caracterizada por lo que Yrigoyen llama “constitucionalismo pluralista”¹⁷. Los pueblos indígenas se afirman como sujetos políticos que exigen un replanteamiento global de las condiciones de su inserción en el Estado¹⁸. Se postula un radical cambio de paradigma, que incluye el cuestionamiento del monismo jurídico de inspiración kelseniana (identificación Derecho-Estado) en favor de un nuevo modelo “pluralista” (los Derechos indígenas coexisten con el Derecho estatal), e incluso el cuestionamiento del principio de Estado-nación (correspondencia biunívoca Estados-naciones), en favor un nuevo modelo de Estado plurinacional¹⁹. Los

¹⁶ “Some Marxists felt that Indians were “too backward” culturally to be of any use in the revolutionary struggle, and their specific problems –if any– should await solution until after the victory of the revolution. Such neglect of the “Indian question” backfired at a high political cost during the Sandinista revolution in Nicaragua and the early stages of the guerrilla resistance in Guatemala” (R. STAVENHAGEN, “Indigenous Peoples and the State ...”, cit., p. 30).

¹⁷ Sobre derechos indígenas y pluralismo jurídico, vid. A.C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico: Fundamentos de una nova cultura no Direito*, Alfa y Omega, São Paulo, 2001; A.C. WOLKMER-F.Q. VERAS VERAS NETO-I.M. LIXA (eds.), *Pluralismo jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade*, Saraiva, São Paulo, 2010.

¹⁸ “Según este punto de vista, estos países [hispanoamericanos] fueron construidos sin la participación de la mayoría de la población [especialmente, sin la participación de los pueblos indígenas]. Se propone, entonces, refundar estas repúblicas, pero esta vez con voz y voto de los descendientes de los grupos excluidos” (C. GREGOR BARIÉ, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, México DF, 2000, p. 543).

¹⁹ “[B]y the early 1990s, indigenous peoples’ organisations in the region had matured to a level at which they could influence and –sometimes– actively participate in the constitutional reform processes [...]. They framed their claims as the reconstitution of relations between pre-constituted, autonomous indigenous peoples and their authorities and forms of organisation within the territorial and institutional confines of the Western state. Arguing that existing democratic institutions excluded large sectors of the population, including indigenous peoples, [...] they [...] advocated the construction of a non-exclusionary “pluri-cultural” state as a solution” (D.L. VAN COTT, “Constitutional Reform in the Andes: Redefining Indigenous-State Relations”, en R. SIEDER, *Multiculturalism in Latin America*, cit., pp. 45-46). Cf. A. ACOSTA, “El Estado plurinacional, puerta para una sociedad democrática”, en A. ACOSTA-E. MARTÍNEZ (eds.), *Plurinacionalidad: Democracia en la diversidad*, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009.

pueblos indígenas se consideran sujetos constituyentes anteriores al propio Estado, y facultados por tanto para renegociar los términos de su participación en él²⁰. Según Donna Lee Van Cott, en este giro hacia el multiculturalismo concurren factores como la toma de conciencia indígena motivada por el quinto centenario (1992) del Descubrimiento, la crisis de legitimidad de las frágiles democracias hispanoamericanas, etc.²¹.

2. EL CONVENIO 169 DE LA OIT

El Convenio 169 de la OIT (1989)²², como dijimos, se convirtió en el pistoletazo de salida para la oleada de reformas constitucionales²³ y legislativas que iban a consagrar –en la última década del siglo XX y la primera del XXI– algunas de las reivindicaciones del movimiento indigenista-multiculturalista. Influyeron en ello varios factores: en la preparación del Convenio tuvieron una participación destacada representantes de los pueblos indígenas; el movimiento indigenista ha sabido hacer un uso pragmático del mismo en

²⁰ Son principios muy ambiciosos que, de ser tomados en serio, obligarían a una refundación de los Estados hispanoamericanos sobre nuevas bases. Refundación que, en opinión de Bartolomé Clavero, los gobiernos no parecen tener realmente la intención de abordar: “[E]l derecho individual a la identidad cultural y el derecho colectivo a la propia determinación son principios y derechos de alcance por supuesto constituyentes, quiero decir que están requiriendo un replanteamiento a fondo de la estructura constitucional, precisamente lo que no ocurre. [...] ¿Se reconstituyen así los Estados? No parece haber ni tan siquiera por ahora alguna figuración, aunque fuera teórica, del sistema institucional y el ordenamiento jurídico que efectivamente respondieran a la igualdad entre culturas heterogéneas y la determinación de pueblos autoidentificados [...]. Con todo y pese a todo, los principios y los derechos están formulados y además ya figuran en Constituciones” (B. CLAVERO, “Novedades constitucionales ...”, cit., p. 25). “Indians [...] are actually challenging the very model of the nation-state [...]” (R. STAVENHAGEN, “Indigenous Peoples ...”, cit., p. 29).

²¹ “Improving the representation and participation of excluded groups and codifying fundamental rights is a strategy employed by Latin American states in the 1990s for consolidating the fragile legitimacy and legality of democratic institutions” (D.L. VAN COTT, “A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia”, *Journal of Latin American Studies*, 32, 2000, p. 208 [<http://www.umass.edu/legal/Benavides/Fall2005/397U/Readings%20Legal%20397U/13%20Donnal%20Van%20Cott.pdf>]).

²² “Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” [<http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>].

²³ Sobre el tema, vid. Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010.

los años subsiguientes (aprovechando, también, la movilización relativa al Quinto Centenario); varios Estados hispanoamericanos lo han tenido en cuenta a la hora de reformar sus sistemas jurídicos, e incluso en las negociaciones con grupos guerrilleros (por ejemplo, los acuerdos de San Andrés de Sakamchen entre el gobierno mexicano y el llamado Ejército Zapatista de Liberación Nacional, que puso fin al conflicto de Chiapas)²⁴.

En el Convenio 169 coexisten recomendaciones vinculables a la que hemos llamado etapa “asimilacionista” (universalización de los derechos civiles y políticos individuales) con otras características del paradigma “integracionista” (derechos económicos y sociales) y, finalmente, otras –las más innovadoras y polémicas– características del giro plurinacional-multiculturalista.

Entre las primeras (universalización de los derechos civiles y políticos), cabría mencionar el considerando del preámbulo según el cual “en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población” (de donde cabe inferir que la solución no estriba en inventar nuevos derechos –colectivos o “diferenciados en función del grupo” – sino en garantizar el disfrute efectivo de los derechos individuales de siempre); el llamamiento del art 2.2 b) a que los gobiernos “aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población”; el art. 12, que vela por que la barrera lingüística no vacíe de contenido al derecho a la tutela judicial efectiva (“deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales”) ...

Entre las segundas (potenciación “integracionista” de los derechos sociales), el art. 2.2 b) (“medidas ... que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos”) o el art. 7.2 (“el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico de las regiones donde habitan”), etc.

Pero las recomendaciones que marcan el inicio de una nueva etapa son las relacionadas con la preservación de la identidad colectiva y la concepción de los pueblos indígenas como sujetos histórico-políticos: por ejemplo, los artículos 5.1 (“deberán protegerse los valores y prácticas sociales,

²⁴ Vid. L. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La OIT y los pueblos indígenas ...”, cit., p. 136.



culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos”), 6.1 (deberá consultarse “a los pueblos interesados, [...] a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”), 8.2 (derecho del pueblo indígena a “conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”), 9.1 (“en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional [...] deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”), 14 (derecho de propiedad colectiva sobre “las tierras que tradicionalmente ocupan”) ...

El potencial subversivo del Convenio 169 depende del sentido que se atribuya al concepto “pueblos”. Muchos Estados se resistieron a la inclusión de dicho término –proponían en su lugar “población indígena” o “comunidades indígenas”– a causa de sus evidentes implicaciones jurídico-internacionales: un pueblo es ... una comunidad humana dotada del derecho a la autodeterminación política (el derecho a expresarse, si así lo desea, a través de un Estado propio)²⁵. Los Estados que reconociesen la existencia de “pueblos” dentro de sus fronteras estarían, así, abriendo la puerta a su propia deconstrucción. Se alcanzó, finalmente, una solución de compromiso: se utilizaría el término “pueblos”, si bien intentando desactivar su corrosividad con la cláusula introducida por el art. 1.3: “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” [esto es, el derecho de autodeterminación].

3. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Las constituciones hispanoamericanas de las últimas décadas incorporan novedades importantes en materia de derechos indígenas. Resultan es-

²⁵ Sobre los debates al respecto durante el *drafting* de la Convención, vid. L. SWEPSTON, “The Adoption of the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)”, *Law and Anthropology*, 5 (1990), pp. 221-235; J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 48.



pecialmente relevantes al respecto las de Guatemala (1985)²⁶, Nicaragua (1987)²⁷, Colombia (1991)²⁸, Paraguay (1992)²⁹, Perú (1993)³⁰, Venezuela (1999)³¹, Ecuador (2008)³² y Bolivia (2009)³³, así como las reformas de 2001 de la Constitución de México³⁴.

– *Autodeterminación y subjetividad constituyente de los pueblos indígenas*: Varias constituciones llegan a atribuir a los pueblos indígenas un “derecho a la autodeterminación” ... que resulta negado en la práctica a renglón seguido, cuando se precisa que sólo puede traducirse en un “derecho a la autonomía”, que no puede atentar contra la indivisibilidad del Estado, etc³⁵. Así, la constitución mexicana establece que “el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional” (art. 2); la de Nicaragua, mientras “reconoce la existencia de los pueblos indígenas” (art. 5), no olvida enfatizar que “las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense” (art. 89). La de Paraguay se limita a reconocer “la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (art. 62). Más explícita que cualquier otra es la de Venezuela, que remacha que “los pueblos indígenas [...] forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible”, y que tales pueblos “tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional” (art. 126).

²⁶ <http://www.quetzalnet.com/Constitucion.html>

²⁷ <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Nica/nica95.html>

²⁸ <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>

²⁹ <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/paraguay/para1992.html>

³⁰ <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>

³¹ <http://www.analitica.com/bitblbio/anc/constitucion1999.asp>

³² http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

³³ <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>

³⁴ <http://www.cervantesvirtual.com/serolet/SirveObras/89148404320358584843457/index.htm>

³⁵ Comenta Bartolomé Clavero (refiriéndose al art. 2 de la Constitución mexicana): “Quienes defienden el distingo, hablan de derecho a la libre determinación interna, lo que parece de entrada un concepto un tanto contradictorio para la propia libertad que así se define” (B. Clavero, “Novedades constitucionales ...”, cit., p. 12). Según Rodolfo Stavenhagen, “los pueblos indígenas de América Latina ni buscan ni exigen la secesión de los Estados nacionales. [...] [Sino que] A través de las nuevas constituciones y legislaciones progresivas buscan definir una nueva relación con los Estados nacionales, en la que sean garantizados sus derechos colectivos y reconocidas sus identidades” (R. STAVENHAGEN, *Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2002, p. 10).

La nueva constitución de Bolivia (2009) es la que ha llegado más lejos en la fraseología plurinacional y autodeterminacionista. De hecho, un supuesto principio de “plurinacionalidad” recorre todo su prolijo articulado (por ejemplo, se evita sistemáticamente el calificativo “nacional” y se utiliza en su lugar “plurinacional”: “gobierno plurinacional”, “asamblea legislativa plurinacional”, etc.). El art. 1 define a Bolivia como un Estado “Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario [...], intercultural, descentralizado y con autonomías”. Pese a toda esta retórica, el art. 2 incurre en la misma *contradictio in terminis* (derecho de autodeterminación ... que no ponga en cuestión la indivisibilidad del Estado) detectable en las otras constituciones: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos [sic] y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales”. El art. 3 procede a una extraña definición de la nación, que enhebra en una sola fórmula individuos y colectividades: “la nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano” (entonces, ¿no son “bolivianas y bolivianos” los miembros de los “pueblos indígena originario campesinos”?). El art. 30 reitera la contradicción del art. 2, al reconocer el derecho de las “naciones y pueblos indígena originario campesinos” a “la libre determinación y territorialidad”, ejercido, eso sí, “en el marco de la unidad del Estado”.

También Ecuador (2008) se autodefine como un Estado “intercultural y plurinacional” (art. 1; cf. art. 6). En el art. 56, sin embargo, queda claro que “las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas [...] forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”.

- *Derechos económicos*: Casi todas las constituciones recientes reconocen a los pueblos indígenas derechos colectivos en materia de aprovechamiento de recursos naturales y titularidad de tierras comunales³⁶. Así, la constitución de Colombia les atribuye la facultad de “diseñar las políticas y los pla-

³⁶ Vid. O. RUIZ CHIRIBOGA, “Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales”, en R. HUBER - J.C. MARTÍNEZ - C.LACHENAL (eds.), *Hacia sistemas jurídicos plurales: Reflexiones y experiencias de coordinación entre el Derecho estatal y el Derecho indígena*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín-Bogotá-México DF, 2008, pp. 239-260.

nes de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo” (art. 331.2), “velar por la preservación de los recursos naturales” (art. 331.5) y participar en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales de sus territorios (art. 331, par.). La de Paraguay les garantiza el “derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la construcción y el desarrollo de sus formas peculiares de vida”, añadiendo que “el Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras”, y que éstas serán “inembargables, indivisibles, intransferibles” y exentas de tributación (art. 64). La de Perú reconoce a las “comunidades campesinas y las nativas” la autonomía en “su organización en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras” (art. 89). La de Guatemala asegura que “gozarán de protección especial del Estado” las “tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria” (art. 67; cf. art. 68). La de Nicaragua reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas” (art. 5). La de Venezuela establece que “el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado [...] está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas” (art. 120); también, los pueblos indígenas “tienen derecho a mantener sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio” (art. 123), y se garantiza “la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos, tecnologías e innovaciones” (art. 124), así como “el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras” (art. 119).

De forma similar, la constitución de Ecuador garantiza a los pueblos indígenas “la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias”, que estarán “exentas del pago de tasas e impuestos” (art. 57.4), así como el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables” que se hallen en ellas (art. 57.6) y la “consulta previa sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización” de los no renovables (art. 57.7). Y la constitución de Bolivia atribuye a los “pueblos indígenas originario campesinos” el derecho a “la titulación colectiva de tierras y territorios” (art. 30.6), a “vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas” (art. 30.10), a “la propiedad colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos” (art. 30.11), a la consulta previa (art. 30.15) y la participación en los beneficios (art. 30.16) de la explo-



tación de los recursos naturales de sus territorios, a “un sistema de salud que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales” (art. 30.13)³⁷ ...

– *Derechos culturales*: Es la faceta en la que las nuevas constituciones dan el do de pecho. En abierto contraste con la anterior mentalidad asimilacionista, se postula ahora una actitud “multiculturalista” que sacraliza las diferencias y exalta lo étnico. Así, la constitución de Nicaragua garantiza a las comunidades de la Costa Atlántica el “derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura” (art. 90). La de Venezuela establece que los pueblos indígenas “tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, comovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados”, así como a “una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe” (art. 121). La de Guatemala “reconoce, respeta y promueve las formas de vida, costumbres, formas de organización social, uso del traje indígena, idiomas y dialectos” de los “diversos grupos étnicos” (art. 66). La de Paraguay dice que el Estado “respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal” (art. 66). En Colombia, “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación” (art. 7). La constitución de Perú “fomenta la educación bilingüe e intercultural” y “preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país” (art. 17), además de reconocer el derecho de toda persona “a su identidad étnica y cultural” (art. 2.19). La mexicana, tras reconocer la “composición multicultural [del Estado], sustentada en sus pueblos indígenas”, establece que “la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social” (art. 4). La de Bolivia derrocha “intraculturalidad” e “interculturalidad” por todas las costuras de su extenso articulado: por ejemplo, cada pueblo “indígena originario campesino” tiene derecho “a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión” (art. 30.2), y “a una edu-

³⁷ La doctrina de inspiración indigenista insiste en que las relaciones de los pueblos indígenas con el entorno natural obedecen a una lógica económica distinta, “no depredadora”: “Para ellos, la naturaleza nunca ha sido un recurso natural, y siempre han tenido que afrontar las tentativas de destrucción propias del colonialismo capitalista para preservar su mundo” (D. SÁNCHEZ RUBIO, “Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes”, en C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA-D. CAICEDO TAPIA (eds.), *Derechos ancestrales: Justicia en contextos plurinacionales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 59).

cación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo” (art. 30.12); incluso las universidades “deberán implementar programas para la recuperación, preservación, desarrollo, aprendizaje y divulgación de las diferentes lenguas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (art. 95).

- *Autogobierno y jurisdicción indígena*: La constitución de Colombia establece que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades” (art. 331); el art. 246 indica que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. Este condicionamiento de la jurisdicción indígena a su compatibilidad con “la Constitución y las leyes” se repite en otras constituciones hispanoamericanas; la mayor o menor latitud con que deba ser interpretada constituye, por supuesto, la clave del asunto. Así, la constitución de Paraguay reconoce también el derecho de los pueblos indígenas “a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, [...] al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución” (art. 63). Una regulación similar cabe encontrar en la constitución de Venezuela (arts. 258 y 260). La de Ecuador prevé en su art. 171 (cf. art. 57.10) que “las autoridades de las [...] nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres” [decisiva matización, que anticipa uno de los ángulos por donde pueden venir los conflictos entre el Derecho indígena y los derechos humanos internacionalmente reconocidos]; añade que dichas “normas y procedimientos propios” no deben ser “contrarios a la Constitución y a los derechos humanos”, y que las decisiones de las autoridades indígenas “estarán sujetas al control de constitucionalidad”³⁸.

³⁸ Vid. R.C. BALTAZAR YUCAILLA, “La justicia indígena en el Ecuador”, en C. ESPINOSA - D. CAICEDO (eds.), *Derechos ancestrales*, cit., pp. 451-472); J. MONTAÑA PINTO, “La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”, en VV.AA., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.



La constitución de Bolivia reconoce el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a “la autonomía, el autogobierno [...] [y] el reconocimiento de sus instituciones” (art. 2). El art. 30.14 precisa que éste consiste en un “derecho al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión” (cf. art. 289). Los artículos 26 y 146 abren la puerta a mecanismos de “democracia comunitaria” indígena; los detalles de estos mecanismos quedan sin explicitar, pero la interpretación *a contrario* lleva a la inquietante conclusión de que no tienen por qué incluir el sufragio universal, igual y secreto: “donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio”. El art. 190 establece que los pueblos indígenas “ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades”, con arreglo a sus “normas y procedimientos propios”, y con la condición de que respeten “el derecho a la vida [...] y demás derechos establecidos en la presente Constitución”. El art. 191 anuncia una Ley de Deslinde Jurisdiccional que demarcará las competencias de la jurisdicción indígena y aclarará su articulación con la jurisdicción estatal. El art. 192 ordena que “toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina”, y prevé que, para la ejecución de sus decisiones, las autoridades indígenas “podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado”.

La implementación práctica del pluralismo jurídico (coexistencia de un Derecho indígena y un Derecho estatal) está tropezando con importantes dificultades en varios Estados hispanoamericanos. Como han indicado Rachel Sieder y Jessica Witchell³⁹, los partidarios del pluralismo jurídico incurren a menudo en una visión “esencialista, reificada e idealizada” de las prácticas consuetudinarias indígenas. Se tiende a representar el “Derecho indígena” –señala Donna Lee Van Cott– como un sistema de “normas y procedimientos coherentes, generalmente conocidos y aceptados [por los propios indígenas], que habrían operado al margen del Estado durante siglos [...], [y que] promoverían y protegerían una forma de vida armónica, característica

³⁹ R. SIEDER-J. WITCHELL, “Advancing Indigenous Claims Through the Law: Reflections on the Guatemalan Peace Process”, en J.K. COWAN-M.-B. DEMBOUR-R.A. WILSON, *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 201 ss.

de los pueblos indígenas”⁴⁰. Pero lo cierto es que: 1) muchas prácticas supuestamente tradicionales en realidad son de aparición reciente (por ejemplo, las “rondas campesinas” en Perú, surgidas en los 80 como reacción defensiva al terrorismo de Sendero Luminoso, y reguladas por la Ley de Rondas Campesinas de 2003); 2) muchas prácticas “tradicionales” son objeto de una fuerte contestación interna en el seno de las propias comunidades: éstas no son los plácidos rebaños gregarios que sueña el indigenismo colectivista, sino grupos de individuos con opiniones propias e intereses discrepantes⁴¹; 3) el Derecho indígena no es “culturalmente puro”: en realidad, ha ido incorporando influencias y préstamos, primero del Derecho colonial español, y después del de las repúblicas hispanoamericanas: las prácticas jurídicas indígenas se han desarrollado en una relación “dinámica y asimétrica” con el poder estatal⁴².

El antropólogo del Derecho Carlos César Perafán, que ha estudiado el Derecho consuetudinario de diversas tribus colombianas⁴³, señala, por su parte, que la articulación de los sistemas jurídicos indígenas y el Derecho estatal resulta muy problemática, entre otras cosas, porque aquéllos: 1) carecen del alto grado de especialización y formalización característico del Derecho occidental (no hay en ellos tribunales, ni jueces profesionales, ni leyes escritas): en las sociedades indígenas no se ha producido aún la diferenciación entre las diversas formas de control social (normas jurídicas, normas morales, reglas del trato social, etc.), que permanecen fusionadas en un *éthos* indistinto; 2) el Derecho indígena desconoce el principio de responsabilidad individual exclusiva: a veces el castigo puede recaer sobre la familia del culpable en su conjunto; 3) el Derecho indígena desconoce también el principio *nullum crimen, nulla poena si-*

⁴⁰ D.L. VAN COTT, “A Political Analysis of Legal Pluralism in Bolivia and Colombia”, cit., p. 212.

⁴¹ “Indigenous communities are not free from the internal contestation of culture and norms common to all human groups. Even the smallest, most isolated indigenous communities contain power differentials and conflicting interests, the most obvious being those between women and men. Internal dissensus within indigenous communities has increased in recent years due to patterns of urbanisation, displacement due to violence and migration that bring Indians into closer contact with one another and with Indians from different geographic areas and linguistic backgrounds, as well as the growth of Protestant faiths in once-hegemonically Catholic communities” (D.L. VAN COTT, “A Political Analysis ...”, cit., p. 212).

⁴² R. SIEDER, *Customary Law and Democratic Transition in Guatemala*, University of London - Institute of Latin American Studies, Londres, 1996, p. 16.

⁴³ Vid. C.C. PERAFÁN SIMMONDS, *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*, ICAN-Colcultura, Bogotá, 1995, pp. 33-41 y 112; cf. M. VÁSQUEZ LUNA (ed.), *Derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, Ministerio del Interior, Bogotá, 1998.

ne lege: los castigos pueden ser decretados *ex post*, si se estima que cierta conducta atenta contra la armonía comunitaria; 4) en el Derecho indígena se recurre a menudo al castigo físico o el trabajo forzado, en tanto que las penas de prisión son muy raras; 5) la cosmovisión indígena incluye la creencia en la magia, cuya práctica es castigada severamente, a veces con la muerte.

En Colombia, el desarrollo del art. 246 de la Constitución ha generado una interesante jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴⁴. El presidente de dicha Corte en la década de los 90, Carlos Gaviria, defendía una lectura flexible de la restricción de las atribuciones de la justicia indígena por parte de las leyes colombianas y los derechos humanos. Así, en la sentencia T-254 (1994), la Corte estableció que la jurisdicción indígena estaba únicamente limitada por los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales consagrados por la Constitución colombiana, pero no por leyes colombianas que tutelasen bienes jurídicos de rango igual o inferior al bien de la autonomía y la especificidad cultural indígenas⁴⁵. En la tutela T-349/1996, la Corte denegó la apelación de un indio Embera-Chamí que alegaba que un tribunal indígena había violado su derecho a un debido proceso legal (la pena inicial de 8 años por homicidio fue inopinadamente elevada a 20 años tras un intento de fuga, y el tribunal estaba formado por parientes de la víctima), reiterando el principio según el cual la autonomía de la jurisdicción indígena sólo puede verse limitada por disposiciones constitucionales que protejan bienes jurídicos de importancia superior al bien de la diversidad cultural: a saber, el derecho a la vida y a no ser esclavizado o torturado. La jurisdicción indígena, por tanto, no está obligada a respetar las normas de “debido proceso legal” usuales en el Derecho occidental; las únicas líneas rojas que no puede sobrepasar son las de la pena de muerte, la tortura o la esclavitud⁴⁶. Sin embargo, la Corte Constitucional obligó al tribunal indígena a revisar el caso, no porque se hubiesen violado normas procesales, sino porque se había impuesto una pena (la reclusión en una cárcel colombiana) que no es “tradicional” en el Derecho indígena. Lo que se reprochó en este caso a la jurisdicción indígena no fue su arbitrariedad procesal, sino su insuficiente autenticidad étnica.

⁴⁴ <http://www.corteconstitucional.gov.co/>

⁴⁵ Vid. R. ARIZA SANTAMARÍA, “Teoría y práctica en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia”, en R. HUBER - J.C. MARTÍNEZ - C.LACHENAL (eds.), *Hacia sistemas jurídicos plurales*, cit., p. 262 ss.

⁴⁶ Vid. al respecto: D.L. VAN COTT, “A Political Analysis ...”, cit., p. 218.

Por otra parte, la limitación representada por el derecho a la integridad física ha sido interpretada por la Corte Constitucional colombiana con gran liberalidad. Por ejemplo, la tutela 349/1996 antedicha contiene una defensa del “cepo”, castigo físico que, pese a haber sido introducido por los colonizadores españoles, sí es aprobado por la Corte (a diferencia de la pena de prisión) como impecablemente ancestral y étnicamente prístino: su práctica no constituye “tortura” pues, aunque dolorosa, no deja secuelas físicas permanentes⁴⁷. Este criterio se vio reafirmado por la resolución T-523/1997, que confirmó una sentencia indígena que condenaba a siete hombres a ser desterrados de la comunidad y a recibir cierta cantidad de latigazos con un “fuate” (látigo de cuero) por haber declarado públicamente que el alcalde de Jambaló, Marden Betancur, tenía vínculos con los paramilitares (estas declaraciones, según el tribunal indígena, propiciaron el posterior asesinato del alcalde por los guerrilleros del llamado Ejército de Liberación Nacional). La Corte Constitucional afirmó que la pena de latigazos no causaba “sufrimiento excesivo”, y que poseía más bien un significado simbólico de “purificación ritual”⁴⁸.

También resultó muy polémica en su momento la solución de compromiso –entre derechos individuales y derechos colectivos– que ofreció la Corte Constitucional colombiana en la sentencia SU-510, de 1998⁴⁹. Las autoridades tribales de los indios Ika habían impuesto castigos físicos a algunos miembros de la comunidad por haberse convertido al protestantismo evangélico, abandonando la religión animista tradicional. La Corte estableció que estas sanciones eran inconstitucionales, por atentar contra la libertad religiosa de los inte-

⁴⁷ Vid. consideraciones de Carlos Gaviria al respecto en C. GAVIRIA DÍAZ, “Alcances, contenidos y limitaciones de la Jurisdicción Especial Indígena”, en VVAA, *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas: La jurisdicción especial indígena*, Ministerio de la Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997, p. 165 ss.

⁴⁸ Los indigenistas defienden abiertamente el castigo físico: “Por el carácter simbólico y purificador de sanciones, como el azote con ortiga hace que pese a tratarse de una pena física no sea degradante, por el contrario es profundamente rehabilitadora” [*sic*, con incorrecta sintaxis, en el original] (D. ZAMBRANO ALVÁREZ, “Justicias ancestrales: Analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes”, en C. ESPINOSA - D. CAICEDO (eds.), *Derechos ancestrales*, cit., p. 232). “[Los] azotes en la plaza pública, flagelaciones, el colgar por los brazos a los encausados, [...] son considerados por la cultura occidental como una especie de barbarie. [...] [Pero] no se puede concebir a las prácticas realizadas por los pueblos indígenas como violentas y contrarias a los derechos humanos, ya que más bien obedecen a una peculiar apreciación de la sanción propia de su cosmovisión ancestral [...]” (CH. MASAPANTA GALLEGOS, “El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano”, en *Derechos ancestrales*, cit., pp. 447-448).

⁴⁹ Vid. R. ARIZA SANTAMARÍA, “Teoría y práctica ...”, cit., p. 264.



resados; afirmó también, sin embargo, que las autoridades Ika podían obligar a los indios conversos al cristianismo a abstenerse de todo proselitismo y a edificar su iglesia fuera del territorio tradicional de la tribu. La sentencia T-1022 de 2001 confirmó este criterio.

4. ENFOQUES CRÍTICOS

He aquí –muy sumariamente resumidas– algunas de las principales objeciones que han sido aducidas contra el desarrollo constitucional de los derechos indígenas:

– Atribuir derechos a sujetos tan borrosos y problemáticos como las culturas, los pueblos o las comunidades supone, en el mejor de los casos, una difuminación retórica del lenguaje de los derechos⁵⁰, y en el peor, el sacrificio de los derechos verdaderos (los individuales) en nombre de los colectivos⁵¹. Como se ha visto en los casos colombianos citados *supra*, las culturas tradicionales veneradas por el indigenismo dejan muy poco espacio para la libertad individual, dan por supuesta la inferioridad de la mujer, imponen al sujeto creencias mágico-religiosas muy primitivas, etc. En Bolivia han llegado a darse casos de linchamientos de “brujos” –tácitamente tolerados por el Estado– en nombre de la cultura “indígena-originario-campesina”⁵².

– El sujeto titular de los derechos colectivos es demasiado impreciso; no es fácil demarcar a los “pueblos”: “los pueblos indígenas nos sitúan ante un supuesto sujeto de derechos difuso, informal, poco definido, no institucionaliza-

⁵⁰ J. Daniel Oliva sintetiza así (sin compartirla) esta objeción: “Son los individuos indígenas quienes tienen una existencia real, y no los grupos a los que pertenecen, y por ello mismo serán los miembros de los grupos indígenas quienes, como sujetos morales realmente existentes e identificables, detentan derechos humanos [...] [N]o tiene ningún sentido dotar de derechos colectivos a las comunidades, puesto que ya existen los derechos de los individuos (indígenas o no indígenas)” (J.D. OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de fundamentación ...”, cit., p. 54).

⁵¹ “[E]sa misma tradición que se pretende preservar puede ser fuente de represión de personas o subgrupos que forman parte de ella [...]; las dinámicas comunitaristas conllevan al interior de las comunidades efectos uniformizadores, disciplinarios y opresivos que comprimen las libertades individuales” (J.D. OLIVA MARTÍNEZ, op. cit., p. 55).

⁵² En 1991, una pareja de “brujos” del pueblo guaraní-izozog –que habían desafiado una previa orden de destierro emitida por autoridades indígenas– fueron asesinados en Cuarienda. Cuando la policía intentó investigar el crimen, la comunidad entera se autoinculpó, en un episodio tipo Fuenteovejuna. El Estado renunció a procesar a los culpables. Vid. D.L. VAN COTT, “A Political Analysis ...”, cit., pp. 229-230.



do, [...] con fronteras socio-culturales y políticas permeables, [...] mezclado en muchas ocasiones con otros hipotéticos sujetos y comunidades de difícil determinación, [...] sin una representatividad y estructuras de participación bien delimitadas ni democráticas, [...] sin una base territorial consolidada, y que comparten dificultades para establecer y difundir –con garantías– su manifestación de voluntad (en caso de que ésta exista realmente)” (J. Daniel Oliva)⁵³.

– Las demandas o carencias a las que se intenta responder mediante los “derechos colectivos” (discriminación y atraso secular de la población indígena, protección de determinadas particularidades culturales, etc.) son perfectamente atendibles mediante la potenciación de los derechos individuales: no era necesario introducir la problemática categoría de los derechos colectivos. Si los indígenas son preteridos en el mercado de trabajo, debe procurarse una aplicación más efectiva del derecho *individual* a la no discriminación por razón de raza. Si padecen altas tasas de analfabetismo, debe redoblar el esfuerzo por llenar de contenido el derecho *individual* a la educación de estas personas. Etc., etc.

– Los defensores de los “derechos colectivos” indígenas asumen una versión especialmente radical de la visión comunitarista del *yo*: un *yo* contextualizado, decisiva y fatalmente religado a unas raíces histórico-culturales determinadas. El sujeto aparece como mero “portador” de la identidad étnica; no parece contemplarse la posibilidad de que pueda entablar una relación crítica o selectiva con su propia tradición cultural. Esta religación de la identidad individual a la “identidad colectiva” desposee al sujeto de su autonomía crítica, de su soberanía existencial: en último extremo, no soy yo quien realmente piensa, decide o valora; es mi cultura quien lo hace a través de mí. El individuo no se pertenece a sí mismo: es habitado por *vis a tergo* culturales que escapan a su control⁵⁴.

– Los defensores de los derechos colectivos suelen profesar una concepción *holista* de las culturas: cada una de ellas es vista como una totalidad or-

⁵³ J.D. OLIVA, op. cit., p. 54.

⁵⁴ Alain Finkielkraut ha expresado con gran acierto las inaceptables implicaciones anti-humanistas de la imagen comunitarista del *yo*: para ella, “el hombre es cautivo de su ascendencia; sus estimaciones [aparentemente autónomas] son pura ilusión: está investido hasta en los recovecos más secretos de su interioridad por la historia de la que es heredero, por la lengua que habla, por la sociedad que le ha dado origen. La tradición le precede y supera su reflexión: pertenece a ella, antes de pertenecerse a sí mismo” (A. FINKIELKRAUT, *La derrota del pensamiento*, trad. de J. Jordá, Anagrama, Barcelona, 1987, p. 36). En un sentido similar se pronuncia Juan José Sebrelli: “La antropología culturalista [...] convierte [al individuo] en un producto pasivo de la cultura, a la cual debe obedecer sumisamente porque sin ella no es nada; la libertad y el individuo desaparecen por igual” (J.J. SEBRELLI, *El asedio a la modernidad: crítica del relativismo cultural*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 46).



gánica, homogénea, coherente, dotada de su propio “centro de gravedad” (esta idea se remonta a J.G. Herder)⁵⁵, inconmensurable con las demás. Esta concepción *holista* –Rhoda E. Howard ha hablado de “absolutismo cultural”⁵⁶– sobreestima la armonía, la estabilidad, la homogeneidad interna de cada una de ellas; como ha indicado Juan José Sebreli, “es una visión conservadora, porque acentúa el equilibrio interno, la subordinación de las partes al todo”⁵⁷: minimiza las disensiones *intragrupales* (las que separan entre sí a los adeptos de cada una de las “culturas”), al tiempo que sobre enfatiza las diferencias *intergrupales* (las que permiten distinguir a cada cultura de las demás)⁵⁸. La sociedad ideal del multiculturalismo es una federación de “comunidades” cerradas, monolíticas, tradicionales y étnicamente puras⁵⁹.

– El defensor de los derechos colectivos y de las identidades indígenas valora la pluralidad cultural y el colorido étnico en cuanto tales, con independencia de que la pertenencia a las “comunidades” en cuestión favorezca o no

⁵⁵ Vid. F.J. CONTRERAS PELÁEZ, *La filosofía de la Historia de Johann G. Herder*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, p. 71 ss.

⁵⁶ Cf. R.E. HOWARD, “Cultural Absolutism and the Nostalgia for Community”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1993, pp. 315 y ss.

⁵⁷ J.J. SEBRELI, *op.cit.*, p. 182.

⁵⁸ Martin Fuchs ha analizado con penetración los peligros de la concepción *holista* (las culturas como totalidades compactas), que subestima la heterogeneidad y el disenso intraculturales. Frente a la visión de las culturas como “interpretaciones del mundo omnicomprensivas [umfassende Weltauslegungen]” y armónicas, propone una concepción “polifónica” de las mismas: “No sólo en cada cultura, sino en cada individuo, se contrapesan y superponen, se debaten y reflejan muchas “voces”” (M. FUCHS, “Universalität der Kultur”, en M. BROCKER – H.H. NAU (eds.), *Ethnozentrismus: Möglichkeiten und Grenzen des interkulturellen Dialogs*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1997, pp. 142 y 146). En un sentido similar, Heiner Bielefeldt ha sostenido que las culturas ya no pueden ser vistas como sistemas cerrados y monolíticos, sino como “realidades complejas, capaces de albergar interpretaciones plurales y a menudo contradictorias entre sí” (H. BIELEFELDT, “Muslim Voices in the Human Rights Debate”, *Human Rights Quarterly*, vol. 15, 1995, p. 587).

⁵⁹ “Las culturas que se aíslan están destinadas a desaparecer; las que predominan han sido siempre culturas mestizas, híbridas, y en esa mixtura consiste su capacidad de cambio, su mayor creatividad y la libertad de elegir sus propios estilos de vida. Las sociedades seculares y modernas son interculturales, aceptan la convivencia de las culturas, buscando la igualdad entre todos y atenuando las diferencias, en tanto el multiculturalismo que defiende al fundamentalismo indigenista acentúa las diferencias y no las igualdades, busca la separación en comunidades cerradas y homogéneas centradas en la idea de raza y su consecuencia indeseada es la xenofobia y la hostilidad hacia los otros” (J.J. SEBRELI, “¿Universalismo o multiculturalismo? Sobre la cuestión indígena” [<http://www.taringa.net/posts/info/4044503/Sobre-la-cuestion-indigena---Juan-Jose-Sebreli.html>]).

la realización, la felicidad o la libertad personales. Desde un relativismo cultural intransigente, el multiculturalista insiste en atribuir el mismo valor a todas las cosmovisiones y tradiciones, y exige que cada individuo quede definitivamente atrapado por su cultura de origen. En el caso de los pueblos indígenas, debe tenerse en cuenta que se trata en algunos casos de culturas muy primitivas, vinculadas a una vida de cazadores-recolectores (en el caso de las tribus del Amazonas) o de agricultura de subsistencia (en el altiplano). El multiculturalista quiere fijar a esas personas en su forma de vida tradicional (quizás experimentada como chata, dura o empobrecedora por sus propios protagonistas), a la mayor gloria de la diversidad y la autenticidad culturales.

- El indigenismo inculca en los pueblos indígenas una mentalidad victimista y revanchista que no favorece la concordia nacional, y ni siquiera contribuye a su efectiva promoción social⁶⁰. Se acostumbra al indígena a atribuir todos sus males a la opresión secular –primero española y después criolla–, por tanto, a esperar una reparación de algún redentor exterior (el Estado antiimperialista-indigenista), en lugar de buscar soluciones por sí mismo. Se le vende una versión grotescamente maniquea de la historia hispanoamericana, que incluye la glorificación del pasado precolonial (olvidándose, por ejemplo, que la mayoría de las culturas precolombinas practicaban los sacrificios humanos y la antropofagia, amén de desconocer la rueda, la escritura, etc.), llegándose en ocasiones a un abierto racismo anti-blanco⁶¹.

FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS
 Universidad de Sevilla
 Facultad de Derecho
 Dpto. de Filosofía del Derecho
 c/Enramadilla, 18-20
 41018 Sevilla
 e-mail: contrera@us.es

⁶⁰ “[L]a retórica que rodea algunas de las reivindicaciones indigenistas, asimilada al discurso antiglobalización y antiimperialista [...] hace temer por el porvenir, por que se pierda el norte y que en vez de atacar las verdaderas causas del atraso y la marginación, el combate se entable contra molinos de viento, y que los recursos y las energías se dilapiden rápidamente, conduciendo una vez más a la frustración a las masas indígenas de esos países” (C. MALAMUD, “Indigenismo y pueblos originarios” [<http://www.ojosdepapel.com/Article.aspx?article=2329>]).

⁶¹. “No hace muchos años, parecía un axioma que el racismo era una tara peligrosa, que debía ser combatida sin contemplaciones [...]. Pero, de un tiempo a esta parte y gracias a

personajes como el venezolano Hugo Chávez, el boliviano Evo Morales y la familia Humala en el Perú, el racismo cobra de pronto protagonismo y respetabilidad y, fomentado y bendecido por un sector irresponsable de la izquierda, se convierte en un valor, en un factor que sirve para determinar la bondad y la maldad de las personas, es decir, su corrección o incorrección política.

Plantear el problema latinoamericano en términos raciales como hacen aquellos demagogos es una irresponsabilidad insensata. Equivale a querer reemplazar los estúpidos e interesados prejuicios de ciertos latinoamericanos que se creen blancos contra los indios, por otros, igualmente absurdos, de los indios contra los blancos" (M. VARGAS LLOSA, "Un nuevo racismo: Indios contra blancos" [<http://articulos1.blogcindario.com/2008/09/00104-un-nuevo-racismo-indios-contra-blancos.html>]).

