

Capítulo IV

Las tendencias constitucionales actuales en América Latina

Aclarados algunos precedentes históricos, cabe preguntarse por la situación actual: ¿cómo percibe el constitucionalismo contemporáneo a la población indígena?, ¿Cómo tipificar o clasificar las Cartas latinoamericanas modernas en este aspecto? Aunque sólo después de haber revisado con atención los textos legales nacionales se podrá tener una visión íntegra y comparativa de la reciente evolución del indigenismo en América Latina, anticipemos al menos algunas impresiones generales que extrajimos de este amplio material de fuentes legales.

La opinión pública en América Latina discute, desde hace más de una década, la problemática del reconocimiento de sus pueblos históricos en los documentos fundamentales. Sin embargo, esta controversia, a la que se suman los crecientes reclamos de organizaciones indígenas, no siempre se ha plasmado en un reordenamiento constitucional.

Existe entonces un **primero grupo** de cinco países latinoamericanos (Belice, Chile, Guayana Francesa, Surinam, y Uruguay) que no se preocupan en absoluto en sus Leyes fundamentales por las minorías étnicas, sea porque sus tradiciones legales son esencialmente anglosajonas —recordemos que en los EE.UU. existe una relación de pactos circunstanciales entre el Estado y los indios— sea porque el liberalismo individualista del siglo XIX no fue renovado o complementado con otras corrientes sociales. En estos cinco países no figura el concepto “indígena” o un sinónimo, excepto periféricamente (como en el preámbulo de Belice).

Un **segundo conjunto** de naciones latinoamericanas (Costa Rica, El Salvador, Guyana, y Honduras) otorga constitucionalmente alguna protección puntual a

sus grupos étnicos dentro de un marco legal incompleto o poco articulado, y generalmente con un enfoque evolucionista e integracionista.

En un **tercer grupo** de países (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela) se desarrolla una extensa legislación indigenista en el plano constitucional —aunque la amplitud de estos derechos difiere, naturalmente, según el caso concreto. Estas Cartas se responsabilizan por sus comunidades y fijan ciertas reglas para permitir la supervivencia de su cultura y la protección de sus tierras. El multiculturalismo constitucional contenido en estos articulados es un fenómeno reciente que se inicia en 1986 con la promulgación de las Cartas constitucionales de Guatemala y Nicaragua. El alcance de esta nueva visión plural, en todo caso, no depende solamente de las formulaciones concretas en los ordenamientos jurídicos.

Entre los elementos que pueden invalidar o desvirtuar cualquier reglamento indigenista cabe mencionar la falta de mecanismos básicos del ejercicio ciudadano, leyes o estipulaciones que destruyen uno de los fundamentos del derecho indígena —como la tierra comunal—, bajo un pretexto de “liberación del indígena”, y la falta de una verdadera voluntad política de hacer efectiva una Constitución que ofrece garantías importantes a sus minorías. Ocasionalmente también encontraremos artículos constitucionales diseñados con “mala fe”, elaborados con la intención de simular frente a la opinión pública una protección de las minorías que no tiene anclajes legales (cfr. también “¿Cuáles son las herramientas para evaluar un documento constitucional?” en la Conclusión).



“La OIT parece asustada de la dinámica generada por el Convenio 169”

Entrevista con Bartolomé Clavero

Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Sevilla, Director del Programa “Multiculturalidad Jurídica y Pueblos Indígenas” de la Universidad Internacional de Andalucía.

Dr. Clavero, usted es quizás uno de los investigadores que con más espíritu innovador ha abordado el tema de los derechos indígenas. Los títulos de sus ensayos y libros indican la búsqueda constante de una escritura nueva: “Libraos de Ultramaría. El fruto podrido de Cádiz”, “Derechos Indígenas versus derechos humanos”, “Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América”, “Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias Ayer y Hoy”. ¿Usted se considera un “apasionado” de la temática indígena?, ¿Hay un trasfondo humanista en la defensa de los derechos indígenas?

Son de entrada dos preguntas, aunque ciertamente vinculadas. Lo humano resulta apasionarse ante la evidencia de injusticias arraigadas y estructurales como la del desprecio o la marginación de los derechos indígenas, pero cuidado con la pasión, pues llega a cegar, como suele justamente decirse. De lo que hay que armarse es de razón para que no siga prevaleciendo la sinrazón, comenzándose por mostrar hasta qué punto lo segundo, lo ominoso, puede pasar todavía por lo primero, lo conforme a justicia. Así no es raro hoy que una sinrazón tan radicalmente discriminatoria como la negación del derecho de los pueblos indígenas se presente tal y como si fuera la razón constitucional de la igualdad ciudadana entre individuos con independencia de que se identifiquen y participen de la cultura del Estado o cuenten en cambio con cultura propia por la que libremente optan en su vida cotidiana. La labor de poner en evidencia este tipo de subterfugios

para una dominación todavía colonial y siempre inhumana de unos pueblos por otros me parece algo de trasfondo sencillamente humano, ni especialmente humanista ni tampoco humanitario, aunque también sea por supuesto una cosa y la otra. Sin embargo, esto último, lo humanista y lo humanitario, parece indicar algo añadido de filosofía o meliorativo de solidaridad, cuando la cuestión la entiendo como bastante más básica. Es, según pienso, un imperativo categórico de razón y de justicia, y no algún otro más discutible de pensamiento o de moral, lo que debería conducir por fin al reconocimiento efectivo y el respeto garantizado de la igualdad de derechos entre los pueblos y culturas que enriquecen la humanidad.

¿Bajo qué influencias y qué modelos constitucionales se diseñaron las primeras Cartas Magnas de los estados independientes de Latinoamérica?, ¿Y qué efectos tuvo esto sobre la población originaria?

No hubo un modelo común, pero se dio un fondo tal, común, heredado de Europa. Hubo casos de consideración de la humanidad indígena ubicada dentro de las fronteras teóricas de unos Estados flamantes como pueblos independientes de los que habría de recabarse reconocimiento mediante diplomacia y tratados. Estuvo más generalizado el planteamiento de la participación ciudadana entre criollos e indígenas aun en el caso no menos general de que éstos formasen mayoría. ¿Cómo es que entonces no existen Estados indígenas, en vez de latinos, por

América? Ahí entraba en juego el fondo común en uno como en otro escenario. Por la parte criolla se entendía que no podía haber pie de igualdad con respecto a indígenas ni para la diplomacia ni para la ciudadanía. De una forma que resultaba llanamente racista, se sobreentendía por dicha parte, la no indígena, que la humanidad indígena estaba incapacitada por deficiencia de cultura para manejar sus propios intereses, ya no digamos sus derechos, lo que había entonces de corresponder al contingente de matriz europea.

El mismo justificante de la invasión colonial se aplicaba al establecimiento constitucional. No había para esto solución de continuidad. Los indígenas habían sido considerados en tiempos coloniales como menores necesitados de la tutela europea y éste es el tratamiento que de forma expresa o solapada seguirá aplicándoseles. Así es como la mayoría efectiva se convirtió en minoría operativa por tiempos constitucionales. Allí donde existen, hoy todavía se trata como minorías a mayorías indígenas. En realidad mayoría lo serían todavía siempre si constituyeran ellas mismas, y no los Estados, la vara de medir.

Usted también ha incursionado en la tradición legal anglosajona. ¿Qué aspectos le parecen notables en el tratamiento de los indígenas en los Estados Unidos de América y Canadá?

Ahí el tratamiento más generalizado fue el de la no participación de ciudadanía encauzándose las relaciones a través de la diplomacia de los tratados y operando idéntico fondo común del prejuicio racista.



El mismo tratado buscaba la legitimación de la presencia expansiva no indígena sobre el presupuesto de una superioridad de cultura que capacitaba para la interpretación e incluso la cancelación unilateral de los acuerdos. Acababa siendo el tratado un instrumento para la invasión del territorio, la expropiación de recursos y la reducción a reservas. Se partía de un principio de soberanía europea, la británica en el caso que los Estados Unidos, como luego Canadá, heredaban. Era un dominio virtual que se entendía sobre la totalidad del territorio en virtud de un título de descubrimiento presunto por parte europea y conforme al cual los pueblos indígenas estaban obligados a relacionarse de forma pacífica mediante, en su caso, los mismos tratados sin pie de igualdad alguno. Si se resistían, podían ser invadidos bélicamente y masacrados sin más de forma que se consideraba así legítima. Unos, los no indígenas, se atribuían el derecho incluso de atacar, mientras que a otros, a los indígenas, no se les reconocía ni siquiera el derecho de defenderse. Algo tan elementalmente humano como la legítima defensa con medios proporcionados al ataque mismo se les estaba denegado. Todo esto se formaliza en los Estados Unidos incluso como Jurisprudencia constitucional que todavía está vigente. Era y es una cultura del derecho, o mejor de la iniquidad, no sólo anglosajona por América, sino también interamericana e internacional. Su cuna está en Europa. Europa es la madre nodriza.

La bibliografía sobre el multiculturalismo constitucional en Latinoamérica ha proliferado en los últimos años. ¿Ya tenemos una visión amplia?, ¿Qué aspectos no se han estudiado suficientemente?, ¿Estamos frente a metodologías de comparación sólidas?

Prolifera la literatura multicultural, como también, lo que puede ser más importante, el reconocimiento

incluso constitucional del multiculturalismo mismo. Pero advirtamos que tanto en uno como en otro caso, lo que suele darse es una versión digamos que débil del registro multicultural. En términos jurídicos, suele presentarse como una aportación de derechos de última generación por consideración de la multiplicidad de culturas que viene a agregarse a la panoplia existente no sólo de derechos, sino también de poderes dados. Más si no estamos mirando a un multiculturalismo más genérico y sobrevenido, como el que proceda de la libertad migratoria por ejemplo, sino del específico y más radical de una humanidad que resiste en territorio propio con cultura propia a la sucesión de acosos del colonialismo europeo y de los Estados americanos, entonces la cuestión no resulta tan cómodamente agregativa. Dicha posición de territorio y dicha resistencia de cultura es lo que precisamente caracteriza y así define al pueblo indígena. De tal modo, sus derechos, los derechos indígenas, ponen en cuestión los poderes no indígenas. Dicho de otra forma, tales pueblos, los indígenas, requieren un apoderamiento propio para la misma garantía de los derechos humanos incluso individuales de quienes mantienen culturas a la pura intemperie jurídica, sin la cobertura política que pueda necesitarse en un mundo de Estados. En un mundo que también es de Naciones Unidas, no quiere decir esto necesariamente que lo que tengan que proliferar sean entonces los Estados, sino que deben buscarse nuevos escenarios de acomodación de pueblos en pie de igualdad efectivos en orden constitucional y garantizados por el ordenamiento internacional sin exclusión, por supuesto, de la posibilidad de nuevos Estados. Me apena decir que la literatura hoy ciertamente floreciente sobre multiculturalismo, no es este reto lo que afronta. Digamos que es más acomodaticia ante poderes que

acomodadora ante derechos.

Hasta en lugares apartados del constitucionalismo latinoamericano, como en Belice, se discute el Convenio 169 y sus implicaciones. ¿Hay un proceso de internacionalización de la discusión sobre los derechos indígenas?

Esto es un aspecto clave que no sólo toca al Convenio 169 de una agencia especializada de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, sino al debate en curso en el mismo núcleo de la organización matriz, las Naciones Unidas, respecto a la consideración específica de los derechos indígenas como derechos humanos de pueblos en su sentido más capacitador de propia determinación. Me refiero al actual Proyecto de Declaración o Convención de Derechos Indígenas ya formalizado como tal dentro de Naciones Unidas en los foros subsidiarios de la Comisión de Derechos Humanos, el cual parte categóricamente de la premisa de igualdad entre pueblos: "Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural". Advirtamos que en cambio el Convenio 169, el instrumento sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo, sienta un principio más bien contrario: "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 puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional". Por eso digo que no sólo interesa esta pieza. En todo caso, tampoco olvidemos que las cosas son complejas. Mientras que el proyecto de Naciones Unidas sea sólo eso, proyecto, el Convenio 169 representa el instrumento más operativo, si no de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en cuanto tales, realmente



de garantía de otros derechos indígenas tanto individuales como comunitarios. Hoy por hoy y habida cuenta del elemento más adverso como es el de una tradición colonial que todavía pesa fuertemente en el constitucionalismo americano, de toda América, incluso cuando reconoce el multiculturalismo, el valor tanto simbólico como práctico del Convenio 169 es ciertamente notable, realmente apreciable.

¿Usted percibe un cambio de significado de términos como “autodeterminación”, “pueblos”, “nación” y “cultura” en el derecho internacional?

Nación está dejando de equipararse excluyentemente con *Estado* y, a su vez, *Pueblo* es término en trance de generalizarse como sujeto indistinto, sin discriminaciones coloniales, de un derecho de propia determinación, de una autodeterminación que no sólo es política, sino también económica, social y cultural, como ha podido verse por su reconocimiento previsto para los pueblos indígenas. El mismo proyecto de Naciones Unidas contempla un escenario donde pueden darse con la debida garantía internacional y como forma de realización de la libre determinación política unas autonomías indígenas que permitan la propia libertad de desarrollo como cultura, como sociedad y como economía. Resulta un derecho de determinación propia en todos los ámbitos que a los efectos políticos no se agota por dicho mismo establecimiento de un régimen de autonomía dentro de los Estados existentes. Se entiende ahora que el derecho, por serlo, ha de resultar permanente y que siempre podrá procederse a otras opciones. Otras posibilidades han de quedar abiertas por si dichos Estados, los existentes, conculcan la autonomía necesaria para el desarrollo económico, social y cultural indígena. Por esto ya dije que el futuro escenario internacional no tiene por qué

excluir la aparición de nuevos Estados a los efectos de esta descolonización pendiente, la que interesa a los pueblos indígenas, aunque no sea esa la previsión explícita del propio proyecto. Entra en su lógica desde el momento que se toma por fin en serio la igualdad entre los pueblos.

Para muchos juristas el concepto de territorio doctrinalmente se refiere exclusivamente al Estado. ¿Qué autores forjaron este dogma que tiene tan fuerte aceptación en Latinoamérica?

Depende de la aceptación a que nos refiramos. Los pueblos indígenas vienen resistiéndose a la estatalización del territorio, o nacionalización si prefiere todavía decirse, pero las Constituciones americanas consideran en efecto como estatal usualmente no sólo la geografía de superficie, la marcada por unas fronteras, sino también todos los recursos naturales del caso, incluidos los del subsuelo, con un éxito igualmente desigual frente a la resistencia de parte indígena. Porque en Perú, por ejemplo, se estatalice el agua, no por ello las comunidades indígenas tanto de la sierra como de la selva ceden el propio manejo de un recurso que compromete no sólo la propia economía, sino también y sobre todo la propia cultura. Lo mismo se ha visto respecto al caso del agua últimamente en Bolivia. ¿Y qué diríamos de México donde la Constitución está dispuesta a registrar el principio de libre determinación de los pueblos indígenas, pero no a reconocer en modo ni en grado alguno que ello pueda alcanzar, por ejemplo, al petróleo del subsuelo? Lo mismo ocurre respecto a la geografía de superficie, reduciéndoles a una estructura municipal también impuesta. Digamos que hay quien no se toma en serio en absoluto, incluso aunque lo proclame constitucionalmente, un principio de determinación indígena a ningún efecto. El mismo Convenio 169

establece un estándar de respeto de territorios indígenas que, aunque no en términos de estricto derecho sobre el propio hábitat, está bastante por encima de lo admitido constitucionalmente y practicado políticamente por parte de Estados que, como México, Bolivia o el Perú, tienen ratificado tal instrumento internacional. Hay quien no cumple ni con su propia palabra. Si comenzase por guardarse consecuencia con el propio reconocimiento de multiculturalidad al que de diverso modo proceden las mismas Constituciones de estos Estados, habría de proseguirse por ponerse en cuestión toda su estructura tanto de derechos como de poderes, tanto de garantías judiciales como de funciones políticas.

Ya se ha referido a la existencia de una especie de multiculturalismo “light”, a reconocimientos de bajo perfil. ¿En qué países esto es evidente?

Efectivamente, ya he hablado de multiculturalismo débil, que me parece el generalizado sobre todo en lo referente a lo que más importa, el derecho impositivo más que positivo. Y la misma evidencia creo que está bastante generalizada si no nos quedamos en las palabras tan a menudo huecas de las proclamaciones constitucionales más aparentes. México, Perú o Bolivia son ejemplos de un término medio, pues hay casos peores. De cara a la humanidad indígena en el ámbito constitucional, lo usual me temo que es hoy por América el puro fraude. El perfil es tan de bajo relieve que resulta poco menos que plano. La misma Organización Internacional del Trabajo parece asustada de la dinámica generada por el Convenio 169, que realmente sobrepasa sus propias previsiones, y no anima o incluso disuade a los pueblos indígenas para que, cuando menos, informen respecto a la actuación de los Estados generalmente desacorde con dicho mismo instrumento. La



pluriculturalidad constitucionalmente reconocida queda en su caso en el puro gesto o da pie a políticas de educación bilingüe y administración concurrente dirigidas a la introducción más efectiva de la cultura dominante desde los tiempos coloniales, la hecha propia por los Estados y entendida así como nacional. El panorama internacional me parece actualmente más abierto, pero tampoco nos hagamos ilusiones. Sin la dinámica primera conducida por las propias comunidades y pueblos indígenas en defensa de sus derechos comprometiendo y retorsionando las mismas políticas generadas por

los Estado, así como alcanzando al propio debate internacional en curso, de nada serviría que los instrumentos de derechos humanos llegaran por fin a un escenario de igualdad entre las culturas y los pueblos que componen la humanidad y la enriquecen. Y la igualdad compromete a todos. Sin una disponibilidad de parte indígena a la concurrencia en términos iguales de derechos con los pueblos afroamericanos y también con los criollos de América, no hay modo de acomodamiento ni siquiera de los propios derechos, los indígenas. Tal es exactamente el planteamiento de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del

Ecuador al que la parte euroamericana, la criolla, se resiste por lo que implica de autonomía y apoderamiento de los pueblos. No sólo cada Estado es una historia, sino también cada pueblo e incluso cada comunidad. Ahí arraiga la propia forma federativa de dicha organización ecuatoriana que quiere comunicarse al Estado. No es ya el federalismo tradicional que sirvió para la multiplicación de poderes euroamericanos para la conquista y reducción de territorios indígenas, sino otro federalismo, uno de base pluri e intercultural, que sirva exactamente para lo contrario, para un reconocimiento y acomodo de derechos sin exclusiones ni imposiciones.

“La investigación constitucional resulta insuficiente”

Entrevista con Marco Aparicio Wilhelmi

Doctor en Derecho y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Girona

En los últimos veinte años hubo muchos cambios constitucionales en América Latina a favor de los pueblos indígenas. ¿Cómo evalúa esta tendencia multicultural en la región?

La introducción de previsiones constitucionales referidas al reconocimiento de los pueblos (en algunos textos simplemente “comunidades”) indígenas y de algunos de sus derechos indica, en primer lugar, que tales pueblos han logrado llegar a erigirse como sujetos políticos, con capacidad de reivindicación y de presión. Por esta razón, cualquier tipo de reconocimiento constitucional, por restringido que sea, debe ser valorado positivamente. Dicho esto, y sin entrar en un análisis pormenorizado de cada uno de los textos constitucionales, hay que decir que incluso en aquellos en los que de manera más amplia se reconoce la existencia de pueblos indígenas y de algunos de sus derechos, se hace de manera profundamente limitada. Y la limitación se encuentra en la negativa a reconocer que de la

diversidad cultural existente pueda derivarse en todas sus consecuencias una verdadera diversidad jurídica, que pueda coexistir en posición de igualdad con el ordenamiento jurídico nacional. En ningún caso se reconoce tal pluralismo, sino que se sigue partiendo de una visión monista, situando la Constitución y los derechos fundamentales (en los casos más generosos) en posición jerárquicamente superior, sin posibilidad de diálogo real.

¿Qué países están más avanzados en el reconocimiento de los pueblos indígenas?, ¿Qué ejemplos concretos positivos de la legislación sobre la población indígena le vienen a la mente?

Siempre desde el plano del reconocimiento constitucional, que no siempre es indicativo de un verdadero esfuerzo normativo y de aplicación del Derecho conforme a dicho reconocimiento, los textos que recogen con mayor amplitud los derechos de los pueblos indígenas son aquellos que parten del reconocimiento del sujeto pueblo y

de algunos de sus derechos básicos en cuanto tal. En primer lugar, cabe mencionar la Constitución colombiana (1991), cuyo art. 7 reconoce “la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”, así como la inalienabilidad de las tierras comunales de los grupos étnicos (art. 63), la necesidad que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas “se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas” (art. 330) y el hecho que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial...” (art. 246). Una especial importancia tiene la Constitución ecuatoriana (1998), que parte del reconocimiento de la diversidad “de sus regiones, pueblos, etnias y culturas” (Preámbulo), y el carácter pluricultural y multiétnico” del Estado (art. 1). Hay que mencionar, además, que tal reconocimiento constitucional expresa en buena medida la capacidad de presión de las organizaciones indígenas



ecuatorianas (en especial las que conforman la CONAIE). Finalmente, también es destacable el contenido de la Constitución venezolana (1999), que hace específica referencia a que “el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan...”.

¿Existe suficiente investigación sobre los derechos constitucionales de los indígenas?

La investigación constitucional resulta insuficiente siempre que existan reivindicaciones de reconocimiento constitucional insatisfechas, cosa que sucede. No puede desligarse la investigación jurídica de su referente social y político. Y puesto que existen amplias experiencias de organización indígena con propuestas concretas en el plano normativo (un buen ejemplo las constituyen las desoídas propuestas formuladas en el contexto mexicano), debe exigirse una mayor atención académica, política y social de la que existe actualmente.

Algunos estudiosos han propuesto crear una red española sobre el tema. ¿Quiénes la conforman y qué finalidad tiene?

Se trata todavía de una idea embrionaria. Una idea que surgió después del II Encuentro de Investigadores sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que se celebró en octubre de 2002 en la Universidad Carlos III de Madrid. En este Encuentro asistimos algunos de los escasos profesores universitarios que nos hemos ocupado de esta temática en España. Entre ellos cabe destacar por encima de todos al catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla el Dr. Bartolomé Clavero. Junto con él

estuvimos otros profesores como un discípulo suyo, Pablo Gutiérrez, Daniel Oliva, de la Universidad Carlos III que fue el coordinador del Encuentro. Entre los profesores foráneos cabe destacar la presencia en el Encuentro de James Anaya y de Rodolfo Stavenhagen.

¿Con qué instrumentos y conceptos comparar las Constituciones latinoamericanas a la hora de evaluar los derechos a favor de la población indígena?

Sin duda alguna, la evolución en sede de la OIT y de las Naciones Unidas es un referente que debe ser tomado en consideración. El debate alrededor de la noción de pueblo y sus implicaciones, la necesidad de separar el tratamiento de los pueblos indígenas de la noción de protección de minorías, etc. deben ser considerados suficientemente a la luz de dicha experiencia, que por otra parte es muestra de la importancia de la presencia de las organizaciones indígenas en tales foros.

Por otra parte, algunas de las experiencias de convivencia entre comunidades indígenas y autoridades oficiales de determinadas localidades de distintos países latinoamericanos deberían ser analizadas como muestras de coexistencia antes las que el Derecho debe tratar de tener capacidad para encauzar y reforzar, para consolidar los cauces de intercambio y respeto. Sin citar ejemplos concretos, la idea consiste en analizar algunas experiencias positivas de coexistencia desde el reconocimiento de la propia subjetividad entre indígenas y no indígenas en pie de igualdad. A partir de ahí, podríamos idearse esquemas de reconocimiento normativo (constitucional y legal) que dieran pie a tales modelos de coexistencia desde la coparticipación y no desde la imposición.

¿Qué autores son los que con más profundidad han estudiado el fenómeno legal del multiculturalismo en América Latina?

Dicho de memoria, y con el temor de dejarme personas importantes, se debería citar tanto a profesorado universitario como algunas otras personas que han investigado más desde el terreno, como abogados, miembros de organizaciones diversas, etc. Entre ellos se puede citar, entre muchos otros: Rodolfo Stavenhagen, Magdalena Gómez, Bartolomé Clavero, Francisco López Bárcenas, Héctor Díaz Polanco, J. A. González Galván o J. E. R. Ordóñez Cifuentes.

En España también existen críticas fuertes al tratamiento jurídico-político de las minorías étnicas, como por ejemplo de parte de Ernesto Garzón Valdés. ¿Concibe usted una resistencia doctrinal fuerte al multiculturalismo desde la filosofía del derecho en España?

Sí existe. El debate actual se centra sobre todo alrededor del fenómeno migratorio y su impacto en la sociedad de acogida y sería erróneo pensar que la perspectiva multicultural está plenamente aceptada. El miedo frente a lo diferente sigue vigente y un modelo ya no multicultural sino intercultural está aún lejano tanto en la práctica como en el discurso teórico, aunque se estén haciendo avances importantes de la mano de profesores como Javier de Lucas, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia, o el sociólogo Manuel Delgado, de la Universidad de Barcelona.

¿Son conciliables las posiciones entre comunitaristas y liberales individualistas?

Sí son conciliables por cuanto en el fondo pueden hallar un punto de conexión: la realización del individuo como tal difícilmente puede imaginarse fuera de la comunidad.



¿Qué dificultades hay en la transformación de los postulados constitucionales (y del Convenio 169, en su caso) en la legislación secundaria de América Latina?

Las principales dificultades se encuentran en el rechazo a reconocer capacidad real y efectiva de autodeterminación política y jurídica. Ese anhelo de autogobierno, frecuentemente reivindicado por la mayor parte de las organizaciones indígenas, junto con el no menos insistente reclamo de no separarse del destino común del país al que pertenecen, se ve reprimido por diversos motivos. En primer lugar, los rechazos vienen de quienes ostentan formalmente el poder, recelosos de ceder parte del mismo. En segundo lugar, y habitualmente conectado con el anterior elemento, se hallan poderosos intereses económicos que chocan contra los distintos modelos de desarrollo de raíz indígena los cuales, en su diversidad, a menudo se oponen al modelo occidental. Un buen ejemplo puede hallarse en los intereses que mueven el diseño del Plan Puebla Panamá (en el marco del Mercado Libre de las Américas, ALCA), que está encontrando férreas resistencias en comunidades indígenas chiapanecas y guatemaltecas.

Existe un problema general de falta de eficacia de las leyes. ¿Muchas leyes y pocas nueces en Latinoamérica?

Así es, dado que los pueblos indígenas han logrado hacer oír su

voz, la respuesta de algunos de los Gobiernos ha sido la de intentar aplacarla mediante formales reconocimientos normativos que, muchas veces por su excesiva indeterminación y otras por la falta de medios previstos para su implementación, quedan en promesas incumplidas que tratan de aplazar el conflicto sin resolverlo.

España sirve de modelo tanto para los defensores de las políticas del reconocimiento (por los derechos autonómicos) como para sus críticos – por el problema de la ETA. ¿Qué puede aprender Latinoamérica de la experiencia multicultural española?

Hay que partir de que el reconocimiento de la pluralidad nacional y el proceso autonómico en España tienen caracteres difícilmente exportables tanto a otros fenómenos del propio contexto europeo, y ya no digamos cuando la diversidad frente a la sociedad estatal dominante (en términos políticos) es de raíz indígena. En particular, no me mostraría demasiado entusiasmado con el traslado de propuestas de organización política como las que el Estado español maneja a las realidades latinoamericanas. Ello no obstante, y dado que la lucha por la autonomía está en el primer punto de la agenda de los pueblos indígenas, cualquier modelo de autonomía política debe ser considerado.

Otra cuestión es la incapacidad manifiesta que se viene

demonstrando en el contexto europeo en general y especialmente en el español respecto a la experiencia de diversidad cultural que la inmigración comporta. De ahí, sinceramente, no creo que se deban extraer excesivas enseñanzas positivas de la normativa actualmente vigente. Otra cosa es el debate que se está desarrollando, que aunque insuficiente, apunta hacia algunas de las cuestiones claves en materia de convivencia entre personas de distintas procedencias y culturas.

La Unión Europea ha creado lineamientos básicos sobre poblaciones indígenas en su política exterior. ¿Juega España un papel de puente de comunicación entre Latinoamérica y Europa a la hora de definir estas políticas?

De nuevo me tengo que mostrar poco satisfecho con el papel de España. Sin duda, en el marco de la UE es a quien se le ha encargado servir de puente. Por el momento, me parece que se viene tratando de un puente muy orientado hacia intereses comerciales propios. Además, de modo más general, la UE hasta el momento no ha demostrado convicción en la necesidad de hacer frente común ante determinados problemas globales que se derivan en buena parte del proceso de globalización neoliberal, procesos en los que la UE, pese a contar con el poder suficiente para ir en otra dirección, está participando.



René Kuppe: “Un tratamiento igualitario puede ser discriminante”

Entrevista con Osvaldo Kreimer y René Kuppe

Dos destacados abogados y expertos en derecho indígena internacional exponen su punto de vista sobre la evolución del derecho en Latinoamérica y los alcances de un multiculturalismo jurídico.

Osvaldo Kreimer es Relator *ad honorem* del Grupo de Trabajo sobre Derechos Indígenas en la OEA

René Kuppe es catedrático de la Universidad de Viena

La territorialidad indígena en sus múltiples nociones (hábitat, espacio de supervivencia cultural) es un concepto novedoso. ¿Es difícil explicarle a la sociedad mestiza que los indígenas tienen más derechos que ellos?

Kreimer: Indudablemente existe en la sociedad no-indígena un concepto de propiedad civil que tiende a ser el único conocido o el dominante en la conciencia de los juristas -aunque en la práctica existan muchos regímenes distintos a su interpretación absoluta e individualista, aun dentro de la legislación civil común (propiedad horizontal, condominios, barrios cerrados, formas de propiedad semi-pública, de interés general, y todo los regímenes respecto a la propiedad surgidos de la protección del medio ambiente, al patrimonio histórico, arquitectónico). El régimen de la propiedad es mucho más amplio de lo que se refiere al régimen inmobiliario comercial.

Los derechos indígenas provienen de su existencia y presencia de hecho y de derecho en muchos casos, previa a la creación de los estados modernos. El origen de los derechos indígenas surge fundamentalmente del derecho público, aunque no sean unidades políticas estatales. Los Estados y la comunidad internacional consideran valiosa la supervivencia de las culturas y sociedades indígenas, así como la necesidad de reparar daños históricos. Por consiguiente, más allá de sus derechos y obligaciones como cualquier ciudadano, como colectivos tienen derechos que surgen del derecho público en tanto éste refleja realidades históricas y políticas.

Conviene recordar que aun el derecho civil común establece numerosas razones por las cuales algunas personas tienen derechos que no tienen otras, por ejemplo una persona puede heredar un bien de un pariente que no conoce y respecto a cuyo bien no ha realizado ningún esfuerzo para mejorarlo. Otras personas que pueden haber vivido en ese bien, y aun realizado mejoras, a veces por generaciones no tienen derecho de sucesión.

Kuppe: El reclamo al reconocimiento de la “territorialidad” de los pueblos indígenas no lleva a ningún “privilegio” para los indígenas. Por el contrario, en el sistema internacional de los derechos humanos se entiende hoy en día que más bien un tratamiento formalmente “igualitario” de todos los seres humanos puede ser discriminante. El reclamo indígena consiste en que, legalmente se protejan sus relaciones particulares (históricas, culturales, religiosas) con la tierra como igualmente se protegen, para los integrantes de la “sociedad mestiza”, las formas de terratenencia basadas en el derecho civil occidental. Esto sería una forma de igualdad “de fondo”, en vez de una “igualdad formalista”.



¿Por qué los derechos individuales del liberalismo clásico no son suficientes para garantizar la supervivencia de la población indígena en Latinoamérica?

Kreimer: El liberalismo clásico no era tan individualista como se pretende. El iluminismo humanista que subyace al liberalismo (Locke, Rousseau, Kant y otros) plantea claramente la necesidad de justicia respecto a los grupos o colectivos, entre otros las naciones. El individualismo ha sido extremadamente valioso para defender el concepto básico que todo individuo –sea quien sea– tiene derechos universales, y en principio vale tanto como todo otro individuo en término de esos derechos (a la vida, libertad, expresión, debido proceso, etc.). Este es un avance extraordinario de la humanidad. Pero más allá de esos derechos, y de esa igualdad, existen derechos de los individuos como miembros de colectivos, que se basan en la historia de ese colectivo, en su valoración, en su capacidad de articulación y la posibilidad de su supervivencia y desenvolvimiento según sus propias normas en tanto no pretendan negar los derechos individuales universales.

Kuppe: Si recordamos el siglo XIX, cuando se estableció la idea de los derechos individuales, estos derechos siempre se construyeron mano a mano con el principio del autogobierno político de la sociedad en su conjunto. Y es por esto que en el centro del debate de los derechos indígenas encontramos hoy el discurso sobre los “derechos colectivos”, que no son nada más que una fórmula para reclamar los derechos al autogobierno –todavía negados a los pueblos indígenas. (Autogobierno en este sentido no quiere decir necesariamente independencia política, sino, más bien, el auto-control institucional sobre el desarrollo económico, social y cultural de estos pueblos) Una vez establecido este autogobierno, serían importantes también los derechos individuales. Sin embargo, estos deben ser adaptados en su forma de implementación a las necesidades culturales de los distintos pueblos indígenas del mundo.

Hecha la ley, hecha la trampa –dice un proverbio popular. ¿Por qué, a veces, es ineficiente la ley en el hemisferio?

Kreimer: Hecha la pregunta, hecha la trampa. Muy pocas veces es la ley la que incluye la trampa que la autosabotea, o reduce su fuerza. En general son las fuerzas políticas, institucionales, los lobbies, la negligencia burocrática, que reducen la aplicación justa y oportuna de la ley. Cada vez es más evidente que un sistema de justicia independiente, imparcial, ágil, profesional, y bien estructurado y remunerado es la clave de la existencia de una sociedad donde la gente puede confiar en los otros, pueda expresar todas sus energías creativas, y pueda dormir tranquilo y bien comido. Por supuesto no puede haber justicia seria, en una sociedad cuyas instituciones están seriamente corruptas. Pero si hay que priorizar dónde invertir en la reforma institucional, no tengo dudas que mejorar el sistema de justicia debe estar en la primera línea.

Kuppe: Creo no se puede generalizar sobre “la ley”, como implica este proverbio. Sin embargo, creo que la Ley en el hemisferio es de verdad ineficiente cuando va en contra de los intereses de los poderes económicos. Al mismo tiempo vemos en América Latina ejemplos de leyes que son muy efectivos, leyes que han sido elaboradas dentro de muy breve tiempo. En la última década, éste ha sido el caso de toda la nueva legislación que protege las inversiones de las empresas transnacionales, que facilita el acceso de las inversionistas a los recursos naturales, que permite a las transnacionales el acceso legal a sistemas de solución de conflicto alternativo veloces. Lo interesante es que estos desarrollos afectan mucho a los asuntos indígenas, y vemos aquí el doble discurso de muchos Gobiernos, con respeto al desarrollo del nuevo marco jurídico “neoliberal”.



Escribe Xavier Albó: “Con frecuencia se camufla como intereses estatales a lo que en realidad es ante todo interés y poder de las grandes multinacionales”. Los espacios y territorios de los indígenas, a veces, se ubican en zonas estratégicas, que contienen además una alta diversidad genética y muchos recursos naturales. ¿Será posible frenar la avalancha de intereses económicos y políticos con leyes, convenios y declaraciones?

Kreimer: Es condición necesaria pero no suficiente. En las Américas se ha visto y se está viendo como decisiones del ejecutivo o de los tribunales favorecen a pueblos indígenas, basadas en la existencia de leyes, convenios y declaraciones. Estos instrumentos jurídicos les permiten a los pueblos indígenas y autoridades tener una base firme para decidir, reduciendo el peso de intereses anti-indígenas o desconfianzas sociales.

Y no creo que haya que echarle la culpa sólo a las multinacionales, ni a todas las multinacionales. Hay empresas nacionales que han sido tan depredadoras como algunas multinacionales, y hay algunas multinacionales que han sido ejemplo de respeto y negociación seria con las poblaciones indígenas. E indudablemente dentro de los falsos “intereses estatales” deben incluirse las autoridades o agentes estatales que con sus decisiones o indecisiones facilitan esa avalancha negativa.

Kuppe: Comparto completamente lo que Xavier nos quiere decir con estas palabras. Personalmente, opino que no se pueden frenar avances de intereses económicos, que van en contra de los intereses indígenas solamente con leyes y convenios: Más bien, la nueva legislación debería ir mano a mano con un proyecto político contrario a la globalización, y los indígenas deberían poner énfasis en definir y realizar su lucha dentro de los nuevos movimientos populares latinoamericanos e internacionales. No hay que confiar solamente en la tecnocracia jurídica.

Las Constituciones latinoamericanas, muchas veces, prometen: seguridad laboral, beneficios sociales, demarcación de tierra. ¿Cómo lograr que los derechos indígenas no se tornen en declaraciones vacías?, ¿Cómo hacerlos reclamables?

Kreimer: De la misma manera que los derechos de todas las personas humanas o jurídicas, individuales o colectivas, públicas o privadas. Hay dos ingredientes tradicionalmente mencionados: Uno, instrumentos jurídicos serios, bien estructurados y establecidos democráticamente de manera que sean éticamente aceptables; y segundo, mecanismos judiciales nacionales o internacionales serios e independientes. Yo agregaría un tercer ingrediente indispensable: organizaciones indígenas serias, representativas, democráticas con liderazgos bien preparados que tengan la representatividad y autoridad para reclamarlas efectivamente.

Kuppe: El problema de las nuevas legislaciones latinoamericanas, específicamente hablando de las “indigenistas”, no es solamente que no se cumplan. En muchos casos, son documentos legales que sencillamente se han basado en el deseo de los Estados de subvertir los auténticos reclamos indígenas. En esos casos, ya su sustancia es floja.

Son legislaciones de tipo “light”, los Estados se vieron obligados a dictar normas sobre la materia, pero en muchos casos, los elaboraron sin la participación de los mismos indígenas – véase el reciente caso de las reformas constitucionales en México. Los Gobiernos estaban más bien preocupados de que estas nuevas normas en materia indígena no representaran riesgos para las reformas económicas exigidas por las transnacionales, por las instituciones financieras del sistema global e incluso por las agencias europeas de cooperación internacional.



¿Qué sentido tiene impulsar nuevas leyes que se respetan poco?

Kreimer: Si se respetan poco porque son absurdas (fuera del verosímil social) no hay mucho sentido en impulsarlas. Si no se respetan porque no hay mecanismos efectivos de aplicación, hay que mejorar esos mecanismos. Si son buenas leyes, progresistas, y tienen dificultades iniciales de aplicación el valor de las mismas es ir apoyando los movimientos sociales de cambio, dándoles base jurídica, legitimando movimientos de apoyo y reclamo, permitiendo a Cortes y Gobiernos justificar decisiones, orientando el pensamiento social. Las leyes contra la segregación racial no sólo en los Estados Unidos de América sino también en Latinoamérica no fueron respetadas inmediatamente sino que costó y cuesta a veces décadas de implementación.

Kuppe: No tienen sentido cuando no se basan en la participación y en la concientización de los mismos afectados – en otras palabras, cuando no se trata de proyectos políticos verdaderamente democráticos.

Desde fines de los años ochenta observamos grandes cambios constitucionales en América Latina. ¿Qué aportes palpables dejaron estas reformas multiculturales?, ¿En qué países hubo más avances?, ¿En qué fallaron estas nuevas legislaciones?

Kreimer: En casi todos los países latinoamericanos ha habido avances hacia el multiculturalismo desde principios de los ochenta. Haría falta un libro para compararlos y valorarlos uno a uno. Por nombrar algunos pensemos en Ecuador, Brasil, Panamá, Colombia, Argentina. En todos los países hay límites, frustraciones, ataques, retrocesos. ¿Pero quién puede negar los sistemas educativos multiculturales en varios países, la demarcación y entregas de muchas tierras indígenas, la toma de conciencia y autoestima de muchas personas indígenas y la formación o refuerzo de numerosas organizaciones indígenas? Con respecto a las fallas legislativas, que es un tema muy difícil por lo amplio, me atrevería a decir que no ha habido esfuerzo suficiente para crear el marco y medidas jurídicas necesarias para un desarrollo socioeconómico propio, que alienta la producción en forma comunal, el avance tecnológico propio, la organización y democracia interna de los pueblos indígenas.

Kuppe: Creo se ve más avances en los países y en los casos donde hubo suficiente participación indígena en la elaboración de estas nuevas normas. Las reformas parten de un nuevo concepto del Estado multiétnico y pluricultural y permiten que los pueblos indígenas salgan de la privacidad, puedan ser reconocidos como entes de la vida pública, con derechos basados en sus culturas y necesidades sociales. Sin embargo las nuevas Constituciones en general, nada más “permiten” que pase esto, pero dejan a la disposición política de los Estados la realización de tales ideas.

El multiculturalismo jurídico crea sistemas legales híbridos en Latinoamérica. Conceptos como pueblo, territorio, autodeterminación, igualdad adquieren nuevas connotaciones. ¿Es entendible la resistencia de muchos colegas juristas que no quieren “abandonar la doctrina”?

Kreimer: Puede entenderse la dificultad individual de abandonar conceptos adquiridos en educación y en la práctica. Pero no justifica que la “doctrina” sea sólo una, rígida, y mucho menos “pura”. Ni Kelsen aceptaría esto último. Todos los sistemas legales

Kuppe: Como abogado no lo entiendo. Hablando solamente de lo profesional, de lo que exige de nosotros la creatividad intelectual jurídica, creo que no hay nada más interesante en estos momentos que este desarrollo del pluralismo jurídico a nivel



tienen raíces culturales y jurídicas múltiples y son compromisos, síntesis, y creaciones que tienen un cierto grado de consistencia interna e incluyen instituciones diversas (a veces con contradicciones menores entre ellas, pero que pueden convivir y conciliar su acción), reflejando los acuerdos y dinámicas históricas y sociales.

doctrinal. Y hablando de la ética profesional, tampoco lo entiendo. Debe ser una virtud del abogado comprometerse con la lucha de los socialmente débiles.

¿Puede llevar el multiculturalismo a procesos de disolución y atomización?

Kreimer: Me gusta más el concepto de intercultural, porque dentro de una sociedad nacional, o aún internacional, las distintas culturas se interrelacionan e interinfluencian siempre. La cuestión es la capacidad de cada sociedad de lograr una relación basada en el respeto a los derechos humanos universales, a los valores generales, a una tolerancia activa que permita valorar lo positivo y lo reaccionario que hay en todas las culturas, y con reglas serias de solución de conflicto y de fijación de objetivos globales. Prácticamente, creo que en las Américas, la aceptación de la multiplicidad cultural y de dinámicas creativas de relación y desarrollo no sólo no llevan a la disolución ni a la atomización, sino que son requisitos de sociedad integradas y exitosas. Por el contrario, la historia muestra que sociedades que pretenden borrar las culturas más débiles a través de su aplastamiento o negación, son sociedades con fuertes dificultades en organizarse y funcionar eficazmente.

Kuppe: En lo jurídico -absolutamente no. El multiculturalismo existe, es una realidad. El pluralismo jurídico no es otra cosa que la reflexión jurídica de esta misma realidad. Es necesario que el derecho reflexione sobre la realidad, para desarrollar a nivel jurídico formas de manejar conflictos interculturales de manera imparcial, para avanzar hacia soluciones pacíficas.

“En el Banco de datos figuran temas que no se encuentran en el Convenio 169”

Entrevista con María Elena Muñoz Ceballos

Responsable de la Compilación de Legislación sobre Asuntos Indígenas del Banco Interamericano de Desarrollo a la que se puede acceder a través del Internet: www.iadb.org/sds/ind/ley/index.cfm

Bajo su dirección se ha desarrollado uno de los acervos más grandes en Latinoamérica sobre derecho indígena: ¿Cuánta gente ha colaborado en la Base de Datos del BID y durante cuánto tiempo?

El trabajo se inició básicamente en el año 2000 y ha sido adelantado por la Unidad de Pueblos Indígenas del Banco Interamericano de Desarrollo. Hemos obtenido colaboración en primera instancia de la biblioteca jurídica del Banco

que tiene un archivo muy completo de la normatividad en América Latina, como también de organizaciones indígenas y entidades oficiales de los distintos países.

¿Cuántos países comprende el estudio y qué tipos de normas se incluyen?

El trabajo se hizo sobre las legislaciones de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador,

Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela, e incluye Constituciones, Leyes primarias, secundarias y Jurisprudencia.

¿Cuáles fueron las mayores dificultades (metodológicas y técnicas) que han tenido?, ¿Los diferentes Gobiernos han facilitado la información?

Las mayores dificultades han sido la falta de documentación en los



mismos países porque en materia de legislación indígena se encuentra muy pocos archivos que puedan contener un historial de las normas que desarrollen los derechos de los pueblos indígenas por país, entonces es un material muy disperso que hace más difícil su identificación. Se investigaron y revisaron las legislaciones nacionales y se clasificaron a través de 22 variables y 142 indicadores lo que permitió organizar la legislación por país y por temas, por tanto la parte metodológica y técnica se facilitó mucho.

¿Para qué tipo de usuario han diseñado esta base de datos?

La Base de Datos ha sido diseñada para que sirva de consulta a funcionarios del BID, Gobiernos, organizaciones de pueblos indígenas y personas interesadas en el tema indígena.

¿Durante cuánto tiempo se tiene asegurada la actualización de la base de datos?

La actualización de la Base de Datos se tiene asegurada por un tiempo limitado, razón por la que se requiere la búsqueda de recursos y cooperaciones que permitan mantener el servicio de este importante trabajo.

¿Cuáles son los resultados comparativos más destacables de la investigación?

Los resultados más comparativos de la Base de Datos son verificar la gran diferencia que existe entre los países, en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pues algunos cuentan con figuras importantes como el carácter de entidades político administrativas de sus territorios, jurisdicción propia en materia de solución de conflictos, la participación política de los indígenas como una forma de

fortalecimiento de los Estados de derecho ampliando el marco constitucional que propicia la participación directa de los indígenas, frente a países que teniendo una importante población indígenas son muy precarios en materia de legislación.

¿También se incluyeron pactos políticos como los Acuerdos de San Andrés en México?

No, porque si bien compromete a las partes no las obliga, cosa que no sucede con las leyes, especialmente las Constituciones que dan el rango de obligatoriedad y por tanto no quedan sujetos a la discrecionalidad que supone a veces la voluntad política de aplicarlas. Tampoco tuvimos en cuenta proyectos de ley, solamente trabajamos legislación vigente.

¿Será necesario considerar también diferentes instrumentos internacionales como la Declaración de Penang de los Pueblos Indígenas de los Bosques tropicales (1992)?

Sí, es necesario la consideración del derecho internacional y ésta sería otra fase del proyecto, porque dicho derecho asume conceptos básicos en el campo de los derechos colectivos frente a la tendencia hegemónica de derechos individuales y los pueblos indígenas se definen con respecto a su origen histórico, y la preservación de sus instituciones sociales, políticas económicas y culturales como una colectividad.

Hay un recuadro sobre el cumplimiento del Convenio 169.

¿Cuál fue la base metodológica para determinar la evaluación cualitativa?

La Base metodológica para la evaluación del Convenio 169 de la OIT se hizo teniendo en cuenta en primer lugar su ratificación (12 de

los 20 países inventariados lo han ratificado), así mismo se trabajó un registro que permitió evaluar si la legislación de país cumple con los criterios del convenio 169, identificando sus artículos relevantes en cada una de las variables e indicadores diseñados para nuestra Base de Datos, aclarando que ésta tiene temas que no se encuentran en el convenio 169 como el de la prestación del servicio militar por los indígenas, o el tema de los narcóticos, el registro civil, el derecho de familia. Finalmente muchos los países que han ratificado el 169 lo han incorporado a sus regímenes internos y ello se refleja en normas e incluso en la misma Jurisprudencia sobre derechos indígenas que han desarrollado algunos países, situación que se aprecia en la evaluación cualitativa que sobre este tema tiene nuestro trabajo.

¿Los 142 indicadores desarrollados tienen todos el mismo valor a la hora de expresar el porcentaje de incidencia?

Hicimos un sistema de valoración de la calidad general y la aplicación de la misma para cada país y lo denominamos Índice de Legislación Indígena el cual ponderamos con el siguiente porcentaje: **1.** 10% Ratificación del Convenio 169 de la OIT; **2.** 15% porcentaje del cumplimiento de indicadores; **3.** 5% ratificación convenio de la biodiversidad; **4.** 30% indicadores de calidad legislativa; **5.** 10% Existencia de legislación Constitucional; **6.** 15% Legislación primaria; **7.** 10% Legislación secundaria; **8.** 5%. Jurisprudencia . El porcentaje de cumplimiento en cada uno de los 142 indicadores tiene el mismo valor. De hecho lo que se registra no es la calidad sino el evento de que aparezca o no legislación relativa a cada indicador.



Cuadro 17

¿Cuáles fueron los criterios para elaborar los cuadros sinópticos de las Constituciones?

DATOS GENERALES

Promulgación	Forma de gobierno	Población indígena	Titular del derecho	Convenio 107 (1957)	Convenio 169 (1989)	Jerarquía de Convenios internacionales	Órganos competentes
--------------	-------------------	--------------------	---------------------	---------------------	---------------------	--	---------------------

DERECHOS INDÍGENAS CULTURALES

Nación pluricultural	Existencia histórica reconocida	Protección o promoción como colectivo	Lenguas indígenas como idioma oficial	Educación bilingüe	Educación intercultural
----------------------	---------------------------------	---------------------------------------	---------------------------------------	--------------------	-------------------------

DERECHOS INDÍGENAS TERRITORIALES

Definición	Protección especial	Propiedad inajenable	Provisión de tierra	Usufructo de suelo	Patrimonio cultural	Biodiversidad y recursos genéticos	Pueblos indígenas en zona fronteriza
------------	---------------------	----------------------	---------------------	--------------------	---------------------	------------------------------------	--------------------------------------

DERECHOS INDÍGENAS DE AUTOGESTIÓN

Personería jurídica colectiva	Jurisdicción indígena	Autonomía	Representación en Legislativo
-------------------------------	-----------------------	-----------	-------------------------------

En estos cuadros se registran los derechos indígenas en las Constituciones de los 21 países nacionales de América Latina continental con el objetivo de ofrecer una visión panorámica sobre esta cuestión. Cabe mencionar que existe otra categorización mucho más amplia que realizó el Banco Interamericano (www.bid.org) en 2003.

Esta propuesta de categorización parte de cuatro grandes materias —*datos generales, derechos culturales, derechos territoriales y derechos de autogestión*—, las cuales, a la vez, se subdividen en garantías más específicas. Los derechos culturales, por ejemplo, comprenden la definición de la nación como *multicultural* por parte del Estado, el reconocimiento de la *existencia histórica* de las comunidades indígenas (como entes legales que anteceden al Estado-nación), la *protección como colectivo*, la inclusión de las *lenguas indígenas como idioma oficial*, y el compromiso de promover la *educación bilingüe e intercultural*.

Los puntos negros ●● expresan el registro de un determinado derecho a favor de los indígenas. Pongamos un ejemplo: Colombia permite la representación de dos indígenas en el Senado (art. 171) y autoriza el establecimiento de circunscripciones especiales de sus grupos étnicos para la elección de la Cámara de Representantes, que es una especie de asamblea de diputados (art. 176). Estos dos conceptos legales se registraron (con un punto ●) en la categoría *Derechos de autogestión* y específicamente bajo el subgrupo Representación en el Legislativo, indicando además los artículos en cuestión.

La suma de los puntos ●●●●●●... da cuenta de la situación constitucional de los derechos indígenas en cada uno de los países analizados. **Esta cifra, sin embargo, es un dato meramente aproximativo, puesto que la clasificación y comparación de textos constitucionales tan disímiles dista de ser una operación mecánica.** Además, **existen distintos niveles de asegurar un determinado derecho** -que abarcan desde la tolerancia por parte del Estado o el reconocimiento, hasta la autorización o, incluso la promoción explícita de estos cometidos-, y cuya evaluación implicaría un análisis mucho más extenso.

En algunos casos el puntaje obtenido encubre una realidad constitucional más desfavorable. La reforma de artículo 27, VII en México desde 1992, por ejemplo, invalida toda una serie de derechos territoriales. Con la



última reforma constitucional de agosto 2001, en todo caso, México rescató algunos aspectos importantes de los derechos indígenas. El amplísimo espectro de derechos que ofrece la Constitución argentina, en otro plano, resulta ser superficial y frágil, ya que este país sudamericano comprime once garantías esenciales para las comunidades indígenas en una sola fracción constitucional (art. 75, 17°).

Por último, daremos algunas explicaciones técnicas acerca de cada uno de los subgrupos:

1. Datos Generales

Promulgación: año de promulgación de la Constitución analizada. Estas fechas figuran también en el subtítulo de cada caso nacional.

Forma de Gobierno: Se refiere a la definición que las Cartas constitucionales establecen acerca de su propia organización política. Esta determinación del régimen se encuentra generalmente en el primer artículo de cada una de las Constituciones y en los casos discrepantes (es decir, cuando esta definición “se esconde” en alguna parte del articulado constitucional) se indica también el artículo (p. ej. en Chile). Nótese que algunas Constituciones no especifican si el Gobierno es federal o unitario (p. ej. en Costa Rica).

Población indígena: se menciona la cantidad de grupos o etnias, el número total de la población indígena y el porcentaje que ocupa esta población en la población general. Estas cifras se tomaron de censos nacionales, que generalmente también se mencionan en el comentario sobre cada país.

Titular del derecho: se refiere al concepto utilizado para designar los pueblos indígenas como titulares de derecho.

Convenio 107 y Convenio 169: información obtenida a través de la página web de la Organización Internacional de Trabajo sobre la ratificación de estos convenios (www.oit.org).

Jerarquía de los Convenios internacionales: Se indica el rango legal que tienen los convenios y tratados, si es que figura en la Constitución. En el caso de una superioridad de los tratados y convenios se marca con un punto, ya que esto puede determinar y favorecer el valor legal del Convenio 169.

Órganos competentes: En esta sección se señala las autoridades expresamente incumbidas en los asuntos indígenas que figuran como una especie de sus defensores de oficio (como en Venezuela, donde los Defensores del Pueblo velan también por los derechos indígenas, art. 281, 8).

2. Derechos indígenas culturales

Nación pluricultural: Esta columna registra cualquier mención del derecho a la identidad cultural o el reconocimiento del multiculturalismo.

Existencia histórica reconocida: Mientras la columna anterior expresa la relación entre las identidades culturales dentro de una sociedad moderna, de esta cadena se infiere la visión que guarda el Estado con respecto a la historia precolombina; algunos países han reconocido la preexistencia de los pueblos indígenas antes de la formación de los Estados nacionales (p. ej., en el Paraguay: “Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”, art. 62).

Protección o promoción como colectivo: Los datos reunidos en esta cadena dan cuenta de la existencia (o ausencia) de derechos étnicos-colectivos. Cualquier legislación indigenista parte, sin duda, de este primer reconocimiento de las comunidades como entes sociales dignos de ser amparados por el Estado.

Lenguas indígenas como idioma oficial: Nótese que no todas las Constituciones mencionan el idioma oficial. En estos casos nos guiamos por el almanaque del CIA: *The Worldfactbook 2002*, documento de



Internet (www.odci.gov/cia/publications/factbook/). Si en esta columna figura “sólo inglés, no se menciona idioma oficial” (como en el caso de Belice) quiere decir: el idioma oficial no aparece en la Carta Magna, el inglés, sin embargo, cumple esta función, establecida, seguramente, a nivel de legislación secundaria.

Educación bilingüe e intercultural: En el presente esquema no se concibieron estos dos conceptos teóricos como un línea pedagógica estrictamente definida. Expresiones de tipo “métodos propios de aprendizaje” (art. 210, 2º de la Constitución brasileña), según este criterio más flexible, se interpretaron en un sentido afirmativo como la aceptación de la educación intercultural. Nótese que la educación bilingüe no necesariamente implica un reconocimiento de la etnicidad, ya que históricamente la lengua autóctona fue también concebida como una herramienta de transición al monolingüismo español (p. ej., en el Convenio 107 de la OIT de 1957).

3. Derechos indígenas territoriales

Definición: Registro de la caracterización y definición de los diferentes espacios territoriales de los indígenas.

Protección especial: Se refiere a una protección especial de la que gozan las tierras o territorios como propiedad comunitaria. El criterio de registro ha sido amplio; el ejido mexicano, por ejemplo, aunque no es expresamente una propiedad a manos de indígenas (art. 27, VII), históricamente, puede ser considerado una posesión étnica y colectiva.

Propiedad inajenable: En este contexto es necesario aclarar algunos términos, propios del constitucionalismo latinoamericano:

La *Enajenación* es un acto jurídico por el cual se transmite a otra persona una propiedad; inajenable (coloquialmente también: “inenajenable”), por lo tanto, significa, la prohibición de vender una propiedad; alienable equivale a enajenable (y el sustantivo alienación es igual a enajenación).

La *prescripción* es la consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo. La Constitución brasileña estipula, por ejemplo, que “los derechos sobre ellas [las tierras son] imprescriptibles” (art. 231, 4º). Esto significa que los derechos de los indígenas no pueden perder su validez por situaciones jurídicas *de facto*. La prescripción adquisitiva, en este contexto, se aplica a bienes (muebles o inmuebles). Es, por ejemplo, el modo de adquirir el dominio de una propiedad poseyéndola durante un lapso de tiempo (usucapión).

El *embargo* es el apoderamiento de los bienes del deudor para satisfacer la obligación a favor del acreedor. Transferir es transmitir el dominio o el derecho sobre algo, por lo que se asemeja a enajenar.

La prohibición oficial de enajenar, alienar, embargar y transferir propiedades comunitarias se ha registrado uniformemente como “propiedad inajenable”. La mención de la imprescripción —como en el caso Perú (art. 89), sin embargo, no es requisito suficiente para considerar éstas realmente inajenables.

Provisión de tierra: Se registró cualquier disposición constitucional relacionada con el fomento y la entrega de tierras por parte del Estado. La idea del aumento de las propiedades étnicas, generalmente, se inscribe dentro de reformas agrarias más amplias.

Usufructo de tierra: Se refiere a los derechos de uso de suelo y subsuelo que les otorga la Constitución a los indígenas. Además se relaciona también con el derecho de intervenir en los proyectos de desarrollo (relacionados con recursos naturales renovables y no renovables) que los afecta y de obtener una parte de la ganancia obtenida. Este rubro da cuenta de la visión que las respectivas asambleas constituyentes sostienen sobre la noción de territorio. Mientras para los juristas más tradicionales los recursos naturales forman parte del territorio nacional (por lo tanto son de competencia exclusiva del Gobierno nacional), para otros (p. ej. para los jurisconsultos redactores del Convenio 169) es necesario concertar este tipo



de proyectos con las comunidades perjudicadas, e incluso compartir las regalías.

Patrimonio cultural: Se refiere a derechos especiales de los indígenas sobre su propio patrimonio. Ejemplo:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto” (Constitución de Venezuela, Artículo 121).

Biodiversidad y recursos genéticos: Da cuenta de derechos especiales de los indígenas sobre la biodiversidad y los recursos genéticos. Un ejemplo: Venezuela protege “la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas” (art. 124).

Pueblos indígenas en zona fronteriza: Derechos específicos para pueblos indígenas en zonas fronterizas. Colombia, por ejemplo, permite la doble nacionalidad para indígenas en estas franjas (art 96, 2).

4. Derechos indígenas de autogestión

Personería jurídica colectiva: Este concepto implica la filiación de los pueblos indios como sujetos de derecho, independientemente del territorio que ocupan.

Jurisdicción indígena: Este término —que se refiere al “derecho indígena positivo”— significa la facultad jurisdiccional por parte de las comunidades. El derecho consuetudinario es una de varias formas de ejercer la autonomía.

Autonomía: Bajo autonomía se entiende en este apartado la referencia explícita de regirse por sus propias costumbres, autoridades y leyes. La evaluación de este concepto, ciertamente, implica algún grado de subjetividad. “Respetar y promover la organización social” de los indígenas (Guatemala, art. 66), en este contexto, nos pareció una formulación incompleta (aunque digna de ser citada en el cuadro). El texto peruano, en cambio, (entre otros) expresa la autonomía de una forma mucho más rotunda, al determinar la autonomía en la organización y la administración (art. 89). Estos ejemplos indican que la clasificación de los textos legales, hasta cierto grado, está determinada por la subjetividad del investigador.

Representación en Legislativo: Algunas Constituciones admiten y definen diversas formas de representación de las comunidades indígenas en las instituciones nacionales. Este derecho implica, generalmente, el reconocimiento de algún grado de autonomía, o, al menos, el otorgamiento de la personalidad jurídica de las comunidades.



