



Todo el contenido de esta revista, excepto dónde está identificado, está bajo una [Licencia Creative Commons](#)

Todo o conteúdo deste periódico, exceto onde está identificado, está licenciado sob uma [Creative Commons](#)

#### REFERÊNCIA

PINTO, Simone Rodrigues; ÁVILA, Carlos Federico Domínguez. Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina. **Política y cultura**, Ciudad de México, n. 35, p. 49-66, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n35/n35a4.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2014.

# Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina\*

---

---

*Simone Rodrigues Pinto\*\**

*Carlos Federico Domínguez Ávila\*\*\**

## *Resumen*

El propósito del presente artículo es explorar la legislación constitucional en América Latina en lo concerniente a los derechos indígenas. Se parte de una reflexión histórica del concepto de autodeterminación de los pueblos y del reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de los Estados, y de la noción de pluralismo jurídico y democracia de ciudadanía. Se concluye que la refundación de los Estados latinoamericanos necesariamente deberá alcanzar los sistemas jurídicos, haciéndolos más sensibles a las especificidades étnicas y al derecho consuetudinario.

*Palabras clave:* derechos indígenas, justicia, sociedades plurales, democracia, América Latina.

## *Abstract*

The paper explores the constitutional legislation and the indigenous rights in Latin America. At the beginning, the paper make a historical reflection of the concept of self-determination and the recognition of the ethnic and cultural plurality of the States,

\* Los autores del artículo agradecen los comentarios, observaciones y ponderaciones de los dos evaluadores anónimos a los que correspondió la tarea de apreciar la versión original del texto.

\*\* Universidad de Brasilia, Campus Darcy Ribeiro, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas [smartinsrodrigues@hotmail.com].

\*\*\* Centro Universitario Unieuro y Centro Universitario de Brasilia [cdominguez\_unieuro@yahoo.com.br].

as well like as the notion of legal pluralism and democracy of citizenship. It concludes that the reformulation of the Latin American States necessarily will have to reach the legal systems, making them more sensible to the ethnic specificities and the indigenous rights.

*Key words:* indigenous rights, justice, plural societies, democracy, Latin America.

Artículo recibido el 13-02-10

Artículo aceptado el 29-10-10

## INTRODUCCIÓN

**E**n el presente texto exponemos un breve panorama de la legislación constitucional en América Latina en lo concerniente a los derechos indígenas. Partimos de la premisa de que las sociedades realmente existentes en América Latina son fundamentalmente plurales –especialmente en términos étnicos y culturales. Igualmente, partimos de una reflexión histórica del concepto de autodeterminación de los pueblos. Tal constatación es resultado de la lucha de muchos movimientos indígenas en América Latina, procurando recuperar su propia autonomía por medio del derecho de autogestión y del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena. En otras palabras, vale adelantar que este trabajo es fundamentalmente sensible a los avances y retrocesos de esa lucha social, política, económica y también jurídica.

Todo ello es importante al verificar que la modernidad trajo consigo las concepciones de Estado-nación y monismo jurídico, respaldadas por políticas de homogeneización cultural y centralización político-jurídicas. Entretanto, las disputas sobre derechos de los inmigrantes, de los indígenas y de otras minorías culturales continuaron generando persistentes cuestionamientos en relación con aquellos presupuestos que han gobernado el devenir de la política mundial durante décadas. En tal sentido, Rachel Fajardo constata que la falta de acciones que contemplen la diversidad de los Estados crea déficit de legitimidad de la institucionalidad jurídica oficial.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.

La discusión acerca del derecho de las minorías está lejos de ser pacífica. Sorprendentemente, la tradición política occidental poco se ha ocupado de estas cuestiones. El modelo ficticio de Estado-nación ha oscurecido las demandas de grupos étnicos minoritarios y moldado los debates sobre política, economía y derecho. En el ámbito de la filosofía política contemporánea podemos discutir el pluralismo contraponiéndolo a las visiones liberales y comunitarias del buen vivir y del bien común. Aunque ambas corrientes eventualmente divergen sobre la manera en que comprenden las sociedades plurales en la actualidad, las mismas sustentan que es posible formular un ideal de justicia adecuado a esta pluralidad. Liberales como John Rawls y Ronald Dworkin entienden que existe diversidad de concepciones individuales sobre la vida digna –y que acaban coexistiendo en una sociedad plural. Así, priorizan la neutralidad estatal a partir de la promoción de los derechos fundamentales que limiten la soberanía popular. Este tipo de liberalismo ofusca las reivindicaciones indígenas entendidas como colectividad y reducen su participación en los procesos democráticos en función de la desigualdad histórica en que aquéllos están envueltos.

Por otro lado, comunitaristas como Michael Walzer y Charles Taylor están preocupados en identificar la multiplicidad de identidades socioculturales específicas e históricamente referidas, priorizando la soberanía popular en el sentido de la participación activa de los ciudadanos en la vida pública.<sup>2</sup> Walzer, comentando la obra de Taylor, desarrolla una tipología de liberalismo, denominándolos como liberalismo 1 y liberalismo 2. El primer tipo refuerza la idea de derechos individuales frente a un Estado neutro; es decir, sin proyectos de cuño colectivo, sea cultural o religioso. El segundo tipo de liberalismo se interesa por la supervivencia y promoción cultural de un grupo mayoritario, promoviendo su cultura y religión, aunque sin descuidarse de garantizar que los derechos básicos de los ciudadanos que no hacen parte de este grupo sean realizados y cumplidos.<sup>3</sup> Tales propuestas reflejan la persistente tensión entre derechos colectivos y liberalismo clásico.

Will Kymlicka sugiere repensar la tradición liberal y su individualismo filosófico, procurando desarrollar, a partir del liberalismo, una teoría que dé cuenta del estatus de las minorías nacionales. Desarrolla una tipología de los diferentes tipos de derechos de las minorías, clasificándolas en: *i*) los derechos de autogobierno, que incluyen la delegación de poderes a minorías nacionales por medio de algún tipo de federalismo; *ii*) los derechos poliétnicos, que incluyen apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas asociadas con grupos étnicos o religiosos específicos; y *iii*) los derechos especiales de

<sup>2</sup> Gisele Cittadino, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, Río de Janeiro, Lumen Júris, 2000, p. 7.

<sup>3</sup> Charles Taylor, *Multiculturalismo*, Lisboa, Instituto Piaget, 1994, pp. 45-94.

representación, incluyendo cargos políticos garantizados para grupos étnicos o nacionales en el seno de las instituciones centrales del Estado que lo engloba. Así, procura reconciliar el liberalismo con las demandas relacionadas con los derechos colectivos de las minorías.<sup>4</sup>

Sea como fuere, conviene agregar que las concepciones multiculturalistas frecuentemente antagonizaron con las monoculturales. No es posible ignorar que uno de los efectos de la concepción de Estado monocultural sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización más o menos extrañas en su vida social, además del control de sus formas de solución de conflictos. Muchos pueblos resistieron a estas imposiciones, e internamente mantuvieron sus propios modelos de justicia, denominados consuetudinarios. De esta forma, el llamado “nuevo multiculturalismo” en América Latina consiste en procesos de reformas constitucionales que buscan reconstituir los Estados entendidos como entidades pluriculturales y multiétnicas, además de reconocer el derecho indígena.<sup>5</sup> Vale agregar que el derecho consuetudinario fue concebido como un conjunto de normas, prácticas legales y estructuras de autoridad utilizadas por grupos indígenas en lugar del derecho estatal o en conjunto con éste.

Las primeras discusiones sobre el tema fueron dominadas por un análisis antropológico estructural-funcionalista, con un carácter implícitamente conservador, que tendía a ver las sociedades tradicionales como armoniosas, estáticas y sin temporalidad.<sup>6</sup> Con todo, a partir de la década de 1980, los estudios antropológicos pasaron a rechazar estas concepciones y comenzaron a ver al derecho consuetudinario y al derecho estatal no más como sistemas paralelos, sino como distintas esferas legales que coexistían en una relación mutuamente constitutiva. El pluralismo jurídico pasó a ser entendido cada vez más como una relación de dominación y resistencia, o sea, los paradigmas legales dominantes fijando parámetros para las normas y prácticas legales de los subordinados. Sally Falk Moore propuso la idea de un campo social semiautónomo, observando en una pequeña comunidad, que sus reglas, decisiones y otras fuerzas muchas veces emanan del mundo más amplio que les rodea.<sup>7</sup> Partiendo de este argumento, Sally Merry observa que el sistema legal externo penetra el campo,

<sup>4</sup> Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 47.

<sup>5</sup> Rachel Sieder, *Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy*, Nueva York, Palgrave Press, 2002, p. 47.

<sup>6</sup> Laura Nader, *Harmony Ideology: justice and control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford, Stanford University Press, 1990, pp. 15-72.

<sup>7</sup> Sally Falk Moore, *Law as a process: an anthropological approach*, Londres, Routledge, 1978, pp. 54-81.

pero no siempre lo domina, pues hay espacio para la resistencia y la autonomía.<sup>8</sup> Se establece así la creencia en el uso contrahegemónico del derecho como instrumento de emancipación de pueblos marginalizados.

En esa línea, parece interesante agregar que el presente artículo incluye dos acápites principales y las consideraciones finales. En el primero de aquellos acápites se explora el principio de autodeterminación de los pueblos, y en el segundo se analiza la continuidad y mudanza del derecho consuetudinario –según lo consignado en los textos constitucionales de diferentes países del continente, especialmente entre países sudamericanos.

#### EL PRINCIPIO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS

El concepto de autodeterminación de los pueblos es muy antiguo. Sin embargo, fue a partir de las revoluciones estadounidense y francesa que la expresión autodeterminación pasó a tener un contenido específico asociado a teorías relativas a la soberanía popular y nacional. Más adelante, con el revigoramiento de los nacionalismos en el siglo XIX en Europa, el principio se vinculó definitivamente al Estado: cada nación debería tener derecho a su propio Estado y cada Estado debería ser compuesto –idealmente– por una única nación.

En la Francia revolucionaria –caso particularmente relevante para los fines del presente artículo en función de que el mismo terminó erigiéndose en virtual modelo para la mayoría de los entonces incipientes Estados latinoamericanos–, la búsqueda de la unidad de la nación se dio a partir de la eliminación de todas las otras lenguas y manifestaciones culturales. No sólo se implantó el francés como lengua oficial usada en las escuelas y en la administración pública, también el uso privado de otras lenguas fue tachado como retrógrado y ridículo. Esta política de eliminación de las diferencias culturales puede ser medida a través de la declaración del entonces ministro de Instrucción Pública Anatole de Monzie, quien, en 1925, llegó a afirmar por ejemplo que: “Para conseguir la unidad lingüística de Francia es necesario que la lengua bretona desaparezca”.<sup>9</sup>

Paralelamente, desde el siglo XVIII, la palabra nación pasó a ser utilizada en el sentido de Estado-nación, y la revolución francesa confirmó y extendió su uso. En consecuencia, la expresión nación aún hoy tiene un sentido ambiguo: un sentido jurídico y político que equivale al Estado, y un sentido histórico y

<sup>8</sup> Sally Engle Merry, “Legal pluralism”, *Law and Society Review*, vol. 22, 1988, pp. 869-896.

<sup>9</sup> Citado por José de Obieta Chaubaud, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 57.

sociológico que equivale a la comunidad cultural. En el siglo XIX, el principio de la nacionalidad sirvió como impulso para movimientos de liberación de varios pueblos oprimidos en Europa, tal era el caso de los serbios, los rumanos, los búlgaros, los checos, los polacos y los húngaros, bien como para aglutinar aquellos pueblos que buscaban la unidad nacional, como acontecía principalmente en Italia y Alemania. A pesar de la falta de precisión del concepto de nación, en su nombre fueron trabadas numerosas guerras y revoluciones que acabaron modificando el mapa político del mundo.<sup>10</sup>

Con la Primera Guerra Mundial la discusión respecto de la nación y la autodeterminación fue reactivada. De los así llamados “14 puntos” del programa del presidente Woodrow Wilson, varios se referían a la cuestión de la autodeterminación, particularmente el quinto tópico así definido: “Reajuste, absolutamente imparcial, de las reclamaciones coloniales, de tal manera que los intereses de los pueblos merezcan igual consideración que las aspiraciones de los gobiernos, cuyo fundamento habrá de ser determinado, es decir, el derecho a la autodeterminación de los pueblos”.<sup>11</sup> En esta línea, en la Conferencia de Versalles, el presidente Wilson y otros negociadores se basaron en tales puntos a fin de rediseñar el mapa de Europa, llevando en consideración las fronteras étnicas. Entretanto, otros líderes presentes en la conferencia estaban convencidos de que el principio de la autodeterminación no debería o simplemente no podría funcionar. Comenzaron a llegar reivindicaciones de autonomía de Corea, Armenia, Siria, Ucrania, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Bohemia, Albania e Irlanda.

Poco antes de la conferencia, numerosas delegaciones de todo el mundo habían llegado a París, unos para pedir mudanzas de soberanía, otros para llevar resultados de votaciones ya realizadas, y otros aun para solicitar plebiscitos. Al mismo tiempo, cada una de las delegaciones de las principales potencias aliadas que llegaban a París para tomar parte de la conferencia tenía sus propias ideas sobre las obligaciones que habían asumido con sus respectivos gobiernos al aceptar los principios wilsonianos como base de la paz. El principio de la autodeterminación sufrió numerosas acomodaciones en función de las circunstancias y de las realidades políticas de cada caso –y en algunas situaciones fue totalmente rechazado.

Durante el periodo de entreguerras (entre 1918 y 1939), la cuestión del derecho a la autodeterminación continuó discutiéndose en el seno de la llamada

<sup>10</sup> Eric Hobsbawm, *Nações e nacionalismo desde 1780*, São Paulo, Paz e Terra, 1998.

<sup>11</sup> Woodrow Wilson, “Woodrow Wilson’s 14 Points”, Washington, 8 de enero de 1918, [<http://bit.ly/g6HyMk>], fecha de consulta: 11 de febrero de 2010.

Liga de las Naciones.<sup>12</sup> Sin embargo, con excepción de algunos episodios en el continente europeo, la mayoría de los casos realmente relevantes –especialmente en el mundo afroasiático– continuaron congelados, desdeñados o ignorados, sobre todo en virtud de los intereses imperialistas de ciertas potencias, entre las que destacaban el Reino Unido, Francia, Holanda, Bélgica y Portugal.

Obsérvese que después de la Segunda Guerra Mundial muchos liberales creyeron que el nuevo énfasis en los derechos humanos resolvería los conflictos con las minorías, garantizando sus derechos individuales. Así, la protección de estos últimos apaciguaría las demandas por derechos ligados a la adscripción a determinados grupos étnicos. Esa fue la filosofía que guió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida en el marco general del entonces recién creado sistema de la Organización de las Naciones Unidas, y que en los hechos no hizo ninguna referencia a los derechos de las minorías.

El principio de la autodeterminación de los pueblos fue muy importante en el proceso de descolonización de África y Asia, principalmente en las décadas de 1950 y 1960. Nótese que las élites independentistas afroasiáticas afirmaron sus reivindicaciones en la idea de que había surgido en los países coloniales una nueva nación de mestizos, con una única cultura, una única religión, una identidad homogénea, un idioma oficial, y un sistema normativo dominante para este pueblo culturalmente uniformizado.<sup>13</sup> Obsérvese que tales ponderaciones y demandas se adaptaron perfectamente a la idea central que asociaba autodeterminación a fronteras estatales ya delineadas.

Solamente en 1992, la Asamblea General de la ONU aprobó, después de largas discusiones en la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992). Semejante en muchos aspectos a la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en Religión o las Convicciones (Resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981), aquel documento pretende proteger la existencia y la identidad de las minorías nacionales y requiere de los Estados signatarios medidas legales para promover el desarrollo cultural de estos grupos.

<sup>12</sup> Obsérvese que la Liga de las Naciones, antecesora de las Naciones Unidas, tenía en su estatuto referencias a los derechos de las minorías, inserción motivada principalmente por las demandas en la península balcánica. A pesar de ello, la actuación de la Liga en esta área fue incipiente y modesta.

<sup>13</sup> José de Obieta Chaubaud, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1985.



Actualmente los documentos internacionales más específicos que abordan el derecho de los indígenas y de otras minorías son: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989), la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1997).

Basta una rápida evaluación de la realidad para percibir que la legislación internacional parece anodina delante de las inestabilidades causadas por los problemas étnicos, religiosos o lingüísticos. Pero a partir de las discusiones que aquellos documentos jurídicos provocaron, muchas acciones han tenido lugar. La década de 1990 fue marcada por muchos conflictos interétnicos y turbulencias de fondo cultural, pero también representó el periodo de mayor avance en las legislaciones nacionales e internacionales en lo concerniente al reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos, principalmente si llevamos en consideración las constituciones nacionales de América Latina.

#### EL PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA

Las luchas de los indígenas por el reconocimiento de su identidad cultural generaron una legislación importante sobre los derechos de los pueblos en el ámbito del Estado y en el internacional. La reflexión sobre los modelos y regímenes autónomos y sobre nuevas formas de representación indígena llevó a la aprobación de la Convención 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en 1989. La misma declara en su artículo 8 que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de 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. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.<sup>14</sup>

Solamente en la década de 1990 la afirmación del carácter pluricultural del Estado, la oficialización de los idiomas minoritarios, la promoción de la educación bilingüe y el reconocimiento del derecho consuetudinario practicado por las comunidades indígenas fueron objeto de reformas constitucionales en América Latina. Hasta entonces, reflejando las concepciones prevalecientes de liberalismo político, en Latinoamérica, como en casi todo el mundo, dominaba una teoría jurídica fundamentada en las así llamadas concepciones de Hans Kelsen –o kelsenianas– sobre la identidad del Estado y del derecho. El monismo jurídico kelseniano proclama que solamente la norma o sistema normativo que proviene del Estado tiene fuerza coercitiva y todas las otras manifestaciones jurídicas serían consideradas como meras costumbres, pudiendo ser aplicadas solamente en la ausencia del derecho dominante. Esta concepción es resultado de todo el esfuerzo realizado para consolidar el monopolio estatal de la violencia legítima para la persecución y represión de los actos delictivos.

Paralelamente, parece pertinente recordar que el debate sobre el derecho de los indígenas en América Latina remonta al siglo XVI, cuando el padre Bartolomé de Las Casas intentó construir una teoría pacifista y de reconocimiento de la diversidad cultural americana. De Las Casas denunció el discurso sobre la –presunta– inferioridad de los indígenas americanos como un artificio para viabilizar los intereses de la conquista europea; para él, los usos y costumbres indígenas que no violasen la ley divina y natural, que no afectasen el orden económico-político colonial ni la religión católica, deberían ser permitidos. En tal sentido, el cura dominico se erigió en precursor de los derechos humanos, del anticolonialismo y –en cierto sentido– del indigenismo, con su defensa de una pluralidad de sistemas políticos, y del reconocimiento de los gobiernos indígenas existentes en la época. Según el propio religioso español:

Cualesquiera naciones y pueblos, por infieles que sean, poseedores de tierras y de reinos independientes, en los que habitaron desde un principio, son pueblos libres y que no reconocen fuera de sí ningún superior, excepto los suyos propios, y este superior o estos superiores tienen la misma plenísima potestad y los mismos derechos del príncipe supremo en sus reinos, que los que ahora posee el emperador en su imperio.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> “Convenio OIT núm. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, Ginebra, 1989 [<http://bit.ly/heMIgy>], fecha de consulta: 11 de febrero de 2010.

<sup>15</sup> Bartolomé de Las Casas, *Obra Indigenista*, Madrid, Alianza, 1985, p. 464; Antonio Armando Albuquerque, “Filosofía político-indigenista de Bartolomé de Las Casas”, en Antonio Carlos

De Las Casas fue vehemente en denunciar las atrocidades cometidas por los conquistadores españoles en el proceso de colonización y, consecuente con sus ideas, inició una cruzada por la protección de los pueblos indígenas. Combatió la esclavización de los indígenas y afirmó la posibilidad de evangelizarlos sin el uso de la violencia. Por su posición, fuertemente contraria al proceso de explotación que ocurría en las Américas, sufrió duras críticas. Su principal opositor fue el jurista Juan Ginés de Sepúlveda, para quien los habitantes de las tierras nuevas eran seres inferiores, animalescos, pecadores consumases que deberían ser integrados a la comunidad cristiana por la fuerza o ser eliminados, caso hubiese resistencia. Si resistiesen a la dominación natural y justa de los pueblos superiores estarían justificando su propia destrucción. Obsérvese que Sepúlveda llegó a exaltar el sistema de encomiendas y consideró justas las guerras contra los indígenas que resistiesen a la fe cristiana. Para él, la guerra era no solamente lícita, sino el único medio viable para sujetar los nativos al poder de la Corona española.<sup>16</sup>

Finalmente, después de mucho debate, la Corona española permitió que las autoridades indígenas pudiesen administrar la justicia tradicional dentro de sus propias comunidades, siempre y cuando los eventuales casos involucrasen apenas a los indígenas y que fuesen de menor potencial ofensivo para la colonia como un todo –particularmente en lo concerniente al orden económico, político, social e ideológico impulsado por las autoridades hispanas. Parece interesante comentar que si bien la teoría de Bartolomé de Las Casas había sido más o menos acogida, la práctica segregacionista continuó prevaleciendo en no pocas realidades locales a lo largo y lo ancho de las posesiones españolas en el continente y el mundo.

Simultáneamente, en los dominios portugueses las realidades de los pueblos indígenas no eran diferentes. Aunque hubiese varias normas prohibiendo la esclavitud de los indígenas, el esfuerzo de someterlos al trabajo productivo en beneficio de la colonia lusitana generaba su desagregación.<sup>17</sup> Desde entonces pasó a prevalecer una política integracionista, presente en la legislación brasileña hasta la Constitución de 1988.

Con las independencias latinoamericanas se importó la noción de Estadonación y el modelo centralizado de política y de derecho. Siguiendo en gran medida el modelo francés apuntado en el acápite anterior, se impuso en

---

Wolkmer (org.), *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*, São Paulo, Lumen Júris, 2004, pp. 56-76.

<sup>16</sup> Juan Ginés de Sepúlveda, *Demócrates Segundo, o de las justas causas de la guerra contra los indios*, Madrid, Instituto Francisco de Vitória, 1984.

<sup>17</sup> Carlos Souza Filho, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, Juruá, 1998.

todos los países latinoamericanos la homogeneización cultural forzada y el desaparecimiento de los regímenes jurídicos diferenciados. Las constituciones de los nuevos Estados siquiera mencionaron los indígenas, negando su existencia y su autonomía cultural, política y jurídica. Solamente más tarde, a mediados del siglo XX, las constituciones comenzaron a reconocer la existencia real de los indígenas y concedieron algunos derechos específicos a sus comunidades, guiadas por políticas integracionistas y por concepciones paternalistas que buscaban integrar los indígenas al mercado.

Recientemente algunos países sudamericanos adoptaron un sistema jurídico más pluralista, reconociendo la administración indígena de la justicia. La realización plena del pluralismo jurídico en las Américas continúa siendo una utopía, pero algunas constituciones asumieron retroactivamente la existencia de las sociedades indígenas, y han intentado rescatar sus normas y costumbres tradicionales. El regreso de las instituciones democráticas después de muchos años de dictaduras —o de guerras civiles—, junto con la existencia de un proceso general de ampliación de la participación política, generaron los principales avances en las constituciones latinoamericanas. También, las reformas que ocurrieron están respondiendo a las demandas por reconocimiento de grupos diversos de amerindios que están organizándose en niveles cada vez más amplios y reivindicando su cultura, sus territorios, sus instituciones y su derecho a participar.

Algunas Cartas Magnas ignoran casi por completo la problemática indígena. Belice, Chile, Guyana, Surinam y Uruguay no contemplan los derechos indígenas en sus constituciones. En Chile este vacío puede estar relacionado a la política del gobierno militar de representar y transformar los indígenas en agricultores, emprendiendo acciones de asimilación. En Belice, Guyana y Surinam las pocas referencias a los derechos territoriales indígenas están en legislaciones secundarias, siguiendo una tradición más anglosajona de organización legal. En Uruguay hace más de un siglo que no se registra la presencia pública y reconocida de indígenas y quizás por ello su Constitución no se ocupa del tema. En Costa Rica, El Salvador y Honduras se hacen algunas referencias a la cuestión indígena, pero de forma bastante superflua. Las organizaciones indígenas en estos países se encuentran en proceso de reciente articulación y activismo político y social.<sup>18</sup>

El multiculturalismo constitucional se fue difundiendo en América Latina a partir de las constituciones de Guatemala (1986) y de Nicaragua (1987). Desde entonces, otros países crearon sus propias variaciones de reconocimiento de

<sup>18</sup> Cletus Gregor Barié, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina*, La Paz, Abya Yala, 2003, p. 549.

los derechos indígenas. Vale tener presente que dichas transformaciones se han logrado llevando en consideración importantes tensiones y contradicciones entre fuerzas antagónicas. Así, gradualmente comenzaron a mudar las constituciones latinoamericanas, erigiéndose en construcciones legales cada vez más complejas. Obsérvese que las constituciones vigentes en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela presentan avances más o menos significativos en lo concerniente al reconocimiento de los derechos indígenas. Todas ellas de alguna forma aceptan y protegen la identidad étnica de sus minorías y casi todas reconocen la precedencia de los pueblos indígenas en relación con el establecimiento del Estado.

Cabe destacar que actualmente los documentos constitucionales más avanzados en lo tocante al reconocimiento de derechos humanos en América del Sur son las Cartas Magnas de Colombia, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Brasil y de Paraguay, aunque cada una de ellas enfatice temas específicos y diferenciados. La Constitución de Paraguay está técnicamente bien elaborada, con influencia de las teorías antropológicas más modernas, pero la falta de prácticas participativas en el país termina, en la práctica, limitando grandemente su eficacia.

La Constitución Federal brasileña presenta importantes avances, como el aprovechamiento de los recursos naturales por los indígenas, bien como la participación del Ministerio Público en la promoción de los derechos ancestrales; sin embargo, el reconocimiento multicultural está lejos de ser completo. Obsérvese que el artículo 232 dispone que “los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el Ministerio Público en todos los actos del proceso”.<sup>19</sup> En contrapartida, el Estado brasileño no reconoce ningún derecho de autogestión y el proceso de demarcación de tierras indígenas es lento y repleto de obstáculos. Además, y a pesar de reconocer las múltiples fuentes de la cultura nacional (artículo 215, 1º), también fue decretado el monolingüismo. Esto es, de un lado se permite la educación bilingüe, y de otro se establece la lengua portuguesa como idioma oficial en todo el territorio:

Artículo 13: La lengua portuguesa es el idioma oficial de la República Federativa del Brasil.

Artículo 210 §2º: La educación fundamental regular será realizada en lengua portuguesa y será asegurado, también, a las comunidades indígenas el uso de sus lenguas maternas y métodos propios de aprendizaje.

<sup>19</sup> Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1988 [http://bit.ly/goynRG], fecha de consulta: 12 de febrero de 2010.

Actualmente, las constituciones de Ecuador, Colombia, Venezuela y Bolivia son los documentos más elaborados en materia de derechos indígenas. Aunque su plena aplicación no haya sido completada, tales textos constitucionales son bien aceptados por los movimientos indígenas locales. En el caso colombiano ha sido construida una amplia jurisprudencia para discutir la cuestión indígena. Obsérvese que el artículo 7 de la Constitución de ese país establece que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.<sup>20</sup> El reconocimiento de la pluralidad étnica ofrece una visibilidad importante para los indígenas en el país. Además, avanza un poco más cuando reconoce los idiomas hablados por estas etnias como lenguas oficiales del país en los siguientes términos: “El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos también son oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe” (artículo 10). Y a pesar de tener un número proporcionalmente pequeño de indígenas en la suma total de su población, la Constitución colombiana garantiza la representación de las comunidades indígenas en el Senado. Con efecto, el artículo 171 afirma la elección de dos senadores oriundos de circunscripción especial de comunidades indígenas. Ese ajuste garantiza una participación más efectiva en la construcción de las leyes nacionales y fortalece los movimientos indígenas colombianos. De particular interés para los fines del presente artículo es el reconocimiento del pluralismo jurídico y de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Nótese que el artículo 246 establece 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. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.<sup>21</sup>

Paralelamente, conviene mencionar que la articulación entre la jurisdicción especial indígena y el derecho estatal nacional aún está en construcción. Aun así, no cabe duda de que la contribución constitucional colombiana ha sido muy positiva para el enriquecimiento del debate y de la temática en cuestión.

<sup>20</sup> Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia de 1991*, Bogotá, 1991 [<http://bit.ly/eZlgx5>], fecha de consulta: 12 de febrero de 2010.

<sup>21</sup> *Ibid.* En otro artículo se contempla el derecho indígena a la autogestión en los siguientes términos: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades”.

En Ecuador el movimiento indígena es fuerte, bien articulado y eficiente al incluir sus principales reivindicaciones en términos de derecho constitucional. Así, ya en el primer artículo de la Carta Magna se reconoce la existencia de una nación multiétnica en los siguientes términos: “El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”.<sup>22</sup> En los hechos, así se garantiza el derecho a la educación bilingüe, a la diversidad cultural y a la protección del conocimiento ancestral colectivo. Conviene destacar que el derecho consuetudinario indígena en el país andino es reconocido en el artículo 191 de su Constitución:

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.<sup>23</sup>

La República Bolivariana de Venezuela dio un salto cualitativo en lo concerniente a derechos indígenas, por cuanto la Constitución de 1999 amplió bastante el abanico de opciones a disposición de las minorías étnicas del país. Obsérvese que su definición de tierra indígena es una de las más avanzadas de América Latina. También reconoce las lenguas indígenas como oficiales, garantiza la educación bilingüe y la preservación de los lugares sagrados. El artículo 186 afirma que está garantizada también la representación específicamente indígena en la Asamblea Nacional y en otros cuerpos deliberativos en los siguientes términos: “Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres”.<sup>24</sup> Asimismo, el artículo 260 reconoce la jurisdicción especial indígena conforme lo dispuesto:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Riobamba, 1998 [http://bit.ly/fB5R2P], fecha de consulta: 11 de febrero de 2010.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Venezuela, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, 1999 [http://bit.ly/dHITKV], fecha de consulta: 11 de febrero de 2010.

<sup>25</sup> *Idem*.

El caso boliviano es particularmente relevante para los fines del presente artículo debido a las significativas mudanzas introducidas en la Constitución promulgada en febrero de 2009, y que ciertamente se erige en otra de las más avanzadas en lo concerniente al reconocimiento de los derechos indígenas.<sup>26</sup> Obsérvese que ya en el preámbulo de la nueva Carta Magna se plantea claramente que el pueblo boliviano es de composición plural y que la –virtual– refundación del Estado procura la construcción de:

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución de producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Igualmente, vale destacar que la Constitución boliviana acepta la elección de parlamentares procedentes de circunscripciones específicamente indígenas, convalida la existencia de un sistema judicial indígena-campesino –jerárquicamente homólogo a la justicia ordinaria o nacional, incluso en lo concerniente a la integración del tribunal constitucional plurinacional integrado por magistrados de ambos subsistemas jurídicos–, el autogobierno de las numerosas comunidades indígenas y el usufructo exclusivo de sus tierras ancestrales. Se destaca también el reconocimiento lingüístico, siendo que las 36 lenguas indígenas del país pasan a ser consideradas oficiales en sus respectivos territorios –junto con el castellano. Ciertamente se trata de una transformación fundamental y radical en la historia política, social, económica, cultural y específicamente jurídica del país.

De lo anterior se infiere que la protección constitucional de los derechos indígenas esté en franca expansión. Con todo, el reconocimiento de una jurisdicción propia, como expresión fundamental del control sobre su orden social, y del derecho de ser regido por sus propias costumbres y autoridades aún tiene enormes desafíos y obstáculos en la mayoría de los países latinoamericanos. Específicamente en Sudamérica el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena está expresada en las constituciones de Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. Muchas carecen de reglamentación a nivel de leyes secundarias, pero demuestran la disposición de aceptar la práctica legal indígena en articulación con el derecho estatal. Fuera de Sudamérica, apenas

<sup>26</sup> Bolivia, *Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia*, Sucre, 2009 [http://bit.ly/fTakCn], fecha de consulta: 13 de febrero de 2010.



las constituciones de México y de Guatemala hacen expresa referencia a la jurisdicción indígena. Las de Nicaragua y Panamá se remiten a legislaciones específicas.

En consecuencia, no parece incorrecto adicionar que el monismo jurídico continúa influyente, y en muchos casos prioritario. Siglos pasaron para que la legislación reconociera que lo que es diferente no necesariamente es inferior. Y aún hay mucho que cambiar en la conciencia nacional para que las contribuciones constitucionales se tornen realmente efectivas.

#### CONSIDERACIONES FINALES

Los estudios relacionados con la administración de la justicia por –y para– determinados grupos étnicos han apuntado hacia la tendencia de procurar el consenso en lugar del castigo. Ello se debe, principalmente, a su cosmovisión, que desconoce esferas exclusivamente jurídicas, y a su alto grado de credibilidad entre los miembros de esta determinada comunidad.<sup>27</sup> Todo ello permite que el estudio del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal-nacional sea un campo importante y rico a ser explorado.

Esta discusión relanza la necesidad de repensar las relaciones entre grupos hegemónicos dominantes y las comunidades indígenas, tradicionalmente sometidas al abandono, a la discriminación, a la segregación y al exterminio, no sólo en el plano económico, político, social y cultural, sino también en el específicamente jurídico. En la mayoría de los países latinoamericanos, los indígenas todavía se encuentran ajenos al sistema jurídico estatal y, en pocas oportunidades, son víctimas de la falta de comprensión de la cultura y de la lengua utilizada por los agentes del Estado. Eduardo Galeano comenta, por ejemplo, que

En 1986, un diputado mexicano visitó la cárcel de Cerro Hueco, en Chiapas. Allí encontró un indio tzotzil, que había degollado a su padre y había sido condenado a treinta años de prisión. Pero el diputado descubrió que el difunto padre llevaba tortillas y frijoles, cada medio día, a su hijo encarcelado. Aquel preso tzotzil había sido interrogado y juzgado en lengua castellana, que él entendía poco o nada, y con ayuda de una buena paliza había confesado ser el autor de una cosa llamada parricidio.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, *op. cit.*

<sup>28</sup> Eduardo Galeano, *Patatas arriba: la escuela del mundo al revés*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1999, p. 49.

En el sistema estatal están envueltos jueces, acusados, víctimas y testigos, cada uno con su propio fardo subjetivo de la vida, su contexto cultural, su posición social y su colocación jerárquica en el proceso. Ningún discurso está libre o exento de ideología, en el sentido de que siempre presupone actitudes por parte de aquel que lo construye, que lo formula. En el caso del discurso jurídico ello es aún más evidente al agregar valores, imponer conductas, conducir instituciones, transferir riquezas, restringir libertades, definir visiones de mundo y, en última instancia, sustentar una ideología dominante. Recuérdese que la aparente neutralidad de las leyes y de las decisiones judiciales puede terminar oscureciendo una red de disputas sociales, económicas y culturales subyacentes a los textos normativos.

El antropólogo brasileño Roberto Cardoso de Oliveira llama nuestra atención para las fallas de la comunicación intercultural cuando afirma que “el contexto interétnico en que se da la confrontación entre esas normas está contaminado por una indisimulada jerarquización de una cultura sobre la otra, reflejo de la dominación occidental sobre los pueblos indígenas”.<sup>29</sup> Así, “el diálogo estará comprometido por las reglas del discurso hegemónico”. Finalmente se trata de estructuras de dominación, explotación y alienación que excluyen las comunidades indígenas de la comunidad de comunicación, y ello queda evidenciado cuando la arena de interacción son las causas judiciales.

Muchos son los desafíos para construir un Estado multicultural y una jurisdicción que corresponda a él. Toda transformación implica mudanzas más o menos profundas en la estructura social para que las diferencias sean consideradas valiosas y benéficas. El reconocimiento de la diferencia real es el primer paso para la construcción de una ciudadanía integral, democrática y efectiva en América Latina.

POSDATA DE NOVIEMBRE DE 2010

A lo largo del 2010 fue posible verificar que las reivindicaciones indígenas, en general, y la cuestión de los derechos indígenas, en particular, continuaron siendo polémicas, difíciles y, en ciertos casos, dramáticas. Aunque por razones de espacio no es posible explorar de forma detallada tales luchas y reivindicaciones de comunidades indígenas, sí es posible recordar casos en Brasil, Perú, México, y Honduras. Sin embargo, el caso más emblemático acabó siendo, salvo mejor interpretación, el de los indígenas mapuches en el sur de Chile.

<sup>29</sup> Roberto Cardoso Oliveira, *O trabalho do antropólogo*, Campinas, Editora Unesp, 1998, p. 175.

Al respecto, conviene tener presente que la etnia mapuche se encuentra en la región de la Araucanía (sur de Chile y Argentina). Básicamente el conflicto actual deriva de la codicia empresarial y gubernamental por las tierras en las que ellos habitan desde tiempos inmemoriales, sobre todo para la construcción de infraestructura vial y energética. Ante las reiteradas e infructuosas embestidas de capitales privados nacionales y extranjeros, la resistencia mapuche comenzó a ser mucho más enérgica desde 2009. Y la respuesta gubernamental fue de violenta represión amparada en una antigua Ley Antiterrorista, bien como por la adscripción del caso a la justicia militar. Ello derivó en una dramática huelga de hambre de varias decenas de personas mapuches que inició el 12 de julio y que se extendió hasta el 1 de octubre de 2010 –siendo que algunos de aquellos continuaron en su lucha hasta el 8 de octubre.

Al momento de terminar de escribir estas líneas la cuestión mapuche parece haber logrado un encauzamiento institucional más serio, profesional y constructivo –aunque no necesariamente una resolución honrosa, ideal y duradera del problema. De un lado, las autoridades santiaguinas aceptaron negociar algunas de las principales reivindicaciones mapuches y el propio caso –después de ciertos acuerdos legislativos sobre la cuestión de la Ley Antiterrorista– pasó a ser conocido por la justicia civil chilena. De otro, la mayoría de los mapuches aceptaron deponer la huelga de hambre.<sup>30</sup>

Aun así, no parece tan evidente que los fueros y las entidades indígenas –que ya existen al menos en los textos constitucionales de otros países latinoamericanos y caribeños– terminen siendo reconocidos en un país fuertemente centralista, unitarista y monista como Chile. En consecuencia, las perspectivas futuras de la cuestión mapuche –y de muchas otras comunidades indígenas, incluyendo el caso de los indígenas amazónicos que resisten la implantación de faraónicos proyectos hidroeléctricos impulsados por Brasilia y Lima– no permiten avizorar más que un cauto optimismo en relación con la cuestión de los derechos indígenas tanto en América Latina, como en otros países y continentes.

<sup>30</sup> Joaquín Peñailillo, “Cita entre gobierno y voceros de ex huelguistas mapuches ya está definida”, *La Tercera*, Santiago, 26 de octubre de 2010 [<http://bit.ly/e1soNf>], fecha de consulta: 28 de octubre de 2010.