

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA*

Miguel CARBONELL**

RESUMEN: Se trata de un estudio sobre algunas de las dificultades que, desde el punto de vista de la teoría jurídica, ha tenido el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina. El autor ubica y analiza los principales problemas que a partir del reconocimiento de los derechos indígenas se han generado, aunque con distinta intensidad y respuestas, en prácticamente todos los países de la región. Las dificultades que el autor trata en este trabajo son: la identificación del sujeto, la tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas, la armonización entre el derecho nacional y el derecho indígena, y la tensión entre derechos de autonomía y derechos sociales.

Palabras clave: derecho indígena, derecho constitucional, teoría jurídica, derechos sociales.

ABSTRACT: *This essay examines some of the difficulties that the process of constitutionalization of indigenous peoples' rights has faced in Latin America, from the point of view of legal theory. The author identifies and analyses the most important problems that the recognition of indigenous peoples' rights has produced in practically all the countries of the region. The problems identified by the author are: the identification of the subject, the tension between the individual and the community, the harmonization of national law and the law of indigenous peoples, and the tension between the right to autonomy and social rights.*

Descriptors: *rights of indigenous peoples, constitutional law, legal theory, social rights.*

* En una primera versión, este texto fue expuesto y discutido en un seminario del Área de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona celebrado el 25 de junio de 2002. Agradezco las observaciones y hospitalidad de Marc Carrillo, Carles Viver Pi-Suñer, Luis Javier Mieres y los demás asistentes al acto. Neus Torbisco y Jorge Antonio González Galván tuvieron la gentileza de leer detenidamente una versión precedente e hicieron inteligentes observaciones, que mucho les agradezco.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La identificación del sujeto*. III. *La tensión entre individuo y comunidad en los derechos indígenas*. IV. *La armonización entre el derecho nacional y el derecho indígena*. V. *La tensión entre derechos de autonomía y derechos sociales*. VI. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre el papel que deben tener y la protección que se les debe garantizar a las minorías etno-culturales ha sido muy intenso en los últimos años. El ascenso de lo que se podría llamar la “contenciosidad étnica o cultural”, en sus distintas manifestaciones, parece ser un signo presente en los debates públicos de muchos países. Desde Cataluña hasta Chiapas, desde Québec hasta Irlanda del Norte, desde Nueva York hasta Kabul. Y hay datos que permiten suponer que, lejos de cesar, esa contenciosidad marcará buena parte del discurso público en el futuro inmediato.¹

En América Latina ese debate se ha centrado, casi de forma exclusiva, en el tema de los derechos indígenas, y particularmente en las modalidades de su regulación jurídico-constitucional.²

En la década de los años ochenta, el debate constitucional de la región se había centrado en las formas de transitar desde regímenes dictatoriales o no pluralistas, hacia sistemas democráticos que permitieran contar con elecciones fiables y transparentes. Asentada la vía electoral como el mecanismo normal de acceso a los cargos públicos representativos y destronadas al menos sobre el papel las dictaduras hasta entonces existentes, el siguiente objetivo de las reformas fueron las estructuras del sistema económico, de manera que se transitara de economías cerradas, operadas fundamentalmente por el Estado y por las camarillas empresariales que apoyaban a los gobernantes en turno a través de relaciones clientelares y corruptas, hacia economías abiertas caracterizadas por importantes

1 En este sentido, Vallespín, Fernando, *El futuro de la política*, Madrid, Taurus, 2000.

2 Un panorama de las normas constitucionales y legislativas sobre la materia puede verse en González Guerra, Gisela (comp.), *Derechos de los pueblos indígenas. Legislación en América Latina*, México, CNDH, 1999.

procesos de privatización y por la firma de diversos acuerdos de libre comercio con otros países. Ese fue el gran tema de la primera mitad de los años noventa.

Luego, a partir de la segunda mitad de los noventa, parte de las energías constitucionales de la región se centraron en las formas de reconocimiento de los derechos indígenas, o de la diversidad étnica en general, dentro de las Cartas Fundamentales.³ El alzamiento en Chiapas del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) el mismo día en que entraba en vigor el Tratado de Libre Comercio de América Latina (10. de enero de 1994) parece condensar simbólicamente lo que en esos años iba a ser un escenario que, con sus variantes locales y con diferente intensidad, dependiendo de cada país, se reprodujo en toda la región.

No es que antes de los años noventa no existieran regulaciones constitucionales de los derechos indígenas, pero en términos generales se puede decir que se trataba de declaraciones bastante abstractas, casi todas realizadas de forma pomposa pero carentes de elementos suficientes para articular posiciones jurídicas concretas.

En las páginas siguientes se analizan algunas de las dificultades que desde el punto de vista de la teoría jurídica ha tenido el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas. Se trata de un análisis teórico en la medida en que tiene por objetivo principal estudiar las dificultades que se presentan en el texto de las normas jurídicas en que se concretó dicha constitucionalización, sin entrar a estudiar los datos empíricos que nos pudieran dar una radiografía completa de la aplicación de esas normas en la realidad.

Conviene señalar que, como en tantos otros temas, los estudios jurídicos sobre los derechos indígenas son bastante escasos; esto genera dos consecuencias inmediatas e importantes: por un lado, el analista no encuentra literatura suficiente para transitar sobre un camino que suele ser frecuentado por posiciones demagógicas y retóricas, muchas veces defendidas desde sectores del análisis social distintos al jurídico (fundamentalmente desde la antropología

³ Para una primera aproximación, González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

o desde la sociología); por otro lado, al no haber podido contar con el apoyo de ejercicios de control teórico, los políticos han operado los procesos de reforma constitucional para reconocer los derechos indígenas sin brújula y sin rumbo, dejándose llevar más bien por las señales que les enviaban los sondeos de popularidad y asumiendo actitudes que les pudieran redituarse beneficios electorales en el corto plazo.

La ausencia de trabajos teóricos en la materia ha provocado también una falta de crítica con respecto a los productos finales constitucionalmente alcanzados; la crítica de los constitucionalistas en la mayoría de los casos no ha existido; cuando sí se ha producido ha sido desechada con los argumentos de que se trataba de ejercicios propios del talante conservador de los juristas o bien de simples manifestaciones de “racismo jurídico” que buscaban hacerle el juego a los intereses de las empresas transnacionales que querían apropiarse de los recursos naturales de las zonas indígenas.

En este contexto y bajo tales coordenadas —nada halagüeñas, por cierto— se mueven las reflexiones que siguen. En vez de hacer un repaso de cada uno de los ordenamientos de la región, se ha preferido ubicar algunos problemas que se han generado a partir del reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, y junto a su análisis, hacer las menciones normativas que correspondan en cada caso. Como es obvio, la problemática indígena varía mucho de un país a otro; si bien los problemas que se mencionan a continuación se presentan prácticamente en todos los países, su intensidad es de hecho muy variable entre ellos, lo mismo que las respuestas que se han generado desde cada experiencia jurídica concreta.

II. LA IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO

Una de las impugnaciones que de forma más recurrente se le han hecho a las teorías estándar sobre el multiculturalismo, es la que se refiere a las dificultades de determinación de los sujetos y de los objetos de tal teoría: ¿qué es una cultura?, ¿qué son los

derechos colectivos?, ¿cómo distinguir, dentro de las sociedades pluralistas del presente, los grupos relevantes para la asignación de estatus jurídicos diferenciados?⁴

Se trata de preguntas válidas, pero que a veces tenían más la intención de cerrar el debate que de refinarlo. En cualquier caso, una parte de las mismas preguntas es la primera de las dificultades a las que se tuvo que enfrentar el proceso de constitucionalización de los derechos indígenas en América Latina. La cuestión no es menor, sobre todo si se considera que en varios países de la región, una buena parte de la población no es ni indígena, ni no indígena, sino mestiza, es decir, está compuesta por personas que tienen una identidad y una forma de vida intermedias entre lo indígena y lo que, para sintetizar, se podría llamar lo occidental.

El tema del sujeto, que tiene evidentes connotaciones políticas y sociales, es relevante desde el punto de vista jurídico para determinar el ámbito personal de validez de las normas indígenas. Es decir, una vez que se ha creado en varios países un sub-sistema jurídico aplicable a los pueblos indígenas, debemos ser capaces de identificar con claridad a los sujetos de dicho ordenamiento, de forma que, por ejemplo, los jueces sepan cabalmente a quiénes se les puede aplicar dicha normativa. Este es un problema que no se había presentado hasta hace relativamente pocos años, puesto que anteriormente el debate sobre el multiculturalismo y el reconocimiento de las diferencias dentro de los Estados nacionales se había desarrollado en un nivel más abstracto.⁵ No es sino a partir de la inclusión en los ordenamientos constitucionales de preceptos concretos, que permiten articular posiciones jurídicas igualmente concretas, que el tema del sujeto se vuelve importante.

4 Algunas de estas preguntas se encuentran formuladas y contestadas en parte (en referencia a los derechos colectivos solamente) en: Comanducci, Paolo, "Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado" y Torbisco, Neus, "El debate sobre los derechos colectivos de las minorías culturales. Una reflexión sobre la adecuación de las premisas teóricas", en Carbonell, Miguel; Cruz Parceró, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2001, respectivamente.

5 Las etapas del debate se analizan en Kymlicka, Will, *Politics in the vernacular. Nationalism, multiculturalism and citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Una influencia importante acerca de la identificación del sujeto (es decir, de la determinación de qué es lo indígena y de quiénes lo son) proviene del que prácticamente es el único instrumento jurídico internacional en la materia: el “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169 de la OIT).⁶ En su artículo 1 se establece que:

El presente convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos, total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) los pueblos son considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o de la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio.

Varios de los conceptos del precepto transcrito son recuperados por las legislaciones de América Latina; por ejemplo, por el artículo 2o. de la Constitución mexicana, luego de la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001;⁷ en el segundo párrafo de este artículo se contiene una definición de “pueblos indígenas” que son aquellos —nos dice— “que descienden de poblaciones que habitaban el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que

6 También se deben revisar, en relación con el tema que nos ocupa, la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de la ONU (1992), y el Convenio Marco Europeo para la Protección de las Minorías Nacionales, del Consejo de Europa (1995); el primero de estos documentos puede consultarse en Carbonell, Miguel; Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, México, CNDH-Porrúa, 2002, pp. 81 y ss.

7 Para el análisis de dicha reforma, Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.⁸ En términos parecidos se expresa la ley número 6172 de Costa Rica, de 29 de noviembre de 1977, que comienza en su artículo 1 estableciendo que: “Son indígenas las personas que constituyen grupos étnicos descendientes directos de las civilizaciones precolombinas y que conservan su propia identidad”.

La utilización, tanto en el texto constitucional mexicano como en la legislación costarricense y en el Convenio 169, del término “descendencia” genera múltiples posibilidades interpretativas, pues puede significar tanto la descendencia biológica o sanguínea como la mera descendencia digamos “cultural”. Las preguntas en este punto saltan de inmediato: ¿la descendencia debe haberse mantenido pura, es decir, se debe ser 100% indígena para ser sujeto de los derechos de los pueblos indígenas?, ¿se admiten graduaciones en dicha pertenencia?⁹ Toda vez que prácticamente ninguna etnia puede considerarse que ha mantenido históricamente su pureza, habría suficiente evidencia empírica para afirmar que el término descendencia no debe utilizarse de forma rigorista.

Tampoco la referencia a la colonización o al proceso colonizador es muy afortunada, pues parece un tanto simplista suponer que la colonización es un fenómeno ubicable en un tiempo determinado y en un espacio territorial también determinado. Por el contrario, la colonización no llegó a muchas regiones, y en aque-

8 Un comentario de ese precepto puede verse en Carbonell, Miguel, “Artículo 2”, en varios autores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. I, pp. 16 y ss.

9 Cossío, José Ramón; Franco, Fernando y Roldán Xopa, José, *Derechos y cultura indígenas. El debate jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998, p. 159. Son preguntas que surgen no solamente en el contexto de la problemática indígena mexicana, sino en todo el debate multiculturalista; sobre el punto véase Carbonell, Miguel, “Minorías y derechos: un punto de vista constitucional”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parceros, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales...*, cit., nota 4, p. 361; *id.*, “Minorías etno-culturales y derechos colectivos: premisas conceptuales”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. III, pp. 55 y ss. Véase también las observaciones de López Bárcenas, Francisco, *Distintas concepciones de pueblo indígenas, como sujeto de derecho colectivo*, México, INI, 1998.

llas en que sí lo hizo fue en momentos históricos distintos. Determinar a qué se refieren esas normas puede ser difícil en la práctica.¹⁰

Otro elemento a considerar es el que tiene que ver con la “conciencia de la pertenencia indígena”, que además de encontrarse en el artículo 1 del Convenio 169, está también en el mismo artículo 2 de la Constitución mexicana. El uso del término “conciencia” por el ordenamiento jurídico no deja de ser complicado; al introducir elementos de carácter subjetivo —ya que la conciencia es un fenómeno que, en último caso, corresponde definir al sujeto— no aporta demasiadas pautas para seguir indagando sobre la determinación del ámbito personal de validez del derecho indígena.

Para reducir la vaguedad e indeterminación del ámbito “personal” de validez de las normas aplicables a los indígenas, algunos autores apuntan que “lo recomendable sería establecer algún o algunos medios de objetivación que pueden tener un principio de ‘presunción de verdad’ tales como la constancia de autoridades de pueblos indígenas o municipales, acta de nacimiento con mención de pertenecer a un pueblo indígena, la declaración de testigos e, incluso, la protesta de decir verdad del interesado, por ejemplo”.¹¹ En cualquiera de estos casos, sin embargo, se debe dejar a salvo el derecho del sujeto de dejar de pertenecer a un pueblo indígena, es decir, se debe preservar la posibilidad de que un factor de nacimiento no determine en el futuro las opciones que pueda tomar la persona.

10 Marco Aparicio subraya, respecto a la idea de la “ocupación originaria” de un territorio, que: “a nadie escapan las dificultades que la aseveración de dicha originariedad puede suscitar, ya que no se puede saber a ciencia cierta quiénes fueron las primeras personas habitantes de un territorio determinado (en muchos casos los que actualmente se consideran ‘indígenas’ desplazaron en su momento a anteriores ocupantes)”. Sobre la descendencia de aquellos originales ocupantes, el mismo autor sostiene que “la descendencia entre unos pueblos y otros es también en ocasiones difícil de establecer, tanto desde el punto de vista de descendencia biológica (dados los procesos de mestizaje) como desde la óptica de la descendencia cultural (debido a las modificaciones que han sufrido las culturas indígenas, sujetas a potentes procesos de aculturación)”; pese a lo anterior, Aparicio mantiene que “siguen existiendo hoy día suficientes indicadores culturales” para reconocer a los sujetos del derecho indígena; Aparicio, Marco, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona, CEDECS, 2002, p. 15.

11 Cossío, José Ramón; Franco, Fernando y Roldán Xopa, José, *op. cit.*, nota 9, p. 162.

III. LA TENSIÓN ENTRE INDIVIDUO Y COMUNIDAD EN LOS DERECHOS INDÍGENAS

Aparte de los aspectos mencionados, la determinación de los sujetos del derecho indígena se enfrenta a la tensión que afecta a varios extremos del debate entre la perspectiva individual y la colectiva o comunitaria. En otras palabras, hay ciertos elementos normativos que sugieren que el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas está hecho en algunos casos para los indígenas considerados individualmente y en otros para los pueblos o comunidades indígenas. Se trata del relevante problema del titular de los derechos.

Para volver al caso mexicano, el propio artículo 2 constitucional, luego de ofrecer la conceptualización de pueblos indígenas que se ha explicado en los párrafos anteriores, define a las *comunidades que integran un pueblo indígena*, que son “aquéllas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”. Pueblos indígenas y comunidades que los integran son por tanto dos definiciones que, al menos en el contexto constitucional mexicano (pero no solamente en él), se utilizan para determinar a los sujetos del derecho indígena. La cuestión, de nuevo, tiene gran relevancia práctica pues si los sujetos son de orden colectivo, será la comunidad misma la titular de los derechos reconocidos por la Constitución (comunidad que actuará por medio de sus representantes, que serán quienes tendrán reconocida la personalidad jurídica para hablar en nombre de sus integrantes).¹²

Las preguntas que conviene al menos apuntar en este contexto son las siguientes: ¿se protege también a los indígenas que no vivan dentro de sus comunidades? ¿qué sucede con los indígenas que viven en las grandes ciudades? ¿se les aplican o no las disposiciones del derecho indígena y las eventuales leyes que se pue-

¹² Algunas cuestiones sobre los derechos colectivos son estudiadas por Torbisco, Neus, “El debate sobre los derechos colectivos...”, *cit.*, nota 4; *id.*, “La interculturalidad posible: el reconocimiento de derechos colectivos”, en Lucas, Javier de (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, CGPJ, 2001; *id.*, “Derechos colectivos”, en varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2002, pp. 155-160.

den dictar en la materia?¹³ ¿puede haber una relevancia indígena individual o tiene que ser necesariamente —para que se pueda expresar en términos jurídicos— colectiva? ¿y los indígenas que son migrantes y que se encuentren fuera de sus comunidades originales? ¿qué sucede con ellos? ¿pueden o no beneficiarse de las disposiciones aplicables a “los pueblos” y a las “comunidades indígenas”? ¿no sería mejor considerar no solamente a los pueblos y comunidades, sino en general a la población indígena o a los indígenas en lo individual, para lograr una cobertura más amplia y tendencialmente universal?¹⁴

José Ramón Cossío apunta, en referencia al caso del artículo 2 de la Constitución mexicana, que la existencia de los indígenas en lo individual sí se encuentra en ese precepto, pero “de algún modo oculta”.¹⁵ El mismo autor, sin embargo, identifica varios derechos que pueden ser de titularidad y ejercicio individuales; entre ellos se encuentran: a) el de ser considerados, no ser considerados o dejar de ser considerados como integrantes de un pueblo o comunidad indígena; b) el goce de las garantías individuales, derechos humanos y, en el caso de las mujeres, especialmente de su dignidad e integridad, frente a las autoridades tradicionales, y c) el derecho a elegir a sus autoridades.¹⁶

13 Un caso interesante al respecto es el resuelto por la sentencia T-496 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana en la que, entre otras cuestiones, la corte resolvió que el juez ordinario, al conocer de un proceso penal en el que se encuentre acusado un indígena por haber cometido un acto presuntamente delictivo fuera del territorio de su comunidad, debe valorar la pertinencia de devolverlo a ella para que sea allí juzgado. Al respecto, Solano González, Edgar, ponencia: “La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional colombiana”, XII Jornadas Lascasianas Internacionales, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 16 de octubre de 2002.

14 La “visión individualista” de la sociedad, concretada en la asignación también individual de los derechos fundamentales ha sido una de las principales críticas que las teorías comunitaristas han lanzado contra el liberalismo. Uno de los campos de confrontación de esta polémica, que no tiene un carácter solamente académico, ha sido el del reconocimiento de la subjetividad colectiva de las comunidades indígenas, lo cual se ha producido en algunos textos constitucionales de América Latina, pero solamente en referencia a cierto tipo de derechos (sobre todo, derechos relacionados con tenencia de la tierra y propiedad intelectual, como se menciona enseguida).

15 Cossío, José Ramón, “La reforma constitucional en materia indígena”, *Documento de trabajo*, México, ITAM, Departamento Académico de Derecho, núm. 21, 10 de septiembre de 2001, p. 20.

16 *Ibidem*, pp. 20 y 21.

En el ámbito internacional la cuestión tampoco está zanjada. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 da un reconocimiento jurídico a las minorías, pero prohíbe que se les nieguen algunos derechos específicos a *las personas que integren esas minorías*, con lo cual no resuelve la tensión individuo-comunidad que se está comentando. El texto de ese artículo es el siguiente: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Obviamente, existen casos en los cuales los ordenamientos constitucionales clarifican la cuestión, asignando expresamente los derechos de forma colectiva o de forma individual. Así sucede en el artículo 329 de la Constitución colombiana de 1991, que indica lo siguiente: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional... Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”. En el mismo sentido se puede citar el artículo 124 de la Constitución venezolana de 1999, cuyo texto, en la parte que ahora interesa, es el siguiente: “Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas”;¹⁷ este precepto es muy parecido al artículo 84.9 de la Constitución de Ecuador de 1998. Otros supuestos de titularidad colectiva de un derecho, de entre los varios que se podrían citar, se encuentran en el artículo 67 de la Constitución de Guatemala de 1985 y en el artículo 123 de la Constitución de Panamá de 1972 (tenencia comunal o colectiva de la propiedad agraria); véase también, en términos similares,

17 Para una primera aproximación a la regulación constitucional de los derechos indígenas en Venezuela, véase Iturraspe, Francisco, “Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originarias en la Constitución venezolana de 1999”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 431 y ss.

los artículos 20, fracción XI, de la Constitución brasileña, y 181 de la Constitución nicaragüense.

En suma, un primer obstáculo que han tenido que enfrentar los procesos de reforma constitucional para el reconocimiento del derecho indígena ha sido el relativo a la identificación del sujeto de ese derecho. Los resultados alcanzados por varios ordenamientos corroboran la afirmación que se hacía párrafos arriba en el sentido de que algunas de esas reformas se realizaron sin guía y sin rumbo, con resultados bastante dispares.

Pese a todo, algunos textos constitucionales han elegido dar por supuesta la identificación del sujeto, no aportando ningún elemento para llevarla a cabo. Tal es el caso de la Constitución argentina, que luego de su reforma integral de 1994, estableció en favor de su Congreso Nacional la facultad¹⁸ de:

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y arreglar la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones [artículo 75.17].

En el mismo supuesto se encuentra la Constitución de Bolivia, que en su artículo 171 dispone que:

Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las

¹⁸ Se trata en el caso argentino, por tanto, de una garantía institucional, no propiamente de "derechos" indígenas.

asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.¹⁹

IV. LA ARMONIZACIÓN ENTRE EL DERECHO NACIONAL Y EL DERECHO INDÍGENA

Una de las principales reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas ha sido la de contar con un reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico, es decir, con un “derecho al propio derecho”.²⁰ En la mayoría de ordenamientos constitucionales de América Latina esa aspiración ha sido satisfecha, con mayor o menor amplitud. Las dificultades, sin embargo, han surgido al momento de lograr una cierta armonía entre el sub-sistema jurídico indígena y el ordenamiento nacional. Particularmente intensas han sido en algunos casos las tensiones que se han registrado entre el derecho indígena y los derechos fundamentales recogidos en las constituciones, y asignados, como es lógico, a todas las personas sujetas al ordenamiento estatal, sean o no indígenas.

Las tensiones mencionadas se pueden dar en dos distintas dimensiones: una individual y otra organizativa o de naturaleza institucional. Conviene analizarlas por separado puesto que se trata de problemas cercanos, pero diferentes.

¹⁹ Casos parecidos se encuentran en la Constitución de Brasil de 1988 (artículos 231 y 232) y en la de Guatemala (artículo 66). Más ambiguo es el artículo 83 de la Constitución de Ecuador, cuyo texto es el siguiente: “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”; un comentario a este precepto puede verse en Aparicio, Marco, *op. cit.*, nota 10, p. 126.

²⁰ *Ibidem*, p. XII.

1. *El derecho indígena y los derechos fundamentales*

Varias Constituciones de América Latina les han otorgado a los pueblos indígenas autonomía para aplicar su propio sistema jurídico, normalmente integrado por “usos y costumbres”; el límite para dicha aplicación ha sido el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por los mismos textos constitucionales. Y es aquí, como se ha dicho, donde se han presentado algunos problemas de armonización. La cuestión principal parece ser la de cómo se debe entender ese respeto a los derechos fundamentales. Si el respeto debe ser amplio y total, las posibilidades de actuación de los usos y costumbres serían bastante limitadas;²¹ si ese respeto puede “ceder” o “matizarse” en algunos casos, el sub-sistema jurídico indígena tendría un mayor campo de actuación.²² Veamos un caso concreto que nos sirve para ilustrar lo anterior y que pone también de manifiesto algunas de las dificultades prácticas con las que se enfrenta la delimitación de los alcances de cada sistema jurídico. Se trata de un caso real, retomado por Rodolfo Vázquez de un testimonio que se encuentra en un libro del conocido indigenista Rodolfo Stavenhagen:

En una comunidad indígena de Oaxaca, un hombre mató a su amigo en una reyerta, ambos en estado de embriaguez. Después de varios días de discusión, el consejo de ancianos de la comunidad, como *autoridad tradicional*, decidió que el culpable, siendo soltero, debía casarse con la viuda de su víctima y sostener a los hijos de ésta. De esta manera, se resolvió el problema del sostén económico de la familia de la víctima, el culpable asumió su culpa y su responsabilidad, se evitaron conflictos potenciales entre las familias de ambos y se mantuvo el equilibrio social de la comunidad. Sin embargo, enterada la autoridad judicial del estado del homicidio cometido, quiso aprehender al asesino. La comunidad se negó a entregarlo y la autoridad gubernamental llamó al ejército para proceder en su

21 Véanse las consideraciones de la sentencia T-349 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana.

22 En este segundo supuesto habría que determinar los criterios y fundamentos bajo los que se podría llevar a cabo esa cesión o matización.

contra. Ante la posibilidad de un conflicto violento con la comunidad, el gobernador del estado decidió respetar la decisión de la comunidad.²³

Supongamos que a esa comunidad el sistema jurídico nacional le había reconocido autonomía para organizar su propio sistema judicial, el cual en consecuencia podía proceder a aplicar sus “usos y costumbres”. Con independencia de la valoración moral que nos merezca el caso narrado, cuestión que ahora no interesa, se plantean desde el punto de vista jurídico al menos las siguientes cuestiones: ¿es compatible, en materia penal, el sistema de usos y costumbres (un sistema no escrito, por tanto) con el principio de legalidad (concretamente con el principio de tipicidad)? ¿qué tipo de sanciones pueden aplicar las autoridades tradicionales? ¿se vulnera el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva? ¿qué sucede si el propio sub-sistema indígena —como es frecuente— no prevé un mecanismo para impugnar la decisión tomada por las autoridades tradicionales?²⁴ En cualquier caso, lo que no parece ofrecer muchas dudas —aunque ahora sea un asunto tangencial al tema que nos ocupa— es el peligro que supone instalarse en la ambigüedad de que un gobernador pueda decidir, por sí y ante sí, sobre la oportunidad de reconocer o no una decisión tomada por las autoridades indígenas; tampoco se ajusta a los patrones de un Estado democrático de derecho el que se llame al ejército para realizar tareas que le corresponden a las autoridades civiles.

En el caso narrado, hay que considerar que las dudas que puedan surgir sobre la compatibilidad de un uso y costumbre indígena con los derechos fundamentales, difícilmente podrá ser enjuiciada de forma legítima dentro de los dispositivos institucionales y normativos de un Estado (como el mexicano) que se ha caracterizado en la historia reciente justamente por violar esos mismos derechos. Ni tampoco tendrán una completa legitimidad (en sentido político,

23 Stavenhagen, Rodolfo, “Derechos de las minorías y tolerancia”, en Carbonell, Miguel; Cruz Parcerro, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales...*, cit., nota 4, p. 334.

24 Varias de estas preguntas han sido ya planteadas ante la Corte Constitucional colombiana; véase, al respecto, Solano González, Edgar, *op. cit.*, nota 13.

no jurídico, desde luego) los ministerios públicos o los jueces que conozcan de los eventuales procesos a que se pueda dar lugar por esas inconsistencias entre los sistemas jurídicos, que en tantas ocasiones han actuado de forma arbitraria, sobre todo contra los indígenas. Convergen en ese tipo de escenarios, y ante casos extremos como el que se ha mencionado, una *suma de ilegitimidades*, pues quien tendría que corregir una violación no tiene credenciales morales para hacerlo e incluso ha sido él mismo ejecutor de actos similares en una buena cantidad de casos.

La autonomía jurisdiccional para los pueblos indígenas está reconocida al menos en las constituciones de Colombia, Ecuador y México. El artículo 246 de la Constitución colombiana 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 contrarias a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.²⁵

Sobre este precepto la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido lo siguiente:

El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuan-

25 Este precepto está desarrollado por el decreto 436 de 1992 del Ministerio de Gobierno, relativo a la creación del Consejo Nacional de Política Indigenista y por la Ley 1088 de 1993, que regula la creación de asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.

to incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.²⁶

En sentido parecido a lo que se establece en Colombia, el artículo 191, párrafo cuarto, de la Constitución ecuatoriana dispone que:

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 a las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema jurídico nacional.

El apartado A del artículo 2 de la Constitución mexicana se ubica en la misma línea que los dos textos constitucionales que se acaban de mencionar; su texto es el siguiente:

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

En los textos transcritos aparecen tres elementos constantes: el reconocimiento de la autonomía indígena para aplicar su propio sistema jurídico, la limitación a dicha aplicación consistente en los derechos fundamentales establecidos en la propia Constitución, y la remisión al legislador para establecer los mecanismos de “vali-

26 Sentencia C-139 de 1996.

dación” o “compatibilización” de las decisiones de las autoridades indígenas por las autoridades judiciales no indígenas.

Ha sido Colombia el país donde se ha explorado con mayor profundidad el tema de los límites de la aplicación del derecho indígena. Su Corte Constitucional se ha tenido que pronunciar sobre la constitucionalidad de algunas sanciones de carácter penal impuestas por las autoridades indígenas y que, según algunos, se instalaban en la prohibición de penas inusitadas o incluso en el concepto de tortura; la misma corte se ha pronunciado sobre varios casos que, sin afectar a los derechos fundamentales, tenían que ver con el tema de la compatibilidad entre el sistema jurídico indígena y el nacional.²⁷

2. *Las instituciones indígenas y las instituciones nacionales*

Si en el apartado anterior el tema de la armonización entre el sistema jurídico nacional y el sub-sistema indígena tenía una connotación esencialmente individual, hay que mencionar ahora que dicho tema adquiere también una proyección colectiva; es decir, no se trata de la aplicación del derecho indígena a una persona concreta, sino de prácticas colectivas que, en algunos casos, pueden también generar algunas tensiones en el ordenamiento jurídico.

Son varias las Constituciones de la región que reconocen, junto a la autonomía jurisdiccional, la autonomía política de los pueblos indígenas para elegir a sus gobernantes según sus usos y costumbres. Concretamente en el estado mexicano de Oaxaca, de sus 570 municipios, 412 eligen a sus autoridades por distintos sistemas consuetudinarios, y no a través del sufragio universal y secreto (véase el artículo 25 de la Constitución oaxaqueña).²⁸ Según informes de la Organización de Estados Americanos, dicha forma

²⁷ Para una primera aproximación: Aparicio, Marco, *op. cit.*, nota 10, pp. 107 y ss., así como Solano González, Edgar, *op. cit.*, nota 13.

²⁸ Al respecto, González Oropeza, Manuel, “Usos y costumbres en las elecciones municipales de Oaxaca”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 433 y ss. Es también interesante para el tema que nos ocupa la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, aprobada por el Poder Legislativo local el 17 de junio de 1998.

de elección es compatible con “el pluralismo político, el derecho a la participación y la libertad de expresión”, aunque no sucede lo mismo en otros estados de la república mexicana, como es el caso de Chiapas.²⁹

La elección de autoridades por usos y costumbres está reconocida, no sin ciertas ambigüedades por lo que hace a sus límites, por la Constitución mexicana, la cual dispone que las comunidades indígenas tendrán autonomía para:

Elegir, de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados [artículo 2, apartado A, fracción III].

Lo que debe entenderse por respeto del “pacto federal” y las implicaciones últimas de la “soberanía de los Estados” es algo que deberá ser definido, en su momento, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues el texto constitucional no aporta elementos para llevar a cabo la determinación de su significado.

Ahora bien, de momento puede ser legítimo preguntarse qué sucedería si una parte de los integrantes de una población indígena decidiera que en vez de las elecciones por usos y costumbres, prefiere la realización tradicional de los comicios. ¿Se tiene un derecho individual —por otro lado reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y en la propia Constitución mexicana (artículos 35, fracciones I y II; 40, 41, 115 y 116) para todos los ciudadanos en general— a una determinada forma de organización electoral o dicho derecho debe ceder si se forma parte de una comunidad indígena? ¿se podrían anular unas elecciones realizadas por usos y costumbres por presuntas violaciones de otros derechos también constitucionalmente reconocidos?

29 Véase el informe sobre la situación de los derechos humanos en México, correspondiente a 1998 (capítulo VII); se puede consultar en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Mexico98sp>. Un panorama interesante sobre los derechos indígenas en las entidades federativas de México puede encontrarse en Olvera, Isidro, “Constituciones estatales y derechos indígenas”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *op. cit.*, nota 3, pp. 165 y ss.

¿una garantía institucional, como lo es la posibilidad de llevar a cabo elecciones por usos y costumbres, debe ceder o no frente a un derecho fundamental?³⁰

Mucho menos problemático —aunque no por ello indiscutible, desde luego— es el reconocimiento en favor de los pueblos indígenas de un sistema de representación especial en los órganos parlamentarios nacionales.³¹ Tal es el caso de la Constitución colombiana, que en su artículo 171 crea la figura de los senadores electos por las comunidades indígenas, los cuales “deberán haber ejercido un cargo de autoridad indígena”. Para la Cámara Baja, el mismo texto constitucional (artículo 176) permite al legislador la creación de una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos; en dicha circunscripción se podrán elegir hasta cinco representantes; se trata, en este último caso, de una variante del diseño *ad hoc* de las circunscripciones electorales, que se intentó utilizar en Estados Unidos de América hace unos años, pero que luego fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de ese país.³²

V. LA TENSIÓN ENTRE DERECHOS DE AUTONOMÍA Y DERECHOS SOCIALES

Por lo general, los grupos que, como los pueblos indígenas, reivindican cuestiones de reconocimiento, sufren también fuertes desigualdades por motivos económicos; las mujeres, que reivindican el reconocimiento de género, sufren discriminación en el empleo, en los salarios, en el acceso a los mejores puestos, etcétera; los afroamericanos en Estados Unidos de América padecen simultáneamente una discriminación cultural (el racismo entendido como menospre-

30 Para una primera aproximación al concepto de garantía institucional, Solozábal Echavarría, J. J., “Garantías institucionales”, en Aragón, Manuel (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, t. III: *Tribunal constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001.

31 En general, sobre los problemas de la representación de grupo: Young, Iris Marion, “Deferring group representation”, en Shapiro, Ian y Kymlicka, Will (eds.), *Ethnicity and group rights*, Nueva York-Londres, Nueva York University Press, 1997.

32 Sobre el tema: Ceccherini, Eleonora, “Eguaglianza del voto e rappresentatività delle minoranze: recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1997.

cio, la estereotipación como delincuentes, vagos, malos estudiantes, etcétera) y una discriminación económica (la relegación a los peores trabajos, mayor desempleo, menores salarios, entre otros).

Esto supone una cierta tensión en el sentido de que, para acabar con las discriminaciones por motivos culturales (o en otras palabras, para satisfacer las reivindicaciones de reconocimiento), se suelen crear *status* —jurídicos y sociales— diferenciados, en donde se trata positivamente a la pertenencia cultural hasta entonces discriminada; pero para terminar con la discriminación económica (o en otras palabras, para satisfacer la reivindicación redistributiva) lo que se intenta es un poco lo contrario, es decir, el lograr una igualdad a través de la extensión universal —sin diferenciación, por tanto— de los derechos fundamentales, sobre todo de los de naturaleza social y económica. Por ejemplo, en materia de género, Nancy Fraser señala que: “Mientras la lógica de la redistribución consiste en poner al género como tal al margen del juego, la lógica del reconocimiento consiste en valorar la especificidad de género”.³³

Los grupos que reivindican a la vez cuestiones redistributivas y cuestiones de reconocimiento son llamados por Fraser “comunidades bivalentes”, que se diferencian del resto en virtud tanto de la estructura socio-económica como de la estructura de la valoración cultural.³⁴ En casi todos los países de América Latina, los indígenas son una comunidad “bivalente”, pues padecen tanto discriminaciones por falta de reconocimiento, como de tipo socio-económico. Es lo que explica, tal vez, la separación y los objetivos distintos de sus reclamaciones, que lo mismo tienen como meta la autonomía política y administrativa, que las reivindicaciones sociales para combatir la desnutrición, la falta de desarrollo económico y la marginación social.

33 Fraser, Nancy, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era post-socialista”, *New Left Review*, Madrid, núm. 0, 2000, p. 139.

34 *Idem*, p. 137. De la misma autora, *Iustitia Interrupta*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 1997.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La constitucionalización de los derechos indígenas, pese a las tensiones que genera y que se han intentado apuntar de forma muy somera en los apartados anteriores, arroja saldos que en principio se pueden catalogar como positivos dentro del largo proceso de lucha por el reconocimiento de la dignidad de los pueblos indígenas. Su efecto más importante ha sido plasmar en textos jurídicos del máximo nivel la visibilidad que deben tener sus demandas, que hasta hace poco años habían estado permanentemente rodeadas de silencio, sin que nadie se sintiera aludido o asumiera alguna responsabilidad por las condiciones miserables de explotación en las que vivían (y siguen por desgracia viviendo) los indígenas.

Habiendo sido incorporadas a los textos constitucionales varias de las reivindicaciones indígenas, la teoría jurídica debe operar en su interpretación y análisis desprovista de toda candidez, de forma que sea capaz de aportar respuestas claras incluso para los casos más difíciles. Me parece que intentar obviar las tensiones a las que ya se ha hecho referencia y que se presentan no solamente desde una perspectiva teórica sino que están llamadas a tener evidentes repercusiones prácticas (como lo ilustran muy bien los casos colombiano y mexicano), no le hará ningún servicio ni a la teoría constitucional ni a los propios destinatarios de las normas jurídicas indígenas. Las tensiones existen y deben ser puestas en evidencia para poder ser resueltas. Resueltas, eso sí, con un ánimo de reconocimiento recíproco (que puede exigir modificaciones importantes a la forma tradicional de entender algunos conceptos jurídicos clásicos)³⁵ y sobre la base de la permanencia cultural de las co-

35 Como señala Diego Valadés, en referencia al caso mexicano: "Es obvio que después de siglos de preterición, la totalidad de las demandas de los indígenas no caben en el orden normativo ortodoxo nacional, construido para tutelar otros intereses. En este punto es indispensable aceptar que la renovación del orden jurídico es un imperativo de la realidad y, por supuesto, de la justicia. Si como consecuencia se tienen que dejar de lado algunos principios hasta ahora considerados inmutables, no se tratará sino de un tirón más en el proceso de cambio de toda sociedad libre y dinámica". Valadés, Diego, "Los derechos de los indígenas y la renovación constitucional en México", en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *op. cit.*, nota 3, p. 20.

munidades, las cuales no son un accidente histórico en los países de América Latina, sino la base misma de las actuales culturas del sub-continente, y representan un porcentaje importante de la población de sus respectivos países.

En este trabajo se ha intentado realizar una especie de diagnóstico de problemas, sin ofrecer soluciones a los mismos, las cuales son difíciles de encontrar y, me temo que en muchos casos, solamente podrán darse a partir del desarrollo de *praxis* jurisdiccionales concretas. Como quiera que sea, todavía se trata de un fenómeno relativamente nuevo, que en el futuro inmediato estará llamado a alcanzar un gran dinamismo.