

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

41

Edición especial sobre derecho indígena
Enero-Junio 2005

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO

 Agencia Danesa
de Cooperación
Internacional
DANIDA


NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS

REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución
del *Ombudsman*.....7
Roberto Cuéllar M.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América
Latina: Logros, límites y perspectivas.....17
Diego A. Iturralde G.

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho consuetudinario:
El caso del Perú.....51
Fernando Bazán Cerdán

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:
Balance y perspectivas.....83
Ricardo Colmenares Olívar

El sistema jurídico indígena en Costa Rica:
Una aproximación inicial.....119
Rubén Chacón Castro

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador.....151
Fernando García S.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa
Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?.....171
Clarisa Indiana Ibarra Rivera

La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia.....	195
<i>Ramiro Molina Rivero</i>	
Pluralismo jurídico y paz en Guatemala.....	209
<i>Guillermo Padilla</i>	
Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia.....	225
<i>Esther Sánchez Botero</i>	
La costumbre jurídica de los pueblos mayas.....	253
<i>John Schwank Durán</i>	
Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad.....	287
<i>María Teresa Sierra</i>	
Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua.....	317
<i>Lorena González Volio</i>	
El caso de la comunidad indígena <i>Yakye Axa vs. Paraguay</i>	347
<i>Andrés D. Ramírez</i>	

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas

*Diego A. Iturralde G.**

La disputa por el derecho: reclamo indígena y orden legal

Los movimientos indígenas han planteado el reconocimiento, vigencia y privilegio de un derecho propio que regule la vida social indígena. Este reclamo es evidentemente un medio para oponerse a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía. Esta reivindicación del derecho indígena aparece y prospera como un reto y como una posibilidad para reconfigurar la arena de la relación entre los pueblos y el Estado y forma parte de una amplia plataforma de demandas que incluye el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas, la seguridad sobre sus tierras y territorios, el derecho al desarrollo social, económico y cultural y niveles significativos de autonomía¹.

Aunque la razón de este reclamo es muy antigua, la reivindicación es relativamente nueva y se corresponde con un momento del desarrollo de las plataformas de lucha de los movimientos étnico-nacionales que en términos regionales se puede ubicar en la década de 1980. También ocurre –y esto no es casual– cuando los modelos

* El autor es coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Este texto no compromete una posición institucional.

¹ Un colectivo de dirigentes indígenas, abogados y antropólogos, convocado por el IIDH entre 1989 y 1991, preparó una síntesis de estos conjuntos de derechos reclamados por los indígenas, que permanece vigente. Una síntesis de ese esfuerzo se reproduce en el artículo “Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales y discriminación”, de mi autoría, en *Revista del IIDH* N° 39, enero-junio 2004, Págs. 233-256.

de dominación interna e internacional experimentan una aguda crisis y el papel regulador del Estado –y del derecho– son puestos en cuestión. En efecto, en los mismos años en que se desarrolla la reivindicación jurídica indígena varios países de la región han modificado sus textos constitucionales, han adoptado nuevas legislaciones y están reformando su institucionalidad. Si bien estas modificaciones recientes responden al proceso de modernización en general y tienen como eje la desincorporación de las funciones públicas y la liberalización de la economía, también incluyen normas expresas relativas al estatuto de las colectividades indígenas (pueblos, comunidades, parcialidades, etc.), afectan a instituciones legales que les atañen y a los recursos que les son esenciales para su vida.

Este doble proceso se basa en dos fenómenos que han estado presentes en la segunda mitad del siglo en toda la región: el pleno desarrollo de los Estados nacionales en lo que se refiere a la ocupación del espacio, la articulación de la población y el desarrollo del mercado interno; y el fortalecimiento de las configuraciones étnicas que estructuran formas de organización cada vez más sólidas y empiezan a plantear una serie de reivindicaciones que van más allá de las posibilidades del modelo nacional porque suponen privilegiar la diversidad, transformar el marco organizativo sobre el que se funda la organización del Estado tal como lo conocemos y supone cambiar las actitudes y las prácticas prevalecientes en la relación pueblos indígenas-Estados nacionales².

Ahora bien, la emergencia actual de los pueblos indígenas se debe a diversos factores y se presenta de distintas maneras según los países de que se trate. Natalia Wray³ ha propuesto reconocer una serie de factores para comprender el proceso de revitalización de los pueblos indígenas en Ecuador, que se puede aplicar a lo ocurrido en toda la región en los últimos años. Estos factores están relacionados

² He desarrollado estas ideas sobre la relación Estado-Pueblos Indígenas en varios textos anteriores. Entre otros, el citado en la nota anterior y los artículos: “Los Pueblos Indígenas y sus Derechos en América Latina” (*Crítica Jurídica* 11, México DF, IJ- UNAM, 1993 y *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1993), “Pueblos Indígenas y Estados Latinoamericanos: una relación tensa” en *Lo Pluri-Multi o el Reino de la Diversidad*, La Paz, ILDIS/PNUD, 1993.

³ Natalia Wray formuló estos puntos para el caso de Ecuador en su artículo “La construcción del movimiento étnico-nacional-indio en Ecuador: carácter y dimensión de su demanda”, publicado en *América Indígena* 49:1, marzo 1989. He desarrollado estas ideas en otros textos citados en notas.

con la territorialización de las sociedades indígenas; su inserción en los mercados nacionales; el surgimiento y fortalecimiento de formas de organización propias, capaces de impulsar plataformas de lucha que procesan las demandas locales de las comunidades hasta convertirlas en objetivos nacionales; y, la modificación de las formas de relacionarse con los gobiernos y con el conjunto de la sociedad, de una manera crecientemente política. Es en el curso de esa complejización de la relación con el Estado donde se configura esta tendencia –actualmente dominante– de exigir modificaciones en la legalidad y en particular el reconocimiento de un sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, a que se ha llamado alternativamente derechos indígena, costumbre jurídica, derecho consuetudinario y otras denominaciones.

La presencia y la fuerza de esta demanda jurídica de los pueblos indígenas plantea un problema fundamental para el destino de la nación, que no fue reconocido antes y que no se resolvió con la política de integración: el de la constitución de la nación como una unidad capaz de alojar la totalidad social, regular sus relaciones, representarla e impulsar un proyecto para su propio crecimiento y su perpetuación. Y pone en evidencia que la nación latinoamericana que se ha desarrollado hasta ahora no es una entidad política y jurídica capaz de construir la unidad de la totalidad social, sino que ha construido el Estado mediante la negación de una buena parte de esa totalidad. La pretendida unidad de la nación y el pretendido derecho de conducirla como si fuera realmente una unidad están siendo puestos en cuestión por estos pueblos revitalizados, reorganizados y convertidos en un nuevo actor social con un potencial mucho más alto.

Estas dinámicas ponen en evidencia además que no se trata simplemente de un resurgimiento de antiguas identidades sojuzgadas y sometidas por la modernidad, sino de la emergencia de identidades sociales construidas sobre la reversión de viejos estigmas y la puesta en operación de estrategias políticas y medios de significación de base étnica. Por estos factores y sus efectos los pueblos indígenas se han constituido en sujetos sociales y en actores políticos⁴.

⁴ He escrito sobre el tema en: “Los pueblos indios como nuevos sujetos sociales” en *Nueva Antropología* 39, México DF, 1990; y “Los Pueblos Indios y el campo indigenista” en *Seminario permanente sobre Indigenismo*, México DF, Instituto Nacional Indigenista, 1990.

En este texto me interesa explorar el estado de la relación entre estos dos procesos: reivindicación del derecho indígena y reforma constitucional y legal del Estado, como uno de los ejes en los cuales se ha concentrado las tensiones de la relación entre los pueblos indígenas y los Estados en los pasados años. El tema es desarrollado para algunos países y desde diversos puntos de vista y experiencias en los artículos que forman este número de la Revista IIDH, algunos de los cuales se refieren además a lo que se puede esperar sobre el tema en un futuro próximo, en un continente signado por el apareamiento de diversas líneas de desarrollo de la democracia. Sumo a tales observaciones algunas reflexiones en torno a las tendencias que se perciben en cuanto a los límites y posibles soluciones consideradas desde un punto de vista regional.

Debo advertir los temas antes indicados están tratados aquí a partir de una generalización: las tendencias que muestran en las últimas dos décadas el desarrollo de los movimientos indígenas, la reforma de la legislación y la modificación de las políticas estatales. Es posible que esta generalización extrapole fenómenos de una realidad muy diversa, pero es posible también que esta extrapolación contribuya a atisbar el porvenir. Hace falta reconocer los diferentes escenarios en los cuales esta relación se está dando ahora y su diverso destino, tarea que no se acomete en este texto⁵.

En una segunda parte, este artículo hace una breve consideración acerca de diversas formas de mirar y comprender la cuestión del derecho indígena, que vienen marcando el trabajo académico, el quehacer institucional y el desenvolvimiento de las plataformas de los movimientos indígenas.

El reclamo de un derecho propio: pluralismo jurídico e interlegalidad

El derecho consuetudinario indígena o derecho propio

El desarrollo de las plataformas de los movimientos indígenas tiende a llevar las demandas de las comunidades y pueblos a su

⁵ Preparé un estudio prospectivo para UNESCO en 1988 con el título “Naciones Indígenas y Estados Nacionales en América Latina hacia el año 2000”. En él analizo estas tendencias en diversos escenarios subregionales.

expresión jurídica más alta: la reivindicación es relativamente reciente y resulta posible reconocer su evolución. Desde el reclamo de escuelas para el campo, hasta el del derecho a una educación bilingüe-bicultural administrada por los mismos pueblos; desde la lucha por las tierras y la reforma agraria, hasta el derecho a un régimen territorial indígena; desde el establecimiento de las primeras formas de organización legal (las comunas, los sindicatos agrarios, etc.) hasta la formulación de un estatuto de nacionalidad; hay una historia que atraviesa el campo del derecho y que viene de las demandas por el cumplimiento de la ley y va hacia la exigencia de un régimen de pluralismo jurídico.

En este tránsito el movimiento social crea y utiliza una serie de signos a los que carga con el sentido de sus reivindicaciones y con el cual va generando un discurso cada vez más complejo. En el caso de las nociones de nación y nacionalidad indígena, territorio étnico y, para el tema que nos ocupa, derecho consuetudinario.

La noción de derecho consuetudinario y otras que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena, etc.) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas.

A partir de esta noción de derecho consuetudinario como un vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autorregularse se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplio espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían considerarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal. Por esta vía se *reifican* las costumbres: esto es, se les atribuye una materialidad y una estabilidad que las hace equivalentes a las normas positivas, con la única limitación de la carencia de una expresión estandarizada (escrita). Este proceso implica la construcción de un objeto de conocimientos relativamente aislado de las prácticas concretas en las que existen como normatividad implícita y conlleva el proponerlas como parte de un código de comportamientos. Así, para reivindicar el derecho se *reifica* (es decir le da existencia material real) la costumbre y se tiende a convertir a ésta en un otro *derecho*.

Esta *reificación* de la costumbre como derecho consuetudinario puede ser legítima y eficaz en la lucha ideológica del movimiento indígena. Sin embargo no deja de plantear algunas inquietudes conceptuales y metodológicas. Vale la pena preguntarse en primer término acerca de la pertinencia analítica de procedimiento mediante el cual se pretende crear normas jurídicas alternativas a partir de hechos sociales y culturales que tienen su propia naturaleza. Las relaciones de familia, por ejemplo, han sido objeto de una abstracción –antropológica– como normas sociales y de otra abstracción –jurídica– como normas jurídicas. A partir de unas y otras se han construido modelos (el parentesco) y regulado el derecho de familia. Ahora bien, cuando oponemos al Código Civil las costumbres según las cuales una comunidad o una cultura se representa las relaciones de parentesco, operamos un *enroque* que puede ser útil par poner en evidencia la distancia entre la ley y la vida cotidiana, pero este contraste no garantiza que las segundas puedan ser propuestas como normatividad alternativa. Lo mismo cabe plantearse respecto de las representaciones culturales de las formas de distribución y apropiación de los recursos, de la organización del ejercicio de la autoridad, de los mecanismos de generación del consenso y de eliminación del disenso y otras tantas operaciones de transformación mecánica de la costumbre *reificada* en norma jurídica alternativa. Indudablemente hay una distancia epistemológica que debe ser conservada y en todo caso superada mediante procedimientos metodológicos más rigurosos.

Entre la ley y la costumbre

Otra preocupación sobre este procedimiento se refiere a la introducción sistemática de cierto maniqueísmo en la valoración de la relación normas-prácticas. El discurso sobre el derecho consuetudinario (y en general sobre el derecho indígena), que se basa en una crítica justa de la inadecuación de la ley, tiende a valorar la costumbre como “buena” y la ley como “mala” en virtud de su origen (una suerte de maniqueísmo genético). Esta operación está presente en muchas otras consideraciones sobre el mundo indígena cuyas bondades se mitifican más allá de su eficacia y de su pertinencia sobre la base de la legitimidad de su origen. El proceso de *reificación* de las costumbres indígenas no solamente que vuelve a estas cosas, sino que las vuelve “cosas buenas”. Evidentemente

este maniqueísmo se corresponde, como un espejo, con las actitudes de signo inverso que han prevalecido durante siglos y que minusvaloraron y satanizaron ex-oficio, las prácticas culturales indígenas.

Estrechamente vinculado con el peligro anterior surge otro relacionado con el ocultamiento de la realidad. La interpretación de las representaciones de la cultura como un código normativo y la tendencia a proponerlo como un sistema de normas alternativas contribuye a la construcción de un imaginario cultural capaz de explicar y justificar en su nombre cualquier hecho social. Una vieja tradición de la antropología instaló las nociones de armonía y funcionalidad en la conceptualización de las comunidades y las culturas tradicionales y consideró a las transgresiones como rupturas eventuales de este orden esta tradición parecería estar inspirando todavía (o nuevamente) el esfuerzo en torno al reconocimiento del derecho consuetudinario. Desde esta perspectiva, el imaginario cultural del que cuenta el trabajo de los antropólogos, viene a ser una especie de código ideal, no escrito, para la regulación de los comportamientos y, por lo tanto, la fuente natural de un derecho alternativo. Esta visión sin embargo no se plantea seriamente la posibilidad de que las competencias y contradicciones sean la verdadera naturaleza de esas comunidades tradicionales y por tanto de ese imaginario y de que las normas que de él emergen expresen un conjunto de imposiciones para asegurar un orden de cosas que aloja desigualdades, exclusiones, imposición de intereses sectoriales, etc.

Muchas otras preocupaciones podrían ser planteadas en torno de este tema relacionadas por ejemplo con la eficacia de las normas, su aplicabilidad, la pertinencia de tornarlas positivas y por tanto eliminar las ventajas de su plasticidad. La presencia de estas inquietudes pone de manifiesto la falta de ejercicios analíticos más profundos y, probablemente, de nuevos avances en el desarrollo de la plataforma del movimiento indígena. Lamentablemente en los últimos años la actividad analítica se ha quedado a la saga del movimiento social y se muestra débil para contribuir a consolidación de sus propuestas; hay más condescendencia que crítica.

Usos de la ley y usos de la costumbre: el recurso a la interlegalidad

Una exploración posible de este campo basado en la constatación de que el así llamado derecho consuetudinario o la costumbre indígena en torno al control normativo no existe ni funciona de manera aislada, sino en una interrelación con la ley. Me parece que esta exploración ofrece, sino mejores, por lo menos una mayor cantidad de opciones para profundizar en el tema y comprender mejor el destino de la reivindicación indígenas de un derecho propio.

La reivindicación de un derecho propio tiene, genéricamente, una utilidad política equivalente a la que –en otros momentos y condiciones– puede tener el reclamo de la aplicación cabal de las leyes vigentes o la adopción de legislaciones que reconozcan y protejan el patrimonio cultural indígena. Se inscriben en el plano de la lucha ideológica pues no existen verdaderamente condiciones para una negociación o concertación del ejercicio democrático del poder.

Pero estos usos político/ideológicos, no son los únicos. Hay otros que transcurren sin mayor espectacularidad, en las luchas cotidianas de las comunidades, que son –a mediano y largo plazo– elementos centrales de las plataformas generales de lucha e instrumentos eficientes en el esfuerzo por sobrevivir social y culturalmente.

Los indígenas recurren a sus costumbres jurídicas –a su derecho consuetudinario– como una táctica para sustraer del impacto del régimen jurídico nacional algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva, o que quedan mejor protegidos al margen de tal régimen. Arreglos familiares endogámicos, formas particulares de heredar, fragmentación de predios por debajo de los mínimos permitidos por legislaciones agrarias, concertaciones de prestación ocasional de mano de obra y arreglo de disputas originadas en este tipo de relaciones, son –deliberadamente o no– “ocultadas” de la ley y puestas bajo la tutela de las costumbres locales, aún en aquellos casos en que éstas impliquen mayores restricciones, pero siempre que doten de suficiente legitimidad.

Otro uso importante y creciente de las costumbres jurídicas indígenas se puede apreciar en los procesos jurisdiccionales y administrativos, cuando ellas son exhibidas como argumentos *ad-litem* para reforzar sus reclamos, deducir excepciones o influir sobre el criterio del juez. En el campo del derecho procesal penal la

costumbre es presentada frecuentemente como atenuante –o agravante si es el caso– de delitos que involucran a indígenas, junto con otros argumentos como la particularidad lingüística, la falta de información, etcétera. Un uso parecido de las costumbres jurídicas se aprecia en los procesos de conciliación ante autoridades informales o de ínfima instancia.

Es más frecuente, sin embargo, el uso combinado de la costumbre y la ley para construir estrategias de negociación y de enfrentamiento de problemas que afectan a las comunidades indígenas. Con muy pocas excepciones, todos los pueblos indios contemporáneos están bajo la influencia de los sistemas estatales de regulación y control, y manejan una versión –limitada y a veces errónea– de las principales disposiciones legales. Más aún, buena parte de las prácticas que atribuimos a la costumbre (o a un derecho autóctono) son resultado de la internalización de las leyes y de su particular aplicación e interpretación. Estas estrategias implican un doble juego, de los terrenos de disputa y de las reglas del juego, entre el ámbito comunal (e intercomunal) y el ámbito nacional, entre las costumbres y la ley. Uno y otro son utilizados como campos eminentemente simbólicos, no necesariamente en el estricto sentido de sus efectos formales. La recurrencia a la costumbre se orienta más claramente a la construcción del consenso interno o a la consolidación de aquellos puntos de acuerdo entre las partes. La Ley entra en juego para ejercer presión sobre los desacuerdos y para forzar salidas viables a los conflictos.

Es importante subrayar que en este último contexto, la costumbre y la ley juegan un papel disuasivo, en el cual no es precisamente la resolución formal, sino el amago, el que actúa sobre la litis. La Ley, en sus aspectos más formales, pasa a ser parte de la magia con que se enfrentan las situaciones, mientras la costumbre tiende a presentarse como el marco normativo formal en que éstas se ventilan (la etiqueta de los procedimientos). La manipulación de una u otras es parte sustancial de la vida legal de las comunidades indígenas y, sobremanera, de la ventilación de las diferencias intercomunales. Así como a los estudiosos nos entusiasma el descubrimiento y análisis del derecho consuetudinario, así los indígenas –y principalmente los campesinos– fetichizan la ley.

Si bien este uso combinado se hace más evidente cuando se trata de la solución de conflictos no está ausente de todas las otras

situaciones que se configuran en la arena de la legalidad, como la regulación de la vida cotidiana (familia, herencia, socialización en general), la organización de la gestión comunitaria y el establecimiento de los sistemas de prestigio y de autoridad. Este hecho permite pensar que, por más inadecuada que sea la ley, siempre modifica las prácticas sociales y contribuye a su transformación y que la costumbre jurídica –aquel vago conjunto de normas que reconocemos como derecho consuetudinario– es un resultado contemporáneo y vigente de la vida social y del creciente enfrentamiento entre la dinámica del desarrollo del Estado como forma de dominación y la permanente reconstitución de las configuraciones étnicas para enfrentarlo.

La cuestión de los indígenas en las reformas constitucionales

Una década de reformas constitucionales

La tradición constitucional latinoamericana –aún en los países que han optado por algún tipo de federalismo– se funda en un proyecto de unidad nacional que no deja resquicios para el reconocimiento de la diversidad. Cualquier tratamiento excepcional a los indígenas en las primeras normas republicanas desapareció con el liberalismo y nunca fue retomado por las revoluciones y reformas de este siglo⁶. A finales de la década de 1970 algunas constituciones –nuevas o reformadas– incluyeron menciones a la temática indígena sin tocar esa vocación unitaria; las más recientes implican transformaciones más sustanciales. El curso que siguen los textos constitucionales muestran una tendencia al quiebre de la tradición.

Las reformas constitucionales procesadas entre 1988 y 2001⁷ en varios países de la región son sensibles de alguna manera a las demandas étnicas contenidas en esta problemática. Los nuevos textos constitucionales contienen algún tipo de reconocimiento de la

⁶ Paradójicamente, las dos revoluciones con mayor base indígena, las de México y Bolivia, ambas nacionalistas y agraristas, ignoraron la temática de los pueblos indígenas al momento de darse sus constituciones. Las reformas de los sesentas (Perú, Ecuador, Chile, Colombia) tampoco lo hicieron.

⁷ En dicho período se reformaron en este sentido las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala (no aprobada) México (1993), Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. La de México fue objeto de una nueva reforma en 2001 que amplió de un modo importante la reforma anterior.

diversidad cultural y lingüística y, en algunos casos, establecen regímenes de derechos específicos.

Las constituciones adoptadas o reformadas entre 1988 (Brasil) y 2001 (México) responden en diversas medidas a los planteamientos de los movimientos indígenas. Algunas son respuestas mínimas muy poco satisfactorias (como las de México, por ejemplo), otras de compleja aplicación práctica (como la de Colombia) y casi ninguna ha sido seguida del desarrollo deseable de legislación secundaria y de reformas institucionales que faciliten su aplicación (probablemente los casos de Bolivia y México son los que más lejos han llegado en este sentido).

Ahora bien, estas nuevas normas constitucionales que en conjunto reflejan y acogen las aspiraciones formuladas por los movimientos indígenas y en algunos casos crean oportunidades de avance de los movimientos indígenas en sus reivindicaciones centrales, se dan en el marco de procesos principalmente orientados a modificar el modelo de organización del Estado y de la economía, para adecuarlos a las nuevas condiciones globales. Esas reformas al modelo económico y político si han sido seguidas de la adopción de nueva legislación y cambios institucionales importantes. Frente a esto cabe mencionar la necesidad de examinar más detenidamente y a la luz de sus impactos reales acerca de la correlación que existiría entre esas reformas macro (del modelo de Estado y del modelo económico) y estas reformas micro (de los derechos de los pueblos indígenas); así como la suerte que corre la aplicación las mismas. Hay algunos aspectos en que las reformas sobre los derechos indígenas aparecen como funcionales a las reformas estructurales; tales los casos (para mencionar solamente los más comunes) de:

- Las normas sobre tierras y territorios indígenas, que contribuyen claramente a clausurar el rezago agrario y formalizar el mercado de tierras y recursos naturales;
- Las relativas a la transferencia de los derechos de protección y aprovechamiento sostenible de los recursos ambientales a los mismos pueblos y a los socios que pudieran conseguir;
- El fortalecimiento y la habilitación de los actores locales para heredar las funciones y responsabilidades (en los campos de la educación, la salud y el desarrollo social) de un Estado que se adelgaza, se descentraliza y privatiza sus empresas;

- La promoción de formas alternativas de resolución de la conflictividad social, cada vez más lejos de la función reguladora del Estado: y,
- El reconocimiento y respaldo para formas tradicionales de prestación del trabajo que abre causas para la flexibilización del mercado laboral en el medio rural.

Cabe reconocer también que en algunos casos la introducción de reformas favorables al reconocimiento de los derechos indígenas, han cumplido una función de legitimación de la democracia (por su ampliación aparente), de contención de la presión de los movimientos indígenas y de reconocimiento de un actor destinado (entre otros) a reemplazar socialmente a las formas anteriores de organización y representación de clase, como los sindicatos y gremios, disfuncionales al nuevo modelo. Los desempeños electorales de los movimientos indígenas (o de base indígena) en Ecuador, Bolivia y otros países dan testimonio de estas funciones y de estos efectos de los cambios en la normatividad.

Esta lectura de las reformas constitucionales y legales puede aplicarse igualmente al impacto de las tendencias provenientes de la esfera internacional. Así, al mismo tiempo que la acción de la cooperación internacional de variado tipo internaliza nuevos principios de política y normas de desarrollo, favorables a la promoción de los derechos indígenas y de un tipo de desarrollo autogestionario y culturalmente apropiado, presiona también en el sentido de las reformas (neoliberales) antes mencionadas.

Algunos resultados de las reformas

Los asuntos más tempranamente recogidos por las constituciones son los relativos a las *lenguas y las culturas indígenas*⁸. Estas normas, en varios casos hicieron posible el establecimiento de la educación bilingüe, promovieron la protección de las tradiciones y en algunos casos incluyeron cierto grado de reconocimiento de la existencia legal de las organizaciones tradicionales indígenas. La

⁸ Lo hacen primero las constituciones de Ecuador (1979, reformada en 1998), Perú (1979-modificada) y Guatemala (1985) en momentos de “transición a la democracia”. Posteriormente lo hacen con mayor amplitud las de Panamá, Nicaragua, Brasil, México, Colombia y Paraguay. En Argentina y Bolivia han adoptado en 1994 reformas constitucionales en este sentido.

tendencia es que las reformas más recientes mencionan otros aspectos como las costumbres, creencias, tradiciones y valores indígenas, lo cual en alguna medida abre posibilidades a la legitimación o despenalización de ciertas prácticas como el ritual, la medicina, la tecnología. Dos constituciones garantizan la “identidad étnica” como un derecho fundamental⁹.

En términos generales no parece que el reconocimiento y protección de las lenguas y culturas encuentren resistencias en la tradición constitucional; el alcance de las disposiciones es muy variable pero encuentra su límite en la equiparación del valor legal de las prácticas indígenas con aquellas consagradas como oficiales de la nación (idioma, cultura, religión)¹⁰. La mayor amplitud de estos reconocimientos no implica necesariamente una aceptación de la multiculturalidad de la nación ni de sus consecuencias¹¹.

Otro asunto tratado en los textos constitucionales es el de *la comunidad indígena como forma de existencia social*¹². Varios textos reconocen y garantizan su existencia como unidad básica de organización en el campo, algunos las dotan expresamente de personería y capacidad legal y les otorgan carácter de entidades de derecho público¹³. Las consecuencias jurídicas y políticas de este reconocimiento son importantes con relación a las posibilidades de participación en la vida pública, el ejercicio de autoridad y la adquisición y defensa de derechos colectivos sobre recursos claves.

Las soluciones que se acercan a un régimen de autonomía relativa (comarcas, territorios indígenas, regiones autónomas, organizaciones territoriales, circunscripciones indígenas) son todavía excepcionales. La tendencia de las reformas en este tema es todavía incipiente, podría evolucionar hacia la creación (como en Colombia)

⁹ Nicaragua (1987, Art. 89); Paraguay (1992, Art. 77).

¹⁰ El único caso de equiparación legal de las lenguas es el de Paraguay (Guaraní y Español). Paradójicamente este hecho no implica ninguna ventaja para los pueblos indígenas de ese país.

¹¹ Fenómeno muy claro en el caso de la Constitución de Guatemala (1985) y en la práctica de sus instituciones.

¹² Mencionado en las Constituciones de Perú, Guatemala, Nicaragua, Colombia, Bolivia, Panamá, México; los textos utilizan diversas denominaciones: comunidades, parcialidades, ejidos, comarcas, resguardos...

¹³ Constitución de Colombia (1991), Reforma Constitucional de Bolivia (1994).

de un régimen administrativo (más que patrimonial) para asegurar recursos a los pueblos indígenas¹⁴.

Estrechamente vinculados a los dos aspectos anteriores aparece en algunos países el tema de *las costumbres jurídicas o el derecho consuetudinario indígena* como un mecanismo para mejorar el acceso a la jurisdicción del Estado o para subsidiarla. Hay por lo menos siete textos de rango constitucional que se refieren de algún modo a esta posibilidad¹⁵, pero todavía no hay experiencias de aplicación que permitan valorar su efectividad. Más que del reconocimiento de un derecho parece tratarse del reconocimiento de una debilidad del sistema de administración de justicia, por lo que su curso en el futuro dependerá mayormente de la reforma y modernización de estos sistemas. Como se puede apreciar en los artículos de esta Revista este asunto está encontrando resistencias muy altas en tanto pretende ser puesto en práctica.

Este tema esta a la misma vez vinculado con el de la *justicia indígena*, debido principalmente a que el mantenimiento de un sistema deficiente de administración de justicia que no garantiza un acceso equitativo para toda la población, ni toma en cuenta las particularidades étnicas y culturales, ni permite algún grado de autorregulación, ni valida las formas propias de arreglar los conflictos es uno de los aspectos poco atendidos en las reformas constitucionales. Entre otras razones por su complejidad.

Reformas constitucionales en México, Bolivia, Paraguay, Colombia y Ecuador reconocen algún valor a los sistemas tradicionales de realización de la justicia o a la sujeción voluntaria a las costumbres y tradiciones. Las normas constitucionales de Colombia y Ecuador posibilitan la combinación territorio–autoridad– justicia, pero aún no han sido puestas en práctica. Hay muchos esfuerzos pendientes para hacer viable una solución desde la perspectiva del pluralismo.

¹⁴ Los sistemas comarcales en Panamá, de Autonomía Regional en Nicaragua, de Entidades Territoriales Indígenas en Colombia y de Organizaciones Territoriales de Base en Bolivia, muestran el derrotero posible de una tendencia regional.

¹⁵ Nicaragua (Estatuto de Autonomía, Art. 18), México (Reforma al Art. 4, 1992), Colombia (1991: jurisdicciones indígenas), Paraguay (1992: sujeción voluntaria y normas consuetudinarias), Bolivia (1994: capacidad de las autoridades locales indígenas para resolver asuntos internos según sus costumbres), Ecuador 1998 y Venezuela 2001.

En relación con *los recursos materiales de y para los indígenas* la tradición constitucional ha sido tutelar y se ha referido principalmente a la propiedad comunitaria y a la parcela campesina. Asegurados como derechos eminentemente civiles (propiedad, usufructo, posesión) han sido protegidos poniéndolos fuera del mercado (no embargables, no enajenables, no divisibles...) o reservando el dominio para el Estado.

En años recientes el régimen de las tierras indígenas, aparentemente resuelto por las reformas agrarias enfrenta tres tipos de presiones: la necesidad de garantizar los territorios tradicionalmente ocupados por pueblos indígenas con patrones de asentamiento y uso muy distinto a los de las comunidades agrarias¹⁶; la aspiración de los indígenas de tener algún tipo de dominio y/o participar en el aprovechamiento de los recursos naturales accesorios al suelo cuando estos vienen dejando de ser patrimonio de la nación y son crecientemente privatizados y, la conveniencia de desamortizar las tierras campesinas para convertirlas en un factor financiero más dinámico en la economía rural.

Prácticamente todas las constituciones reformadas mantienen mecanismos de protección de la propiedad campesina e indígena, si bien tienden a liberalizar un poco el mercado de tierras. Innovaciones constitucionales recientes exploran nuevas alternativas frente a los retos que van más allá del régimen tradicional de propiedad. Colombia incluye en el régimen de las Entidades Territoriales Indígenas las medidas de protección de la propiedad (del resguardo y de las parcelas), la regulación del uso y disposición y la administración de los recursos naturales, todo bajo responsabilidad de las autoridades de la entidad que son al mismo tiempo autoridades indígenas y públicas. Brasil reconoce las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios, les garantiza su amplio disfrute y conservación y establece una tutela estricta (del Congreso Nacional) y normas precisas sobre la explotación de los recursos naturales. Nicaragua comparte el dominio y transfiere la administración de los recursos a los gobiernos regionales autónomos (mayoritariamente indígenas). Bolivia reitera la protección del Estado al solar campesino, extiende este concepto a las tierras comunitarias de

¹⁶ El más recurrente reclamo y las más espectaculares movilizaciones indígenas de los últimos años se refieren a este asunto.

origen¹⁷ e insinúa alguna autoridad de los derechohabientes indígenas sobre el uso de los recursos naturales¹⁸, Ecuador crea un sistema de circunscripciones territoriales indígenas que en alguna medida protege la propiedad comunal, permite el reconocimiento de áreas territoriales ocupadas por pueblos indígenas y el establecimiento de formas de administración de los recursos renovables.

En un sentido aparentemente contrario, la norma constitucional de Perú levanta las restricciones sobre tierras de campesinos/nativos para ponerlas en el mercado como medios de asociación y de garantía en el establecimiento de empresas comunales y multicomunales y México pone el destino de las tierras colectivas (incluyendo bosques) en manos de las autoridades comunales y ejidales con miras a aprovechar las oportunidades de asociación con el capital¹⁹.

El panorama en el campo de los recursos no está aún claro. Las soluciones futuras seguramente enriquecerán el principio constitucional generalmente aceptado de la función social de la propiedad con el concepto relativamente nuevo de servicio a la conservación de la biodiversidad y cambiarán paulatinamente el concepto de tierras estatales por el de recursos bajo autoridad del Estado. Estas reformas están evidentemente muy lejanas todavía.

Curiosamente el destino de las tierras y recursos naturales de los indígenas empieza a depender de su posibilidad de asociarse al capital de los empresarios agro-comerciales más modernos. Mientras tanto el Estado neoliberal quiere tener cada vez menos que ver en la regulación de la relación entre propietarios.

Cambios recientes en los textos constitucionales y legales de varios países latinoamericanos reconocen en alguna medida principios de *territorialidad* y *autonomía indígena*. Unos se limitan a reconocer, bajo diversas denominaciones, aquellas porciones más o menos extensas que han sido tradicionalmente ocupadas por los indígenas, cuya posesión se propone proteger de la presión externa

¹⁷ Expresión que para algunos analistas y autoridades gubernamentales sería un equivalente eufémico de territorios indígenas.

¹⁸ Colombia (1991, Art. 330), Brasil (1988, título VIII), Nicaragua (Estatuto de Autonomía), Bolivia (1994, Art. 171), Argentina (1994).

¹⁹ Perú (1993, Arts. 88 y 89), México (1992, Art. 27).

mediante demarcación y titulación. Las constituciones de Argentina y Paraguay lo hacen de manera declarativa; las de Brasil, Bolivia y Perú son más concretas en las formas de protección, pero en todos los casos se trata de un traslado y ampliación de las normas y las políticas sobre tierras y sobre propiedad colectiva. Los regímenes constitucionales de Colombia (Entidades Territoriales), Ecuador (Circunscripciones Indígenas) y Panamá (Comarcas) van más allá de asegurar el acceso a las tierras y otros recursos renovables y establecen principios de jurisdicción y competencia propios dentro de los territorios indígenas, lo que da a estos un carácter político, más que agrario. El régimen de Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua es indudablemente el que enfrenta de manera más integral la problemática política y territorial de una región multiétnica.

Esta evolución reciente de las políticas de reconocimiento territorial responde a la presión de los pueblos indígenas, quienes han protagonizado importantes marchas y movilizaciones para reclamarlos y a la necesidad de los gobiernos de atender problemas de impacto social y ambiental precipitados por factores como el desarrollo vial, la generación de hidroelectricidad y la penetración del turismo. Estas medidas influidas por la discusión y adopción del texto del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y otros instrumentos internacionales, que aproximan las definiciones de tierras y territorios e introducen el concepto de pueblos indígenas, elementos que juntos contribuyen notablemente a prefigurar la idea de territorio en su sentido político. Son importantes también los esfuerzos de la comunidad internacional por inducir y financiar procesos de aseguramiento territorial en regiones ambientalmente muy frágiles, ocupadas por pueblos indígenas. En la Amazonía se suma además la búsqueda de mecanismos para amortiguar los efectos del combate contra los cultivos, la transformación y tráfico de hoja de coca y del enfrentamiento con fuerzas militares irregulares.

Por último cabe resaltar la emergencia de una nueva dinámica, que no tiene que ver directamente con el uso de los recursos sino con reformas al régimen de división y organización territorial de la administración estatal, ligadas a los procesos de descentralización y transferencia de las funciones públicas. Allí donde estos procesos se están llevando hasta el nivel municipal (o aun a niveles más desagregados) pueden resultar en un fortalecimiento de las competencias en el nivel local, definido sobre una base territorial,

creando oportunidades para que sociedades locales –como las indígenas– reasuman ciertos grados de control político territorial. Probablemente este es el principal sentido que tienen la creación de las entidades indígenas ya mencionadas en Colombia, Ecuador y Bolivia, medidas que en algunos casos implican además reformas electorales que aumentan la incidencia de las comunidades locales en la selección de sus propias autoridades²⁰.

Los indígenas americanos lucharon siempre por la preservación de sus territorios, no únicamente como un medio de vida material, sino en el sentido de espacio simbólico y político de sus identidades. Hoy en día, prácticamente agotada la posibilidad de luchar por la restitución y redistribución de las tierras, los movimientos indígenas vuelven a plantear la reivindicación del territorio, cada vez con un énfasis más claro en el sentido político y simbólico que éste ha tenido o ha adquirido para su cultura. Tal como se puede apreciar en las demandas y movilizaciones recientes de los pueblos indígenas de Bolivia, Chile, Ecuador y México entre otros, sus plataformas incluyen el tema territorial como un elemento de la demanda de autonomía, de la misma manera que incluyen temas relacionados con el ejercicio de la autoridad propia, la supremacía de los usos y costumbres locales sobre las leyes nacionales y la posibilidad de resolver sus asuntos conforme a sus propios sistemas de administración de justicia.

Finalmente, hay un tema en la reforma constitucional que sería el más comprensivo de todos y que aún es muy incipiente: *el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural* de la nación y por tanto la disolución del horizonte de unidad comprendida como homogeneidad. De alguna manera las Constituciones de México (Art. 1, 2.), Colombia (Art. 7), Paraguay (Arts. 62, 140), introducen el reconocimiento a la pluralidad y el carácter “anterior al Estado” de los pueblos indígenas. Las constituciones de Bolivia –la primera–, Ecuador y Venezuela declaran a la nación como multiétnica²¹.

²⁰ En México, algunos estados permiten ahora la elección de autoridades municipales “por usos y costumbres”. En Ecuador se ha habilitado un nivel electoral sub-municipal (la Junta Parroquial). La Ley de Participación Popular en Bolivia ha establecido una suerte de Municipio Indígena. Las Entidades Territoriales Indígenas en Colombia son, además, distritos electorales.

²¹ El movimiento indígena de Ecuador ha planteado el reconocimiento constitucional del carácter multinacional del país.

Los temas pendientes

Hay cuatro aspectos especialmente problemáticos en la relación entre los pueblos indígenas y los estados que adquieren proporciones cada vez más importantes en el establecimiento y agudización de las tensiones que enfrentan los movimientos indígenas con los estados.

Acceso y distribución de los recursos esenciales para la vida

Evidentemente las reformas agrarias no consiguieron resolver de modo sostenible la cuestión de las tierras campesinas y varias décadas después de su aplicación, la escasez, el deterioro, la presión demográfica y la inseguridad jurídica son muy altas; tampoco hay soluciones satisfactorias sobre el acceso al agua y ninguna que haga posible el aprovechamiento de otros recursos como las minas, los bosques y el patrimonio natural y arqueológico. En las áreas de foresta tropical (tierras de nadie o patrimonio del Estado) únicamente se reguló la colonización y el régimen de concesiones; los territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas se han mantenido en la indefensión y han sido crecientemente acosados y disminuidos.

Ahora bien, los movimientos indígenas contemporáneos, al menos parcialmente incubados en movimientos agrarios, han desarrollado reivindicaciones nuevas, más complejas, que involucran el conjunto de los recursos naturales (y no únicamente el suelo) y atan su recuperación y mantenimiento a la conquista de atribuciones de control sobre el espacio. Esta nueva forma de luchar por los recursos encuentra sus límites en la idea de soberanía como atributo exclusivo del Estado y en el desarrollo de intereses empresariales internos y transnacionales.

En general no existe un régimen legal suficientemente amplio y elástico que permita asegurar los recursos para los pueblos indígenas en las diversas condiciones en que éstos se encuentran, más allá del derecho a la propiedad.

Realización de la justicia

El irrespeto de los derechos humanos de los indígenas y de sus derechos como pueblos ha sido frecuente, agravado por prácticas

discriminatorias y por deficiencias en los mecanismos jurisdiccionales. La intensificación del contacto con la vida nacional ha puesto a los indígenas en una situación cada vez más frágil respecto de la justicia y los ha vuelto víctimas de las más aberrantes prácticas de un sistema que se descompone crecientemente convirtiéndolos en blanco de acciones de represión de “nuevos” delitos como el terrorismo o el narcotráfico. Los movimientos indígenas demandan acceso a la justicia, pero también la capacidad de autorregular su vida de conformidad a sus costumbres y resolver sus problemas ante sus autoridades tradicionales. Otra vez el orden constituido, la generalidad de la ley y la unidad de la justicia limitan el desarrollo posible de estos reclamos.

Ejercicio de la autoridad y la representación

La exclusión de las formas indígenas de organización social, las limitaciones en el acceso a las instancias regionales y nacionales de poder y la marginación de la ciudadanía, llevan al movimiento a reivindicar autonomía y/o autodeterminación, así como a autoexcluirse de los sistemas formalmente democráticos (partidos y sufragio), alejarse de las instancias corporativas de gestión (sindicatos, asociaciones residenciales, vecinales) y substraerse de cualquier proceso de participación nacional, que se base en la renuncia de sus identidades y formas de actuar colectivas.

Participación en el desarrollo económico, social y cultural

Tradicionalmente marginados de las decisiones y de los beneficios del desarrollo, los pueblos y comunidades indígenas se plantean ahora tomar una posición de control sobre los asuntos que atañen a su propio desenvolvimiento, no únicamente mediante la participación en las instancias en las cuales se deciden e impulsan las intervenciones, sino tomando a su cargo y según sus propios valores y perspectivas tales acciones, con exclusión de las agencias públicas y los intermediarios privados. Esta reivindicación incluye la recuperación y fomento de sus lenguas, sus prácticas religiosas, sus formas propias de educación, tecnologías y medicina, compitiendo en el terreno de las funciones que ha tomado para sí el Estado y/o la Iglesia.

Las soluciones posibles

En cada uno de estos campos problemáticos hay asuntos que pueden resolverse por la vía de la negociación, otros parecen tener límites irresolubles en las condiciones actuales. Ninguna salida genuina provendrá –aún allí donde la presencia indígena es muy débil– de concesiones graciosas del Estado; serán resultado del desarrollo de las tensiones y de la elevación de las luchas indígenas hasta las arenas donde se resuelven los problemas del Estado y en las cuales sería posible conquistar transformaciones del modelo nacional (de desarrollo y de organización política) y nuevos cursos para la democracia.

La solución de las tensiones en torno al régimen de acceso a los recursos territoriales pasa por dos caminos: la factibilización de las demandas indígenas más allá de su alcance esencialmente ideológico y el de la reforma legal más allá del régimen de propiedad. Las reformas recientes a la tradición constitucional sobre los territorios tierras indígenas en Brasil, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, y Paraguay; algunas experiencias relacionadas con el régimen de administración de los recursos naturales, las reservas forestales y las áreas protegidas en Bolivia y Brasil; muestran un camino posible.

La solución que se dé a la demanda territorial deberá responder al mismo tiempo a la demanda de autonomía mediante la modificación del sistema de distribución de las competencias. Los pueblos indígenas y otros grupos que demandan genéricamente autonomía deberán comprenderla como una posibilidad en el marco de los procesos de reordenamiento y reorganización del Estado y desarrollar las capacidades necesarias para asumirla. Hay algunas propuestas para modificar los sistemas centrales de distribución y ejercicio de las competencias en favor de regiones, organizaciones locales y entidades indígenas, pero no hay todavía balances críticos de sus alcances y de su aplicación real.

El acceso a la justicia y la solución de una aparente oposición entre derecho indígena y derecho nacional combina soluciones en el régimen territorial (que define jurisdicciones), en el campo de las autonomías (que establece competencias) y en el sistema judicial (que fija procedimientos).

El desarrollo comprendido como un proceso de sustitución de las prácticas y valores tradicionales por otros adecuados a la

construcción de un destino nacional homogéneo, es por definición incompatible con el fortalecimiento de las identidades particulares y con el mantenimiento de la diversidad y las metodologías para fomentar la participación, largamente experimentadas, no desvanecen por sí mismas esta oposición. Las tensiones con relación al desarrollo provienen de su definición y se materializan en la exclusión de las perspectivas y de la gestión desde los beneficiarios. El carácter multiétnico y multicultural que ahora reconocemos en las formaciones nacionales demanda una nueva concepción del desarrollo como un impulso desde las culturas, los intereses y las maneras de hacer de las comunidades; una redefinición de los roles de los diferentes actores en los escenarios locales, nacionales e internacionales, así como condiciones de seguridad sobre los recursos, democracia en las decisiones y justicia en la distribución. Hace falta una modificación sustancial de la calidad y forma de la entrega de bienes y servicios, como lo demandan las organizaciones cuando plantean la necesidad de un desarrollo definido a partir de las características sociales y culturales de los pueblos indígenas.

Tal como lo ha propuesto recientemente la CEPAL al formular la estrategia de Transformación Productiva con Equidad (TPE), el desarrollo es un asunto ligado al crecimiento, pero también a la distribución y a “la integración social del sistema a través de una ‘ciudadanía moderna’ y activa, que de cuenta, por un lado, de la diversidad y la multiculturalidad, y por otro, del pleno disfrute del derecho a desarrollar sus identidades propias a los distintos grupos sociales que componen el tejido social de la región”. Tal “ciudadanía moderna” implica “... la existencia de actores sociales con posibilidades de autodeterminación, capacidad de representación de intereses y demandas, y el pleno ejercicio de sus derechos individuales y colectivos jurídicamente reconocidos”²².

Se trata entonces de desarrollar un modelo de democracia que efectivamente proteja los Derechos Humanos y promueva la participación de la sociedad como una poliarquía, esto es un sistema en el cual el poder está distribuido y tal distribución tiene significado para todos los ciudadanos y ciudadanas, en tanto les permita ejercer los derechos a tomar parte en las decisiones que afectan a la

²² Ottone, citado en Bello, Álvaro y Marta Rangel. *Etnicidad, “raza” y equidad en América Latina y El Caribe*. Santiago, CEPAL, 2000.

colectividad, exigir la debida atención de sus demandas, participar en el control de la legalidad y del ejercicio de la autoridad (la rendición de cuentas), y organizarse y actuar autónomamente en tanto sociedad civil.

En el campo del desarrollo económico, social y cultural, la diversidad étnica plantea muchos retos que aún no han empezado a ser enfrentados. En la coyuntura de la modernización y desde el fondo de la crisis, el reto del desarrollo con identidad se proyecta como el eje de la reorganización de todos los elementos que gravitan en la configuración de las tensiones entre diversidad social y homogeneidad del modelo: territorios, autonomía, justicia e identidad.

Una gestión de las transformaciones que permita vislumbrar soluciones posibles demanda una extensa revisión de las comprensiones y las prácticas que en el pasado instalaron los problemas.

Descubrir el derecho indígena y comprenderlo

Costumbres, sistemas, etiquetas de procedimiento

El establecimiento de los sistemas de normas que regulan la vida social de los pueblos indígenas ha sido una práctica recurrente de los etnólogos y antropólogos sociales, sea para analizar su estructura y funcionamiento, o para poner de relieve sus transformaciones. Sin embargo, solamente en algunos casos estos sistemas normativos han sido percibidos y tratados como expresiones jurídicas o cuerpos legales; esto ocurre más frecuentemente en estudios comparativos (interculturales) o cuando se trata de pueblos sujetos a la confrontación con otros que los ocupan y subordinan (situaciones coloniales en general). Los estudios contemporáneos sobre la situación y el desarrollo de los pueblos indígenas, no escapan a esta perspectiva, y es frecuente que se los describa y analice en contraste y en oposición respecto de las sociedades estatales de las que forman parte; y que los sistemas normativos de la estructura social y su operación sean establecidos como cuerpos jurídicos implícitos, y comparados con los estándares legales positivos. Esto es aún más frecuente en los trabajos que exploran la problemática política de estos pueblos, dirección que conduce casi invariablemente al análisis del campo del derecho.

Un proceso semejante se observa en otros campos del conocimiento, como la historia y la sociología del derecho, y el derecho comparado que, arrancando del análisis de las normas, transitan rápidamente hacia el estudio y comparación de las estructuras sociales a que éstas se corresponden. Ahora bien, cualquiera que sea la perspectiva metodológica y las bases teóricas desde las cuales se hacen los acercamientos al derecho indígena hoy en día, es posible reconocer algunas comprensiones alternativas que originan diversos tratamientos y usos de la cuestión.

Algunos investigadores consideran que existe un sistema jurídico autóctono, contenido en las reglas del juego de la estructura social y de su funcionamiento, que se expresa de manera más o menos directa en todas las prácticas sociales a manera de costumbre, y asumen la tarea de aislar y ordenar tales normas en un cuerpo al que llaman derecho consuetudinario. Esta labor se auxilia del concepto de institución jurídica (familia, propiedad, asociación) para construir conjuntos de reglas asociadas que se expresan como cuerpos de leyes. Consecuentemente, esta comprensión se propone codificar —en el sentido de dotar de expresión y ordenar— estas costumbres —o las normas que entrañan— para favorecer su preservación, su aplicación y su reconocimiento por parte del conjunto social. El ordenamiento de estos códigos de derecho consuetudinario puede asumir diversos principios clasificatorios: desde aquellos provenientes del derecho nacional, hasta los inspirados en las taxonomías propias de los pueblos indios y de sus lenguas.

Otro acercamiento importante al derecho indígena, menos holístico, consiste en el aislamiento y codificación de las normas que organizan las relaciones constitutivas de la comunidad o del conjunto de comunidades; o las que regulan los sistemas de distribución del prestigio y ejercicio de la autoridad. Esta alternativa presta atención preferente a aquellos fenómenos que de manera más clara están asociados a la existencia de normas expresas y generalmente aceptadas, donde la costumbre adquiere ciertos niveles de formalización jurídica. Los ensayos, desde esta perspectiva, tienden a proponer la existencia de ciertos principios que determinan derechos y obligaciones, y asumen la tarea de establecerlos como un patrón regulador de los comportamientos. Entre ellos están los principios de la reciprocidad, la gerontocracia y los sistemas de cargos. Consecuentemente, los trabajos realizados desde esta perspectiva privilegian las formas de organización interna de las

comunidades y pueblos, y proponen estatutos constitutivos de las asociaciones que podían ser sancionados legalmente para garantizar esas formas aparentemente autónomas de existencia legal y dotarlas de personería.

En el extremo contrario de los estudios sobre organización y funcionamiento social encontramos los análisis de situaciones de conflicto y construcción del consenso, en los cuales el establecimiento de los sistemas normativos es un recurso explicativo fundamental de donde se desprende una comprensión sobre el derecho indígena. Implica suponer que, independientemente de la existencia de normas anteriores y del grado de formalización que pudiera tener, las leyes existen en tanto están siendo manipuladas para enfrentar o resolver situaciones mediante procedimientos colectivos que se presentan bajo formas ritualizadas. No son, en este caso, las normas sustantivas (que establecen derechos y obligaciones), sino las adjetivas (que organizan los procedimientos) las que pueden ser aisladas; la acumulación de fallos y su reiteración dan origen a un derecho jurisprudencial que podría ser codificado como un derecho indígena²³. Esta manera de entender el derecho indígena como una virtud procesal enfatiza el papel de los actores que intervienen en las disputas y conciliaciones, que forman una élite de especialistas en el conocimiento y perpetuación de las prácticas jurisdiccionales y, por tanto, en la administración de la vida social.

Las tres perspectivas antes mencionadas suelen abstraer el hecho de que los pueblos indígenas se encuentran subordinados a sociedades nacionales que les han impuesto y les imponen un orden jurídico, del cual son en buena parte un resultado. Cuando la consideración de este fenómeno sí está presente, el derecho indígena es comprendido como el resultado de la asimilación de las normas legales nacionales por parte de las comunidades indígenas, según las condiciones particulares de articulación en la sociedad. Surge así una cuarta manera de definir el campo del derecho indígena que se plantea como objetivo establecer cómo las leyes son entendidas y utilizadas para regular la vida social o para dirimir conflictos, contextualizándolas en su universo cultural y expresándolas como parte de sus costumbres cotidianas. Algunos autores encuentran que este orden jurídico impuesto y externo, asimilado parcialmente, se

²³ Ver entre otras las contribuciones en este sentido los artículos de Teresa Sierra y de Françoise Lartigue, en el libro *Entre la Ley y la Costumbre* (citado en notas anteriores).

combina con prácticas y valores anteriores –algunos de los cuales son producto de asimilaciones y adecuaciones más antiguas– para formar un complejo al que cabe denominar costumbre jurídica indígena. Al contrario que en los casos anteriores, de esta comprensión se deriva la necesidad de profundizar en la comunidad indígena (y en los especialistas dentro de ella) el conocimiento de las legislaciones nacionales, para mejorar su capacidad de negociación y argumentación, y para desarraigar, en la medida de lo posible, las prácticas arcaicas que entorpecen su propio desarrollo y defensa en el terreno de las leyes.

La recopilación y análisis de las normas que, dispersas en varios cuerpos legales, afectan directa o especialmente a las poblaciones indígenas, constituye otra forma de abordar este campo de estudio; de tal ejercicio se deriva el establecimiento de un conjunto de derechos, obligaciones y principios de procedimiento que configura lo que sería un estatuto particular de los pueblos indígenas en el Estado. Desde esta comprensión del derecho indígena, se despliegan esfuerzos por alcanzar la promulgación de un cuerpo suficientemente amplio de legislación especial y excepcional que provea a los pueblos indios de un marco de protección eficiente en todos los campos de su interés. Una variación interesante de esta aproximación –particular de los casos de Estados Unidos de América y Canadá– es el estudio de los tratados (naciones indias-Estado nacional) y de la jurisprudencia de su aplicación, con el mismo propósito de establecer el estatuto legal indígena vigente.

Cabría señalar, finalmente, un modo adicional de abordar el campo del derecho indígena: la creación de una teoría jurídica alternativa basada en la crítica de las concepciones formales que soportan el derecho burgués, y que pretendería formular una comprensión congruente con el conjunto de los sistemas de representación de las culturas indígenas.

Hay, por lo menos, tres campos problemáticos relativamente nuevos respecto de los cuales se están desarrollando aproximaciones que involucran cuestiones de costumbre jurídica indígena y legislación estatal y que inducen a esta reflexión teórico-crítica: el impacto de la construcción de grandes obras, la explotación de yacimientos estratégicos, y el desarrollo de extensas plantaciones de materias primas básicas, en áreas tradicionalmente ocupadas y consideradas como territorios indígenas; el ejercicio, promoción y

defensa de los derechos humanos de los pueblos indios en tanto sujetos colectivos; y la prestación de asistencia legal para comunidades que organizan sus demandas y reivindicaciones desde una juridicidad y una cultura distintas. La antropología y la ciencia jurídica, por sí solas, no son suficientes para encarar estos asuntos, cada vez más claramente inscritos en la arena de la política.

Estas diferentes maneras de comprender lo que genéricamente denominamos derecho indígena no son necesariamente excluyentes; se encuentran en la práctica formas combinadas de abordar el tema que dependen en buena medida de los usos hacia los que están orientados los trabajos, así como de las perspectivas teóricas y metodológicas desde las cuales se enfrenta el tratamiento de la cuestión indígena en general.

Una comprensión congruente con la del desarrollo de la plataforma de los movimientos indígenas supone reconocer que el derecho consuetudinario o costumbre jurídica sólo se configura en oposición con el derecho nacional, como los pueblos indios se definen en contradicción respecto del Estado. Entonces no cabe pretender la existencia de un cuerpo de normas autónomas de esta relación; es importante, en cambio, analizar la capacidad y autoridad de los pueblos indios y de sus organizaciones para producirlo y contraponerlo a la normatividad estatal en la práctica social, y procurar su coexistencia como medio de ejercicio de la democracia y el pluralismo, más que su reducción a la formalidad.

Antropología jurídica y derechos indígenas: una alternativa transdisciplinaria

Desde la perspectiva de la ciencia jurídica la Antropología Jurídica puede ser vista como una subdisciplina o ciencia auxiliar, especialmente vinculada a la teoría del derecho en general, a los estudios de derecho comparado e historia del derecho, y a algunas especialidades como la ciencia penal, el derecho de familia, el derecho penitenciario y el derecho administrativo.

El método comparativo, predominante en la mayor parte de orientaciones de la antropología, ha sido compartido por muchos especialistas de derecho comparado. Más aún, los primeros trabajos antropológicos modernos (mediados del siglo XIX) fueron realizados por abogados profesionales, que compararon las

instituciones jurídicas –como el parentesco o la organización del Estado– de sus propias sociedades, con las normas vigentes en sociedades históricamente anteriores (arcaicas) o en sociedades primitivas contemporáneas.

El evolucionismo, otra de las orientaciones primordiales de la antropología del último siglo, reúne igualmente los estudios sobre cultura y sociedad, con los de historia del derecho, en la medida que los dos se ocupan de establecer las tendencias según las cuales se han establecido y transformado las normas de la vida social.

Especial utilidad prestó la antropología a la ciencia penal en el estudio de tipos humanos y sociales y en general en la comprensión de los comportamientos grupales frente a las normas jurídicas y las prácticas procesales. También se ha usado en estudios sobre sistemas correccionales y carcelarios.

Como se indicó en el párrafo anterior, el estudio comparado de normas y sistemas jurídicos está en el inicio de la antropología moderna, y ha marcado notablemente su desarrollo. Esta orientación jurídica o legal de la antropología no es ajena a la tradición de los precursores de la disciplina en los siglos anteriores: los navegantes y geógrafos del siglo de las exploraciones y más tarde los funcionarios y misioneros coloniales organizaron sus descripciones y sus reflexiones sobre los pueblos de ultramar en torno a los problemas del derecho, su aplicabilidad, su adaptación y su eficacia para regular el nuevo orden que estaba entonces surgiendo. En el presente siglo esta actividad fue muy importante frente a las necesidades de desarrollar soluciones para la administración colonial, que tomaran en cuenta las prácticas propias de los pueblos y las adecuaran a las nuevas condiciones de su relación con las metrópolis. En Inglaterra primero y en los Estados Unidos después, la Antropología Jurídica se desarrolló como una subdisciplina o especialidad muy importante a partir de la Segunda Guerra Mundial. Numerosos estudios monográficos sobre sistemas jurídicos indígenas, recopilaciones de estudios de caso y análisis comparativos, referidos a pueblos de África, Melanesia y América Latina aparecen entre 1950 y 1970, al mismo tiempo que se dio un importante debate acerca del perfil metodológico y la utilidad de este campo de estudio.

Esta especialidad de la antropología social, como otras que se desarrollan en el mismo período, resulta de la aplicación de la metodología y la teoría de la antropología y, especialmente de sus

técnicas de investigación más desarrolladas: el trabajo sobre el terreno, el estudio de casos y la comparación, a procesos e instituciones sociales (en tanto objetos de conocimiento científico) propios de las ciencias jurídicas o del derecho: formas de gobierno, maneras de solucionar las controversias al interior de las comunidades, normas sobre relaciones de propiedad o de familia, etc. Algunos trabajos dentro de esta perspectiva se interesan por describir los sistemas jurídicos no formales (indígenas o tradicionales) y por contrastarlos con las normas formales (nacionales o legisladas), dando origen a abundante literatura sobre lo que se denomina genéricamente derecho consuetudinario o costumbre jurídica.

Una opción más reciente, actualmente en desarrollo, intenta definir a la Antropología Jurídica como un quehacer transdisciplinario, esto es como una estrategia analítica que combina los aportes de las ciencias jurídicas y antropológicas, sin subordinarlas, para el tratamiento de fenómenos definidos en la intersección entre la ley y la práctica social, que tendría por objeto develar la dinámica de sus relaciones mutuas y los efectos de éstas sobre el comportamiento social y sobre la transformación de las normas y/o de sus usos y sentidos.

Esta perspectiva se diferencia de las antes mencionadas en tanto no se trata de la aplicación de una disciplina, el derecho por ejemplo, a un objeto definido por otra, el parentesco o el sistema de cargos; sino que propone que el objeto mismo de análisis debe ser interconstruido desde una doble perspectiva, y que su tratamiento metodológico y analítico requiere la generación de una comprensión en el diálogo transdisciplinario.

En años recientes esta tendencia se está utilizando para estudiar algunos problemas que se plantean en la relación entre comunidades sociales específicas (indígenas, marginales urbanas, grupos de edad o de género) que desarrollan formas propias de autorregulación (de solución de controversias o administración doméstica de justicia, por ejemplo) y el orden social y jurídico de los Estados en que viven. En la práctica estas relaciones implican un uso combinado de la ley y las costumbres locales, del acceso a los sistemas formales de administración de justicia y a las formas tradicionales de conciliación, de aplicación de normas reglamentarias de carácter generalmente obligatorio y de concertación de soluciones situacionales. Este tipo de problemática está relacionada actualmente con las posibilidades

de asegurar acceso a la justicia para sectores tradicionalmente marginados y desprotegidos, y con las transformaciones aceleradas que experimenta el orden global las cuales demandan el desarrollo de una nueva normatividad más adecuada para la pluralidad social y cultural.

El texto más temprano que plantea sistemáticamente la relación entre la ley y la cultura es el libro de Sir Henry Maine, *Ancient Law*²⁴. Sesenta y cinco años después apareció el libro de Bronislaw Malinowsky, *Crime and Custom in Savage Society*²⁵, el cual por muchas razones podría ser considerado como fundador del campo de la antropología jurídica como una especialidad.

En el transcurso de la aparición de estos dos libros fundamentales, ocurren importantes transformaciones de la antropología que la llevan a alcanzar su estatuto científico y que envuelven importantes discusiones entre sus orientaciones metodológicas clásicas: el evolucionismo y el funcionalismo. Abundante literatura descriptiva y analítica de la época se refiere a la relación entre la ley y la práctica social y a la vinculación entre el derecho y la antropología. L. Nader, K. Koch y B. Cox prepararon una extensa bibliografía que puede ser consultada al respecto²⁶.

A partir de entonces se multiplican los estudios sobre sistemas jurídicos de pueblos indígenas y tribales en cuyo desarrollo cabe reconocer dos líneas o influencias básicas: los estudios realizados en África por antropólogos británicos liderados por Max Gluckman, quien produjo una síntesis analítica bajo el título *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*²⁷, y los trabajos de varios investigadores norteamericanos sobre Mesoamérica y América del Sur, cuyos avances y conclusiones están recogidos en el libro editado por Laura Nader, *Law in Culture and Society*²⁸. Para el caso de México, existen numerosos estudios especialmente referidos a las

²⁴ Publicado en 1861 en Londres (Murray), reeditado en 1963 en Boston (Beacon Press), y del que existe una traducción castellana (*El Derecho Antiguo*, Fondo de Cultura Económica).

²⁵ Kegan Paul, Trench and Trubner, Londres, 1926; versión castellana de Alianza Editorial, Madrid.

²⁶ "The Ethnography of Law: A Bibliographic Survey" en *Current Anthropology* 7 (3): 267-294, 1966.

²⁷ Aldine Publishing Company, Chicago, 1965.

²⁸ *American Anthropologist*, Special Issue, vol. 67. No. 6, 1969.

poblaciones indígenas de las tierras altas de Chiapas, producidos por dos importantes proyectos de investigación auspiciados por universidades norteamericanas en las décadas de 1950 y 1960.

Este desarrollo es particularmente importante a partir de 1990 en América Latina (y sobre la región) Desde entonces se viene desarrollando una amplia red informal de abogados, antropólogos y otros profesionales, que trabajan muy de cerca a los movimientos indígenas, y que están generando una manera innovadora de estudiar temas como el de las relaciones mutuas entre la normatividad formal y los procesos comunitarios de control social, las dinámicas sociales y la reforma legal, los movimientos por un nuevo orden jurídico y las políticas estatales frente a ellos. Una buena síntesis para el momento de arranque puede leerse en el libro varias veces citado *Entre la Ley y la Costumbre*²⁹. En los siguientes quince años esta producción –entre académica y política– se incrementa notablemente, siguiendo los pasos de la demanda indígena, las reformas constitucionales y la urgencia de desarrollar la legislación correspondiente³⁰.

²⁹ 1990.

³⁰ Varios libros dan testimonio de este desarrollo; ver entre otros: E. Sánchez, R. Roldan y M. F. Sánchez. *Derechos e identidad: los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque Editores, 1991. Alberto Wray et al. *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*, Quito, Editorial Abya Yala, 1993. Diego Iturralde (Compilador), *Orden Jurídico y Control social*, México DF, Instituto Nacional Indigenista. Teresa Valdivia (Compiladora), *Usos y costumbres de la población indígena de México*, México DF, Instituto Nacional Indigenista. Varios autores, *Derechos Territoriales Indígenas y Ecología en las selvas tropicales de América*, Bogotá, Fundación Gaia y Cerec, 1992. Ramón Torres (editor), *Derechos de los Pueblos Indígenas: situación jurídica y políticas de Estado*, Quito, CONAIE, Abya Yala y CEPLAES, 1995. Juliana Santilli (Coordinadora), *Os Direitos Indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, Núcleo de Direitos Indígenas y Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. La producción académica mexicana es muy abundante, principalmente en torno a las polémicas que siguieron a la reforma constitucional de 1993, los acuerdos de San Andrés sobre Derechos y Cultura Indígena y la Reforma Constitucional de 2001.

