



ANEXO DE LECTURAS

CURSO “PLURALISMO JURIDICO”

**PLURALISMO JURIDICO E INTERLEGALIDAD
TEXTOS ESENCIALES**

PLURALISMO JURÍDICO e INTERLEGALIDAD

TEXTOS ESENCIALES

**Franz von Benda-Beckmann
Keebet von Benda-Beckmann
Anne Griffiths
John Griffiths
André Hoekema**

Compilación y traducción:

**Armando Guevara Gil
Aníbal Gálvez Rivas**

PLURALISMO JURÍDICO E INTERLEGALIDAD
TEXTOS ESENCIALES

PLURALISMO JURÍDICO E INTERLEGALIDAD

TEXTOS ESENCIALES

Franz von Benda-Beckmann
Keebet von Benda-Beckmann
Anne Griffiths
John Griffiths
André Hoekema

Compilación y traducción:

Armando Guevara Gil
Aníbal Gálvez Rivas

**Departamento Académico
de Derecho**

**Centro de Investigación,
Capacitación y Asesoría
Jurídica**

**Dirección Académica de
Responsabilidad Social**

2014

Guevara Gil, Jorge Armando y Aníbal Gálvez Rivas (Compilación y traducción). *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales*. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

Equipo de traducción:

Armando Guevara Gil / Aníbal Gálvez Rivas / Aarón Verona Badajoz / Gustavo Zambrano Chávez / Claudia Ochoa Pérez

Cuidado de la edición:

Aníbal Gálvez Rivas / Aarón Verona Badajoz / José Enrique Sotomayor Trelles

Pontificia Universidad Católica del Perú

- **Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica**
Departamento Académico de Derecho
- **Dirección Académica de Responsabilidad Social**

Av. Universitaria N° 1801, San Miguel

Lima 32, Perú

Los artículos incluidos en este libro fueron traducidos y publicados con la autorización expresa de los autores y editores originales, a quienes agradecemos por los permisos conferidos. Los artículos de André Hoekema se encontraban ya publicados en español. Las referencias originales pueden consultarse en la sección «Fuentes originales», al final del libro.

Diseño de cubierta: Wílmer Cabezas Paniagua

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2014-08033

ISBN: 978-612-4206-39-9

Lima, abril de 2014



LICENCIA CREATIVE COMMONS
ALGUNOS DERECHOS RESERVADOS

Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente esta obra bajo las condiciones siguientes:

- Debe reconocer los créditos de la obra.
- No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
- No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

Esta obra está sujeta a la licencia Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional (CC-BY-NC-ND 4.0) de *Creative Commons*. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es> **ES**

ÍNDICE

<i>In Memoriam</i>	7
<i>Presentación</i> Armando Guevara Gil	9
<i>Introducción: La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal</i> Franz von Benda-Beckmann	17

PRIMERA PARTE REFLEXIONES E INNOVACIONES TEÓRICAS

<i>¿Quién le teme al pluralismo jurídico?</i> Franz von Benda-Beckmann	41
<i>El funcionamiento social de las normas jurídicas</i> John Griffiths	88
<i>El concepto de pluralismo jurídico: debates sobre su significado y alcance</i> Anne Griffiths	167

SEGUNDA PARTE COMPLEJIDAD SOCIAL, DESARROLLO Y DERECHOS COLECTIVOS

<i>El derecho en la teoría y práctica desarrollista: ¿conjuro mágico o chivo expiatorio?</i> Franz von Benda-Beckmann	197
<i>¿Qué y de quién es lo comunal? Lecciones desde Minangkabau</i> Franz y Keebet von Benda-Beckmann	217
<i>Un análisis funcional de los derechos de propiedad, con referencias al caso de Indonesia</i> Franz y Keebet von Benda-Beckmann	245

TERCERA PARTE

GLOBALIZACIÓN, MEDIO AMBIENTE Y PUEBLOS INDÍGENAS

<i>En búsqueda del pluralismo jurídico: el poder de los paradigmas en un mundo global</i>	291
Anne Griffiths	
<i>La protección del medio ambiente y de los pueblos indígenas: una alianza engañosa</i>	321
Keebet von Benda-Beckmann	
<i>Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario</i>	347
André Hoekema	

CUARTA PARTE

INTERLEGALIDAD, GOBERNANZA Y CONFLICTO

<i>Forum Shopping y Shopping Forums: la resolución de conflictos entre los minangkabau de Sumatra Occidental, Indonesia</i>	387
Keebet von Benda-Beckmann	
<i>Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal</i>	424
André J. Hoekema	
<i>Perspectivas antropológicas sobre el pluralismo legal y la gobernanza en un mundo transnacional</i>	434
Anne Griffiths	
Sobre los autores	463
Fuentes originales	465
Equipo de traducción	467



**Franz von Benda-Beckmann
(1941-2013)**

In Memoriam

Dedicamos este libro a Franz von Benda-Beckmann (1941-2013), quien falleció de manera inesperada en enero del año pasado. Franz fue uno de los investigadores más originales, rigurosos e influyentes de la Antropología del Derecho mundial.

Durante dos décadas (1981-2000) fue profesor de Derecho en la Wageningen Agricultural University de los Países Bajos. Anteriormente ejerció la docencia en las universidades de Zúrich y Leiden. Por su notable trayectoria fue nombrado Profesor Honorario de Etnología en la Universidad de Leipzig (2002) y Profesor Honorario de Pluralismo Jurídico en la Universidad de Halle (2004), Alemania. Desde la cátedra, el profesor Benda-Beckmann contribuyó a formar a varias generaciones de profesionales, investigadores y futuros profesores dedicados a cultivar campos como el Derecho y Desarrollo y la Antropología del Derecho, en especial la pluralidad legal.

Entre 1978 y 1981 fue director del *Netherlands Research Centre for Law in Southeast Asia and the Caribbean*. Posteriormente ocupó diversos cargos directivos en instituciones dedicadas a la investigación académica y fue editor o miembro del comité editorial de prestigiosas revistas como el *Journal of Legal Pluralism*, *The International Journal of Law in Context*, y *Foocal: European Journal of Social Anthropology*. Desde el año 2000 hasta diciembre de 2011 dirigió, junto con Keebet von Benda-Beckmann, el grupo de investigación sobre Pluralismo Legal del *Max Planck Institute for Social Anthropology* de Halle, Alemania.

Sus publicaciones, más de tres decenas de libros, así como sus numerosos artículos, comentarios y reseñas —muchos en coautoría con su esposa Keebet von Benda-Beckmann— exploraron la perspectiva del pluralismo jurídico y la emplearon para

plantear elaboradas discusiones sobre la diversidad legal a partir de meticulosos trabajos de campo que lo llevaron por Malawi, Indonesia, Nepal y la propia Europa, entre otros escenarios que estudió y visitó. Su sólida formación en Derecho y Antropología le permitió abordar múltiples temas: la complejidad y pluralidad legal, el manejo de conflictos, los derechos de propiedad, la administración de justicia, la sostenibilidad del manejo de los recursos naturales, los derechos indígenas, el derecho y desarrollo, el derecho y la gobernabilidad, las dimensiones transnacionales del derecho y, para abreviar, el derecho en el espacio y el tiempo.

Entre sus libros y volúmenes editados o co-editados destacan *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationships through time in Minangkabau* (1979); *Change and Continuity in Minangkabau: Local, Regional and Historical Perspectives on West Sumatra* (1985); *Between Kinship and the State: Social Security and Law in Developing Countries* (1988); *Coping with Insecurity: An “underall” Perspective on Social Security in the Third World. Special issue Focaal 22/23* (1994); *Water Rights, Conflict and Policy* (1997); *Natural Resources, Environment and Legal Pluralism. Yearbook Law and Anthropology 9* (1997); *The Capacity of Social Security Systems in Southern Africa: Conditions, Constellations and Socio-political Relevance* (1997); *Old World Places, New World Problems: Exploring Resource Management Issues in Eastern Indonesia* (1998); *Property Rights and Economic Development: Land and Natural Resources in Southeast Asia and Oceania* (1999); *Water, Land and Law: Changing Rights to Land and Water in Nepal* (1999); *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World* (2005); *Changing Properties of Property* (2006); *Dynamics of Plural Legal Orders. Special double issue of The Journal of Legal Pluralism Number 53-54* (2006); *Legal Pluralism in Malawi: Historical Development (1858-1970) and Emerging Issues* (2007); *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society* (2009); *Rules of Law and Laws of Ruling: On the Governance of Law* (2009); *The Power of Law in a Transnational World: Anthropological Enquiries* (2009); y *Political and Legal Transformations of an Indonesian Polity* (2013).

Por último, cabe resaltar que Franz fue una gran persona: generosa con sus estudiantes y colegas, amable con todos y siempre dispuesta a poner sus aportes académicos al servicio de las causas justas.¹

Armando Guevara Gil

Aníbal Gálvez Rivas

¹ Más referencias sobre sus actividades e ingente producción académica, en el sitio web del *Max Planck Institute for Social Anthropology*: <http://www.eth.mpg.de/cms/en/people/d/fbenda/>, consulta: 20/02/2014.

Presentación

Armando Guevara Gil

La idea de publicar esta compilación nació el 9 de septiembre del año 2011. Gracias a becas complementarias de la *Commission on Legal Pluralism*¹ y la Pontificia Universidad Católica del Perú ese día me encontraba en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, asistiendo al congreso mundial que la comisión organiza cada dos o tres años. Esa tarde, el profesor Franz von Benda-Beckmann y yo coincidimos en esos típicos intermedios de charlas informales y café.²

Fue ahí que le propuse traducir al castellano una serie de textos esenciales para actualizar y elevar el debate sobre el pluralismo legal en el Perú.³ Evito precisar trabajos y autores para no herir susceptibilidades ni entrar a estériles debates. Pero cualquiera que revise la producción académica y *oenegeística* peruana de los últimos años comprobará que los marcos teóricos, los conceptos y las definiciones operativas de pluralidad legal que se usan replican, acríticamente, la literatura

¹ Para más información sobre la comisión, que tiene 36 años de existencia, lleva organizados 20 congresos mundiales y publica el *Journal of Legal Pluralism*, ver www.commission-on-legal-pluralism.com [fecha de consulta: 1-3-2014]. Desde hace más de una década cuenta con una sección latinoamericana, la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, (RELAJU).

² Franz y yo nos habíamos conocido a principios de los años 1990, cuando fue a dictar una serie de charlas a la Universidad de Wisconsin, Madison, y el profesor Marc Galanter tuvo la gentileza de pedirme que lo acompañe durante su visita. Después, mientras cruzábamos cartas y correos electrónicos esporádicamente, nos reencontramos en Arica (2000) y Chiang Mai, Tailandia (2002), siempre en el marco de los congresos de la Comisión de Pluralismo Legal. Finalmente nos frecuentaríamos más en Halle, cuando Patricia Urteaga y yo fuimos becados para permanecer un trimestre (marzo-mayo de 2012) como investigadores invitados del Grupo de Pluralismo Legal que él dirigía dentro del Instituto de Antropología Social del Max Planck Institut de esa ciudad alemana.

³ Naturalmente que ahora, gracias al formato digital que usamos, podrá circular en otros medios académicos que tal vez se encuentren en una situación similar. Consecuencia imprevista pero bienvenida de la falta de fondos para financiar una edición impresa.

especializada de hace 10, 20 y hasta 30 años.⁴ Pluralidad o pluralismo legal ya no son conceptos que cuestionen y abran derroteros de investigación. Se han convertido en típicas etiquetas que evitan analizar la formación, operación, reproducción y transformación de la complejidad normativa que caracteriza a nuestros paisajes sociales.

Por eso, mi razonamiento era totalmente inductivo, fruto del contraste entre lo que escuchaba en Ciudad del Cabo y lo que circulaba en nuestro país. Luego de dos días de congreso, la enorme brecha entre los fundamentos teóricos que se manejaban (y manejan) en nuestro medio y los que sustentaban las contribuciones que debatíamos en las mesas de trabajo y plenarias era evidente.

Aspiraba a que él, Keebet von Benda-Beckmann y Anne Griffiths, tres de los más importantes antropólogos del derecho presentes en esa reunión, seleccionaran dos o tres trabajos que ellos mismos consideraran emblemáticos de sus aportes a la disciplina para ponerlos al alcance de hispano-hablantes que no accedían a ellos debido a las barreras lingüísticas que todavía nos separan. Franz aceptó la idea con entusiasmo y luego me acompañó a convencer a Keebet y Anne, quienes asintieron de buen grado e inmediatamente.

Una vez en Lima, el proceso de traducción fue largo y problemático, entre otras cosas porque se trató de un proyecto académico literalmente desfinanciado, concluido a punta de convicción, entusiasmo y autoexigencia. Finalmente ahora podemos ofrecer los aportes de importantes teóricos de la Antropología del Derecho a una audiencia hispanohablante. A ellos hemos sumado los de John Griffiths y André Hoekema, que ya se encontraban traducidos, por su relevancia para analizar la complejidad sociolegal y la interlegalidad. De este modo, esperamos que esta compilación sirva para renovar, siempre contextual y dialógicamente, los planteamientos teóricos de la Antropología del Derecho peruana y las aproximaciones a los complejos y fascinantes escenarios sociolegales de nuestro país.

Quiero agradecer, finalmente, a todas las personas e instituciones que han hecho posible esta publicación. A los autores y editores originales de los textos traducidos por autorizarnos a publicarlos; al equipo de traducción, integrado por Aníbal Gálvez Rivas, Aarón Verona Badajoz, Gustavo Zambrano Chávez y Claudia Ochoa Pérez, que trabajó con dedicación y esmero (y encima *ad honorem*); a Aníbal Gálvez Rivas por la gran labor que ha desempeñado para que esta empresa

⁴ Aníbal Gálvez Rivas se encuentra preparando una importante tesis de licenciatura en Derecho en la que demuestra cómo, en el campo de la Antropología del Derecho, hemos transitado de la fascinación antropológica inicial (1970s) a una situación de recaída dogmática, con el consiguiente empobrecimiento de la reflexión teórica y el trabajo etnográfico.

culmine; a la Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS) de la Pontificia Universidad Católica del Perú por la ayuda económica que asignó a Aníbal, en especial a Patricia Ruiz-Bravo, Carla Sagástegui y Eloy Neira. Eloy es, sin duda, una de las personas más sensibles, comprometidas e inteligentes que tengo el honor de conocer.

La compilación se inicia con «La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal», la última ponencia que Franz von Benda-Beckmann presentó ante el congreso de la *Commission on Legal Pluralism* (Ciudad del Cabo, 2011). Este trabajo sostiene que las discusiones sobre esta noción se han vuelto cada vez más superficiales porque adolecen de claridad conceptual y de una adecuada comprensión de las implicancias teóricas y metodológicas que tienen para entender el rol del derecho en la sociedad. Por ello, a partir de las debilidades detectadas en los debates, sugiere que es indispensable reconducir la reflexión teórica. Benda-Beckmann concluye sugiriendo que debemos observar las diferencias que caracterizan a quienes participan en los debates y sopesar cómo sus objetivos tienen diversos imperativos heurísticos y pragmáticos que tiñen sus opciones conceptuales. En esta perspectiva, señala que uno de los aspectos más dañinos en los debates sobre el pluralismo jurídico es que autores con diferentes formaciones intelectuales y profesionales traten de encontrar una *respuesta correcta* para definir al derecho y al pluralismo jurídico. El autor resalta, más bien, que es necesario, inclusive, pluralizar el concepto y reconocer su carácter polisémico.

En la primera parte del libro, *Reflexiones e innovaciones teóricas*, se reúnen artículos que profundizan el análisis conceptual del pluralismo jurídico y el significado social del derecho, a la par que exploran sus implicancias teóricas, metodológicas y prácticas.

Comienza con otro aporte de Franz von Benda-Beckmann, «¿Quién le teme al pluralismo jurídico?», donde analiza los debates sobre este concepto, examinando las razones dadas a favor y en contra de su empleo, y aclarando su postura sobre el valor y limitaciones que tiene. En su opinión, la discusión conceptual se concentra demasiado en el vínculo entre el derecho y el Estado y presta poca atención a otros procesos importantes como la regulación efectiva de la vida social. Tampoco brinda suficiente atención a qué tipo de concepto se pretende desarrollar o usar, por qué razón, ni qué debe entenderse por conceptos *analíticos*. Por ello, primero examina estos puntos antes de comentar los argumentos a favor y en contra de la conexión Estado-derecho. En síntesis, resalta la división que juristas y científicos sociales plantean entre un campo pluralista y otro no pluralista, y muestra cuán poco útil es esta separación.

El segundo artículo, «El funcionamiento social de las normas jurídicas», pertenece a John Griffiths. Aquí analiza la efectividad de la legislación, un tema que desde hace décadas ya se encontraba desfasado y mal fundamentado por la Sociología del Derecho. Luego examina las razones fundamentales por las que el enfoque «instrumentalista del derecho», tradicionalmente privilegiado por la legislación, demostró ser estéril, carente de referentes empíricos e insostenible. Por ello propone el «enfoque del funcionamiento social» de las normas legales en determinados *espacios sociales semi autónomos* (ESSA). El texto explora las implicancias de esta elección teórica. Por ejemplo, detalla las condiciones bajo las cuales los actores cumplen las normas *jurídicas*, tanto primarias como secundarias, las que son definidas como las que rigen la movilización de las primarias. Lo que le interesa a J. Griffiths es, finalmente, comprender cómo la efectividad del derecho está socialmente regulada.

Esta sección concluye con «El concepto de pluralismo jurídico: debates sobre su significado y alcance» de Anne Griffiths. El texto nos muestra cómo al margen de las distintas perspectivas que se han adoptado, la discusión plantea una serie de preguntas sobre el poder —dónde se ubica, cómo se constituye, qué formas asume— lo que nos invita a un análisis más fino y pausado de las continuidades, transformaciones y cambios en la sociedad. La autora concluye resaltando los principales enfoques que el debate sobre el significado y alcance de la noción de pluralismo jurídico ha generado. Esto la lleva a sostener que el concepto es muy útil no solo para explorar complejos sociolegales sino también para avivar el debate en la Antropología del Derecho.

En la segunda parte, *Complejidad social, desarrollo y derechos colectivos*, se presentan tres artículos que versan sobre la teoría desarrollista, la complejidad de las organizaciones humanas y la propiedad comunal que caracteriza a muchas de ellas.

«El derecho en la teoría y práctica desarrollista: ¿conjuro mágico o chivo expiatorio?» de Franz von Benda-Beckmann es el texto de apertura. En esta famosa contribución, el autor denuncia el uso que se hace del derecho tradicional o consuetudinario como chivo expiatorio responsable del fracaso de los proyectos de desarrollo que se diseñan y ejecutan irreflexivamente desde arriba. Sostiene que las nociones legales estructural-funcionalistas de los agentes desarrollistas generan un círculo vicioso porque las aplican a rajatabla, sin cuestionar su marco teórico y sin analizar adecuadamente el escenario social donde se ejecuta el proyecto de desarrollo. El resultado es que los proyectos fracasan y los culpables son las poblaciones objetivo por no haberse amoldado a la errada teoría y práctica desarrollista. Además, estudia cómo los pobladores locales, mediante contacto directo y personal, se enfrentan a las estructuras normativas de las políticas y proyectos de desarrollo —traducidas en las comunicaciones y actividades de funcionarios, profesores, jueces y extensionistas, entre otros— y viceversa, cómo

los burócratas y tecnócratas se ven confrontados con el derecho local de los pueblos y comunidades que pretenden modernizar. Al final detalla el papel central que el derecho ocupa en los proyectos de desarrollo y cuáles son las implicancias de este rol para la metodología de la investigación sociolegal.

Luego «¿Qué y de quién es lo comunal? Lecciones desde Minangkabau, Indonesia», de Franz y Keebet von Benda-Beckmann aborda la complejidad de la propiedad *pusako* (linaje), su forma de transmitirse hereditariamente y la enorme trama y urdimbre de derechos de propiedad que la caracteriza. También discuten cómo es que las relaciones categóricas (abstractas, normativas) y concretas que se forman alrededor de este tipo de propiedad fueron influenciadas por las disputas sobre la herencia, su incorporación en la administración estatal y los cambios sociales y económicos que atravesó Indonesia. Luego analizan la propiedad comunal de la aldea y la contrastan con otras formas de propiedad, enfatizando las continuidades y discontinuidades que presentan tanto en el plano discursivo y normativo como en el social y cotidiano. De este modo, demuestran que una notable continuidad en las relaciones de propiedad categóricas y en los principios básicos de la organización matrilineal puede coexistir con constelaciones muy diferenciadas de relaciones de propiedad concretizadas, dentro de las cuales las relaciones conyugales y paterno-filiales juegan un importante rol. Esto contribuye a explicar por qué no se produjo la desaparición o el colapso de la matrilinealidad en Minangkabau, predicha desde un siglo antes por varios autores. Su observación también sirve para aclarar los actuales debates jurídicos y políticos sobre el lugar de la propiedad comunal en Indonesia, los que no distinguen de manera adecuada los conjuntos de derechos que diferencian a la propiedad comunal de la propiedad del linaje. Esa confusión solo puede ser despejada por trabajos etnográficos y teóricos como los desarrollados por los Benda-Beckmann.

Esta sección concluye con «Un análisis funcional de los derechos de propiedad, con referencias al caso de Indonesia», también escrito por los Benda-Beckmann. Aquí plantean que las diversas teorías sobre la propiedad, cargadas de matices ideológicos, pragmatismo y orientación teleológica, han sacrificado el análisis minucioso y diferenciado de las interrelaciones entre los diferentes tipos de derechos de propiedad y su desempeño económico ante el altar de sus ideologías. Por ello, examinan los factores necesarios para generar una teoría sobre la propiedad que sea capaz de ofrecer una comprensión más adecuada sobre la naturaleza y el funcionamiento de las relaciones de propiedad de la tierra y otros recursos naturales. Para sentar esas bases ofrecen un recuento histórico de los desarrollos políticos y académicos sobre la propiedad en las ex colonias holandesas durante los siglos XIX y XX, en particular en Indonesia, a partir de sus investigaciones en Sumatra Occidental y las Islas Molucas. Luego, sobre estas evidencias, presentan un enfoque analítico propio y señalan sus implicancias teóricas y metodológicas.

La tercera parte del libro, *Globalización, medio ambiente y pueblos indígenas*, se concentra en la dimensión global del derecho y el pluralismo jurídico, y cómo esta afecta a los pueblos indígenas, nuevos protagonistas en este escenario ampliado.

En primer lugar se incluye «En búsqueda del pluralismo jurídico: el poder de los paradigmas en un mundo global» de Anne Griffiths. Esta contribución estudia los campos en donde las contiendas sobre el derecho y el pluralismo jurídico resultan particularmente importantes. Por ello, no plantea una explicación histórica sobre el desarrollo conceptual del pluralismo, lo cual ya fue abordado por varios autores. Tampoco aspira a cubrir exhaustivamente sus implicancias. Se interesa más bien en describir varios ámbitos que revelan la naturaleza altamente móvil y contingente del derecho. Por eso ofrece ejemplos de cómo se despliega en el espacio, generando constelaciones de pluralidad legal en constante desarrollo. Esta postura es innovadora porque cuestiona las visiones más tradicionales sobre el pluralismo jurídico, usualmente Estado-céntricas.

Luego, en «La protección del medio ambiente y de los pueblos indígenas: una alianza engañosa», Keebet von Benda-Beckmann analiza los debates sobre los derechos humanos y la protección ambiental con el fin de rastrear la posición que los pueblos indígenas ocupan en esos discursos tan difundidos y hegemónicos. Detecta que esos debates se refieren a los pueblos indígenas, pero no recogen sus voces ni, necesariamente, sus intereses porque privilegian otros objetivos como el de la protección del ambiente o la vigencia universal del régimen de los derechos humanos. Observa cómo estos discursos comparten un zócalo epistemológico que enfatiza la alteridad irreductible de los pueblos indígenas, lo que los coloca al margen de los debates y decisiones internacionales. Su propósito no es negar que diversos pueblos indígenas vivan en armonía con su entorno o que en muchos casos se puedan derivar lecciones positivas sobre sus prácticas ecológicas. Lo que Benda-Beckmann deplora es que el mito del buen salvaje, que todavía circula en algunas esferas de decisión, impida reconocer la voz propia y los derechos que los pueblos indígenas tienen aquí y ahora, más allá de su inclusión en los discursos dominantes sobre los derechos humanos y la protección del ambiente.

Finalmente, André J. Hoekema en «Hacia el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario» detalla los conceptos que, en el marco de un proceso de reconocimiento de los derechos indígenas, adquieren gran relevancia para diseñar propuestas de coordinación entre este y el orden legal nacional (e internacional). Debido a la necesidad de desarrollar un aparato conceptual claro, el aporte de Hoekema es valioso porque explica nociones como derecho indígena, pluralismo jurídico formal (de tipo unitario y de tipo igualitario), autonomía y descentralización, claves para plantear mecanismos y procesos de articulación eficaces y equitativos.

En la **cuarta parte del libro, *Interlegalidad, gobernanza y conflicto***, se presentan tres trabajos que exploran las dimensiones teóricas de la interlegalidad y la resolución de conflictos.

El primero, «*Forum Shopping y Shopping Forums: la resolución de conflictos entre los Minangkabau de Sumatra Occidental, Indonesia*» es de Keebet von Benda-Beckmann. En analogía al Derecho Internacional Privado, estudia el fenómeno del *forum shopping*, es decir, la búsqueda de un foro (e.g., corte, tribunal, instancia administrativa) por conveniencia, cuando los litigantes pueden escoger entre diferentes instituciones y basan su elección en el resultado que esperan de la autoridad. La otra cara de la moneda, está constituida por los *shopping forums*, ya que no solo las partes escogen foros, sino que las instituciones involucradas usan las controversias para sus propios fines, principalmente de política local. La autora describe primero la variedad de instituciones que tienen algún rol en el procesamiento de conflictos en Minangkabau junto con un panorama etnográfico general. Luego ilustra el proceso bilateral de búsqueda por conveniencia a través del estudio de un caso extendido, en el que se detallan las ramificaciones sociales y las fricciones institucionales originadas por la litigiosidad local.

El siguiente artículo es «Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal», de André J. Hoekema. Aquí estudia los procesos de interlegalidad que se han producido en los últimos años, en la etapa del post-reconocimiento formal del pluralismo jurídico. Para ello discute una serie de trabajos que aportan importantes luces sobre este fenómeno en el Perú y México. El aporte de Hoekema consiste en haber enfatizado que es necesario empalmar los conceptos de pluralidad e interlegalidad para comprender la dinámica social, institucional y normativa que los actores sociales desatan en el curso de sus interacciones.

En el último artículo compilado, «Perspectivas antropológicas sobre el pluralismo legal y la gobernanza en un mundo transnacional», Anne Griffiths analiza cómo, pese a que la literatura sobre la globalización suele ignorar el rol del derecho o se limita a señalar la relación entre sistemas jurídicos estatales, esta opera en diversos niveles normativizados, por ejemplo, en los espacios sociales transnacionales formados por religiones, identidades étnicas o cadenas mercantiles. Este defecto al apreciar las dimensiones y contenidos de la globalización invisibiliza las respuestas de los actores locales a los procesos globales. Para subsanar este problema es imperativo explorar las interconexiones entre diferentes órdenes regulatorios, la recomposición del Estado y de los ordenamientos normativos, y el impacto de la globalización en las personas que la experimentan, sean estas autoridades estatales o personas comunes y corrientes. En los cuatro casos que reseña es evidente que el pluralismo jurídico impacta en la gobernanza de todos los escenarios

globalizados pero de manera diferenciada e imprevisible para el derecho oficial.

Como se puede apreciar de este recuento, se trata de contribuciones significativas por su densidad teórica, por los derroteros de investigación que señalan y por las sólidas bases etnográficas que las sustentan. Los autores incluidos en esta compilación comparten un enfoque inductivo que los conduce del trabajo de campo antropológico a la teorización. Si bien todos asumen que el Estado no posee el monopolio de la regulación de la vida social y que esta se estructura, más bien, en función de la heterogeneidad normativa infra y supra estatal que la condiciona, es importante destacar que también comparten una visión analítica con respecto a la pluralidad legal. Por eso les resulta insuficiente afirmar o confirmar su existencia, o plantear que siempre se produce. Eso sería quedarse en la simple afirmación abstracta. La diversidad es, más bien, su punto de partida para desarrollar investigaciones de corte empírico y, solo posteriormente, formular observaciones teóricas de alcance general o propuestas político-normativas para encauzarla. He ahí el valor de estos aportes que ojalá contribuyan a renovar el debate en la Antropología legal peruana.

Introducción

La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal*

Franz von Benda-Beckmann

1. Introducción

El concepto de pluralismo jurídico lleva discutiéndose unos cuarenta años. Además, el año 2011, la *Commision on Legal Pluralism* celebró su vigésimo quinto congreso, lo que refleja su larga trayectoria en la promoción de estudios sobre este tema. Estos hitos temporales deben invitarnos a reflexionar sobre los debates desarrollados hasta ahora.

No obstante, considero que las discusiones sobre esta idea se han vuelto cada vez más superficiales, sobre todo porque adolecen de claridad conceptual y de una adecuada comprensión de sus implicancias teóricas y metodológicas para entender el papel del derecho en la sociedad. Esta tendencia se refleja en varias debilidades:

- a) Se suele reducir la gran variedad de presupuestos teóricos y usos conceptuales de quienes aplican esta noción a solo un par de formulaciones estereotipadas, que luego se generalizan bajo la etiqueta de «el enfoque del pluralismo legal», como si fuera un planteamiento uniforme el de los «pluralistas legales». Esto ocurre como si de verdad existiese una comunidad académica homogénea que —a diferencia del grupo de estudiosos de carne y hueso— compartiese mucho más que la mera convicción de que tiene sentido concebir al derecho como potencialmente plural. Estos planteamientos estereotipados luego derivan en argumentos falaces.

* Ponencia presentada a la *Conference of the Commision on Legal Pluralism*, realizada los días 8 a 10 de septiembre de 2011 en Ciudad del Cabo, Sudáfrica.

- b) Dicha percepción selectiva de las opiniones sobre la definición del término, usualmente se combina con una carencia de estudios empíricos que analicen situaciones de pluralismo normativo e institucional.
- c) Existen confusiones sobre los denominados pluralismo jurídico *débil*, *fuerte* o *profundo*.
- d) También existe confusión sobre el denominado pluralismo legal *clásico* — o *antiguo*— y el *nuevo* pluralismo legal. Por ello, se suele empaquetar en una sola dimensión el aspecto cronológico o histórico de la constelación jurídica pluralista (colonial, postcolonial, europea) y los enfoques teóricos y conceptuales, unos más antiguos que otros.
- e) Es usual que no se distinga entre la equivalencia analítica de las formas legales variables y sus diferencias empíricas en poder y significado social.
- f) Además, se tiende a reducir los diferentes intereses académicos y prácticos (de la ciencia jurídica dogmática o la ciencia social) a un solo nivel de análisis que busca conseguir «la formulación más apropiada del pluralismo legal», sin considerar que se usa para diferentes objetivos.
- g) Finalmente, pero quizá más importante, se tiende a reducir la *teoría* a los debates conceptuales y a ver al pluralismo jurídico, adecuadamente definido, como el fin de la discusión más que como su inicio.

A estos puntos me refiero al hablar de pobreza teórica. En este artículo —cuyo título está obviamente inspirado en el brillante ensayo «The Poverty of Theory» de E.P. Thompson (1978)— retomaré varias ideas desarrolladas a lo largo de mi carrera desde que incluí el término *pluralismo legal* en el título de mi tesis de doctorado, en Malawi, allá en 1970. Estos planteamientos surgieron inspirados por, o en colaboración con, Keebet von Benda-Beckmann, y creo que lograron evitar la mayoría de los defectos mencionados.

Los congresos de nuestra comisión también han resultado muy estimulantes a lo largo de estos años porque proporcionaron una riqueza etnográfica de los diferentes órdenes legales de todo el mundo que, de haberse tomado más en cuenta, habría ayudado a evitar la esterilidad de las discusiones sobre el término. El congreso realizado el 2011 en Sudáfrica fue, además, una oportunidad precisa para volver la mirada a la época en la que se fundó la comisión en 1978, emergiendo del *volksrechtskring* holandés, y los debates que tuvimos entonces sobre su nombre y contenido.

En los últimos veinticinco años hubo algunos acalorados debates que llegaron al punto de considerar que el concepto de pluralismo legal era «disparatado» (Tamanaha) o autoevidente. Al respecto, permítanme recordarles que, a fines de los años setenta, para la mayoría de los miembros de la entonces nueva comisión la

noción de pluralismo legal era, en efecto, autoevidente.¹ A nadie se le ocurrió que los sistemas coexistían aisladamente, que eran políticamente iguales o que algunos eran menos significativos que otros. Nadie pensó tampoco que el pluralismo jurídico solo existía en las ex colonias.² Para nosotros, que nos inspirábamos en las ideas de Ehrlich, Weber y Van Vollenhoven, la cuestión no era si podía haber pluralismo legal, sino qué tipo de pluralismo legal existía en los contextos sociales que investigábamos, qué tipos de derecho se empleaba en tales entornos y con qué consecuencias.

Debido a que era autoevidente, nadie problematizó mucho la cuestión conceptual. Tampoco sentimos realmente la necesidad de *atacar* las nociones jurídicas monistas, centradas en el Estado que muchos juristas, políticos o filósofos sostenían.

2. La construcción de los «pluralistas legales»

El alboroto se inició recién en 1981 cuando John Griffiths, entonces miembro de nuestro grupo, elaboró una ponencia (luego publicada en 1986) que expuso en un congreso de abogados holandeses, criticando la perspectiva Estado-céntrica del derecho que tenían. A menudo este artículo ha sido considerado, estereotípicamente, como el más representativo del pensamiento de los «pluralistas legales», por lo que se le ha usado para demostrar las fortalezas y debilidades del concepto.³ Aunque en menor medida, esto ocurrió también con algunos textos de Boaventura de Sousa Santos y la reseña de Sally Engle Merry publicada en 1988. Si bien el artículo de Griffiths constituyó un valioso y provocativo ataque dirigido al legalismo de los abogados —elaborado creativamente a partir de las ideas de M.G. Smith, Ehrlich, Pospisil y Moore— el haberlo singularizado reiteradamente no ayudó a enriquecer los debates posteriores.

¹ Para llegar a esa conclusión habíamos recibido la influencia de los juristas holandeses sobre el derecho adat de Indonesia y los más recientes desarrollos de la Antropología Legal anglófona, tal como quedó manifiesto en el homenaje a Adamson Hoebel publicado en 1973. Si bien teníamos diferentes miradas sobre las conceptualizaciones del derecho y los derechos no estatales en particular, extendimos la noción de pluralismo al campo legal. Ya otros abogados y antropólogos como Laura Nader y Barbara Yngvesson (1973) habían hecho lo mismo. Además, en la comisión nadie era adicto al método de estudio de los casos problemáticos como *el* modo de encontrar el derecho no escrito.

² La investigación de Van den Bergh sobre Staphorst en Holanda se publicó en 1980. Véanse, también, los trabajos de Emile y Els van Rouveroy van Nieuwaal, Karen Portier y Herman Slaats, Joep Spiertz, Fons Strijbosch, así como los que publiqué junto a Keebet durante los años setenta.

³ Esta simplificación se encuentra en los artículos de Tamanaha y más recientemente en Bertselsen (2009). También se ha deslizado en la Sociología/Teoría del Derecho en Alemania. Al respecto, véanse los trabajos de Teubner y Gessner.

La construcción de un *nosotros* y un *ellos*, marcando una oposición entre los *pluralistas legales* y el resto del mundo, así como la reducción del pensamiento legal pluralista a uno o dos autores son, en mi opinión, el resultado de una combinación de pereza mental y la urgencia de tomar postura clara frente a tal noción reduccionista del pluralismo jurídico. Irónicamente, los críticos de los *pluralistas legales*, luego de plantear sus objeciones a los estereotipos que asumen como válidos, suelen desarrollar su propia aproximación al pluralismo jurídico —a veces sugiriendo algo nuevo o diferente, otras veces no—, al parecer sin notar que se convierten en uno más del montón o que sus observaciones ya han sido planteadas.

Esto le ha hecho un flaco favor a los debates porque, en realidad, quienes consideran que el *pluralismo jurídico* es un concepto útil manejan nociones de derecho y pluralismo muy diferentes. También difieren mucho en sus enfoques sobre las relaciones entre derecho y sociedad. Lo mismo ocurre con quienes sostienen presupuestos monistas sobre el derecho.⁴

3. El nexó Estado-derecho, el Estado-centrismo y el pluralismo fuerte y débil

El nexó Estado-derecho o «centralismo legal» (Griffiths 1986) es probablemente el tema más controvertido en los debates teóricos. Es una cuestión cargada políticamente, que coloca a cualquiera frente a una serie de dilemas. Por un lado, si uno adhiere al nexó Estado-derecho, el pluralismo legal se vuelve una contradicción terminológica, a menos que se refiera al pluralismo dentro del Estado. Pero, por otro lado, si uno concibe la posibilidad de órdenes jurídicos no estatales, la probabilidad de alguna forma de pluralismo legal llega a ser una banalidad.⁵ Pese a ello, como he sostenido ampliamente en otras ocasiones, no existen razones lógicas, morales o funcionales para restringir el concepto de derecho al estatal (F. von Benda-Beckmann 1979, 1997).⁶

⁴ No entraré en el análisis del nuevo o antiguo pluralismo jurídico. En esos debates se comprimen varias dimensiones en una sola. Una de estas dimensiones es la cronológica o histórica de los órdenes legales, que trae a colación distintos tipos de constelaciones plurales (colonial, postcolonial, europea). Otra dimensión tiene que ver con modelos conceptuales y teóricos, nuevos y antiguos, para acercarse a los órdenes jurídicos plurales, a menudo combinados con la determinación de la ancestralidad del concepto, o con la época del «descubrimiento» de los órdenes legales plurales y su relevancia en círculos académicos o políticos.

⁵ Esto también deja espacio para que el pluralismo jurídico pueda existir nítidamente en organizaciones políticas no estatales y en las ex colonias, antes de su incorporación a los Estados metropolitanos (por ejemplo en Sumatra Occidental).

⁶ Además, estas definiciones pocas veces se usan de manera consistente. Por ejemplo, solo aquellas partes del derecho islámico que el derecho estatal reconoce como válidas, llegarían a considerarse *derecho*. Sin embargo, esto no ocurre normalmente. Casi todos

Las situaciones en que el Estado reconoce legal o jurisdiccionalmente al derecho consuetudinario o religioso parecen tener un estatus intermedio. Pero, como Griffiths y Vanderlinden plantearon, son compatibles con la ideología del centralismo legal porque presuponen su validación como derecho (Griffiths 1986). Estas construcciones de pluralismo legal han sido denominadas «débiles» (Griffiths) o «pluralismo legal relativo» (Vanderlinden 1989). Griffiths ha sostenido, de manera convincente, que estas nociones no proporcionan un concepto científico de pluralismo legal. El carácter ideológico de estas construcciones ha sido desenmascarado como un «mito» y contrastado con la «realidad» de los diversos órdenes normativos coexistentes o pluralismo legal «fuerte» (Griffiths 1986).⁷ En cierta medida estoy de acuerdo con estas afirmaciones, pero debería considerarse que las elaboraciones teóricas sobre el pluralismo jurídico débil no buscaban ofrecer un dispositivo analítico para la descripción y análisis de sistemas normativos complejos.⁸ Por lo tanto, no deberían ser reprochadas por algo que no pretendían hacer.

Lo que resulta todavía más importante es que las críticas a las construcciones teóricas sobre el «pluralismo legal débil» son muy sesgadas. Si las consideramos como lo que son —y, al menos en el caso de Hooker, cómo son presentadas—, es decir como construcciones normativas para jerarquizar órdenes normativos, entonces debemos entenderlas como fenómenos sociales con carácter legal. No se les puede negar o falsificar por la demostración de que son fenómenos normativos. Su *juridicidad* tampoco fluye de su propia existencia. Se necesita alguna calificación que las haga jurídicas, pero esta no suele ofrecerse. La crítica por tanto no distingue, por un lado, entre un concepto analítico y una pluralidad normativa empírica. Por otro lado, tampoco hace distinciones en el mundo de lo empírico, entre el *deber ser* (ideología del centralismo legal) y el *ser* de la pluralidad normativa.

hablan del *derecho islámico*, también en situaciones donde el *ksyariah* no se reconoce como derecho válido para el Estado. Esto significa que los autores Estado-céntricos aplican un doble estándar. En efecto, si al derecho religioso se le denomina *derecho*, incluso cuando el Estado no lo reconoce como tal, entonces no hay razón para tratar al derecho consuetudinario o tradicional de otra manera.

⁷ Se presentan como algo que el derecho estatal hace «para disimular el inevitable fracaso de su ideal totalitario» y no es más que «el reconocimiento que hace el sistema estatal de su incapacidad para hacer efectiva completamente su ambición totalitaria y un modo de disfrazar lo que a primera vista hubiera sido evidente» (Vanderlinden 1989: 153).

⁸ Hooker (1975), quien se volvió el principal crítico de estas objeciones, afirma de manera explícita que «este planteamiento puede considerarse una representación de la realidad, pero una *realidad limitada en naturaleza y forma por las características de los sistemas dominantes*» (1975: 445, énfasis añadido).

Otra debilidad de la crítica al pluralismo jurídico débil es que se dirige selectivamente contra la ideología del centralismo del derecho estatal y por lo tanto es tan Estado-céntrica como la ideología que ataca. En efecto, oculta que también los sistemas jurídicos nativos o religiosos pueden tener ideologías jurídicas centralistas y generar sus propias construcciones normativas sobre las interrelaciones entre los diferentes universos normativos coexistentes. Así, dentro de la misma organización política puede haber una pluralidad de estipulaciones normativas sobre las interrelaciones entre diferentes órdenes normativos, un pluralismo de pluralismos jurídicos débiles (F. von Benda-Beckmann 1992). Por ello, no debe sorprendernos la existencia de pluralismo jurídico al interior de los sistemas jurídicos nativos y/o religiosos.⁹ Todos esos dispositivos sobre la relación normativa entre órdenes jurídicos son, por su puesto, parte de la totalidad del derecho en un orden jurídico plural (fuerte). Es importante destacar esto cuando tratamos con ideologías jurídicas rivales y, finalmente, ideas sobre soberanía.

Así, lo que las críticas sobre el pluralismo jurídico débil hacen es resaltar los poderes sociales limitados y las ideologías de las organizaciones estatales. Lo que dejan de lado es la cuestión de si otros grupos y organizaciones mantienen o (re)construyen sus propias nociones rivales de soberanía y el derecho a crear interrelaciones entre diferentes órdenes normativos y, finalmente, como esta totalidad compleja puede o no influenciar en relaciones e interacciones sociales reales y concretas.¹⁰ Por tanto, en las constelaciones jurídicas plurales, a menudo encontramos un pluralismo de tales pluralismos jurídicos (F. von Benda-Beckmann 1992).

Esto no debería distraer la atención del hecho de que muchas luchas sociales, económicas y políticas ocurren en relación a qué orden jurídico es superior a los demás, o sobre el grado de reconocimiento que un orden jurídico (a menudo el Estado o el derecho internacional) brinda a otros y los derechos asignados a los grupos poblacionales y a las autoridades de esos órdenes legales. Estas luchas sobre qué derecho debería ser el derecho estatal correcto, o qué derecho no estatal debería aplicarse en las cortes estatales, se llevan a cabo como luchas por la supremacía de legitimidad estatal y no estatal, tradicional o religiosa. Por supuesto, los abogados litigantes, las ONG y los antropólogos del derecho pueden entrar en estas luchas, pero en este caso su actividad no será sociocientífica sino política.

4. La equivalencia analítica y la relevancia política diferenciada

⁹ Véase F. von Benda-Beckmann (1992b), F. y K. von Benda-Beckmann (1993).

¹⁰ Véase F. von Benda-Beckmann (1988, 1991 y 1997). Recientemente Bertselsen ha criticado la noción de pluralismo jurídico centrada en el Estado y ha planteado una noción pluralizada de soberanía (2009: 136). Evidentemente no estaba al tanto de que esto ya se había formulado.

La carga política de las discusiones teóricas impide ver la diferencia entre los debates conceptuales y la constelación empírica de los órdenes normativos. Así, algunos autores, en su urgencia por resaltar la desigualdad política entre los órdenes normativos empíricos al interior de los Estados, han criticado la noción de pluralismo jurídico pues consideran que supone igualdad (Starr y Collier 1989: 9). Algo parecido ocurre con quienes han criticado que el pluralismo jurídico asume que los órdenes legales coexistentes relativamente aislados o en armonía (véase, recientemente, Bertelsen 2009: 133).

Sin embargo, olvidan que las condiciones empíricas específicas del pluralismo jurídico son distintas del concepto. En efecto, la importancia funcional o su relevancia social y política no pueden determinar la cuestión conceptual. No se puede acusar a este concepto por las condiciones existentes en Sudáfrica o en cualquier otro lugar, así como no se puede identificar otras nociones como las de derecho, economía o religión con algún sistema jurídico, económico, o religioso empírico específico.

El concepto, al margen de cómo se le defina, deberá abarcar constelaciones empíricas muy diferentes. La relevancia del derecho estatal, internacional, religioso o tradicional puede ser menor y las demandas hechas por estos órdenes normativos pueden ser patéticas. En muchas fases del desarrollo histórico de los Estados europeos y en la historia colonial temprana, las demandas del derecho estatal no eran realistas y difícilmente eran conocidas o sentidas por la población sometida. Esto ha cambiado, sin duda, pero las variaciones en la relevancia social relativa de los diferentes órdenes normativos y el resurgimiento de órdenes jurídicos no estatales, basados en la tradición o la fe, no nos indican haber llegado al final de la historia jurídica.¹¹

5. Equivalencia analítica y diferencia de valor político

5.1 El buen derecho

¹¹ Además, considerando el estado actual de los estudios sobre la materia, los planteamientos sobre cómo «los otros» conciben el pluralismo jurídico son superficiales y poco sustantivos. Esto porque la mayoría de descripciones y análisis sobre el pluralismo legal toman en cuenta la relevancia política diferenciada de los diversos órdenes legales y su interrelación. El concepto de pluralismo que inicialmente acogió la antropología se basaba en el análisis de las sociedades coloniales (Boeke, Furnivall, Smith) donde indicaba relaciones asimétricas de poder (y raza) entre la minoría blanca y la mayoría indígena. Luego de usarse sobre todo para el análisis de las economías coloniales como dualismo, gradualmente fue reemplazado por la noción de pluralismo. Como van den Berghe señaló en 1973, el concepto también tiene otra raíz intelectual, la teoría política estadounidense —la que Starr y Collier parecen tener en mente—, donde se le asocia con una distribución dispersa de poder y autoridad en una organización estatal política democrática. Véase también F. von Benda-Beckmann (1997).

Una cuestión similar es si se puede atribuir evaluaciones morales y políticas a los órdenes normativos plurales y si esto influye en el debate conceptual. ¿Podemos llamar derecho solo a los mecanismos legales que cumplen ciertos estándares de moralidad y valores (justicia, derechos humanos, etc.)? ¿Solo el *buen derecho* puede considerarse derecho? Aunque algunos filósofos del derecho y políticos podrían señalar esto,¹² la mayoría de científicos sociolegales seguramente coincidirán en que las consideraciones morales no pueden zanjar la discusión conceptual. Pocos negarían, en base a una evaluación moral, el carácter legal de las leyes coloniales, fascistas o racistas.

La pregunta puede extenderse al pluralismo jurídico. ¿Es bueno o malo? A veces se reprocha a quienes escriben sobre pluralismo jurídico por celebrarlo como algo bueno y emancipador. Algunos autores, efectivamente, lo han hecho. Otros, como podemos notar, celebran al derecho estatal como algo bueno. Pero, ¿nuestra evaluación moral debería afectar nuestras consideraciones conceptuales?

En realidad, el pluralismo jurídico puede ser *bueno, malo o feo* dependiendo de su constelación empírica y la evaluación moral que se aplique. Recuerdo que a muchos no les gustaba el concepto de pluralismo jurídico en Sudáfrica porque se refería al detestable régimen legal del apartheid, que sin duda era terrible. En otros Estados, reforzaba el reconocimiento del derecho a la tierra de la población local que prácticamente había desaparecido bajo el derecho estatal, lo que resultaba ser muy positivo. La aprobación de normas favorables a la desigualdad de género en el derecho hindú resultaba bueno para los hombres y malo para las mujeres, y especialmente malo si se aplicaban estándares internacionales de derechos humanos. De modo que lo bueno o malo depende de la perspectiva. La realidad

¹² Como ha sostenido Lyons, y probablemente estarán de acuerdo quienes hayan vivido bajo regímenes políticos explotadores y opresores —coloniales y postcoloniales—: «Los teóricos pueden asumir que el derecho [estatal] es una institución valiosa, suficientemente útil para respaldar una presunción moral que favorezca la obediencia, pero lo suficientemente frágil para requerirla. Esto es plausible solo si asumimos que las leyes injustas son aberraciones. Pero es inverosímil cuando se aplica a alguien que sufre injusticias sistemáticamente bajo el derecho [...] *Asumir que normalmente hay una presunción que favorezca la obediencia al derecho es, creo, verlo desde la perspectiva de sus beneficiarios*» (Lyons 1993: 24-26, cursivas añadidas). Y según concluye Lyons «no hay razón *a priori* para aceptar una presunción a favor de la obediencia al derecho, ni la experiencia ni la teoría favorecen tal presupuesto» (1993: 13). Al analizar los presupuestos de teóricos como Hart, Dworkin y Rawls, Lyons cita un típico planteamiento de Dworkin: «La Constitución establece un esquema político general que es suficientemente justo para considerarse decidido por razones de equidad. Los ciudadanos se benefician al vivir en una sociedad cuyas instituciones se disponen y gobiernan de acuerdo a tal esquema, y deben asumir las cargas también, al menos hasta que un nuevo esquema entre en vigencia ya sea por una enmienda discreta o una revolución general» (Dworkin 1987, citado por Lyons).

generalmente resultará confusa, poco clara, llena de complejas contradicciones entre diferentes conjuntos de valores. Pero esto tiene poco que ver con el concepto. No se puede afirmar nada sensato sin antes analizar la esencia de cualquier derecho.

Como recurso analítico, el pluralismo jurídico solo puede ofrecer una base para ver la ideología y demandas jurídicas estatales como lo que son, es decir, construcciones normativas, ideologías legales y demandas. El concepto asume la misma posición hacia las ideologías y demandas jurídicas Maori, Minangkabau o Zulu, y hacia las islámicas y cristianas. Las toma a todas con la misma seriedad que a las estatales o a las de organizaciones interestatales. A partir de esto no se puede inferir que se puede plantear una afirmación científicamente justificada sobre la primacía y certeza de algún tipo de derecho.

6. Pluralismo, pluralidad, multiplicidad, multicentricidad y complejidad

6.1 Pluralismo: ¿cualquier complejidad?

En estos días el pluralismo jurídico se ha vuelto casi idéntico a la complejidad. La intención original de usarlo para indicar una forma particular de complejidad, concretamente la regulación jurídica paralela o duplicadora de una misma situación (Vanderlinden 1971, Berghe 1973), casi ha desaparecido.¹³ Esa calificación llamó la atención sobre el hecho de que una misma situación y la misma gente podían estar sometidos o confrontados a más de un orden jurídico o más de un mecanismo dentro de *su* derecho —en casos de matrimonio, herencia, derechos de propiedad o autoridad política, etc.—. La atención a esta situación probablemente desapareció (aunque véase Woodman) porque J. Griffiths (1986) lo desestimó sosteniendo que referirse a la «misma situación» no era útil porque la noción de «lo mismo» se construía en base a categorías normativas. Si bien tiene algo de razón, la crítica está mal concebida.¹⁴ En efecto, restringe el derecho —y el pluralismo jurídico— a los

¹³ Berghe (1973) ofrece una buena explicación de la historia intelectual del «pluralismo», así como la otra historia intelectual basada en la teoría política estadounidense, donde el pluralismo se refiere a una multiplicidad de organizaciones relativamente autónomas (independientes) dentro del dominio del Estado (Dahl 1982: 207). Las extrañas críticas de Starr y Collier a los presupuestos de otros autores sobre el pluralismo jurídico parece referirse a esa tradición (véase F. von Benda-Beckmann 1997: 14).

¹⁴ Es resultado de la particular interpretación de Griffiths sobre la diferencia entre el derecho como significado normativo objetivado —ideológico, y por tanto no considerado como *real*— y el derecho /pluralismo jurídico *real* (véase F. von Benda-Beckmann 1998, 1997). Al parecer Woodman (1998: 35-38) es de la misma opinión, aunque al igual que Griffiths, parece sostener que para que las normas sean observables como hechos sociales requieren algún grado de relevancia, más que una forma de existencia como he sostenido antes. Pero yo argumentaría que las normas que no se siguen del todo también son hechos sociales.

aspectos que añaden consecuencias a los *hechos*. Pero las categorías constitutivas y cognitivas son también parte del derecho.¹⁵ Por ello la noción de pluralismo jurídico debe extenderse a todos los elementos del derecho, a las conceptualizaciones de imágenes situacionales construidas legalmente, a los estándares de relevancia y a las consecuencias.¹⁶ Finalmente, para ver al pluralismo jurídico como duplicador frente a *lo mismo*, debemos en *última instancia* vincular la *semejanza* o diferencia legalmente construidas a nuestro propio planteamiento de *igualdad analítica*.

6.2 Semejanza y diferencia

La semejanza y la diferencia se usan de múltiples maneras en estas discusiones. En algunos ejemplos, la diferencia está arraigada principalmente en la ubicación de normas (similares o diferentes) en diversos órdenes o sistemas jurídicos. De acuerdo a Woodman (1998) y anteriormente Vanderlinden (1971), el pluralismo jurídico podía también ocurrir dentro de un orden jurídico pues podía haber más de un mecanismo jurídico *que regule lo mismo*.¹⁷ No veo razón para que no podamos

¹⁵ Véase F. von Benda-Beckmann (1979). Por otro lado, Barkun (1968), Cancian (1975) y Wright (1974) también enfatizan los elementos cognitivos en las leyes/normas. El planteamiento de Geertz (1983) frecuentemente citado sobre el «derecho como una forma de imaginar lo real» nos recuerda que el derecho consiste, además, de conceptos cognitivos, y que con la ayuda de conceptos jurídicos se establecen los *hechos*, o como he señalado, las *imágenes situacionales* (1979, 1986). Por ello, no debemos olvidar que las concepciones jurídicas también proveen estándares de evaluación de acciones y transacciones válidas y permisibles, y que otras indican lo que se debe o debería (o no) hacerse, más que imaginar lo que se ha hecho o se está haciendo.

¹⁶ Tomemos el ejemplo de un *homicidio* como *la misma* situación. Evidentemente, en diferentes sistemas jurídicos podemos encontrar consecuencias distintas para tal imagen situacional, pero la forma en que se le construye, con supuestos jurídicos sobre causalidad y evidencia (entre otros) puede también ser distinta. Solo pensemos en las muertes por brujería: lo que se considera *homicidio* en una forma de pensamiento jurídico puede ser *muerte accidental* en otro. Pero también podemos pensar que aunque el *homicidio* y sus *consecuencias* podrían tener características más o menos idénticas en dos sistemas jurídicos, podrían ser, sin embargo, diferentes pues son elementos que pertenecen a diferentes sistemas, que tienen distintas fuentes de legitimación y a menudo, aunque no necesariamente, diferentes autoridades para tratar estos casos. Otro ejemplo es el tratamiento jurídico de las obligaciones de parentesco. Tanto la naturaleza de las obligaciones como la definición de los tipos de personas que se consideran *parientes* pueden variar de un sistema jurídico a otro. Igualmente, podemos encontrar otro ejemplo en los *derechos de propiedad*, los que pueden diferir no solo por su naturaleza y distribución entre los propietarios sino por lo se considera como *tierra* o *bien inmueble*. Coincido con Woodman (1998) en que no hay razón para que tales situaciones no se consideren ejemplos de pluralismo jurídico.

¹⁷ Para J. Griffiths, sin embargo, esto no sería suficiente porque la diferencia tiene que basarse en órdenes legales alternativos. Se refiere a órdenes legales diferentes que

considerar instituciones o mecanismos duplicadores para *lo mismo* dentro de un orden jurídico como situaciones de pluralismo jurídico. Para evitar confusiones, se puede distinguir entre pluralismo intrasistémico y pluralismo de sistemas (von Benda-Beckmann 1979: 23). Para evitar el Estado-centrismo abierto, también se requiere apertura al pluralismo intrasistémico y pluralidad dentro de los órdenes jurídicos tradicionales o religiosos.

Esto no significa que, para hablar de pluralismo jurídico, siempre debamos referirnos a sistemas completos,¹⁸ sino que también puede tratarse de complejos normativos institucionalizados o mecanismos jurídicos específicos. Hablar de sistemas en este sentido se refiere a un sistema nativo, una categoría *emic*, y por tanto se puede referir a un cuerpo de derecho que se representa como un universo simbólico delimitado. Por tanto, los sistemas o elementos atribuidos a los sistemas pueden distinguirse como fenómenos empíricos. Y en muchas sociedades, tales sistemas jurídicos existen como *derecho*, *derecho estatal*, *adat minangkabau*, o *derecho islámico*. A menudo, pero no necesariamente, se atribuye sistematicidad interna a ese sistema. Como Woodman indica, y yo esperaré que la mayoría de autores concuerden con él, la totalidad del derecho estatal, o para el caso los órdenes jurídicos no estatales, son raramente coherentes en este sentido.¹⁹ Pero esto no cambia el hecho de que el *adat* sea tratado como un sistema y que se le atribuya sistematicidad. Además, no toda ley es necesariamente vista como (parte de) un sistema. Pueden haber normas (con todos los criterios de *derecho*) que no se consideran parte de ningún sistema, a las que he denominado «leyes sin nombre» (1992b: 9).

7. El pluralismo en la sociedad: la pobreza de la teoría

Hasta ahora he abordado cuestiones preliminares, por lo que quiero pasar al tema de mi título: la pobreza teórica. Debido a que el concepto de pluralismo jurídico no brinda una definición del derecho, no nos dice mucho sobre las diferentes formas legales coexistentes que podemos encontrar, ni sobre las relaciones e interdependencias entre estos mecanismos jurídicos. El pluralismo jurídico es solo un inicio para empezar a tratar estas cuestiones. Y en estos aspectos, existe una gran pobreza teórica. El derecho y el pluralismo jurídico no pueden ser más que un concepto sensibilizador, un punto de partida para una mayor clarificación conceptual y elaboración metodológica y teórica. A partir de ello, los verdaderos problemas teóricos y conceptuales recién comienzan.

coexisten en un espacio social semiautónomo, pero no aclara en ningún lugar qué es un orden jurídico o dónde está la diferencia.

¹⁸ Véase Vanderlinden (1971, 1989, 1998) y Woodman (1998).

¹⁹ No estoy de acuerdo con el planteamiento de Woodman de que «las concepciones usuales de pluralismo jurídico profundo asumen que el derecho estatal es un todo bien definido y consistente que puede ser una parte clara de una situación plural» (1998: 52).

7.1 El nexo Estado-derecho como discusión pseudo-teórica

A menudo *la teoría* se reduce a resolver la cuestión conceptual y en los debates el nexo Estado-derecho tiende a igualarse con la definición de derecho,²⁰ como si en uno de los extremos de tal relación tuviéramos un concepto de derecho definitivo. Por ello, los adherentes del nexo Estado-derecho necesitan abrirse un camino propio en el antiguo debate sobre las conceptualizaciones y definiciones del derecho dentro de la esfera monista, y si hay algo claro, es que en esa esfera de reflexión tampoco existe una versión aceptada de manera general.²¹

En otro extremo, algunos autores (como Griffiths y posiblemente Woodman) parecen sugerir que al disociar las nociones de derecho y Estado se lograría un concepto lo suficientemente claro para denominar *jurídico* a la normativa no estatal, pero no brindan ninguna buena razón para ello. Y es que se requiere alguna forma de caracterizar lo jurídico, distinto al reconocimiento estatal, aplicable a cualquier mecanismo jurídico. En textos anteriores he tratado de identificar las especificidades como propiedades particulares de concepciones cognitivas y normativas, antes que como atributos morales o funcionales asociados con esas concepciones en abstracto o en la vida real observable (véase F. von Benda-Beckmann 1979, 1992, 1997, 2002).²² Si bien tal concepción puede ser general y estar subdeterminada (algo compartido con muchos otros conceptos), he intentado delinear las dimensiones de variación de las formas jurídicas mediante propiedades adicionales para que podamos ofrecer caracterizaciones más detalladas de las formas jurídicas, incluso de aquellas que pueden coexistir en diferentes constelaciones de pluralismo jurídico. Esta parece ser una estrategia mucho más útil que cortar la discusión alegando que si el derecho pudiera ser plural, entonces *todo* sería derecho y desaparecerían diferencias importantes (Moore, Merry).

7.2 Observando las relaciones e interdependencia en órdenes jurídicos plurales

²⁰ Por su puesto existe una larga tradición de algunas marcas de *teoría jurídica* que denominan *teoría* a estas reflexiones, pero para quienes estudian el pluralismo jurídico en la sociedad, o el funcionamiento del derecho en diferentes contextos sociales, este tipo de *teoría* sigue siendo pobre y poco interesante. Ni siquiera intenta explicar las constelaciones de pluralismo y su funcionamiento.

²¹ La gente suele seguir modelos de tipologías de normas, como la noción de Hart sobre normas primarias y secundarias, o la de Luhmann sobre el código legal/ilegal.

²² Esto contrasta con autores como J. Griffiths y G. Woodman que usan un atributo funcional, concretamente el control social, y reducen la barrera conceptual entre normas jurídicas y no jurídicas a un continuo de mayor o menor control social. En mi opinión, esto no tiene sentido.

¿Cómo debemos pensar e investigar la interacción, interdependencia y las relaciones entre órdenes jurídicos dentro de una constelación de pluralismo jurídico? El problema de si el derecho está o no atado por definición a la organización política de un Estado es solo un aspecto de la discusión.

a) Las relaciones

Existen dos tipos diferentes de relaciones (F. y K. von Benda-Beckmann 2009). El primero supone esquemas socialmente contruidos sobre cómo los diversos universos normativos coexistentes se relacionan entre sí. Estas formulaciones se expresan, por lo general, en declaraciones políticas e ideológicas sobre la complementariedad, equivalencia o superioridad de los órdenes coexistentes. Además, demarcan sus respectivas esferas de validez como un todo o para campos específicos de la organización social como la constitución de la aldea, el parentesco, la propiedad, la herencia, el matrimonio, la banca o el orden público. Son los denominados «pluralismos jurídicos débiles», que se generan en múltiples campos políticos, legislativos y educativos. También pueden hacerse de manera implícita o explícita en las cortes o en otros foros de resolución de conflictos.²³

En segundo lugar, las relaciones de tipo funcional y más cuantitativo entre órdenes jurídicos se vuelven visibles cuando comparamos los procesos sociales en los que los actores usan los diversos repertorios legales para organizar y justificar sus transacciones sociales o decisiones. Ejemplos de esto son el uso de los sistemas en cuestiones de propiedad y herencia, los matrimonios y divorcios, los procesos de disputa en aldeas y en cortes estatales, el establecimiento de instituciones y los procesos de creación de normas y regulación. Analizar estos procesos brinda información sobre la relevancia social relativa de estos usos diferenciados en distintos campos sociales.

b) ¿Qué tipos de procesos? La multicontextualidad

Existe una variedad de procesos sociales en los que el derecho participa. Los más conocidos y dogmáticamente privilegiados son las interpretaciones y replanteamientos de normas jurídicas y principios en procedimientos formalizados que los funcionarios administrativos o judiciales emplean para decidir «conforme a derecho». Puede tratarse de procedimientos judiciales o de «protección preventiva de derecho» que validan transacciones económicas o sociales no problemáticas en procesos formalizados conducidos por instituciones públicas como los registros civiles o los notarios públicos.

²³ Las enormes variaciones en las constelaciones estructurales fueron catalogadas ya en el artículo original de Vanderlinden (1971): impuesto vs. acordado, paralelo o integrado, acumulativo o aislado, opcional u obligatorio, controlado o independiente, remedial o previsional, antagónico o complementario.

Pero la reproducción del derecho también puede ocurrir «fuera de contexto», en muchas formas y procesos como la socialización de los niños, la reproducción del derecho en universidades o en medios de comunicación y, por último pero no menos importante, el uso de formas legales y orientación hacia el derecho en la *vida cotidiana*, donde también puede usarse como medio para racionalizar y justificar demandas en procesos y transacciones cotidianos.

No pretendo ocultar las diferencias entre los usos del derecho en los contextos de interacción política y dogmáticamente privilegiados como *jurídicos* por la ciencia jurídica —como las decisiones judiciales en las que la reproducción del derecho adquiere una *aceptación* particular (Wickham 1990)— y en aquellos no tan privilegiados. Sin embargo, cualquier investigador interesado en los modos de reproducción del derecho debe prestar atención, adicionalmente, a los otros procesos sociales en los que esto ocurre. Aunque estos podrían carecer de relevancia en las doctrinas jurídicas y la definición del derecho, ciertamente contribuyen a su mantenimiento.

c) ¿Cómo participa el derecho?

Podemos identificar varias formas principales de participación del derecho. Así, este puede usarse como recurso en la interacción social, como medio para racionalizar y justificar acciones, incidentes, interpretaciones, reclamos o decisiones. Además, puede emplearse como modalidad legítima para alcanzar ciertos objetivos como elaborar un testamento, celebrar un matrimonio o un contrato de garantía, activar un procedimiento para el manejo de conflictos o crear normas en cualquier nivel de la organización social.

Debemos asumir, además, que la interacción humana siempre es influenciada, hasta cierto grado y entre otros factores, por la totalidad del derecho (plural) cuando la gente considera en qué acciones comprometerse o de cuáles abstenerse. No deberíamos presumir esta influencia desde el inicio, sino más bien observar siempre la influencia potencial de las múltiples formas jurídicas o procedimientos en relación a otros factores (relaciones de poder, dependencia económica, factores psicológicos). Se trata de una cuestión de investigación empírica e interpretación.

Las condiciones de pluralismo jurídico a menudo amplían el rango de procesos sociales en los que se reproduce la idea de derecho o de ciertos elementos jurídicos. También afectan el grado en el que las formas jurídicas se invocan explícitamente. Así, la invocación del derecho, como esquema de racionalización y justificación, depende en gran medida de lo que bajo determinadas circunstancias puede parecer autoevidente. Esta se reduce, en particular, cuando se brindan alternativas. Entonces se tiene que clarificar qué opción se ha escogido y la presión para justificar la elección aumenta. Por esta razón, los procesos de reproducción del

derecho usualmente son más explícitos bajo condiciones de pluralismo jurídico, cuando la gente es consciente de los repertorios normativos y procedimientos alternativos en los que pueden usarse.

d) ¿Qué pasa con los elementos jurídicos en los procesos sociales?

En todos estos procesos, los repertorios jurídicos pueden distinguirse y aplicarse claramente como formas jurídicas distintas con su propia lógica y sustancia jurídica. Pero pueden también estar combinados en formas jurídicas híbridas que conjugan elementos del derecho islámico con partes del derecho estatal o el *adat* en el mismo proceso, decisión, institución o regulación social. Con el paso del tiempo, tales híbridos pueden por sí mismos institucionalizarse como versiones jurídicas más o menos estables y atribuirse a un sistema jurídico particular.

Los distintos participantes y quienes toman decisiones pueden referirse al mismo derecho, pero a menudo movilizan repertorios jurídicos opuestos entre sí — derecho nativo contra derecho estatal, derecho religioso contra el nativo o el estatal, etc.—. Hasta podrían acumular elementos de varios sistemas o combinarlos para crear formas híbridas. Incluso en una situación de interacción a muy pequeña escala —o un espacio social semiautónomo— es posible una gran variabilidad.

Pensemos, por ejemplo, en las disputas por herencia en Sumatra Occidental. Las partes en este tipo de conflictos saben que existe el derecho *adat* y el islámico sobre la herencia y que distintas cortes podrían aplicar distintos derechos. Esto es parte de su conocimiento individual y del contexto más amplio en el que interactúan. En un caso, podrían discutir y argumentar en términos del derecho *adat*, aunque a la sombra del pluralismo jurídico e institucional. En otra situación, movilizan las normas *adat* y las islámicas oponiéndolas entre sí para racionalizar y justificar demandas opuestas. En una tercera situación, pueden usar las normas *adat* y las islámicas para resolver distintos aspectos del problema sucesorio. En una cuarta situación, aunque fueran conscientes de que otra gente o tribunales conocen las disonancias entre estos dos derechos, pueden afirmar que no las aprecian y que el *adat* y el Islam son, en realidad, lo mismo.

7.3 Espacio, escala y acumulación

Si queremos ubicar al pluralismo jurídico y la interdependencia de sus componentes en la sociedad, debemos prestar atención a la espacialización de los procesos sociales en los que participa el derecho que, adicionalmente, contribuyen al mantenimiento o cambio de las constelaciones jurídicas plurales (F. y K. von Benda-Beckmann y A. Griffiths 2009).

Necesitamos comprender cómo los microprocesos se vinculan a los macro resultados. Empleo *macro* como adjetivo para diferentes conjunciones. Para mí,

macro se refiere a la escala en el sentido de una (gran) extensión geográfica y espacial del área donde se estudian los procesos sociales y sus resultados. En este sentido, macro es el territorio de un Estado o, en su mayor expresión, el espacio global, mientras que micro puede ser una aldea, un hogar, una corte o incluso una interacción específica.

Además, como características de las relaciones sociales, redes y procesos, macro se refiere al grado en que ellos *realmente* se extienden a través de espacios amplios y atraviesan grandes distancias.²⁴ Siguiendo a Knorr-Cetina, uso macro para indicar conceptos o generalizaciones que representan algo «macro», es decir un territorio, una organización, o un sistema jurídico, que afirma extenderse en un macroespacio (Knorr-Cetina 1988).²⁵ Otro significado de micro-macro que Collins (1992: 90) ha empleado al desarrollar su «hipótesis de acumulación», usualmente se refiere a diferencias en cantidad. *Macro* en este caso se concibe como la acumulación de microeventos a través del tiempo y espacio.²⁶

Así, por un lado, puedo considerar lo *macro* como «una representación resumida, activamente construida y buscada dentro de microsituaciones» (Knorr-Cetina 1988: 39). Este es un buen punto de análisis de eventos y casos. Observamos a los actores en esas microsituaciones, pero en el marco de su contexto más amplio, y prestamos atención a cómo participan en un ambiente institucional y relacional que se despliega más allá del tiempo y espacio del evento inmediato. Podemos, por tanto, observar cómo los actores son influenciados por esas estructuras y cómo las repiten y por tanto reproducen como derecho o pluralismo jurídico, localizando su significado y consecuencias. Como Knorr-Cetina señala, «es mejor considerar al representante (micro) y al representado (macro) como pertenecientes a realidades diferentes y coexistentes, al margen de que uno afirme hablar por el otro» (1988: 45). Esto encaja bien con aquellos procesos donde las representaciones macro del derecho o el pluralismo jurídico se mantienen o cambian. Pero todos estos

²⁴ Este es el sentido en el que Giddens habla de «distanciamiento espacio-temporal», que va desde relaciones cara a cara o copresencia a relaciones (redes, configuraciones) e interacciones que abarcan el espacio global.

²⁵ Harré (1980) sostiene que las categorías de gran escala como las naciones o las clases sociales se entienden mejor como colectividades taxonómicas, es decir como construcciones que existen solo en la mente del clasificador y no tienen referente empírico —como un sistema ordenado en adición a las partes— (citado por Knorr-Cetina 1988: 34). Véase, por cierto, la noción de comunidades imaginadas de Anderson (1991).

²⁶ Knorr-Cetina ha planteado que tal conceptualización de lo «macro» podría resolver el problema de las relaciones micro-macro. En su hipótesis de representación, lo macro ya no aparece como una capa particular de realidad social encima de episodios micro, sino más bien como parte de estos episodios micro, de los que resultan los procesos estructurantes de los participantes (1988: 40). Es evidente que esta propuesta solo cubre un aspecto de estas relaciones.

desarrollos ocurren en microsituaciones que podrían o no mantenerse en otros encuentros micro. Por ello los casos singulares, aunque se les analice y use inteligentemente como elemento diagnóstico, no nos ayudan si estamos realmente interesados en la multiplicidad de lo que ocurre —simultáneamente— en una miríada de microsituaciones en una escala geográfica más grande, y en cuáles son las consecuencias de estos procesos.

Esto solo puede apreciarse al analizar estas situaciones en un nivel agregado, en una escala geográfica (o social) más grande.²⁷ En contraste con Knorr-Cetina, Collins ha planteado que «en vez de ver la macroestructura como la representación de un conjunto de reglas, es más útil asumir una mirada minimalista de la macroestructura como la mera acumulación de micro encuentros a través del tiempo y espacio» (1992: 90). Aunque esto no parece ser un argumento en contra de la utilidad del uso del término que hace Knorr-Cetina, concuerdo con Collins en que necesitamos esa acumulación y en que tenemos que basarla en el espacio. Solo así captaremos la *extensión de la cobertura espacial* de esos procesos y sus variaciones.²⁸

Además, acumular procesos singulares y sus resultados no resulta suficiente. La dinámica del pluralismo jurídico depende en gran medida de cómo los campos —donde estos procesos ocurren y se basan espacialmente— están entrelazados y si lo que ocurre en uno influye en los otros (y cómo). Comprender los tipos de interdependencias requiere investigar las consecuencias planeadas y las imprevistas de esas interacciones para campos más distantes y ámbitos diferentes en tiempo y espacio, rastreando las pequeñas «ondas expansivas» (Long 1989: 230) o las pronunciadas olas de interdependencia a través del tiempo y espacio.²⁹ Concentrarse en cómo las interacciones dentro de un campo se conectan con las que se producen en otros genera interesantes aproximaciones al grado en el que los sistemas jurídicos se entrelazan e involucran. Por tanto, rastrear la vida social del derecho supone analizar los significados que las normas y principios producidos en cierto contexto adquieren en otros, diferentes y posteriores, en los que se les

²⁷ Claramente, lo que Collins y Knorr-Cetina llaman «macro» son conceptos muy dispares. Se refieren a cuestiones diferentes para tratar de abordar lo mismo. Lo macro de Knorr-Cetina tiene un estatus enteramente singular: comprende, literalmente, macro representaciones hechas en microsituaciones. En realidad ella no ofrece un argumento contra Collins. Pero Collins (al igual que yo) está interesado en las generalizaciones empíricas basadas en una acumulación de situaciones micro; las cuales, quiero añadir, pueden ser todas del tipo que analizó Knorr-Cetina. Asimismo, aunque también es obvio, ambas interpretaciones por sí solas no son suficientes para resolver el problema de lo micro y macro.

²⁸ Held *et al* (1999: 14 y ss.), F. y K. von Benda-Beckmann, y A. Griffiths (2009). Held *et al* desarrollan estos criterios para definir a la globalización. Pero estos son útiles para examinar la organización espacial a cualquier escala.

²⁹ Véase F. y K. von Benda-Beckmann (1998) y F. von Benda-Beckmann (2001).

interpreta, transforma, vincula con otras cuestiones, y acepta o rechaza. Además, implica identificar las consecuencias planeadas e imprevistas de ese comportamiento (F. von Benda-Beckmann et. al. 1989).

Si queremos hacer generalizaciones empíricas sobre el derecho o el pluralismo jurídico en la sociedad, nuestros planteamientos deben basarse en datos empíricos que de hecho cubran la región que pretendemos comprender. Necesitamos saber qué ocurre en una variedad de situaciones o procesos sociales simultáneos.³⁰ Esto mostrará que el derecho/pluralismo jurídico es multilocal, y que en escenarios geográficos distintos encontraremos diversas modalidades de derecho o pluralismo jurídico.

Esas generalizaciones, basadas en la acumulación y las consecuencias de las interacciones a través del tiempo y espacio, permitirán elaborar una imagen del derecho o el pluralismo jurídico —de cualquier región que nos interese— muy diferente a las explicaciones panorámicas que se formulan a partir de denominadores comunes o casos singulares. Incluso en su forma más simple de generalización, esa imagen será de una naturaleza caleidoscópica desconcertante. Pero nos guste o no, esto es lo que necesitamos saber si nos interesa la existencia y reproducción del derecho en la sociedad y si queremos explicarlas.

8. Comentarios finales

He analizado el pluralismo jurídico desde la perspectiva de la Antropología Jurídica —una mirada de las ciencias sociales al derecho que busca la comparación de órdenes jurídicos complejos con un objetivo principalmente descriptivo, analítico y explicativo—. Queda claro que actualmente, al igual que a inicios de la vida de la Comisión, esta es solo una perspectiva. Ha habido y todavía hay diferencias sobre las definiciones del derecho y lo que esto significa para examinar el verdadero funcionamiento de las diversas formas jurídicas coexistentes. También ha habido y todavía hay diferencias sobre el principal objetivo de nuestros esfuerzos. Algunos tienen mayor inclinación analítica, mientras otros pretenden trasladar el estudio del derecho consuetudinario o nativo al ámbito de la ciencia jurídica, para mejorar el conocimiento jurídico y el funcionamiento del sistema judicial en particular.

Como he planteado anteriormente (2002), es importante observar estas diferencias y entender que los distintos trabajos o empleos que ejercemos pueden tener diversos imperativos heurísticos y pragmáticos que también pueden teñir nuestras opciones conceptuales. No es útil convencer a otras personas sobre un enfoque si

³⁰ Para apreciar tal variedad, necesitamos una geografía del derecho orientada temporalmente. Véase F y K. von Benda-Beckmann (1978, 1998 y 2009). Véase, además, Blomley (1994, 1998).

no es relevante para su trabajo, aunque sí vale la pena hacerles notar con mayor claridad los factores que dan forma a su comprensión.

En mi opinión, uno de los aspectos más dañinos en los debates sobre el pluralismo legal es que los autores con diferentes antecedentes intelectuales y profesionales tratan de encontrar *la respuesta correcta* para definir al derecho y al pluralismo jurídico. Esto porque no estamos hablando de verdades últimas sino de desarrollar una comprensión de los usos conceptuales específicos y de sus consecuencias metodológicas. A este nivel, no existe lo correcto o lo incorrecto. Aunque, obviamente, dentro de cada uno de estos ámbitos discursivos los autores pueden ser inconsistentes, aburridamente tradicionales, estimulantes, etc. Esto quedó claro a lo largo del XXV Congreso de nuestra Comisión.

9. Bibliografía

- Anderson, B. 1991. *Imagined Communities*. Rev. Ed. London, New York: Verso.
- Barkun, M. 1968. *Law without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community*, New Haven, CT: Yale University Press.
- Benda-Beckmann, F. von. 1979. *Property in social continuity: Continuity and change in the maintenance of property relationships through time in Minangkabau, West Sumatra*. The Hague: M. Nijhoff.
- . 1986. “Anthropology and comparative Law.” In *Anthropology of Law in the Netherlands*, edited by Keebet von BendaBeckmann and Fons Strijbosch, 90-109, Dordrecht: Foris.
- . 1991. “Pak Dusa’s Law: Thoughts on Legal Knowledge and Power.” In *Ethnologie im Widerstreit: Kontroversen über Macht, Geschäft, Geschlecht in fremden Kulturen. Festschrift für Lorenz G. Löffler*, edited by E. Berg, J. Lauth und A. Wimmer, 215-227, Trickster Verlag.
- . 1992a. “Introduction: Understanding Agrarian Law in Society.” In *Law as a Resource in Agrarian Struggles*, edited by Franz von Benda-Beckmann and Menno van der Velde, 1-22, Wageningen: Pudoc.
- . 1992b. “Symbiosis of indigenous and western law in Africa and Asia: An essay in legal pluralism.” In *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous laws in 19th and 20th Century Africa and Asia*, edited by W.J. Mommsen and J.A. de Moor, 307-325, Oxford/New York: Berg Publishers.

- . 1997. "Citizens, strangers and indigenous peoples: Conceptual politics and legal pluralism." In *Natural Resources, Environment and Legal Pluralism*, edited by Franz von Benda-Beckmann, Keebet von Benda-Beckmann and André Hoekema, 1-42, Yearbook *Law and Anthropology* 9.
- . 2001. "On the Reproduction of Law: Micro and Macro on the reproduction of law: Micro and Macro in the Time-Space Geography of Law." In *Begegnung und Konflikt – Eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme*, edited by W. Fikentscher, 119-131, München: C.H. Beck Verlag.
- . 2002. "Who's Afraid of Legal Pluralism?" *Journal of Legal Pluralism* 47: 37-82.
- Benda-Beckmann, F. and K. von. 1978. "Residence in a Minangkabau nagari." *Indonesia Circle* 15: 6-17.
- . 1998. "Evolutionismus und Recht: Komplexe Fragen zu komplexen Gesellschaften." In *Evolution des Rechts*, edited by R. Voigt, 93-117. Baden-Baden: Nomos.
- . 2009. "Contested Spaces of Authority in Indonesia." In *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society*, edited by F. and K. Benda-Beckmann and Griffiths, A., 115-135. Ashgate.
- Benda-Beckmann, F. von, A. Eldijk, J. Spiertz and F. Huber. 1989. "Interfaces and Janus-Faces: A critical Appraisal of the interface Approach in Development Sociology from a Socio-Legal Studies Perspective." In *Encounters at the interface: Social discontinuities in Rural Developments*, edited by N. Long et al, 205-220. Wageningen: Agricultural University of Wageningen.
- Bertelsen, B. E. 2009. "Multiple Sovereignties and Summary Justice in Mozambique: A Critique of Some Legal Anthropological Terms." *Social Analysis* 53(3): 123-147.
- Bergh, G. C. J. J. van den. 1980. *Village justice in Staphorst*. Nijmegen: Institute of Folk Law in the Faculty of Law of the Catholic University, 1980.
- Berghe, P. van den. 1973. "Pluralism." In *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, edited by J. Honigmann, 959-977. Chicago: Rand McNally.
- Blomley, N. K. 1994. *Law, Space, and the Geographies of Power*. New York: Guilford.

- . 1998. "Landscapes of Property." *Law & Society Review* 32 (3): 567-612.
- Cancian, F.M. 1975. *What are Norms? A study of beliefs and action in a Maya community*. London: Cambridge University Press.
- Collins, R. 1992. "The romanticism of agency/structure versus the analysis of micro/macro." *Current Sociology* 40 (1): 77-97.
- Dahl, R. A. 1982. *Dilemmas of Pluralist Democracy. Autonomy vs. Control*. New Haven: Yale University Press.
- Geertz, C. 1983. *Local Knowledge: Further essays in interpretive anthropology*. New York: Basic Books.
- Griffiths, J. 1986. "What is legal pluralism?" *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55.
- Harré, R. 1980. *Social Being*. Totowa: Rowman-Littlefield-Adams.
- Held, D., McGrew, A., Goldblatt, D., and Perraton, J. 1999. *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Cambridge: Polity Press.
- Hooker, M. B. 1975. *Legal Pluralism: An introduction to colonial and neo-colonial laws*. Oxford: Clarendon Press.
- Knorr-Cetina, K. 1988. "The Micro-social Order: Towards a Reconception." In *Actions and Structure: Research Methods and Social Theory*, edited by N. G. Fielding, 21-53. London: Sage.
- Long, N. 1989. "Conclusion: Theoretical reflections on actor, structure and Interface." In *Encounters at the interface: Social discontinuities in Rural Developments*, edited by N. Long et al, 221-243. Wageningen: Agricultural University of Wageningen.
- Lyons, D. 1993. "Normal Law, Nearly Just Societies and Other Myths of Legal Theory". *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie* 55: 13-26.
- Merry, S. E. 1988. "Legal pluralism." *Law & Society Review* 22: 869-896.
- Nader, L. and Yngvesson, B. 1973. "On studying the ethnography of law and its consequences." In *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, edited by J. Honigsmann, 883-921. Chicago: Rand McNally.

- Starr, J. and Collier, J., eds. 1989. *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*. Ithaca and London: Cornell University Press.
- Tamanaha, B. Z. 1993. "The folly of the 'social scientific' concept of legal pluralism." *Journal of Law and Society* 20: 192-217.
- . 2000. "A non-essentialist version of legal pluralism." *Journal of Law and Society* 27: 296-321.
- . 2001. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Thompson, E. P. 1978. *The Poverty of Theory and Other Essays*. London: Merlin Press.
- Vanderlinden, J. 1971. "Le pluralisme juridique: essai de synthèse." In *Le pluralisme juridique*, edited by J. Gilissen, 19-56. Brussels: Université libre de Bruxelles.
- . 1989. "Return to legal pluralism: twenty years later." *Journal of Legal Pluralism* 28: 149-157.
- . 1998. "Villes africaines et pluralisme juridique." *Journal of Legal Pluralism* 42: 245-274.
- Wickham, G. 1990. "Knowing law, knowing politics." *International Journal of the Sociology of Law* 18: 31-44.
- Woodman, G. R. 1998. "Ideological combat and social observation: Recent debates about legal pluralism." *Journal of Legal Pluralism* 42: 21-59.
- Wright, G. H. von. 1974. *Erklären und Verstehen*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag.

PRIMERA PARTE

REFLEXIONES E INNOVACIONES TEÓRICAS

¿Quién le teme al pluralismo jurídico?*

Franz von Benda-Beckmann¹

1. Introducción

El concepto de *pluralismo jurídico* ha sido empleado en investigaciones jurídicas y sociales durante casi treinta años, convirtiéndose en objeto de apasionados debates. El punto principal en estos, que los distingue de las típicas discusiones sobre el concepto de derecho, es si estamos o no preparados para admitir la *posibilidad teórica* de más de un orden o mecanismo jurídico dentro de un solo espacio socio-político, con diferentes fuentes de validación y sostenidos por formas de organización distintas a la estatal.

Aunque fue inicialmente introducido con la modesta ambición de ser un concepto *sensibilizador*, al destacar que suelen existir órdenes jurídicos paralelos o alternativos dentro de una sola organización política, la discusión sobre el *pluralismo jurídico* gradualmente llegó a estar dominada por el intercambio de prejuicios y estereotipos. En lugar de concentrarse en el valor heurístico del concepto para describir y analizar situaciones empíricas complejas, las disputas conceptuales parecen partir las aguas, creando dos campos entre quienes desarrollan este concepto y quienes lo rechazan, pero no se percibe que existan muchas diferencias entre sus enfoques y presupuestos en relación al lugar que ocupa el derecho en la sociedad.

Así, a partir de las críticas de Roberts (1986) a los textos de la conferencia de Bellagio y a las que aparecen aún con más fuerza en el artículo de Tamanaha sobre el «disparate del pluralismo jurídico» (1993), puede incluso notarse el surgimiento de un *cuco* llamado «los pluralistas jurídicos», «el movimiento del pluralismo

* **Texto original:** Benda-Beckmann, F. von. 2002. «Who's Afraid of Legal Pluralism?». *Journal of Legal Pluralism* 47: 37-82.

¹ Versión revisada de la ponencia presentada al XIII Congreso de la *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, realizado entre el 7 y 10 de abril de 2002 en Chiang Mai, Tailandia. Agradezco los acertados comentarios de Gordon Woodman y Jacques Vanderlinden a la versión anterior.

jurídico» o un «proyecto de pluralismo jurídico» (Roberts 1998: 96). Esto suele asociarse con la *Commission on Folk Law and Legal Pluralism* (ahora *Commission on Legal Pluralism*) y el *Journal of Legal Pluralism*, cuyos miembros y editores son acusados de embarcarse en una suerte de empresa mal concebida que amplía irresponsablemente el concepto de derecho y equipara órdenes normativos que son fundamentalmente diferentes. Se sostiene que denominar órdenes normativos a algo que no es derecho estatal, o que no esté reconocido como derecho por el Estado, pese a *serlo*, es etnocéntrico y oscurece las diferencias fundamentales que existen entre el derecho estatal y otros órdenes normativos, respecto de la forma, estructura y fuerza sancionatoria efectiva.²

En este artículo pretendo continuar con los debates en curso,³ analizar las razones dadas a favor y en contra del concepto de pluralismo jurídico y dejar clara mi postura sobre su valor y limitaciones, en base a mis planteamientos anteriores.⁴

En mi opinión, los debates conceptuales se concentran demasiado en el vínculo entre el derecho y el Estado y se presta poca atención a otros aspectos que también son importantes. Tampoco se brinda suficiente atención a qué tipo de concepto se pretende desarrollar o usar, por qué razón, ni qué debe entenderse por conceptos *analíticos*. Por ello, primero analizaré estos puntos antes de comentar los argumentos a favor y en contra de la conexión Estado-derecho. En síntesis, retornaré a la división que juristas y científicos sociales plantean entre un campo pluralista y otro no pluralista, y mostraré cuan poco útil es esta división.

2. Cuestiones preliminares

Como es sabido, en la mayoría de sociedades, y quizá en todas las contemporáneas, hay una gran complejidad de concepciones cognitivas y normativas. Estas constituyen formas de legitimar el poder y la organización en los planos social, económico y político. Además, proporcionan estándares para la acción permisible y la validación de transacciones, así como ideas y procedimientos para enfrentar situaciones problemáticas, especialmente la gestión de conflictos y disputas.

Esta multiplicidad de concepciones puede expandirse hasta generar una demanda para dar significado y regular a todo un universo social, pero también puede estar limitada a espacios sociales específicos como el matrimonio o la transacción de propiedades, o incluso a conglomerados normativos más limitados. Estas

² Véase Tamanaha (1993), Roberts (1998) y Trotha (2000).

³ Véase, Vanderlinden (1971, 1989, 1998), Fitzpatrick (1983), J. Griffiths (1986), Moore (1978a), Merry (1988), F. von Benda-Beckmann (1983, 1988, 1994 1997), Santos (1987), C. Fuller (1994); Woodman (1998), Roberts (1998), Tamanaha (1993, 2000, 2001), K. von Benda-Beckmann (2011a y b), y A. Griffiths (2002).

⁴ Cfr. F. von Benda-Beckmann (1979, 1983, 1986, 1988, 1992a, b y c; 1994, 1997, 2001a).

concepciones pueden activarse y operar en espacios socio-políticos y geográficos de diferente magnitud: dentro de Estados nacionales, en esferas sociales infra-estatales o transnacionales.⁵

También es conocido que, en muchas partes del mundo, esa complejidad de situaciones antecede al sistema colonial y al Estado moderno. Un ejemplo de esto es la coexistencia de concepciones religiosas y no religiosas en Indonesia. Aunque pueden variar significativamente las percepciones de juristas y científicos sociales sobre tal complejidad y sus implicancias —en la elaboración de nuevos conceptos, metodologías y teorías— nadie requiere probar que tal complejidad existe. Por ello, las preguntas básicas son: ¿cómo podemos llegar a entender tal complejidad?, ¿con qué categorías y conceptos podemos darle sentido, conceptual y teóricamente? Estas cuestiones abren un abanico de cuatro grandes grupos de preguntas:

- a) ¿Cuán lejos podemos llegar con el concepto de derecho?, ¿qué criterios conceden la calidad de *jurídico* a ciertos fenómenos sociales, y cómo distinguir tales fenómenos de otros no jurídicos?
- b) ¿Cómo debemos entender las diferencias? Además, considerando que el concepto de derecho —definido de modo amplio o restringido— tendrá que abarcar algunas variaciones de los fenómenos sociales, ¿cómo definimos el conjunto de criterios en los cuáles estos fenómenos varían?
- c) ¿A qué tipo de complejidad jurídica llamamos *pluralismo jurídico*?, ¿este concepto u otros términos frecuentemente usados, como *multiplicidad* o *pluralidad*, son suficientes para abordar la complejidad que nos confronta?, ¿el pluralismo jurídico requiere necesariamente de la existencia de más de un sistema u orden jurídico, o son suficientes algunos *mecanismos jurídicos* y por tanto se puede hablar de pluralismo jurídico dentro de un solo orden legal? (cfr. Woodman 1998).
- d) Y, tal vez la pregunta más importante aunque menos debatida, ¿qué significa la *existencia* o *coexistencia* de derechos u órdenes normativos? (F. von Benda-Beckmann 1979, 2001).

Sin duda son preguntas importantes, y debo señalar desde un inicio que el alcance de las respuestas, cualesquiera que sean, será limitado. Si bien nuestras opciones conceptuales sobre el derecho y el pluralismo jurídico tienen sus propios fundamentos teóricos y metodológicos, necesitan complementarse con una comprensión más amplia del mundo social. Esto se debe a que los conceptos de *derecho* o *pluralismo jurídico* son solo parte de nuestro gran abanico de herramientas conceptuales y analíticas. Estos conceptos por sí solos tampoco cubren completa ni adecuadamente nuestros intereses de investigación. Aunque estos puntos son obvios, los menciono porque muchas discusiones conceptuales se

⁵ Merry (1992), K. von Benda-Beckmann (2001) y A. Griffiths (2002).

realizan como si solo esos dos conceptos representaran la totalidad del espectro teórico o los intereses de las investigaciones.

2.1 Sobre la cuestión conceptual

Hay otro punto preliminar que me gustaría enfatizar. Las palabras y los conceptos no reivindican una verdad inherente, sino que debemos medirlos en función de sus ambiciones y evaluarlos por su utilidad para lograr los fines que uno se propone al emplearlos. Por ello, estimo pertinente aclarar brevemente mi posición y las razones de mi enfoque conceptual.⁶

Como muchos antropólogos y, supongo, muchos cultores de la historia del derecho y el derecho comparado, busco conceptos que sean útiles para observar similitudes y diferencias en comparaciones diacrónicas y entre sociedades. Requiero trabajar con un concepto lo suficientemente amplio como para abarcar configuraciones jurídicas simples y complejas. Estoy interesado en la comprensión y, si es posible, la explicación de distintas configuraciones jurídicas, así como en la interdependencia y relevancia social de sus elementos. También busco mantener esta perspectiva comparada al observar situaciones y procesos de cambio en escenarios espaciales y temporales de pequeña escala.

Con estos objetivos en mente, encuentro que un concepto de derecho no vinculado al Estado por definición —y con la suficiente amplitud para incluir el *pluralismo jurídico*— resulta ser una útil herramienta analítica y sensibilizadora. No veo un concepto así como una teoría o explicación,⁷ sino solo como un punto de partida para observar la complejidad de órdenes normativos y cognitivos, así como sus formas de conjugarse en la interacción humana.

Sin embargo, soy perfectamente consciente de que otras personas vinculadas al derecho pueden necesitar conceptos diferentes para otros fines. Por ejemplo, quienes trabajan como guardianes y operadores de un solo universo normativo —como los abogados, juristas, jueces, autoridades religiosas o tradicionales— normalmente no aceptan o no pueden aceptar la noción de pluralismo jurídico, pues su trabajo consiste en enseñar o aplicar *el derecho* tal como lo define la lógica normativa o sus propios discursos jurídicos. Por ello, *su derecho* probablemente

⁶ Mi tesis doctoral, presentada en 1970, se tituló *Pluralismo jurídico en Malawi*. Este libro aún estaba escrito desde la perspectiva de un abogado y dejaba sin responder la pregunta de si se podía hablar de pluralismo jurídico solo si el derecho estatal, a través de la legislación o la jurisprudencia, reconocía al derecho no estatal; o si podía hacerse independientemente de dicho reconocimiento (1970: 22, 46). Años después, habiéndome ya transformado en antropólogo, al pensar en la conceptualización del *derecho* para la comparación histórica e intercultural, encontré que resultaba más útil disociarlo del Estado (1979, 1983, 1986).

⁷ Véase, también, Geertz (1983), Greenhouse (1998) y Rosen (1999).

será, y tiene que ser, diferente del mío. En efecto, los jueces deben tomar decisiones que reducen la complejidad del pluralismo jurídico *al derecho*, para producir la racionalización y justificación de un fallo judicial. También considero que quienes están involucrados en la formulación de lo que debería ser o llegar a ser el derecho —como los políticos o filósofos legales— a menudo reivindicarán un estatus exclusivo para el derecho que propagan, y esto los llevará a una conceptualización muy distinta de la que yo prefiero.

Quiero resaltar que estas son distintas formas, académicas y profesionales, de trabajar con el derecho, y a su vez reflejan distintos presupuestos teóricos y conceptuales. Si bien nuestro tema de estudio (el derecho, la aplicación de la ley, etc.) no distingue entre antropología legal o ciencia jurídica, sí existen diferencias entre estas disciplinas. En efecto, la forma en la que la antropología jurídica concibe al derecho como variable, las preguntas que se hace sobre este y la metodología en la que basa su investigación, son muy distintas a las de la ciencia jurídica, al menos a las ciencias normativas y dogmáticas del derecho, que elaboran interpretaciones correctas de abstracciones jurídicas generales con respecto a situaciones problemáticas concretas y reflexiones filosóficas sobre qué y cómo debe ser el derecho.⁸

Estas diferencias de objetivo y enfoque deben mantenerse por separado, pese al gran interés compartido en la materia de estudio y lo mucho que se puede aprender mutuamente. Ciertamente, se requiere «la desagregación del *derecho* y la *antropología* como disciplinas de modo que se conecten mediante intersecciones específicas, en lugar de una fusión híbrida» (Geertz 1983: 232).

Muchos debates y malentendidos —incluyendo aquellos sobre pluralismo jurídico— entre juristas y antropólogos del derecho han adolecido de la calificación tendiente a reducir estos diferentes objetivos y conceptos resultantes a un nivel de discusión unidimensional, en el cual los autores buscan *el concepto* correcto o útil para ambos —abogados y científicos sociales— sin considerar que están inmersos en empresas distintas.⁹ Es precisamente en nombre de la *teoría* que muchos académicos reivindican de forma absolutista el valor universal de sus

⁸ Debe añadirse una observación adicional. La categoría de ciencia jurídica es potencialmente amplia. Puede incluir estudios tales como Historia del Derecho, Sociología del Derecho o Teoría General del Derecho, y también, por supuesto, un estudio social científico antropológico comparativo del Derecho (véase también F. von Benda-Beckmann 2001b).

⁹ En el segundo capítulo («Lawyers and Anthropologists») de su reciente libro, Laura Nader señala el mismo punto y enfáticamente critica «la cacofonía en el conocimiento jurídico y antropológico sobre el derecho y la sociedad» (2002: 73). En su análisis sobre el pluralismo jurídico y la policentricidad del derecho, Zahle se muestra claramente al tanto de estas diferencias (1995: 197). Esto es, sin embargo, algo poco común en términos comparativos.

conceptos, luchando por una hegemonía conceptual. Esto no solo obstaculiza el camino para una buena antropología jurídica, sino que también hace difícil el diálogo y el aprendizaje mutuo.¹⁰

En sus relaciones y discusiones compartidas, los juristas y antropólogos del derecho deberían tomar en serio el trabajo del otro. Por ejemplo, si el trabajo de uno consiste en mantener la ideología del derecho estatal, entonces no puede, en una misma acción políticamente relevante, considerar al derecho no reconocido como si fuera realmente derecho. Si uno, como juez, tiene que elegir el derecho *correcto*, entonces no puede *aplicarse* el pluralismo jurídico. A su vez, si uno está involucrado en la comparación del derecho a través de las sociedades y el tiempo, no puede tener una perspectiva prejuiciada por la ideología jurídica dominante.¹¹ Por ello, antes de entrar en debates conceptuales, debe tenerse clara la comprensión de las diferentes empresas académicas y profesionales en juego, sus limitaciones e implicancias, y tomarlas en cuenta cuando promovamos nuestra forma de entender las cosas o criticar la de los demás.

2.2 Conceptos analíticos para fines comparativos

Para la comparación intercultural e histórica se necesitan conceptos analíticos.¹² Las razones para el desarrollo de estos marcos analíticos comparativos se identificaron en la Antropología Jurídica hace varias décadas a raíz del debate Bohannan-Gluckman.¹³ En síntesis, para evitar los peligros de la traducción directa y de «forzar la imposición de categorías extrañas» se necesita un marco analítico

¹⁰ Ciertamente, muchos malentendidos también derivan de un conocimiento y percepción muy limitados de lo que el otro hace y de sus presupuestos y temas, lo que suele complementarse con diversos estereotipos. Así, gran parte de la antropología se ha nutrido de presunciones y conceptos legalistas. Este ha sido el precio que los antropólogos han pagado por desatender el derecho y delegarlo al dominio de la ciencia jurídica y, por consiguiente, vivir de sus propios estereotipos sobre el derecho dentro de los cuales ellos mismos han sido socializados.

¹¹ Este no es un problema que se restrinja a la relación entre la Antropología Legal y la Ciencia Jurídica. Por el contrario, es solo un ejemplo de la relación entre una ciencia social y una ciencia orientada normativamente —a la cual pertenecería buena parte de la ciencia jurídica, como también buena parte de la teoría política e incluso de la teoría—. El mismo problema ha sido diagnosticado en la relación entre la Antropología de la Religión y los estudios religiosos o la Teología (Laubscher 1998 o Bergeer 1973 sobre la Sociología de la Religión). Así como la Antropología de la Religión no implica la incorporación de la Teología dentro de la Antropología (sino un interés en ella) ni la Antropología Económica supone una hibridación con la teoría económica (sino un interés crítico en ella, véase Nader 2002: 108); así tampoco la Antropología Jurídica incluye a la ciencia jurídica dogmática. Más bien, la ciencia jurídica es parte de la realidad empírica que los antropólogos jurídicos estudian (o deberían estudiar).

¹² Sobre la teorización analítica, véase Turner (1987).

¹³ Véase Nader (1969: 4), Bohannan (1969).

que pueda abarcar una variedad de fenómenos jurídicos empíricos, diferentes sistemas jurídicos nativos (o *emic*) y/o teorías nativas sobre sus propios sistemas. En un sentido analítico, estos diversos fenómenos son *similares* siempre que sus manifestaciones empíricas encajen en la categoría elaborada, a pesar de lo diferentes que puedan ser en otros aspectos. Entonces, esta categoría básica tiene que ser complementada con criterios analíticos que indiquen dimensiones de diferencia y variación.¹⁴

Es indiscutible que la antropología (y cualquier ciencia social comparativa) necesita este tipo de conceptos para la exploración comparativa, al margen de que pensemos que el concepto de pluralismo jurídico es útil o no.¹⁵

Por lo tanto, una primera pregunta crucial es si el concepto de derecho podría—y bajo qué condiciones—construirse realmente como concepto útil para la comparación entre culturas —tenga o no vínculo con el Estado—. Si respondemos que eso no es posible entonces el *derecho estatal* —bajo cualquier definición sería— tampoco calificaría como concepto analítico. Pero si respondemos afirmativamente, entonces la siguiente pregunta sería cuáles deberían ser las propiedades de dicho concepto y si la conexión entre Estado y derecho sería una propiedad constante —o se referiría solo a un tipo de variación—. Si a esto último respondemos positivamente, la discusión estaría resuelta para el concepto de derecho, pues otros grupos normativos de regulación y significado quedarían excluidos y se les daría un estatus normativo conceptualmente diferente: sistema de reglas, normas y valores sociales, reglas informales, entre otros.

Sin embargo, la discusión sobre el concepto de *pluralismo jurídico* todavía no estaría completamente resuelta, pues muchos autores también sugieren incluir «el pluralismo dentro del derecho estatal» como parte del concepto (Woodman 1998).

¹⁴ Esta lógica comparatista me ha servido de inspiración (y a Keebet) en mis (nuestros) propios intentos de desarrollar categorías analíticas comparativas para el derecho (F. von Benda-Beckmann 1979, 1986, 1997), la propiedad (F. von Benda-Beckmann 1979, F. y K. von Benda-Beckmann 1999) y la (in)seguridad social (F. y K. von Benda-Beckmann 1994). La principal inspiración fueron las ideas de Leach (1961) y Goldschmidt (1966) sobre el análisis comparativo.

¹⁵ Roberts, por ejemplo, dice que «si tenemos que embarcarnos en un proyecto comparativo [...] su ejecución debe implicar un intento consciente de lo imposible —el establecimiento de un marco de análisis distinto del de las “culturas” comparadas». (1998: 105). Por ello, «debemos empezar por un modesto, consciente, reconocimiento de lo difícil que es mantener a una distancia crítica nuestras propias convenciones, ni qué decir de adquirir un entendimiento transparente de otra cultura. Conscientes de esta debilidad, deberíamos formular un marco analítico adecuado para el objetivo en cuestión y al mismo tiempo tan poco involucrado como sea posible en la escena local» (1998: 104).

Estas preguntas han sido y son polémicas, tal como ocurrió con otros conceptos como los de *familia*, *propiedad*, *religión* o *economía*,¹⁶ y las respuestas recibidas a menudo se entrecruzan. Los argumentos dados para conectar al derecho con el Estado pueden llevar a los autores a dos resultados: a) insistir que para fines analíticos el derecho necesita estar ligado al Estado, o b) negar la utilidad de definir el derecho analíticamente.

Antes de pasar a las diferentes razones a favor o en contra de la vinculación conceptual con el Estado, quiero explicar qué implica definir al derecho y el pluralismo jurídico como conceptos analíticos.

2.3 Las implicancias del derecho como concepto analítico

Pospisil ha explicado con claridad el sentido de un concepto analítico del derecho:

Como dispositivo teórico y analítico, el derecho es un concepto que abarca una categoría de fenómenos (hechos etnográficos) seleccionados de acuerdo a los criterios que el concepto mismo especifica. Aunque está compuesto por un conjunto de fenómenos individuales, la categoría misma no es un fenómeno —no existe en el mundo externo—. El término *derecho*, en consecuencia, se aplica a una construcción de la mente humana por razones de conveniencia. La justificación de un concepto no radica en su existencia fuera de la mente humana, sino en su valor como dispositivo analítico y heurístico. (Pospisil 1971:39)

He tomado esto como punto de partida, aunque me condujo a una conceptualización algo distinta a la de Pospisil (F. von Benda-Beckmann 1979:25).

Es importante detallar las implicancias de este tipo de formulación conceptual. Como conceptos analíticos, el derecho y el pluralismo jurídico solo apuntan a la *posibilidad teórica* de que lo que captemos con el concepto *podría* existir empíricamente. Tales conceptos del derecho, o para el caso del *pluralismo jurídico*, no nos dicen nada sobre el derecho o su significado social en ninguna sociedad, ni llevan consigo la afirmación de que todas las sociedades tienen derecho. Son solo medios para ver si tienen los fenómenos especificados por el propio concepto. Normalmente estas consecuencias no se toman en cuenta consistentemente en los debates sobre pluralismo jurídico, y se cometen errores al distinguir

¹⁶ Geertz también remarca que aunque «la relación problemática de categorías que surgen de una cultura y las prácticas que se conocen en otras, no se considera como algo evitable o fatal para los conceptos de *religión*, *familia*, *gobierno*, *arte* e incluso *ciencia*; para el caso del *derecho* esa tensión continúa siendo extrañamente obstructiva». (1983: 168)

configuraciones jurídicas analíticas y empíricas.¹⁷ Esto ha conducido a varios malentendidos:

- a) Algunos autores identifican el concepto directamente con ciertas constelaciones empíricas de pluralismo jurídico que pueden ser deseables o cuestionables.¹⁸ Pero al concepto de derecho o pluralismo jurídico no se le puede reprochar por condiciones empíricas aborrecibles o atractivas según razones políticas o morales, así como otros conceptos como la economía o el sistema político no pueden identificarse con un sistema económico o político empírico específico.¹⁹ La distancia analítica, hacia cualquier tipo de derecho, evita que se justifiquen científicamente visiones sesgadas de *cualquier derecho*. Estas justificaciones podrían estar basadas en raíces políticas o morales, pero no analíticas. Un enfoque analítico es distinto de un punto de vista ideológico o religioso. Es diferente también de los puntos de vista compartidos y postulados por la ideología jurídica dominante o por los defensores del derecho tradicional o el de los pueblos indígenas. Formular juicios de valor político o moral sobre cualquier derecho, la

¹⁷ Por tanto, el reciente llamado de Tamanaha para una definición analítica, no esencialista del derecho, no es tan original como pretende. Él critica las definiciones que conceptualizan al derecho como una abstracción de prácticas vivas o como el cumplimiento institucionalizado de normas, planteando que la medida en que la ejecución de normas es institucionalizada —pero también la medida en que el derecho es o no congruente con las prácticas sociales, y la medida en que aquellas funciones que las definiciones funcionalistas incorporan en el concepto— debería ser tratada como variaciones y no como elemento constitutivo del derecho. El derecho debería estar caracterizado por un conjunto de criterios; los conceptos que especifican qué es derecho y lo que el pluralismo jurídico implica, no son verificables ni falseables: son más o menos útiles, y su valor de uso es una función del propósito para el cual son construidos (2000:300). Su punto es que la mayoría de conceptos del derecho asumidos explícita o implícitamente por los «pluralistas jurídicos» —y para el caso, se podría añadir, la mayoría de escritores que conceptualizan el derecho, sean pluralistas o no— son esencialistas por naturaleza (2000: 299). Esto puede ser verdad para algunos autores, pero ciertamente no lo es en mi caso (1979, 1983, 1986).

¹⁸ Sack (1986: 1) ha sugerido que el pluralismo jurídico involucra un compromiso ideológico. Como Woodman (1998: 48), yo no veo que esto surja del debate conceptual. Pero debería considerarse que en muchos casos la idea de pluralismo jurídico es instrumentalizada para fines políticos o morales. Esto se debe parcialmente al interés de los órdenes jurídicos no reconocidos por el Estado por alcanzar mayor reconocimiento (véase, e.g., Hellum 1995:25; Sinha 1995: 48, 49; Sheleff 2000:172). En otros casos, sin embargo, el pluralismo jurídico es visto como un reconocimiento simbólico que silencia las demandas políticas y económicas más radicales de los grupos oprimidos de la población (véase Jackson 1992, Williams 1992). El pluralismo jurídico, por otro lado, puede evocar connotaciones negativas debido a que implica el reconocimiento de valores social o moralmente repudiados, como el sistema de castas o la discriminación de género.

¹⁹ Véase F. Benda-Beckmann (1997).

hegemonía del derecho estatal o situaciones jurídicas plurales, es una cuestión muy distinta a la de la creación y uso de esquemas conceptuales analíticos (F. von Benda-Beckmann 1997:31).²⁰

- b) Una variante de esta argumentación es la crítica habitual de que estudiar el pluralismo jurídico implica asumir la existencia de sistemas jurídicos distintos e inconexos y/o negar las diferencias de poder entre ellos.²¹ Fuera del hecho de que este postulado es empíricamente falso, apunta a la renuencia o incapacidad para distinguir entre la (des)igualdad política de órdenes normativos empíricos y la igualdad o equivalencia analítica de un concepto que puede, y debe, acomodar la variación política de ordenamientos normativos empíricamente observables. La equivalencia analítica —considerando jurídico o derecho a tales fenómenos sociales— será siempre distinta de la variación empírica y de las (posibles) diferencias o equivalencias morfológicas, funcionales y políticas, al margen de que restrinjamos el derecho a su versión estatal (F. von Benda-Beckmann 1979: 8-9).²²
- c) Los malentendidos también ocurren cuando la distinción entre fenómenos empíricos y conceptos analíticos es tratada como si se produjera entre fenómenos empíricos, especialmente entre la ideología o los fenómenos normativos (el *deber ser*), y los hechos sociales (el *ser*). Este parece ser el caso del ataque de J. Griffiths a la ideología del centralismo jurídico y el contraste entre esa ideología, incluyendo el pluralismo jurídico *débil* edificado al interior del derecho estatal, y el pluralismo jurídico *fuerte*.²³ Esta perspectiva corre el riesgo de no valorar adecuadamente los fenómenos normativos como *reales* o *empíricos* y de limitarse a anotar la relevancia social de dichos fenómenos. Además, señalar la existencia de otros ordenamientos normativos o formas de control social no refuta la ideología del centralismo jurídico o la exclusividad del derecho estatal.

²⁰ Este punto de vista también es compartido por Tamanaha en su reciente publicación, donde pide una visión desapasionada y distante de las múltiples formas de derecho (2000: 319).

²¹ Esta crítica está también, por lo tanto, dirigida contra el concepto de pluralismo más que al de derecho: «Ambas palabras, pluralismo y dualidad, llevan connotaciones de igualdad que no representan las relaciones asimétricas de poder que son inherentes a la coexistencia de múltiples órdenes jurídicos. Muchos sistemas jurídicos pueden coexistir, como ocurre en diversos Estados coloniales y poscoloniales, pero difícilmente hay igualdad entre ellos [...] Estos términos también implican que los sistemas jurídicos coexistentes evolucionan independientemente luego de contactarse, una noción que no considera [...] que los órdenes jurídicos coexistentes evolucionan juntos» (Starr y Collier 1989: 9). Al respecto, véase también Fuller (1994:10); A. Griffiths (2002).

²² Véase también K. von Benda-Beckmann (2001b).

²³ Véase F. von Benda-Beckmann (1983, 1988) y Tamanaha (1993).

Muchos simpatizantes de la ideología centralista aceptarían con gusto esto, y pueden incluso estar de acuerdo en que estas otras formas son a veces más importantes que el *derecho*, pero no las llamarían *jurídicas*. El carácter *jurídico* de esas otras formas normativas solo puede hacerse visible una vez que los criterios de lo *jurídico* estén explicados. Si reducimos el *derecho* al *control social* (e.g. J. Griffiths 1984)²⁴ no estaremos respondiendo al desafío conceptual de la hegemonía.

- d) Otra implicancia es que no se puede esperar que los fenómenos empíricos encajen perfectamente en las categorías analíticas.²⁵ Aunque se creen categorías analíticas relativamente claras, no siempre la información empírica encajará directa y exclusivamente dentro de un solo ámbito analítico. Los derechos de propiedad, por ejemplo, podrían calificar como jurídicos, pero obviamente también son económicos, sociales y políticos. Esto no quiere decir que no se puede hacer ninguna distinción analítica útil entre lo jurídico, lo económico y lo político, solo demuestra que estas categorías no son mutuamente excluyentes. Esto es también importante para la discusión sobre la interrelación entre diferentes formas jurídicas dentro de un todo jurídicamente plural. A partir del concepto no se puede inferir si sus diferentes elementos (tales como el derecho popular o el derecho estatal), son claramente distinguibles o no, o cómo y en qué contextos de prácticas sociales estos se interrelacionan o derivan en formas híbridas. Esas son preguntas empíricas. Para lograr explicaciones diferenciadas, deben desarrollarse distinciones analíticas que indiquen los grados de variación de las configuraciones jurídicas plurales (véase la sección 6).

3. El derecho como categoría analítica

Si se considera al derecho como concepto analítico, deben aclararse las propiedades generales del concepto, así como las dimensiones dentro de las cuales varían los fenómenos sociales que comparten esas propiedades.

3.1 Propiedades conceptuales: ¿qué clase de fenómenos sociales son *derecho*?

Pocas veces se aborda esta pregunta fundamental en los debates sobre pluralismo jurídico, pese a las diversas consecuencias que tiene para comprender el pluralismo y las relaciones entre el derecho y la organización social.

²⁴ Véase también J. Griffiths (1986) y Woodman (1998).

²⁵ En este sentido, estoy en desacuerdo con el postulado de Woodman de que «inventar una línea divisoria que no concuerde con una distinción fáctica sería irracional y acientífico» (1998: 45).

En la literatura parece haber cierto consenso en que el derecho consiste en reglas y/o normas. Adicionalmente, estamos asediados por postulados rotundos sobre el derecho como control social, cultura, discurso, poder y proceso. Estos planteamientos pueden ser útiles, pues señalan cualidades y funciones que el derecho, o buena parte de este, puede tener en la vida real y que podrían no haberse tomado en cuenta suficientemente. Pero si se quiere evitar la trampa reduccionista de identificar al derecho con proceso, cultura o control social, debería decirse qué es este supuesto derecho, que *también* es cultura, proceso, poder, control social; o qué manifestación específica o tipo de estos es.

3.2 El derecho como conjunto de concepciones objetivadas

Considero que el derecho es una dimensión de la organización social, más que un ámbito específico. Es una indicación sucinta de aquellas concepciones cognitivas y normativas objetivadas, sobre la cual se afirma validez para cierta categoría de personas o territorio. Las concepciones son objetivadas una vez que el producto externalizado de la actividad humana alcanza un carácter de objetividad (Berger y Luckmann 1967: 78). Las concepciones cognitivas establecen cómo son las cosas y por qué son lo que son. En cambio, las concepciones normativas establecen cómo es que las cosas deben, pueden o deberían ser.

Uso la expresión *concepciones* como término colectivo que abarca normas, principios, categorías, conceptos, estándares, nociones y esquemas de significado (Berger y Luckmann 1967, 1986: 96). Los fenómenos jurídicos son concepciones cognitivas y normativas calificadas mediante la aplicación de varios criterios específicos (F. von Benda-Beckmann 1979, 1986, 1997). En términos generales, para mí, los principales criterios desplegados por el derecho reconocen y restringen la autonomía que tienen los miembros de una sociedad para comportarse y construir sus propias concepciones. En este sentido, todos los fenómenos jurídicos, incluyendo las concepciones cognitivas, resultan ser normativos. Es a través de estas concepciones jurídicas que las *imágenes situacionales* del mundo natural y social —personas, organizaciones, recursos naturales, relaciones sociales, comportamientos, incidentes— se constituyen y construyen como categorías significativas, son evaluadas y se les otorga relevancia.

La relevancia significa que mediante referencias a las categorías jurídicas —y su evaluación— es posible racionalizar consecuencias definitivas y adherirse a ellas. Existen tres grandes categorías de relevancia: a) permisibilidad, b) validez, y c) relevancia simple. El derecho se hace evidente a través de dos grandes manifestaciones: a) como principios y reglas generales que evalúan imágenes situacionales tipificadas respecto de consecuencias tipificadas, como esquemas condicionales del tipo «si-entonces»; y b) como derecho concreto que evalúa imágenes situacionales concretas respecto de consecuencias concretas en términos de racionalizaciones del tipo «como-por lo tanto».

3.3 Dimensiones de variación: variaciones morfológicas

Evidentemente, este concepto de derecho es solo un término general que indica el carácter jurídico de los fenómenos sociales y abarca una amplia variedad de fenómenos empíricos.²⁶

Sin embargo, sus propiedades importantes son claras y permiten la elaboración de parámetros dentro de los cuales las manifestaciones empíricas del *derecho* varían en su estructura, forma, contenido y relevancia en la vida social, entre y dentro de sistemas jurídicos. Algunas de estas dimensiones morfológicas son:

- a) El grado en que las concepciones jurídicas cognitivas y normativas de carácter general se han institucionalizado y sistematizado; así como el alcance de la institucionalización (Berger y Luckmann 1967: 97). Esto se refiere a las distinciones en la diferenciación interna de los cuerpos de reglas concebidos como subsistemas. Por ejemplo, el desarrollo de derecho público y privado, civil y penal, sustantivo y procesal. También se refiere a sus diferenciaciones externas, al grado en el que el derecho se diferencia de ideas o sistemas políticos, religiosos o económicos.
- b) El grado en que el conocimiento, interpretación y aplicación del derecho se han diferenciado del conocimiento común; así como el grado de profesionalización, teorización y cientificidad (véase Berger y Luckmann 1967). En este punto el concepto de *derecho popular* suele ser apropiado pues la mayoría de la población comparte el conocimiento del derecho y sus procedimientos, y evita delegarlos a especialistas.
- c) La legitimación primordial de los sistemas jurídicos que abarca desde las construcciones teóricas de una *Grundnorm* (la norma básica de Kelsen) o normas secundarias (Hart); hasta ficciones como el contrato social, la voluntad políticamente organizada del pueblo, revelaciones divinas, tradición, o prácticas consuetudinarias a las que se reconoce carácter normativo.
- d) El grado de obligatoriedad de las normas jurídicas y cómo se expresa la relación prescriptiva entre las normas y la autonomía relativa de los

²⁶ Véase F. von Benda-Beckmann (1979, 1983, 1992a:2, 6). Si Tamanaha plantea que, a diferencia de muchos otros enfoques, el suyo sugiere que la etiqueta *derecho* es aplicada a lo que usualmente son fenómenos distintos, que a veces abarcan instituciones y a veces no (2000: 35), ciertamente no dice algo nuevo. Mi definición no abarca la multiplicidad de un fenómeno básico, como Tamanaha imputa a sus pluralistas jurídicos (2000: 315), sino a una variedad de fenómenos que comparten los mismos criterios contruidos analíticamente.

funcionarios con poder de decisión. Esto se refiere a las diferencias entre reglas y principios prescriptivos, facultativos y opcionales, así como también a las diferencias en la dogmática sobre la toma de decisiones.

- e) La tecnología de transmisión, oral o escrita, y el grado en que el derecho es escrito.
- f) El alcance social y/o geográfico para el cual se afirma su validez.
- g) Y por último, pero no menos importante, las diferencias en contenidos sustantivos. Esto se refiere a nociones tanto de criterios procedimentales como sustantivos usados en el procedimiento (para evaluaciones, etc.). Pero también se refiere a las diferencias en las concepciones cognitivas de las reglas y principios jurídicos.

Estas propiedades variables pueden ser usadas para crear tipologías de distintas formas jurídicas ideales. Más importante aún, pueden y deberían emplearse combinadamente para caracterizar formas jurídicas empíricas. Claramente, ningún lector podría concluir que todos los fenómenos denominados derecho son «lo mismo». Como mencioné anteriormente, no se puede esperar que las formas jurídicas empíricas encajen directamente en uno de los tipos ideales. Muchas formas jurídicas pueden ser combinadas (compuestas, híbridadas) en procesos de decisión e interpretación *ad hoc*, o en nuevas formas institucionalizadas. Su carácter complejo puede hacerse visible con estas caracterizaciones multidimensionales.

3.4 Dimensiones de variación: la variación funcional

Aunque este concepto todavía es indeterminado y necesita mayor refinamiento, no requiere que se le incorporen más propiedades o atributos en relación a su importancia empírica, el peso político o el contenido sustancial de las formas jurídicas.

Las funciones específicas o los grados de importancia funcional en la vida social no pueden determinar adecuadamente el problema conceptual (F. von Benda-Beckmann 1983, 1997). No tiene mucho sentido debatir a nivel conceptual si el derecho realmente funciona como control social,²⁷ resuelve conflictos o los crea,

²⁷ Si uno ve al derecho como control social, sea como una forma específica o general, como hacen Griffiths (1984, 1986) y recientemente Woodman (1998), se debe empezar aclarando lo que es *control social*. Si los criterios para el control social (o para el ordenamiento *jurídico* como su sustituto) no son especificados, una elaboración del pluralismo jurídico no tiene sentido en términos analíticos. Tampoco provee argumentos en contra de las definiciones de derecho con ideologías centralistas, cuyos proponentes concederán gratamente que hay muchas formas de control social. Por lo tanto, discrepo

cuando obviamente con frecuencia hace todo ello, en diversos grados y en diferentes situaciones empíricas. Lo mismo ocurre con la efectividad del derecho, en el sentido de que la gente se ajuste a los límites normativos dispuestos por este. En efecto, los derechos, sean estatales, religiosos o consuetudinarios, usualmente exhiben diferencias considerables en su grado de eficacia.

Esto sugiere que, a nivel analítico y conceptual, es preferible no incorporar dichas funciones como propiedades constantes del concepto, sino tratar las posibilidades funcionales como variaciones. Y para hacer esto debemos aclarar *qué* es lo que pueden incluir tales funciones. A un nivel empírico, debe llevarnos a distinguir entre los atributos normativos que están adscritos a (muchos) fenómenos jurídicos, o que se les atribuyen en distintas teorías o discursos de sentido común, la variedad de funciones que en realidad tienen los fenómenos jurídicos empíricos, y para quiénes operan.²⁸ Lo mismo es válido para las consideraciones morales, éticas o de justicia (véase F. von Benda-Beckmann 1997). Debemos recordar que cuando preguntamos si el contenido sustancial del derecho es *justo* en relación a ciertos estándares generales —o los sentimientos de justicia de la mayoría de la población— estamos formulando una pregunta que debe responderse empíricamente, no en el plano conceptual.

4. El derecho y el Estado

Estas son consideraciones relevantes, al margen de que definamos o no al derecho en conexión con el Estado. Suelen aparecer en las discusiones sobre si el nexo con el Estado debería incorporarse en el concepto como criterio constante o como variación. En las siguientes líneas intentaré graficar las distintas posiciones.

4.1 Los presupuestos evolucionistas

Buena parte de las reflexiones antropológicas, sociológicas y jurídicas sobre la evolución de la organización social y política, consideraron al derecho y a los sistemas jurídicos como la forma más avanzada y civilizada de ordenamiento normativo y toma de decisiones guiada por normas racionales. Por ello, al analizar las organizaciones sociales y políticas descubiertas en los siglos XIX y XX, que no

de Woodman cuando escribe: “No parece posible [definir] al derecho como una forma distinta de control social, la cual sea claramente distinguible de otras... Una respuesta más defendible es que, si no hay una línea divisoria empíricamente descubrible a lo largo del campo del control social, simplemente debemos aceptar que todo control social es parte de la materia que abarca el pluralismo jurídico” (1998: 44-5).

²⁸ Véase Tamanaha (2000) para un enfoque similar: «El grado de influencia real en un campo social determinado solo puede ser determinado practicando investigaciones [...] Ninguna presunción está hecha sobre el mérito o demérito normativo de un tipo particular de derecho, sobre su eficacia, sus tendencias funcionales o disfuncionales, o sus capacidades» (2000: 318, 239).

contaban con sistemas políticos organizados bajo jerarquías claras —como el Estado, ni había cortes o instituciones claramente institucionalizadas que fungiesen como terceros imparciales o no tenían sistemas de reglas escritas, y cuyo conocimiento normativo no estaba claramente diferenciado—, la cuestión de si dichas sociedades tenían *derecho* resultó problemática para muchos observadores europeos.

Además, para la Antropología Jurídica evolucionista del siglo XIX, la distinción entre derecho y no derecho era generalmente irrelevante. Por ejemplo, Maine (1861) hablaba de *Derecho Antiguo*, Bachofen (1861) de *Mutterrecht* (orden matriarcal) e incluso autores alemanes como Post o Kohler no encontraban dificultad al usar el término derecho en relación a sistemas normativos de sociedades descubiertas en África y Asia.²⁹ Desde su punto de vista, la diferencia entre tipos de derecho podía estar marcada por adjetivos (antiguo, tribal, y primitivo) que caracterizaban la naturaleza específica de estos. Ellos veían una evolución y cambios dramáticos en los sistemas jurídicos *dentro* de una categoría global de derecho, conscientes de un amplio rango de múltiples manifestaciones empíricas a pesar del tiempo y el espacio.

Posteriormente, los evolucionistas adoptaron un enfoque distinto. Sostuvieron que estas sociedades aún no habían alcanzado un nivel de organización política y normativa que pudiera llamarse Estado y derecho; y desarrollaron tipologías evolucionistas de normas y de procesos de toma de decisión. El principal criterio que usaron para distinguir entre el derecho y otras formas previas de ordenamiento normativo era la diferenciación e institucionalización de organismos sancionatorios y de creación de normas.

Podemos notar, entonces, una evolución que va desde costumbres no sancionadas hasta normas sociales vagamente sancionadas, o desde formas cuasi jurídicas hasta sistemas jurídicos estatales como los que se desarrollaron en Europa (véase Diamond 1971 y von Trotha 2000).

Muchos textos antropológicos y sociológicos posteriores sobre el derecho mantuvieron estos presupuestos evolucionistas, pero en un estilo más diluido. Así, las equivalencias funcionales fueron suficientes, por ejemplo, para LLewellyn y Hoebel (1941), Hoebel (1954) y Pospisil (1971). De este modo, el derecho se mantiene directamente ligado a la organización política, pero esta no requiere tener, necesariamente, un carácter estatal. Ni los funcionarios *pro tanto* necesitan el carácter de tribunales o agencias estatales. Pero la lógica de la definición, la dependencia del derecho o de lo jurídico respecto de una organización sancionatoria, seguía siendo la misma (véase F. von Benda-Beckmann 1986;

²⁹ Véase también Schott (1982), respecto de jurisprudencia etnológica alemana.

también Tamanaha 1993, 2000).³⁰ Es necesario señalar, no obstante, que tal vez exceptuando a Pospisil, estos autores no consideraron condiciones de pluralismo jurídico claramente manifestas. Es incierto lo que hubieran concluido si las instituciones estatales *reales* hubieran coexistido con el tipo de *otros* derechos que encajaban en sus criterios de juridicidad. Por tanto, no estoy seguro de que Malinowski y otros antropólogos jurídicos tempranos que aceptaron el *derecho primitivo* como derecho, deberían ser considerados como ancestros intelectuales del concepto de pluralismo jurídico (Tamanaha 1993). En mi opinión, los verdaderos ancestros son más bien escritores como Weber³¹ y Ehrlich (1913), que no asumieron como principio teórico dado el proclamado monopolio jurídico del Estado (véase también Griffiths 1986).

4.2 Etnocentrismo

Otro argumento, relacionado con el anterior, opuesto a definir al derecho sin conexión con el Estado —o a desarrollar al derecho como una categoría comparativa de análisis— es el del etnocentrismo. De acuerdo con Roberts (1979, 1998), usar el concepto de derecho para fines comparativos «significa seguir involucrado en la escena local». Según plantea, gran parte de lo que entendemos por derecho está atado y ha sido creado necesariamente mediante la asociación con una historia particular —primero con el surgimiento del gobierno secular en Europa y luego con la administración de la expansión colonial (1998:98)—. Por ello, afirma Roberts, al usar la palabra derecho para órdenes normativos distintos al derecho estatal, se les estaría imponiendo el concepto eurocéntrico de derecho, forzando a los sistemas e ideas normativos de otros pueblos a encajar en categorías occidentales y, por tanto, distorsionándolos. No me parece que este sea un argumento convincente.

Ciertamente se han dado muchos casos de interpretaciones y distorsiones etnocéntricas de los sistemas jurídicos de otros pueblos, y de instituciones particulares como el matrimonio o las relaciones de propiedad. Pero buena parte de la literatura de los setenta ha deconstruido dichas transformaciones, llegando incluso a hablar de la *creación* de derechos consuetudinarios. En los análisis más sofisticados, esto ha llevado a ciertos investigadores a distinguir entre los tipos de

³⁰ Esto es también característico de los textos de Austin o Hart. Sobre Austin, Véase Maine (1914), también Galloway (1976), F. von Benda-Beckmann (1986).

³¹ Un buen ejemplo podría ser Max Weber, raramente citado en este contexto (véase Kidder 1983). Weber conceptualizó al derecho a través de mecanismos sancionatorios, como un grupo actuando para la sociedad mayor en su conjunto. Pero su derecho no estaba necesariamente conectado al Estado, y no era necesariamente excluyente. «Esto no constituye un problema para la sociología», escribió Weber (1956:23), «reconocer [tener conocimiento de la posibilidad de] la coexistencia de órdenes válidos diferentes y mutuamente contradictorios». Para él no había una exclusividad conceptual del derecho respecto del nexo con el Estado y apoyado por un orden normativo (1956:25).

derecho interpretados y usados en escenarios locales y, por ejemplo, los invocados ante cortes coloniales, dirigiendo la atención a la contextualización del derecho en la sociedad.³²

También hay que admitir que, al usar conceptos como el de derecho, no se puede escapar completamente de influencias etnocéntricas. Algunos prejuicios son inevitables.³³ Pero también sería ingenuo sostener que los científicos sociales no pueden distanciarse de los significados que han sido desarrollados en sus propias sociedades y que ellos estarían necesariamente forzados a adoptar (y seguir adoptando) las definiciones propuestas por agentes hegemónicos o poderosos. ¿Por qué se argumentaría esto? ¿Por qué uno tendría que tratar al derecho de forma tan distinta de otras categorías que usamos para fines comparativos como religión, política, matrimonio y propiedad? ¿Por qué es imposible tomar distancia de la comprensión local (i.e., occidental) del derecho para transformarlo en una categoría más amplia, útil para mirar las diferencias y similitudes entre diversas manifestaciones históricas del mismo? ¿No fue el propio Roberts quien primero constriñó la palabra derecho en esta forma local, eurocéntrica y ahistórica, tanto que ni siquiera abarcaba todas las manifestaciones históricas del *derecho estatal*, y luego la calificó de prisión etnocéntrica?³⁴ Aparentemente, dichos autores no pueden o no quieren escapar de la prisión planteando un concepto que pueda ser empleado como un dispositivo científico caracterizado por propiedades que provienen de la descripción de fenómenos culturales, sociales y políticos. Como he escrito anteriormente (1997), esta es una negación a tomar distancia analítica de la ideología jurídica dominante, a la cual el derecho y el Estado están directamente vinculados.

Además, los planteamientos que condenan el uso del derecho y del pluralismo jurídico sobre esta base suelen ser apodícticos y no se basan en un análisis de los

³² Clammer (1973), Chanock (1985), Snyder (1981). Para Minangkabau, véase F. von Benda-Beckmann (1979), K. von Benda-Beckmann (1982, 1984). Véase también la distinción que Woodman hace del derecho consuetudinario profesado por los abogados y por los sociólogos (1987). Mucho tiempo después de que estas discusiones aparecieran en la antropología anglo americana, el tema fue abordado por los estudiosos holandeses del *adat* en Indonesia, quienes distinguían entre el *derecho adat nativo* y el *derecho adat de los abogados* (Van Vollenhoven 1909, F.D. Holleman 1938, véase también J. F. Holleman 1981).

³³ Véase Goldschmidt (1966: 93), F. von Benda-Beckmann (1979:17), Giddens (1984: 284).

³⁴ La crítica de Snyder es similar. Comaroff y Roberts (1981) asumen que cualquier concepción de derecho está necesariamente basada, en última instancia, en conceptos de teoría jurídica occidental (Snyder 1993:8). Presumiendo que cualquier concepción de derecho es inevitablemente occidental, ellos critican directamente la mala aplicación de la teoría jurídica occidental, pero excluyen innecesariamente las posibilidades de una más adecuada sociología comparativa del derecho (1983:9).

trabajos de autores que supuestamente, a través de la categoría derecho, incorporan miradas etnocéntricas en sus textos. Asimismo, en los últimos treinta años no ha sido frecuente que los investigadores trasladen ciertas características de los *derechos occidentales* —tales como sus ideologías o cómo resuelven sus cortes (las normas determinan los resultados), la diferenciación funcional de adjudicación, la diferenciación entre derecho y política— a sus interpretaciones de los órdenes normativos del mundo no occidental.

Por el contrario, los partidarios de un concepto analítico más amplio de derecho formulan explícitamente las propiedades del concepto de un modo que excluye elementos etnocéntricos británicos, minangkabau o barotse en la definición de derecho, y los ven como variaciones. De hecho, es solo gracias a los conceptos analíticos que nos resulta posible percibir, analizar e intentar explicar las similitudes y diferencias entre estos órdenes normativos. Pero usualmente tales intentos por desarrollar estructuras analíticas comparativas no se discuten en absoluto. Por ello, acusarlos de etnocentrismo, a mi entender, es una proyección de los propios prejuicios de los críticos, quienes hacen exactamente aquello de lo que acusan a otros. Ellos imponen su ideología jurídica etnocéntrica en los órdenes normativos de otros pueblos e impiden que algo sea *jurídico* si no se ajusta a su ideología.³⁵

4.3 El argumento de la fusión de las diferencias

Además del argumento etnocéntrico, a menudo se escucha otro: que al asumir la noción de pluralismo jurídico, el concepto de derecho se ampliaría demasiado por lo que llegaría a comprender cualquier cosa (Merry 1988), y que las diferencias cruciales entre fenómenos o sistemas jurídicos se «fundirían» (Moore 1978a: 81). En mi opinión, este argumento confunde la discusión sobre la posibilidad teórica del pluralismo jurídico con la cuestión de qué criterios hacen que cualquier ordenamiento sea considerado *jurídico*.³⁶

Obviamente, como Moore señala (2001: 106), «el agregado de todo el paquete normativo [...] tiene que ser desgranado, identificando el origen de las reglas y los controles». Esto, por cierto, puede hacerse incluso para aspectos más distintivos que el origen y control. Es indudable que una conceptualización del derecho abierta al pluralismo jurídico amplía el rango de los fenómenos jurídicos.³⁷ Pero las

³⁵ Otra debilidad de esta línea de pensamiento es que se basa en una «comparación falsa» (Velsen 1969). La medida para la descripción y el análisis es tomada de la ideología jurídica etnocéntrica. Esto significa que este concepto ni siquiera será suficiente para una descripción y análisis del sistema jurídico operativo del cual son tomados los elementos descriptivos ideológicos.

³⁶ Véase también Santos (1987).

³⁷ El reciente cambio de postura de Tamanaha resulta irónico: «Esto puede ser desagradable para los estudiosos socio-jurídicos porque se corre el riesgo de una

dimensiones de la variación, que he discutido anteriormente, muestran que un concepto analítico de derecho no implica que las diferencias cruciales entre fenómenos o sistemas jurídicos se *fundan*, que *cualquier cosa* sea derecho, o que todo aquello a lo que se llame derecho sea *lo mismo*. Por el contrario, es la potencia de un concepto analítico la que ofrece un punto de partida para buscar similitudes y diferencias de forma consistente en muchas dimensiones de la variación, y por lo tanto aporta una mejor perspectiva sobre las diferencias en forma y función que un concepto conectado al Estado. Permite también la descripción y análisis de diferencias *dentro* del derecho estatal, que a su vez exhibe considerables variaciones en términos de grados de institucionalización y obligatoriedad. Estas diferencias normalmente no son atendidas, sino más bien ignoradas, por la implícita homogeneidad del derecho al reducirlo a lo estatal.³⁸

4.4 Problemas lógicos

Por último, pero no menos importante, hay *razones lógicas* para oponerse a una conexión entre derecho y Estado. En síntesis: usar un concepto de derecho en el que la conexión directa con el Estado es un elemento constitutivo, significa terminar en un concepto tautológico de derecho.

En efecto, las tipologías del derecho que lo relacionan directamente con una organización política o poder sancionador, están en cierta medida basadas en las ideas de Austin sobre la jurisprudencia analítica.

En este modelo, como ha mostrado Maine (1914: 342, 353, 362), los conceptos de Derecho, derechos y obligaciones dependen lógicamente de la noción de soberano. Para Austin, el soberano mismo no se constituía en base al derecho, sino que se caracterizaba por su «inmunidad frente al control de cualquier otro humano superior; sus restricciones no son de tipo jurídico sino de una “moralidad positiva”». Posteriormente, otros autores reemplazaron las reglas que constituían soberanía y poder sancionatorio, por reglas jurídicas (constitucionales), pero manteniendo la dependencia lógica del concepto de derecho respecto del poder sancionatorio.³⁹ Las reglas pertenecientes al poder de sancionar, por lo tanto, no

proliferación de tipos de derecho en un campo social, y porque otorga una considerable autoridad a los actores sociales para dar lugar a la existencia de derecho» (2000: 319, 320). Pero, ¿no es esto solo una consecuencia de la concepción alternativa del derecho, mediante el pluralismo jurídico, que plantea que existen más derechos que solo el estatal en el espacio social, y que eso, en efecto, otorga una considerable autoridad a los actores sociales? ¿Acaso no era el propio Tamanaha (1993) quien temía que pensar en términos de pluralismo jurídico llevaría a la proliferación de demasiados derechos?

³⁸ Véase también A. Griffiths (2002).

³⁹ Como L. Fuller (1964:143) y Galloway (1978:82) han sostenido convincentemente, también el intento de Hart por distinguir sociedades jurídicas y no jurídicas por medio de reglas secundarias es una «ligera transformación de la doctrina austiniana». Estas

están cubiertas por el concepto de derecho; ellas se vuelven «jurídicas *per se*» (Geiger 1964:161). La consecuencia es un razonamiento circular: las reglas son jurídicas si son emitidas/aprobadas por una institución jurídica; y una institución jurídica es aquella que emite o aprueba reglas jurídicas (F. von Benda-Beckmann 1986: 106).⁴⁰ Esta definición no incluye la pregunta sobre qué es *legítimo*.⁴¹

5. Alternativas conceptuales

Como hemos visto, los argumentos para oponerse a un concepto de derecho que abarque formas jurídicas no estatales no son contundentes y las alternativas parecen serlo aún menos.

A nivel analítico, encontrar alternativas supone definir entre trabajar o no con una definición estatista pues una posición ambivalente no resulta útil.⁴² Un ejemplo de esta ambivalencia lo encontramos en Cotterrell, quien opta por un enfoque modificado en el que la posibilidad del pluralismo jurídico no queda excluida, pero todavía concede una *primacía analítica* clara al derecho estatal en las sociedades contemporáneas (1995:31):

[S]i... el concepto dominante de derecho en la Sociología Jurídica contemporánea sigue siendo el estatal, el peligro es que los problemas del derecho de los abogados podrían verse como analíticamente distintos de aquellos otros sistemas regulatorios reales y potenciales.

[...]

Mi punto de vista, entonces, es que los tipos de conceptos institucionales de derecho discutidos anteriormente son potencialmente fructíferos. Estos evitan tanto reconcentrarse solo en el derecho estatal o en el pluralismo jurídico puro, y tratan al derecho estatal como una cuestión central, pero ya

reglas secundarias son también reglas primarias, pertenecientes a un dominio de la vida socio-política, la institucionalización del ejercicio del poder político a través de la interpretación y la aplicación de las reglas primarias. Véase, además, la noción similar de «doble institucionalización», de Bohannon (1967).

⁴⁰ La tautología es evidente cuando Geiger, quien probablemente ha elaborado la más clara tipología de normas, escribe: «Esto solo parece ser una excepción del principio básico que se acaba de elaborar. Pues cómo podrían las reglas con tal contenido [i.e. pertenecientes a la Constitución y procedimiento de cortes/instituciones sancionatorias] ser otra cosa que reglas jurídicas, en tanto su materia solo surge con el desarrollo de un orden jurídico» (1964:161).

⁴¹ Compárese la definición parecida de Hoebel: «Lo esencial de la coerción jurídica es la aceptación social general de la aplicación del poder físico, como amenaza o hecho, por un tercero privilegiado, por una causa legítima de una forma legítima, en un tiempo legítimo» (1954: 27).

⁴² Merry (1988) también se mantiene un tanto ambivalente. Véase F. von Benda-Beckmann (1988), A. Griffiths (2002). También Norrie (1999) en su discusión crítica de intentos ambivalentes para trascender la dicotomía formal/informal.

no como el eje exclusivo del análisis del derecho en las sociedades occidentales contemporáneas. (Cotterrell 1995: 34, 37)

Pero esta explicación no aclara por qué el derecho estatal o el de los abogados deberían ser más relevantes analíticamente. En realidad, en el debate conceptual esto no debería tener importancia pues la relevancia política del derecho estatal es una cuestión empírica. La primacía podría estar en los intereses del investigador, pero analíticamente existe equivalencia.

Si llegáramos a considerar que no es útil desarrollar la palabra derecho como concepto analítico, entonces este sólo podría mantenerse como una categoría local etnocéntrica. Esto porque sería derecho solo lo que la gente, o un grupo de esta — como los abogados—, considerarían como tal en una sociedad determinada y en un periodo histórico específico.

Esta ha sido la perspectiva de Roberts desde 1979 y también es la posición más reciente de Tamanaha (2000, 2001). Este último ha dado un giro respecto desde su anterior definición etnocéntrica y de abogado⁴³ hacia una definición local multi-etnocéntrica.⁴⁴

Este cambio resulta irónico y hasta paradójico, además de poner la carreta delante de los caballos. Por un lado, aboga por definiciones analíticas y no esencialistas. Como el propio Tamanaha señala «las tipologías y categorías son dispositivos analíticos diseñados para cumplir con los objetivos de los científicos y teóricos sociales que los construyen» (2000: 315). Por ello, de manera consecuente, argumenta a favor de lo que considera una definición convencionalista, «no esencialista», del derecho: «Los usos no pueden dictar la construcción de categorías analíticas ni asignar dicha condición» (2000: 315). Pero cuando aborda el *derecho*, regresa, precisamente, a dichos usos y solo busca desarrollar categorías analíticas (¿sobre qué?) para analizar esta variedad de categorías locales.⁴⁵ Pero las categorías y presunciones analíticas deberían preceder y guiar las investigaciones empíricas en lugar de seguir las.⁴⁶ Las explicaciones del derecho generadas por los sujetos —sean legisladores, jueces, autoridades religiosas, ancianos del pueblo o

⁴³ «[E]l derecho es lo que nosotros definamos como tal» (1993).

⁴⁴ «[E]l derecho es lo que la gente identifica y trata como tal (o Recht, o droit, etc.) a través de su prácticas sociales» (2000: 313; 2001). Así, en la perspectiva de Tamanaha, es la gente la que determina qué es el derecho mediante sus propios usos comunes, no los científicos o teóricos sociales, quienes lo definen por adelantado.

⁴⁵ En este caso, las categorías sobre los tipos de derecho se pueden formular a partir de investigaciones sobre la variedad de prácticas sociales y fenómenos a los que la gente normalmente atribuye la etiqueta de *derecho*. Estos fenómenos sociales pueden abstraerse para identificar sus características distintivas y luego ser ubicados dentro de categorías más amplias que se basan en complejos de características compartidas.

⁴⁶ Véase también Woodman (1998), Vanderlinden (1998) y Roberts (1998).

granjeros— al margen de lo orientadoras que pudieran ser, son el material empírico a ser descrito, analizado y comparado, pero no proveen las categorías científicas con las cuales se realiza el trabajo científico.⁴⁷

Existe una línea divisoria entre las conceptualizaciones de los actores sociales sobre la realidad social (y el derecho) y las categorías que los científicos usan para entender estas concepciones. Y aunque dicha línea fuese delgada, es esta distinción lo que constituye la práctica social que denominamos ciencia. Esto no significa que existe alguna verdad inherente en los conceptos que los científicos elaboran: su valor debe ser demostrado, como Tamanaha y muchos otros demandamos.

6. El pluralismo jurídico

Hasta ahora he analizado las ventajas y desventajas de un concepto analítico de derecho y su utilidad para comparaciones históricas y culturales. También he argumentado que el nexo con *el Estado* no debería ser un criterio constitutivo constante. Entonces, la siguiente pregunta es ¿cuál sería un concepto útil de *pluralismo* y de qué manera, si fuese necesario, debería distinguirse como forma específica de complejidad o diversidad? Esto implica varias cuestiones. Primero, ¿qué debería entenderse por *pluralismo*? Segundo, ¿qué constituye la *diferencia*? Tercero, ¿cuánto de un derecho diferente debe tomarse en cuenta: una regla, un mecanismo, un orden o un sistema completo? Y cuarto, ¿qué debemos entender por coexistencia?

6.1 Pluralismo

La idea de pluralismo jurídico fue una extensión del análisis de dualismo/pluralismo en sociedades coloniales donde se identificaban relaciones asimétricas de poder (y raciales) entre la minoría blanca y la mayoría indígena. Aunque primero se caracterizaron de este modo a las economías coloniales, el término *pluralismo* se extendió a pluralismo cultural y social (Boeke, Furnivall, Smith).⁴⁸ En cierto modo, hablar de *pluralismo jurídico* fue una simple extensión

⁴⁷ Tamanaha tiene razón al asumir que «a menudo, los científicos sociales rechazan explicaciones del derecho convencionales o generadas por legos al considerar que no son científicas o que son insuficientemente analíticas» (2000:315).

⁴⁸ Berghe (1973) brinda una buena explicación de esta historia intelectual del *pluralismo* así como de la otra historia intelectual basada en la teoría política estadounidense, donde el pluralismo se refiere a una pluralidad organizativa de organizaciones relativamente autónomas (independientes) dentro del dominio del Estado (Dahl 1982:207). La extraña crítica que hacen Starr y Collier a los presupuestos de otros autores con respecto al pluralismo jurídico parece hacer referencia a esta tradición (Véase F. von Benda-Beckmann 1997: 14).

de este uso conceptual. Sin embargo, en el primer tratamiento sistemático (Vanderlinden 1971), el carácter complementario implícito (incluso si era asimétrico) de dicho pluralismo y su supuesta o jurídicamente prescrita relación directa entre el derecho, la cultura y la etnicidad,⁴⁹ se disolvió gradualmente al centrarse en la naturaleza *paralela* o *de duplicidad* del *pluralismo jurídico*. Esto resaltó el hecho de que una misma situación (e implícitamente la misma gente) puede estar sometida a (o ser confrontada con) más de un orden o mecanismo jurídico y que las acciones de ningún grupo humano podían simplemente subsumirse a su derecho.

Creo que es útil reservar el concepto para el carácter paralelo y de duplicidad de las formas o mecanismos jurídicos, de modo que pueda distinguirse de términos más generales y abarcadores como complejidad o multiplicidad. Pero la pregunta es: ¿duplicidad de qué? Vanderlinden originalmente sostuvo que resultaría útil reservar el *pluralismo* para los casos donde «diferentes mecanismos jurídicos corresponden a la misma situación» (1971: 20).⁵⁰ Sin embargo, Griffiths (1986) ha rechazado esto, señalando que tal referencia a una «misma situación» no resultaba útil porque la noción de «lo mismo» era construida por categorías normativas. Aunque ello es correcto, la crítica tiene algunos errores. Esta se deriva de la peculiar comprensión de Griffiths sobre la diferencia entre el derecho como un significado normativo objetivado (ideológico, y por tanto no considerado como *real*) y el *verdadero* pluralismo jurídico o legal (véase F. von Benda-Beckmann 1988, 1997).⁵¹ Además, parece limitar el pluralismo jurídico a los aspectos del derecho que atribuyen consecuencias a los *hechos*. Pero las categorías constitutivas y cognitivas también forman parte del derecho. La frase frecuentemente citada de Geertz (1983) sobre el «derecho como una forma de imaginar la realidad» resalta el hecho de que el derecho también implica concepciones cognitivas y que los conceptos jurídicos ayudan a establecer los *hechos*, o, como he planteado antes (1979, 1986), las *imágenes situacionales*.⁵² Por ello, debe extenderse el pluralismo jurídico a todos los elementos del derecho, incluyendo las conceptualizaciones de

⁴⁹ Véase la crítica de Greenhouse a «las relaciones corolarias entre la organización de órdenes jurídicos y un esquema “sobre el terreno” de identidades culturales» (1998:65).

⁵⁰ Véase también Berghé (1973).

⁵¹ Al parecer Woodman es del mismo criterio (1998: 35, 37, 38). No obstante él, al igual que Griffiths, sostendría que para que las normas sea observables como hechos sociales, se requiere cierto grado de relevancia, en vez de una forma de existencia, como argumenté anteriormente. Pero en mi opinión también las normas que no se siguen en absoluto son hechos sociales.

⁵² Véase F. von Benda-Beckmann (1979). Barkun (1968), Cancian (1975) y Wright (1974) también enfatizan los elementos cognitivos en el derecho y las normas. Esto no nos debe hacer olvidar que las concepciones legales también brindan estándares de evaluación de acciones y transacciones permitidas y válidas, y que otras indican que se debería (o no) hacer, en lugar de imaginar lo que se ha hecho o se está haciendo.

las imágenes situacionales construidas jurídicamente, los estándares de importancia y las consecuencias.

Algunos ejemplos pueden ser ilustrativos. En primer lugar, consideremos un *homicidio* como *la misma* situación. Evidentemente, en diferentes sistemas jurídicos podemos encontrar consecuencias distintas para tal imagen situacional, pero la forma en que se le construye, con supuestos jurídicos sobre causalidad y evidencia (entre otros) puede también ser distinta. Solo pensemos en las muertes por brujería: lo que se considera *homicidio* en un cuerpo de pensamiento jurídico puede ser *muerte accidental* en otro. Pero también podemos concebir que aunque el *homicidio* y sus *consecuencias* podrían tener características más o menos idénticas en dos sistemas jurídicos podrían ser, sin embargo, diferentes, pues son elementos que pertenecen a diferentes sistemas, que tienen distintas fuentes de legitimación y a menudo, aunque no necesariamente, diferentes autoridades para tratar dichos casos. Otro ejemplo es el tratamiento jurídico de las obligaciones de parentesco. Tanto la naturaleza de las obligaciones como la definición de los tipos de personas que se consideran *parientes* pueden variar de un sistema jurídico a otro. Igualmente, podemos encontrar otro ejemplo en los *derechos de propiedad* los que pueden diferir no solo por su naturaleza y distribución entre los propietarios sino también respecto de lo que se considera como *tierra o bien inmueble*.

Coincido con Woodman en que no hay razón para que estas situaciones no se consideren ejemplos de pluralismo jurídico (1998). Pero esto sugiere que para ver al pluralismo como duplicidad en relación con *lo mismo*, debemos relacionar, *en última instancia*, la semejanza o diferencia construida jurídicamente con nuestra propia construcción de la *semejanza analítica*. Estos campos o ejemplos demarcados analíticamente, y problemas o funciones sociales, proveen la base para indagar si una *situación, persona, recurso natural* o forma legítima de convivencia/matrimonio, se definen de manera similar o diferente y están sujetos a las mismas o diferentes normas jurídicas.⁵³

El matrimonio es un buen ejemplo. En Sumatra Occidental (y muchas regiones de Indonesia), por ejemplo, este está institucionalizado en tres sistemas jurídicos: en el *adat*, en el derecho islámico y en el derecho estatal. Estos tienen nociones, a veces diferentes, sobre cónyuges prohibidos o preferidos y la autoridad de los ancianos o grupos sobre estos. También cuentan con diferentes procedimientos para establecer la unión legítima y diferentes normas para disolverlos. Para poder observar las semejanzas y disonancias debemos volver a una conceptualización analítica del matrimonio o convivencia legítima (o un conjunto de derechos, véase Leach 1961).

⁵³ Hemos tratado de desarrollar estas aproximaciones analíticas a la *propiedad* en otros trabajos (F. y K. von Benda-Beckmann 1999) y *seguridad social* (F. y K. von Benda-Beckmann 1994).

6.2 Diferencia

Esto nos lleva a preguntarnos qué significa semejanza y diferencia, y las distintas formas en que se utilizan estos términos en los debates. En algunos casos, la diferencia se basa principalmente en la ubicación de normas (similares o disímiles) en diversos órdenes o sistemas jurídicos. En otros casos es una diferencia substancial, posiblemente también dentro de un mismo orden. Esto nos conduce a dos preguntas recientemente formuladas por Woodman (1998), y anteriormente planteadas por Vanderlinden, sobre si se puede hablar de pluralismo jurídico dentro del derecho estatal y si es realmente posible hablar de *sistemas jurídicos* diferenciables.

En relación a lo primero, Woodman argumenta que el pluralismo dentro de un mismo orden debe también reconocerse como pluralismo jurídico y que dentro de un orden jurídico puede haber más de un mecanismo jurídico que *regule lo mismo* (1998). Sin embargo, para John Griffiths (1986), esto no sería suficiente dado que la diferencia se debe basar en los diferentes órdenes jurídicos.⁵⁴ No veo ninguna razón por la que no se pueda hablar sobre instituciones o mecanismos duplicados para *lo mismo* dentro de un orden jurídico y llamarlo pluralismo jurídico. Un sistema jurídico puede tener formas alternativas de matrimonio (civil, religioso). Si se usa una definición analítica de matrimonio o convivencia legítima, es probable que existan matrimonios de *derecho común* y/o formas de convivencia reconocidas o registradas públicamente, distintas de lo conocido formalmente como matrimonio legal. ¿Por qué no se considera esto también como una posible manifestación de pluralismo jurídico? Como en el caso del derecho, el pluralismo jurídico nunca es *lo mismo* empíricamente (en normas y prácticas empíricas), y como también ocurre con el derecho, se debe dejar claro a qué forma o configuración del pluralismo jurídico se hace referencia. Para evitar la confusión, se puede distinguir entre el pluralismo interno del sistema y el pluralismo entre sistemas (F. von Benda-Beckmann 1979: 23).

6.3 Sistemas, órdenes, mecanismos e interpretaciones

Esto nos lleva a la otra pregunta planteada por Woodman: ¿se puede hablar de un orden o sistema jurídico cuando se observan situaciones empíricas? Woodman coincide con J. Griffiths en que es mejor evitar hablar de sistema jurídico pues no debería inferirse que los cuerpos de derecho que denominamos sistema son lógicamente coherentes y sistemáticos (1998: 52, 53). El mismo autor plantea —y

⁵⁴ Griffiths habla sobre diferentes órdenes jurídicos que coexisten en un campo social semiautónomo, pero no esclarece qué es un orden jurídico o dónde radica la diferencia.

creo que la mayoría de autores estarían de acuerdo con él—,⁵⁵ que el derecho estatal en conjunto o, para el caso, los órdenes jurídicos no estatales, raras veces son coherentes, si es que alguna vez lo son. Esto lo lleva a concluir que «los sistemas de derecho no existen», que «una distinción clara entre las situaciones jurídicas unitarias o plurales no sería posible», que el pluralismo jurídico «existe en todas partes» y que «el pluralismo jurídico es una concepción no taxonómica, una variable continua» (1998: 54). Pero me resulta difícil seguir esta lógica, como explico a continuación.

En primer lugar, el término *sistema* se usa aquí de manera muy puntual. Sin duda existen otros usos conceptuales que no implican una coherencia y una sistematicidad lógica interna sino solamente una interdependencia o conexión. Pero el término *sistema* también puede hacer referencia a un cuerpo de normas y regulaciones jurídicas que se concibe como un todo, una «colectividad taxonómica» (Harrée 1980), y es así como lo usan varios autores.⁵⁶ Así, al hablar de sistemas nos podemos referir a un conjunto de leyes que se representan como un universo simbólico vinculado (y para el que generalmente, pero no necesariamente, se hace una demanda de sistematicidad). Aquí Woodman, a diferencia de sus otros trabajos, parece volver a la distinción entre *ideología* (demandas de sistemas) y *realidad*, que son más bien elementos no sistematizados del derecho. Pero como han señalado Berger y Luckmann, «se debe tener mucho cuidado en cualquier afirmación que se haga sobre la “lógica” de las instituciones. Esta no reside en las instituciones y sus funciones externas, sino en la forma en que se reflexiona sobre ellas. Dicho de otra manera, la consciencia reflexiva se superpone a la calidad de la lógica del orden institucional» (1967: 82).

Por tanto, los sistemas, o los elementos atribuidos a estos, pueden distinguirse como fenómenos empíricos. Y en muchas sociedades esos sistemas jurídicos existen como *derecho* o *derecho estatal*, *adat de los Minangkabau* o *derecho islámico*. Esto no significa, sin embargo, que toda ley sea vista como (parte de) dicho sistema. Pueden haber normas (que tengan todos los criterios de *derecho*) a las que no se traten como parte de ningún sistema, a las que he denominado «leyes anónimas» (1992b: 9). Esto tampoco significa que para hablar del pluralismo jurídico siempre debe tratarse de sistemas completos.⁵⁷ Además de los sistemas, el pluralismo jurídico también puede involucrar complejos de normas institucionalizadas o mecanismos jurídicos.

⁵⁵ No estoy de acuerdo con el planteamiento de Woodman de que «las concepciones usuales de pluralismo jurídico profundo (o fuerte) suponen que el derecho estatal es un todo consistente y bien definido que puede ser parte, muy nítidamente, de una situación plural» (1998: 52).

⁵⁶ La concepción de sistema en el enfoque teórico Luhmann y Teubner es diferente a la que emplea Giddens (1979) como prácticas sociales interdependientes. Véase F. y K. von Benda-Beckmann (1998: 101, 102).

⁵⁷ Véase Vanderlinden (1971, 1989, 1998) y Woodman (1998).

Otra pregunta más difícil es si la noción de pluralismo jurídico debe extenderse a interpretaciones diferentes de la misma norma o del mismo sistema. Se sabe, y está bien documentado, que las interpretaciones del derecho consuetudinario en Estados coloniales y postcoloniales, proporcionadas por académicos, administradores o jueces, a menudo transforman y distorsionan considerablemente las nociones jurídicas locales al representarlas según sus propias categorías jurídicas etnocéntricas o burocráticas, motivaciones políticas o ambas. Esto puede suceder en decisiones *ad hoc* y puede también provocar la creación de nuevos cuerpos de «derecho consuetudinario de *abogados*» estandarizados e institucionalizados (Woodman 1987), que difieren mucho de la interpretación y aplicación de la población local.⁵⁸ Este mismo fenómeno también es común en el campo del derecho religioso, donde los expertos pueden interpretar el derecho consuetudinario en sus propios términos, pero donde también los expertos en derecho consuetudinario y/o agentes estatales pueden interpretarlo y transformarlo.⁵⁹ Al final, pero no por ello teóricamente menos importantes, se encuentran las reinterpretaciones y transformaciones del derecho estatal por parte de actores jurídicos no estatales (F. von Benda-Beckmann 1984). Esto lleva a cierto grado de pluralismo dentro del mismo sistema jurídico (visto como una colectividad taxonómica determinada), de conjuntos de interpretaciones diferentes en su forma substantiva y procedimental.

Lo que estos debates muestran es cuán evasivo es el término *diferente*. También nos indican que solo hablar (por no decir teorizar) sobre el *pluralismo jurídico* en base a lo diferente carecerá de sentido. Disolver su significado en una variable continua como esa no es muy útil. Como en el caso del derecho, concebido analíticamente, donde no todo derecho es *lo mismo*, empíricamente el *pluralismo jurídico* aparece en diferentes grados de institucionalización y constelaciones. Se debe especificar sus características y sus dimensiones más interesantes de variabilidad, y su posición en la organización social y la escala de sus operaciones, visto desde su propia demanda de validez y real existencia y relevancia. Si se especifican sus características, no habrá espacio para los malentendidos.

7. El pluralismo jurídico en la sociedad: ¿Dónde *está* el pluralismo jurídico? ¿Qué es *coexistencia*?

Hasta el momento he buscado aclarar, conceptualmente, cuestiones analíticas que hacen referencia al derecho y al pluralismo jurídico como conjuntos más o menos complejos de concepciones objetivadas. Obviamente, al colocar al derecho en el

⁵⁸ Véase también van Vollenhoven (1909) y la distinción entre el *adat* local y el *adat* de los abogados. Véase Clammer (1973), Chanock (1985) y muchos otros más. Para Indonesia, véase F. von Benda-Beckmann (1979) y K. von Benda-Beckmann (1982, 1984).

⁵⁹ Véase F. y K. von Benda-Beckmann (1993).

campo del significado objetivado no pretendo continuar o propagar enfoques empíricos como el «método ideológico»⁶⁰ o el «enfoque centrado en la norma» para estudiarlo (Roberts 1979). Al interesarnos por el *pluralismo jurídico en la sociedad* debemos explorar el surgimiento y cambio de las condiciones jurídicas plurales, las dinámicas de las interrelaciones de sus elementos y su importancia en la vida social, política y económica. Pero si queremos estudiar al derecho —y al pluralismo jurídico— en la sociedad y relacionarlo con las prácticas sociales y su relevancia social, el derecho como significado objetivado debe separarse conceptualmente de las actividades humanas que lo generan, lo usan y lo mantienen en el tiempo, y de las actividades a las que este se refiere (F. von Benda-Beckmann 1983: 237, 238). Esto presupone interpretar qué entendemos por *existencia* del derecho o *coexistencia* de órdenes jurídicos, es decir dónde debemos buscarlo.

7.1 Variaciones en las existencias del derecho

El derecho tiene muchas formas de existencia (véase también Thompson 1978). En primer lugar, puede ser incorporado en textos escritos o exposiciones orales. Es decir, puede adquirir diferentes formas como postulados normativos o decisiones, o estar plasmado en diversos documentos jurídicos como contratos o testamentos (véase Ehrlich 1913). Es por ello que, en situaciones plurales, puede haber una amplia variedad de tales textos.

En segundo lugar, el derecho también puede existir en el conocimiento popular. De acuerdo a Ryle (1970), es posible distinguir varios tipos de conocimiento jurídico. Una distinción útil es la diferencia entre el conocimiento general y el concreto. Por el primero me refiero al conocimiento de conceptos jurídicos generales, mientras que por el segundo a la forma en que esos conceptos generales se concretan en una situación en particular. Otra distinción útil es la diferencia entre conocimiento *ex-ante* o prospectivo, y *ex-post* o retrospectivo. El primero es general y el segundo remite a decisiones previas. Esta diferencia es relevante con respecto a situaciones problemáticas (y problematizadas) concretas. El conocimiento *ex ante* suele ser vago y solo permite estimados más o menos fundamentados sobre qué significarían los conceptos generales frente a una situación problemática puntual (véase Wickam 1990, Cotterrell 1989). El conocimiento *ex post* es el que se produce a raíz de una situación concreta, por lo general en un proceso prolongado de búsqueda del derecho con el cual racionalizar y justificar decisiones. Estos distintos tipos de conocimiento son los que Ryle (1970) denomina *saber qué*, es decir conocimiento del derecho como conceptos abstractos, generales (normas, principios, etc.) y/o como derecho concretado en decisiones reales. Se debe distinguir también del *saber cómo*, es decir el conocimiento estratégico sobre cómo movilizar dicho

⁶⁰ Véase Llewellyn y Hoebel (1941), Hoebel (1954); Pospisil (1971).

conocimiento jurídico general en la interacción social.⁶¹ Obviamente el *conocimiento* es relativo, pudiendo abarcar desde un manejo profundo de los textos jurídicos hasta un entendimiento básico *de que existe derecho*. En situaciones de pluralismo jurídico, mucha gente puede ser incluso «multi-jurídica y conocer el derecho de diferentes sistemas jurídicos» (F. y K. von Benda-Beckmann 1991).

En tercer lugar, el derecho puede estar inscrito en los estatus de las personas, en sus recursos y organizaciones, así como en las relaciones e instituciones sociales, brindándoles determinado estatus jurídico, generalmente con un amplio rango de consecuencias jurídicas. En condiciones de pluralismo jurídico existe un repertorio más amplio de conceptos diferentes y potencialmente contradictorios que se pueden emplear. Así, este tejido jurídico de estatus y relaciones es potencialmente *multi-normativo* (F. y K. von Benda-Beckmann 1999, para relaciones de propiedad). Que esto ocurra o no en situaciones empíricas —o si ciertos actores usan las concepciones de un sistema, oponen concepciones de diferentes sistemas, o acumulan concepciones de diferentes sistemas para dar un significado y legitimidad a personas, objetos y relaciones, y se adhieren a las respectivas consecuencias jurídicas— se trataría, obviamente, de una cuestión netamente empírica.

En cuarto lugar, lo que es más importante, el derecho puede participar en la interacción social y en procesos sociales. Por participación del derecho me refiero a si la gente orienta sus (inter)acciones mediante este (en el sentido weberiano) y si se encuentra obligada o habilitada por el derecho, tal como se plantea en la perspectiva metodológica del *actor-estructura* (Giddens 1979, 1984).⁶²

Podemos distinguir dos modos principales de participación del derecho. Este se puede usar como recurso en la interacción social, como un medio para racionalizar y justificar acciones, acontecimientos, interpretaciones, demandas o decisiones (Turk, 1976, F. von Benda-Beckmann 1983, 1992a). También puede emplearse como modalidad legítima para alcanzar ciertos objetivos como la redacción de un testamento, contrato o norma en cualquier nivel de la organización social.⁶³ Adicionalmente debemos asumir que la interacción humana siempre se ve potencialmente influenciada —en cierto grado y junto a otros factores— por la totalidad del derecho (plural) cuando las personas consideran en qué acciones participarán o de cuales se abstendrán.

⁶¹ Véase F. von Benda-Beckmann (1991), Wickam (1990).

⁶² En general, algunas variantes del enfoque metodológico del *actor-estructura* se han vuelto comunes en las ciencias sociales. Los estudios de casos ampliados de Gluckman y los antropólogos de Manchester son ejemplos tempranos de ello. Para obtener información sobre un enfoque actor-estructura explícito, véase Comaroff y Roberts. Véase, también, F. von Benda-Beckmann (1983, 1992a, 2001) y la reciente contribución de A. Griffith (2002) sobre el pluralismo jurídico.

⁶³ Véase F. von Benda-Beckmann (1983, 1989).

Estas formas de presencia del derecho ocurren en muchos procesos sociales, como se podrá observar en el siguiente ejemplo sobre transmisión sucesoria de la propiedad en Sumatra Occidental, extraído de mis investigaciones previas (1979). Muchos padres buscaban realizar testamentos en beneficio de sus hijos. Pero el derecho islámico y el *adat*, ambos de amplia influencia, planteaban serios dilemas. Por un lado, conforme al derecho islámico era recomendable el otorgamiento de testamento (regulando hasta un tercio de la herencia y no a favor de los herederos coránicos). Por otra parte, según el *adat* de Minangkabau, al fallecer un hombre su patrimonio se transfería a sus parientes matrilineales. Como puede verse, la situación jurídica distaba mucho de ser clara —y lo sigue siendo pese a algunos cambios recientes—, por lo cual los padres que querían traspasar su propiedad a sus hijos sin complicaciones encontraban dificultades para hacerlo de forma segura. Ante esta situación, resultaban relevantes varias consideraciones. Los padres sabían que los testamentos escritos resultarían de gran utilidad si alguna disputa llegaba a un tribunal estatal. En efecto, cualquier juzgado estatal aceptaría el otorgamiento de un testamento pues ello se ajusta al *nuevo derecho adat de Minangkabau*, promovido por la jurisprudencia desde 1930 y gradualmente reconocido por amplios segmentos de la población como *derecho adat*. Y aunque los testamentos no tendrían validez en la interpretación académica y jurídica del derecho islámico, las nuevas normas sobre la libertad y la sucesión testamentaria también pasaron a considerarse como derecho islámico por grandes segmentos de la población.

Este pequeño ejemplo nos muestra el modo en que: a) la interacción humana es influenciada por el derecho —potencialmente y junto a otros factores— a través de la reflexión del testador sobre el derecho islámico y el antiguo derecho *adat* de Minangkabau; y b) una forma o modalidad legal, el testamento, se usa como recurso para alcanzar un objetivo: la transferencia de propiedad a los hijos.

Esto no significa necesariamente que, de manera abierta, la gente use o se refiera a un tipo de derecho en la interacción social, pues bien pueden actuar «en la sombra del derecho»⁶⁴ o más bien en «la sombra del pluralismo jurídico»⁶⁵ o en la «interlegalidad».⁶⁶ Aunque los actores sociales tienen cierto margen de maniobra —por supuesto diferente según su poder social, económico y político— para la interpretación y transformación de elementos de este contexto jurídico en sus interacciones, quienes interactúan en una situación en particular tienen poca o nula influencia en el contexto amplio del pluralismo jurídico, porque este se mantiene y cambia independiente y simultáneamente a su interacción en muchos otros procesos de relacionamiento social (F. von Benda-Beckmann 1992c: 15).

⁶⁴ Cfr. Mnookin y Kornhauser (1979), Galanter (1981).

⁶⁵ Cfr. F. von Benda-Beckmann (1992: 15, 2001).

⁶⁶ Cfr. Santos (1987).

7.2 El derecho, su participación y reproducción

Como he sostenido anteriormente, futuras investigaciones deberían responder ciertas preguntas empíricas: ¿quiénes son los agentes o autores que generan las leyes y mediante qué actividades? ¿Quiénes emplean el derecho y para qué propósitos? ¿Cómo se reproduce socialmente el derecho y por la acción de quiénes? No se trata, por cierto, de preguntas sobre definiciones que deban responderse mediante dogmas jurisprudenciales o sociológicos (F. von Benda-Beckmann 1983: 238; 1979: 11).

El derecho participa en una gran variedad de procesos sociales. Los más conocidos y dogmáticamente privilegiados son sus interpretaciones y replanteamientos en procesos formalizados de validación de normas y decisiones que involucran personas u organizaciones que representan lo público —como las autoridades administrativas o judiciales— y que deben decidir «conforme a derecho». Pueden ser procedimientos judiciales o de «tutela preventiva del derecho», en los que transacciones sociales o económicas *no problemáticas* [trouble-less] se validan en procesos formalizados a través de instituciones públicas como registradores civiles o notarios (véase Holleman 1986). Pero la reproducción del derecho también puede ocurrir «fuera de contexto» de diversas formas, en procesos tales como la socialización de los niños, en universidades o medios de comunicación y, por último, pero no por ello menos importante, en el uso de fórmulas jurídicas y la orientación de la *vida cotidiana* mediante el derecho, donde también se le puede usar como medio de racionalización y justificación de demandas en procesos y transacciones cotidianos.⁶⁷

Ciertamente existen diferencias entre los usos del derecho en contextos de interacción que tienen el privilegio dogmático y político de ser considerados como *jurídicos* por la ciencia jurídica —como la toma de decisiones en las cortes donde la reproducción del derecho adquiere una *vigencia* particular (Wickham 1990)— y en contextos no tan privilegiados. No obstante, cualquier investigador interesado en comprender cómo se reproduce el derecho necesita preocuparse también por los otros procesos sociales en los que esto ocurre. Aunque es probable que dichos procesos no sean importantes para las doctrinas jurídicas y la definición de derecho, no hay duda de que contribuyen a su reproducción.

⁶⁷ Cfr. Moore (1973), F. von Benda-Beckmann (1984, 2001a), Santos (1985). El jurista holandés del derecho *adat*, Van Vollenhoven (1918, 1931, 1933), al escribir sobre los procesos por los que se mantenía el *adat* en Indonesia, ya distinguía estas diferentes formas de transmisión y mantenimiento del derecho. Por otro lado, Moore (1978a) fue una de las primeras antropólogas del derecho angloamericanas que logró romper la camisa de fuerza de la metodología de casos problemáticos [trouble case methodology]. Véase también F. von Benda-Beckmann (1979) y Galanter (1981). Santos (1985) distingue cuatro «lugares estructurales» particularmente relevantes. Véase, además, Sarat y Kearns (1995) sobre el «derecho en la vida cotidiana».

Por lo general, las condiciones del pluralismo jurídico amplían el alcance de los procesos sociales en los que se reproduce la idea de derecho o de ciertos elementos jurídicos. También afectan el grado en que se invocan explícitamente las formas jurídicas (F. von Benda-Beckmann 2001a). La invocación del derecho, como esquema de racionalización y justificación, depende en gran medida de lo que bajo ciertas circunstancias puede considerarse autoevidente,⁶⁸ pero tal consideración disminuye especialmente cuando se presentan alternativas. Cuando esto último ocurre se debe aclarar qué alternativa se ha escogido y la presión para justificar la elección aumenta (véase Comaroff y Roberts 1981, 1977). Por esa razón, los procesos de reproducción del derecho suelen ser más explícitos en condiciones de pluralismo jurídico, pues la gente es consciente de los repertorios normativos y/o procesales alternativos que pueden emplear. Pero, en general, la condición del pluralismo jurídico desafía la exclusividad y la auto-evidencia de cualquier sistema normativo individual y por eso deja de importar si se reproducen o no elementos *del derecho* en oposición a formas no jurídicas. Es posible pensar en elecciones entre sistemas jurídicos. Por ello, la orientación e invocación de una de las alternativas requiere una justificación explícita.⁶⁹

Desde luego, también en el contexto de pluralismo jurídico, los diferentes participantes y encargados de la toma de decisiones pueden hacer referencias al mismo derecho. Pero a menudo opone diferentes repertorios jurídicos (derechos locales frente a derechos estatales, derechos religiosos frente a derechos locales o estatales, etc.). Es también posible que acumulen elementos de diferentes sistemas o los combinen para crear formas híbridas. Incluso en una situación de interacción a una escala muy pequeña (o pequeño campo social semiautónomo) es posible una gran variación.

Tomemos como ejemplo de lo anterior una disputa por herencia en Sumatra Occidental. Las partes saben que el *adat* y el derecho islámico abordan este tema, lo cual es parte de su conocimiento individual y del contexto más amplio en el que interactúan. En cierta ocasión pueden discutir y argumentar en términos del *adat*. En otra oportunidad movilizan las normas islámicas y del *adat* oponiéndolas entre sí para racionalizar y legitimar sus demandas contrapuestas. En una tercera situación, usan normas islámicas y del *adat* para conciliar diferentes aspectos de la disputa sucesoria. Finalmente, en una cuarta oportunidad, señalan que el *adat* y el Islam son en el fondo lo mismo, pese a saber que otra gente y tribunales tienen interpretaciones distintas sobre las diferencias entre ambos.

⁶⁸ Berger y Luckmann (1967); Giddens (1984); F. von Benda-Beckmann (2001a).

⁶⁹ La referencia a las normas de un sistema, en Indonesia por ejemplo, del *adat* por encima del Islam o el derecho estatal, por lo general adquiere el carácter de una declaración política e ideológica. Uno no opta solo por un número limitado de normas que se deberían aplicar a una situación problemática, sino por todo el (sub)sistema de las que forman parte.

Los procesos que (re)establecen el derecho pueden reproducir normas jurídicas de diferentes maneras. En gran medida, el derecho es reproducido en los procesos donde se (re)establecen conceptos, normas, principios o estándares en términos generales, sin relacionarlos con un evento problemático específico. Esto ocurre, por ejemplo, en las descripciones generales de derecho o en la enseñanza legal. Pero también puede reproducirse en procesos donde las normas y principios generales se relacionan con problemas concretos y se usan para racionalizar y justificar condiciones o acontecimientos problemáticos específicos, para hacer declaraciones evaluativas y para justificar demandas o contrademandas, veredictos o compromisos en procesos de toma de decisión en instituciones administrativas y judiciales. También en la interacción de la vida cotidiana se pueden racionalizar y justificar las situaciones, acontecimientos y demandas concretas con la ayuda de normas, conceptos y estándares generales. En dichos procesos se reproducen también normas y principios generales, pero además estos producen *derecho concreto* al brindar evaluaciones jurídicas específicas con respecto a una imagen situacional (F. von Benda-Beckmann 1986, 1989).

También hay diferencias considerables en la *cantidad* de derecho que se reproduce explícitamente en procesos únicos. En procesos jurídicos oficiales, por lo general, diversas normas o conjuntos de normas se vuelven a plantear de manera explícita para establecer el conjunto relevante de hechos (la imagen situacional relevante), los estándares de evaluación para su relevancia en términos de permisibilidad o validez, y para la determinación de las consecuencias de dicha evaluación. En las interacciones de la vida cotidiana, las referencias al derecho pueden ser menos sistemáticas y más selectivas, dependiendo del conocimiento jurídico de las personas involucradas. Asimismo, también pueden existir simplemente referencias generales al *derecho* o al *sistema jurídico* como un todo. La idea de derecho entonces se usa como un concepto totalizador (resumen, paraguas), una «colectividad taxonómica» (Harrée 1980). No obstante, dichos procesos apoyan y reproducen la *idea* de derecho (o un tipo específico de derecho) y con esto niegan otros esquemas alternativos y no jurídicos de racionalización y justificación.

Por ello, la *coexistencia* puede significar diferentes tipos de interrelaciones y prácticas sociales. Los elementos de diferentes sistemas pueden fusionarse en un contexto y en otro reproducirse como sistemas *puros* y distintos —teóricamente, incluso por las mismas personas en el mismo pueblo y el mismo día— (véase F. von Benda-Beckmann 1988 sobre las normas *zakat*). Un proceso singular que contribuye con la reproducción de un subsistema frente a otras alternativas, también reproduce la relación entre los subsistemas. Sin embargo, lo que se puede generalizar de cualquiera de estos procesos es limitado. Esto porque, simultáneamente y a lo largo del tiempo, muchos de esos casos singulares se presentan, en diferentes contextos, con diversos resultados y diferentes consecuencias. Estas complejidades desafían las sencillas generalizaciones sobre la

existencia y configuración real de órdenes jurídicos plurales a nivel macro, entendiéndose como macro un espacio sociopolítico a gran escala (F. von Benda-Beckmann 2001a).

7.3 ¿Dónde está el pluralismo jurídico? O mejor dicho, ¿qué debemos estudiar?

Esto me lleva al último punto, a las preguntas formuladas por Woodman (1998) y Vanderlinden (1998) respecto a *dónde* podemos encontrar el derecho y el pluralismo jurídico. O mejor dicho, dónde buscarlos: ¿en la sociedad, en los sistemas jurídicos, en los campos sociales semiautónomos, en el contexto donde los individuos se confrontan e interactúan, en los libros o en la acción?

Parece extraño formular la pregunta en estos términos (véase también Woodman 1998). Como ocurre con el estudio del derecho, el del pluralismo jurídico se puede realizar con diferentes preguntas en mente. Dependerá de qué le interesa a uno para la elección de un espacio político geográfico como Indonesia o Alemania, lugares estructurales como los hogares (Santos 1985), un ámbito funcional concebido de manera analítica (Goldschmidt 1966, F. von Benda-Beckmann 1979, F. y K. von Benda-Beckmann 1999), un espacio social semiautónomo (Moore 1973) o un *campo* (Tamanaha 2000, 2001). Estas opciones y sus ambiciones descriptivas y teóricas son las que determinan el tipo de eventos o secuencias/procesos que se tienen que investigar y en dónde debe buscarse la *presencia* de elementos jurídicos duplicadores —dentro de un mismo orden jurídico o diferentes—.

Algunos pueden centrarse en la constelación dentro de la totalidad de cuerpos jurídicos y su desarrollo histórico, por ejemplo, la historia del pluralismo jurídico en el imperio romano, en la Europa medieval, en Sumatra Occidental antes y después de la colonización o en el contexto global contemporáneo. Otros pueden tener como objetivo desarrollar explicaciones generales sobre los procesos sociales de surgimiento y mantenimiento de constelaciones complejas o sobre las interrelaciones de sus organismos constitutivos principales (véase, e.g., Fitzpatrick 1983; Santos 1987, 1995). Pero no hay razón por la que no deba atenderse a las explicaciones sobre las estructuras jurídicas plurales realizadas por políticos y abogados, incluyendo las diferentes elaboraciones teóricas y normativas sobre sus relativas esferas de validez. Que de estas no se pueda inferir la importancia relativa de los diferentes sistemas en varios espacios de la vida social, económica y política no hace que dicha investigación sea menos interesante, solo muestra sus limitaciones. Otros investigadores desearán (como muchos hacen) estudiar cómo les va a las personas en sus interacciones en el contexto del pluralismo jurídico, como Vanderlinden nos pidió hacer (1989). Pero, reitero, no existe justificación para declararlo como el único foco de investigación relevante. Además, para estudiar el rol de los órdenes jurídicos plurales en/para la vida de las personas, debemos estudiar los procesos sociales a través de los cuales los órdenes jurídicos

plurales en los que interactúan se involucran y reproducen en otros contextos de interacción.

Para concluir, todo investigador debería aclarar a qué capa de organización social o a qué momento en los procesos de estructuración hace referencia: el pluralismo jurídico como resultado de procesos sociales, como un contexto para la interacción social, como una reproducción de las interacciones en diferentes condiciones y lugares de interacción, etc. Solo así se podrá observar en qué medida y en qué lugares sociopolíticos o geográficos las formas jurídicas son plurales, los individuos son *multi-jurídicos* y los objetivos y relaciones sociales son *multinormativos* (F. y K. von Benda-Beckmann 1991,1999). También se apreciará en qué medida se pueden hacer generalizaciones, desde cualquier capa o escenario de interacción, sobre la existencia y relevancia más amplia de las constelaciones jurídicas plurales (F. von Benda-Beckmann 2001a).

8. El *cuco* de los pluralistas jurídicos

Más allá del umbral de aceptar o rechazar el pluralismo jurídico, existe poca uniformidad en la conceptualización del derecho o el pluralismo jurídico, o en las posibles relaciones entre la pluralidad y la organización e interacción social. Aunque existe consenso en que los conceptos científico-sociales del derecho no deben proceder de las autodescripciones normativas e ideológicas del sistema jurídico del propio investigador —autores tan diferentes como Griffiths, Roberts, Tamanaha, Moore, Merry o yo mismo estaríamos de acuerdo con esto— las consecuencias extraídas, como la relación con la concepción del derecho y/o el pluralismo jurídico, difieren ampliamente. Asimismo, varios autores cuyos referentes teóricos incluyen al pluralismo jurídico llegan a conceptos divergentes del derecho —por ejemplo J. Griffiths, Woodman, Pospisil, Tamanaha o el suscrito—. ⁷⁰ También existen diferencias metodológicas y teóricas en la línea del pluralismo jurídico.

El reconocimiento positivo y el uso del concepto del pluralismo jurídico tampoco se pueden asociar a una ciencia social o jurídica específica. Independientemente de la historia intelectual del concepto, ⁷¹ actualmente muchas personas lo usan y critican en la Antropología, Sociología y las ciencias políticas y jurídicas. Por ello,

⁷⁰ Tamanaha (1993), quien junto a Roberts cumplió un rol en la creación del *cuco* de los pluralistas jurídicos, es un buen ejemplo porque él, aparte de Roberts, fue uno de los creadores de dicho grupo, y ahora ha entrado en él.

⁷¹ Obviamente, necesitamos analizar en detalle la historia social del concepto de pluralismo jurídico y los diferentes significados que se le otorgan. Para una reconstrucción de la historia del *pluralismo jurídico*, véase Griffiths (1986), Merry (1988), Vanderlinden (1971, 1989, 1998), Santos (1987), F. von Benda-Beckmann (1994, 1997), C. Fuller (1994), Tamanaha (1993, 2000); Snyder (1993), Woodman (1998), K. von Benda-Beckmann (2001b), A. Griffiths (2002).

el uso del concepto ya no nos dice mucho sobre los antecedentes disciplinarios de los investigadores. En estas disciplinas muchos lo usan, otros tantos no, y ello no aporta mayor información sobre sus preocupaciones teóricas y divergencias metodológicas.⁷² Así, esta división de opiniones atraviesa los límites entre la Antropología Legal, la Sociología del Derecho y la Ciencia Jurídica. El uso del término pluralismo jurídico ya no es claramente un signo de identidad exclusiva de los antropólogos del Derecho.⁷³

Rechazo, sin duda, la posición de Roberts sobre qué es el pluralismo jurídico en el mundo académico: «es, inequívocamente, una creación proveniente de las escuelas de Derecho» (Roberts 1986, 1998; Fuller 1994).⁷⁴ Esto es inverosímil y empíricamente cuestionable. Aunque existen juristas que han descubierto el concepto de pluralismo jurídico, usan el término y escriben sobre él, en realidad la mayoría no lo emplea.⁷⁵ Incluso entre abogados y sociólogos dedicados a la Sociología del Derecho, su uso es más una excepción que una regla. La creación de dos campos, uno conformado por los autodenominados pluralistas y otro por los defensores del derecho estatal, no es algo que tenga mucho sentido y solo desvía la atención de las preguntas metodológicas realmente interesantes.

9. Comentario final

⁷² Se le da diferente importancia a este tema, y los antropólogos son los que menos le suelen prestar atención a los prolongados debates conceptuales, véase Geertz (1983), Moore (2001) o Nader (2002).

⁷³ Compárese el rechazo evolucionista de la utilidad del concepto por parte de Von Trotha con el punto de vista moderado de la sociología jurídica de Cotterrell (1995). En su análisis, Cotterrell concluye que la Sociología del Derecho puede beneficiarse mejor en su etapa actual por una pluralidad de enfoques al problema del concepto del derecho (1995:33). No está convencido de que el derecho de los abogados deba ser el concepto de derecho, pero también tiene recelos en aceptar completamente las nociones del pluralismo jurídico. Sin embargo, para ampliar el concepto de derecho traspasando la perspectiva que tienen al respecto los abogados, se debe hacer prevalecer la necesidad sociológica de considerar la posibilidad de que, en varias formas analizables de manera empírica, el pensamiento o procesos jurídicos puedan ser una característica relativamente generalizada de la vida social en lugar de ser solo un fenómeno aislado de una esfera profesional reducida (Cotterrell 1995:33). Si el concepto dominante de derecho en la sociología jurídica contemporánea sigue siendo el concepto del derecho estatal, se presenta el riesgo de que los problemas del derecho de los abogados se perciban como analíticamente distintos de aquellos otros, reales o potenciales, sistemas regulatorios (Cotterrell 1995: 34).

⁷⁴ Roberts hace referencia a Tamanaha (1993) quien supuestamente ha sostenido esto. Pero Tamanaha argumentó que «el pluralismo jurídico fuerte es el producto de los científicos sociales» (1992: 25), señalando a Malinowski como el verdadero padre intelectual de la idea (1993: 192, 203).

⁷⁵ Véase también Woodman (1998:40) «los abogados han preferido ignorar el tema porque cuestiona sus premisas ideológicas».

En el debate sobre el pluralismo jurídico se ha dedicado bastante tiempo a la argumentación conceptual, a veces incluso escolástica. Dichos debates son importantes para lograr claridad analítica y poner de manifiesto las diversas premisas ideológicas y teóricas que suelen estar implícitas y escondidas en ciertos usos conceptuales. Pero pueden llegar a ser poco productivos a menos que se basen en el análisis de situaciones empíricas y procesos históricos, y que formen parte de un entendimiento científico y sociológico más amplio del mundo social donde el derecho y el pluralismo jurídico, independientemente de su definición, son solo un aspecto y parte.

Reitero que esas clarificaciones conceptuales y analíticas son útiles, pero no llegan a ser una *teoría*. Dada la gran variedad de lo que se conoce como derecho o pluralismo jurídico, sería muy extraño tratarlos como *un factor* en las interpretaciones teóricas o en las explicaciones de situaciones sociales reales y de procesos históricos (micro o macro). La teoría debe explicar las diferentes constelaciones del pluralismo jurídico, en cualquier escala de tiempo y espacio (véase también Greenhouse 1998: 3). Por lo tanto, se debe brindar mayor atención a la investigación empírica y a la comprensión teórica de las diversas variaciones que encontramos en las constelaciones empíricas del pluralismo jurídico. También se deberá prestar atención a las formas en que esas diferentes constelaciones influyen en las condiciones sociales, políticas y económicas en las vidas y hábitats de las personas de carne y hueso involucradas.

10. Bibliografía

Bachofen, J. J. 1948. *Das Mutterrecht* (2 vols.) Stuttgart [1st edition 1861].

Benda-Beckmann, F. von. 1970. *Rechtspluralismus in Malawi Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik eines ehemals Britischen Kolonialgebiets*. München: Weltforum Verlag.

———. 1979. *Property in social continuity: Continuity and change in the maintenance of property relationships through time in Minangkabau, West Sumatra*. The Hague: M. Nijhoff.

———. 1983. "Why law does not behave: Critical and constructive reflections on the social scientific perception of the social significance of law." In *Proceedings of the Symposium on Folk Law and Legal Pluralism, XIth IUAES Congress, 1983*, edited by H. Finkler, 232-262. Vancouver.

———. 1984. "Law out of context: A comment on the creation of customary law discussion." *Journal of African Law* 28: 28-33.

- . 1986. "Anthropology and Comparative Law." In *Anthropology of Law in the Netherlands*, edited by K. von Benda-Beckmann and F. Strijbosch, 90-109. Dordrecht: Foris.
- . 1988a. "Comment on Merry." *Law & Society Review* 22: 897-901.
- . 1988b. "Islamic law and social security in an Ambonese village." In *Between Kinship and the State: Social Security and Law in Developing Countries*, edited by F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann, E. Casino, F. Hirtz, G. Woodman and H. Zacher, 339-365. Foris: Dordrecht.
- . 1989. "Scapegoat and magic charm: Law in development theory and practice." *Journal of Legal Pluralism* 28: 129-148.
- . 1991. "Pak Dusa's law: Thoughts on legal knowledge and power." In *Ethnologie im Widerstreit: Kontroversen über Macht, Geschäft, Geschlecht in fremden Kulturen. Festschrift für Lorenz G. Löffler*, edited by E. Berg, J. Lauth und A. Wimmer, 215-227. Trickster Verlag.
- . 1992a. "Introduction: Understanding agrarian law in society." In *Law as a Resource in Agrarian Struggles*, edited by F. von Benda-Beckmann and M. van der Velde, 1-22. Wageningen: Pudoc.
- . 1992b. "Symbiosis of indigenous and western law in Africa and Asia: An essay in legal pluralism." In *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous laws in 19th and 20th Century Africa and Asia*, edited by W.J. Mommsen and J.A. de Moor, 307-325. Oxford/New York: Berg Publishers.
- . 1992c. "Changing legal pluralisms in Indonesia." *Yuridika* 8/4: 1-23.
- . 1994. "Rechtspluralismus: Analytische Begriffsbildung oder politischideologisches Programm?" *Zeitschrift für Ethnologie* 119: 1-16.
- . 1997. "Citizens, strangers and indigenous peoples: Conceptual politics and legal pluralism." In *Natural Resources, Environment and Legal Pluralism. Yearbook Law and Anthropology* 9, edited by F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann and A. Hoekema, 1-42.
- . 2001a. "On the reproduction of law: Micro and macro in the time-space geography of law." In *Begegnung und Konflikt – Eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme*, edited by W. Fikentscher, 119-131. München: C.H.Beck Verlag.

- . 2001b. "Riding the centaur – reflections on the identities of legal anthropology." Paper presented at the International Workshop on the anthropology of law, Max Planck Institute for Social Anthropology, Halle. 20-22 September 2001.

- Benda-Beckmann, K. von. 1981. "Forum shopping and shopping forums." *Journal of Legal Pluralism* 19: 117-159.

- . 1982. "Traditional values in a non-traditional context: Adat and state courts in West Sumatra." *Indonesia Circle* 27: 39-50.

- . 1984. *The Broken Stairways to Consensus: Village Justice and State Courts in Minangkabau*. Dordrecht: Foris.

- . 2001a. "Transnational dimensions of legal pluralism." In *Begegnung und Konflikt – Eine kulturanthropologische Bestandsaufnahme*, edited by W. Fikentscher, 33-48. München: C.H.Beck Verlag.

- . 2001b. "Legal pluralism." *Tai Culture* VI: 18-40.

- Benda-Beckmann, F. and K. von. 1988. "Adat and religion in Minangkabau and Ambon." In *Time Past, Time Present, Time Future*, edited by H. Claessen and D. Moyer, 195-212. Dordrecht: Foris.

- . 1991. "Law in society: from blind man's-buff to multilocal law" In *Living Law in the Low Countries. Special issue of Recht der Werkelijkheid*, 119-139.

- . 1994. "Coping with insecurity." In *Coping with insecurity: An "underall" perspective on social security in the Third World*. Special issue *Focaal* 22/23, edited by F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann and H. Marks, 7-31.

- . 1998. "Evolutionismus und Recht: Komplexe Fragen zu komplexen Gesellschaften." In *Evolution des Rechts*, edited by R. Voigt, 93-117. Baden-Baden: Nomos.

- . 1999. "A functional analysis of property rights, with special reference to Indonesia." In *Property rights and economic development: Land and natural resources in Southeast Asia and Oceania*, edited by T. van Meijl and F. von Benda-Beckmann, 15-56. London: Kegan Paul.

Berger, P. L. 1973. *The Social Reality of Religion*. Harmondsworth: Penguin.

- Berger, P. L. and T. Luckmann, 1967. *The Social Construction of Reality*. Harmondsworth: The Penguin Press.
- Berghe, P. van den. 1973. "Pluralism." In *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, edited by J. Honigsmann, 959-977. Chicago: Rand McNally.
- Bohannon, P. 1967. "The differing realms of the law." In *Law and Warfare: Studies in the anthropology of conflict*, edited by P. Bohannon, 43-56. New York: The Natural History Press.
- . 1969. "Ethnography and comparison in legal anthropology." In *Law in Culture and Society*, edited by L. Nader, 401-418. Chicago: Aldine.
- Cancian, F. M. 1975. *What are Norms? A study of beliefs and action in a Maya community*. London: Cambridge University Press.
- Chanock, M. 1985. *Law, Custom and the Social Order*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Clammer, J. 1973. "Colonialism and the perception of tradition in Fiji." In *Anthropology and the Colonial Encounter*, edited by T. Asad, 199-220. Atlantic Highlands: Humanities Press.
- Comaroff, J. L. and S. Roberts. 1977. "The invocation of norms in dispute settlement: the Tswana case." In *Social Anthropology and Law*. A.S.A. Monograph 14, edited by I. Hamnett. London, New York, San Francisco: Academic Press.
- . 1981. *Rules and Processes: The cultural logic of dispute in an African context*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- Cotterrell, R. 1989. *The Politics of Jurisprudence: A critical introduction to legal philosophy*. London: Butterworths.
- . 1995. *Law's Community: Legal theory in sociological perspective*. Oxford: Clarendon Press.
- Diamond, S. 1971. *Primitive law – past and present*. London.
- Ehrlich, E. 1913. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München: Duncker und Humblot.
- Fallers, L. 1969. *Law without precedent*. Chicago/London: Chicago University Press.

- Fitzpatrick, P. 1983. "Law, plurality and underdevelopment." In *Legality, Ideology and the State*, edited by D. Sugarman, 159-182, London: Academic Press.
- Fuller, L. L. 1964. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Fuller, C. 1994. "Legal anthropology, legal pluralism and legal thought." *Anthropology Today* 10: 9-13.
- Galanter, M. 1981. "Justice in many rooms." *Journal of Legal Pluralism* 19: 1-47.
- Galloway, D. C. 1978. "The axiology of analytical jurisprudence: A study of the underlying sociological assumptions and ideological predilections." In *Law in a Social Context: Liber amicorum honouring Professor Lon L. Fuller*, edited by T.W. Bechtler, 49-98. Deventer: Kluwer.
- Geertz, C. 1983. *Local Knowledge: Further essays in interpretive anthropology*. New York: Basic Books.
- Geiger, T. 1964. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied: Luchterhand.
- Giddens, A. 1984. *The Constitution of Society*. Oxford: Polity Press.
- Goldschmidt, W. 1966. *Comparative Functionalism*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Greenhouse, C. J. 1998. "Legal pluralism and cultural difference: What is the difference? A response to Professor Woodman." *Journal of Legal Pluralism* 42: 61-72.
- Griffiths, A. 2002. "Legal pluralism." In *An Introduction to Law and Social Theory*, edited by R. Banakar and M. Travers, 289-311. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.
- Griffiths, J. 1984. "The division of labor in social control." In *Toward a general theory of social control*, edited by D. Black, 37-70. New York: Academic Press.
- . 1986. "What is legal pluralism?" *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55.
- Hart, H. L. A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

- Hoebel, E. A. 1954. *The Law of Primitive Man*. Cambridge: Harvard University Press.
- Harrée, R. 1980. *Social Being*. Ottawa: Rowman-Littlefield-Adams.
- Hellum, A. 1995. "Actor perspectives on gender and legal pluralism in Africa." In *Legal Polycentricity: Consequences of pluralism in law*, edited by H. Petersen and H. Zahle, 13-29. Aldershot: Dartmouth.
- Holleman, F. D. 1938. "Mr. B. ter Haar Bzn.'s rede 'Het adatprivaatrecht van NederlandschIndië in wetenschap, practijk en onderwijs [1937]'.*" Indisch Tijdschrift voor het Recht* 147(3): 428-440.
- Holleman, J. F. 1981. *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*. The Hague.
- . 1986. "Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law and legal reform." In *Anthropology of Law in the Netherlands*, edited by K. von Benda-Beckmann and F. Stijbosch, 10-131. Dordrecht/Cinnaminson: Foris Publications. Reprinted from *Law & Society Review* 7(4): 585-609.
- Hooker, M. B. 1975. *Legal Pluralism: An introduction to colonial and neo-colonial laws*. Oxford: Clarendon Press.
- Jackson, M. 1992. "Changing realities: unchanging truths." In Commission on Folk Law and Legal Pluralism, Papers Presented to the Congress at Victoria University, Wellington August 1992 (2 Vols.), 443-455. Wellington: Law Faculty, Victoria University of Wellington.
- Kidder, R.L. 1983. *Connecting Law and Society: An introduction to research and theory*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
- Laubscher, M. 1998. "Religionsethnologie." In *Ethnologie. Einführung und Überblick*, 4th ed., edited by H. Fischer, 221-243. Berlin: Reimer.
- Maine, H. S. 1861. *Ancient Law: Its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. London: John Murray.
- . 1914. *Lectures on the Early History of Institutions*, 7th ed. London: John Murray (originally published in 1875).
- Merry, S. E. 1988. "Legal pluralism." *Law & Society Review* 22: 869-896.
- . 1992 "Anthropology, law and transnational processes." *Annual Review of Anthropology* 21: 357-379.

- Mnookin, R. M. and L. Kornhauser. 1979. "Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce." *Yale Law Journal* 88: 950-997.
- Moore, S. F. 1978a. *Law as Process: An anthropological approach*. London: Routledge and Kegan Paul.
- . 1978b. "Archaic law and modern times on the Zambezi: Some thoughts on Max Gluckman's interpretation of Barotse law." In *Cross-examinations: Essays in memory of Max Gluckman*, edited by P.H. Gulliver, 53-77. Leiden: Brill.
- . 2001. "Certainties Undone: Fifty turbulent years of legal anthropology, 1949-1999." *Journal of the Royal Anthropological Institute* 7: 95-116.
- Nader, L. 1969. "Introduction." In *Law in Culture and Society*, edited by L. Nader, 1-10. Chicago: Aldine.
- . 2002. *The Life of the Law*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press.
- Nader, L. and B. Yngvesson. 1973. "On studying the ethnography of law and its consequences." In *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, edited by J. Honigmann, 883-921. Chicago: Rand McNally.
- Norrie, A. 1999. "From law to popular justice: Beyond antinomianism." In *Laws of the Postcolonial*, edited by E. Darian-Smith and P. Fitzpatrick, 249-276. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Petersen, H. and Zahle, H., eds. 1995. *Legal Polycentricity: Consequences of pluralism in law*. Aldershot: Dartmouth.
- Pospisil, L. 1971. *Anthropology of Law: A comparative perspective*. New York: Harper and Row.
- Roberts, S. 1979. *Order and Dispute: An introduction to legal anthropology*. Harmondsworth: Penguin.
- . 1986. "Book Review." *Journal of Legal Pluralism* 24: 171-173.
- . 1998. "Against legal pluralism: Some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain." *Journal of Legal Pluralism* 42: 95-106.

- Rosen, L. 1999. "Legal pluralism and cultural unity in Morocco." In *Legal Pluralism in the Arab World*, edited by B. Dupret, M. Berger and L. al-Zwaini, 89-95. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International.
- Ryle, G. 1970. *The Concept of Mind*. Harmondsworth: Penguin.
- Sarat, A. and T. T. Kearns, eds. 1995. *Law in everyday life*. Ann Arbour: The University of Michigan Press.
- Schott, R. 1982. "Main trends in German ethnological jurisprudence and legal ethnology." *Journal of Legal Pluralism* 20: 37-68.
- Sheleff, L. 2000. *The Future of Tradition: Customary law, common law and legal pluralism*. London and Portland: Frank Cass.
- Sinha, S. P. 1995. "Legal polycentricity." In *Legal Polycentricity: Consequences of pluralism in law*, edited by H. Petersen and H. Zahle, 31-69. Aldershot: Dartmouth.
- Snyder, F. 1981. "Colonialism and legal form: The creation of 'customary law' in Senegal." *Journal of Legal Pluralism* 19: 49-90.
- . 1993. *Law and Anthropology: A review*. Badia Fiesole: European University Institute, Working Paper Law No. 93/4.
- Santos, B. de S. 1985. "On modes of production and social power." *International Journal of Law and Society* 13: 299-336.
- . 1987. "Law. A map of misreading: Toward a post-modern conception of law." *Journal of Law and Society* 14: 279-302.
- . 1995. *Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*. New York and London: Routledge.
- Starr, J. and J. Collier, eds. 1989. *History and Power in the Study of Law: New directions in legal anthropology*. Ithaca and London: Cornell University Press.
- Tamanaha, B. Z. 1993. "The folly of the 'social scientific' concept of legal pluralism." *Journal of Law and Society* 20: 192-217.
- . 2000. "A non-essentialist version of legal pluralism." *Journal of Law and Society* 27: 296-321.

- . 2001. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Thompson, E. P. 1978. *The Poverty of Theory and Other Essays*. London: Merlin Press.
- Trotha, T. von. 2000. "Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsordnung." *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21: 327-354.
- Turner, J. H. 1987. "Analytical theorizing." In *Social Theory Today*, edited by A. Giddens and J.H. Turner, 156-194. Oxford: Polity Press.
- Vanderlinden, J. 1971. "Le pluralisme juridique: essai de synthèse." In *Le pluralisme juridique*, edited by J. Gilissen, 19-56. Brussels: Université libre de Bruxelles.
- . 1989. "Return to legal pluralism: twenty years later." *Journal of Legal Pluralism* 28: 149-157.
- . 1998. "Villes africaines et pluralisme juridique." *Journal of Legal Pluralism* 42: 245-274.
- Velsen, J. van. 1969. "Procedural informality, reconciliation, and false comparisons." In *Ideas and Procedures in African Customary Law*, edited by M. Gluckman, 137-153. London: Oxford University Press.
- Vollenhoven, C. van 1918, 1931, 1933. *Het adatrecht van Nederlandsch-Indie*. 3 volumes. Leiden: E.J. Brill.
- . 1909. *Miskeningen van het adatrecht*. Leiden: E.J. Brill.
- Weber, M. 1956. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Köln: Kiepenheuer und Witsch.
- Wickham, G. 1990. "Knowing law, knowing politics." *International Journal of the Sociology of Law* 18: 31-44.
- Williams, D. V. 1992. "The Waitangi Tribunal and legal pluralism: a reassessment." In *Papers Presented to the Congress at Victoria University, Wellington August 1992*, edited by Commission on Folk Law and Legal Pluralism, 75-87. Wellington: Law Faculty, Victoria University of Wellington.

- Woodman, G. R. 1987. "How state courts create customary law in Ghana and Nigeria." In *Indigenous, Law and the State*, edited by B.W. Morse and G.R. Woodman, 181-220. Dordrecht: Foris.
- . 1998. "Ideological combat and social observation: Recent debate about legal pluralism." *Journal of Legal Pluralism* 42: 21-59.
- Wright, G.H. von. 1974. *Erklären und Verstehen*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag.
- Zahle, H. 1995. "The polycentricity of the law or the importance of legal pluralism for legal dogmatics." In *Legal Polycentricity: Consequences of pluralism in law*, edited by H. Petersen and H. Zahle, 185-199. Aldershot: Dartmouth

El funcionamiento social de las normas jurídicas*

John Griffiths

1. Introducción: una anécdota¹

La siguiente anécdota, sobre el uso de normas jurídicas en la vida social cotidiana, fue contada por mi colega Alberth Klijn en un pequeño coloquio donde se analizó una versión preliminar de este artículo:

Cuando viajo en primera clase en el tren que va desde Utrecht (donde vivo) a Groningen (donde trabajo), un trayecto de alrededor de dos horas, tengo cuatro opciones para escoger un asiento: el vagón de fumadores, el de no fumadores, compartimientos para seis personas donde está permitido fumar y conversar; y «compartimientos de trabajo» de seis personas donde está prohibido fumar y que son para quienes quieren trabajar en silencio (está claramente indicado con una señal en la puerta que tiene la imagen de una persona con los dedos en los labios y las palabras «*Silence. Work-coupé*»). Prefiero la última opción pues no soy fumador y suelo tener mucho por hacer. Normalmente uno entra al compartimiento, saluda a sus compañeros de viaje, se sienta a trabajar y no pasa nada durante el viaje.

* **Texto original:** Griffiths, J. 2003. «The Social Working of Legal Rules». *Journal of Legal Pluralism* 48: 1-84.

¹ La teoría desarrollada en este artículo fue inicialmente esbozada en trabajos que abordaban fundamentalmente otros asuntos (Griffiths 1978, 1984a, 1984b, 1986a). La establecí explícitamente por primera vez (en holandés) en relación a la pregunta de si puede atribuirse un *potencial emancipatorio* significativo a la legislación destinada a corregir desigualdades sociales (Griffiths 1990). Versiones preliminares del presente argumento son Griffiths (1991, 1995a, 1996). Muchos amigos y colegas han influido en la presentación del argumento en varias fases de su larga gestación que me sería imposible mencionar a todos aquí. Estoy, como en el pasado, agradecido por la inspiración crítica aportada por CHAZERAS Society. Finalmente, algunas importantes mejoras de último minuto se deben a las útiles sugerencias del editor de *Law and Society Review* (que finalmente determinaron que no se publique en su momento) y a sus anónimos críticos.

Pero a veces puede ser frustrante. Algunos pasajeros se sientan en el compartimiento y comienzan a hablar. Usualmente no hago nada hasta Amersfoort (una estación de tren a unos 15 minutos de viaje), con la esperanza de que bajen ahí. Mientras tanto leo las noticias en el diario y la conversación no me incomoda mucho.

Si se bajan en Amersfoort, me puedo quedar tranquilo. Pero si resulta que se dirigen también a Groningen, y siguen conversando después de Amersfoort, les digo algo como «Caballeros (o damas), como saben este compartimiento es para trabajar». También les indico la señal y eso suele ser suficiente. En una ocasión me respondieron «¡Estamos trabajando: estamos en plena reunión!». Pero estuvieron de acuerdo en que debían mantenerse en silencio y así estuvieron.

Raras veces, estos compañeros de viaje siguen conversando aun después de que se les pide que guarden silencio. Pero normalmente al pasar Amersfoort ya necesito terminar algo de trabajo y necesito el silencio al que tengo *derecho*. En ese caso tengo tres opciones: tratar de ignorar la molestia, buscar otro asiento, o insistir en que se callen amenazando con quejarme al conductor. Normalmente he decidido anticipadamente que si no dejan de hablar tendré que reclamar mis derechos. Aunque la situación puede llegar a ser muy desagradable, no recuerdo un caso en el cual amenazar con invocar la autoridad del conductor no haya sido suficiente.

Muchos de los elementos del enfoque teórico a las normas jurídicas que desarrollaré en este artículo están contenidos —si bien en una forma implícita y embrionaria— en esta anécdota de la vida cotidiana. El propósito de este artículo se puede describir como un intento por valorar la carencia de análisis teórico sistemático que tales situaciones han recibido. Mi planteamiento es que mientras no entendamos los complicados modos en que se utilizan las normas jurídicas en tal interacción cotidiana, no podremos explicar o predecir algo muy significativo sobre los efectos de la legislación.

2. La pregunta, sus limitaciones, y su contexto

*Tierra blanca, semillas negras*²

Al pensar en los efectos de la legislación, podemos quedar abrumados por dos tipos opuestos de sorpresa. Por un lado, es sorprendente que a pesar de toda la energía que se invierte en ellas, las normas jurídicas a menudo se muestran muy ineficientes. Los intentos por influir la conducta sometiénola a normas, si se estudian con cuidado, generalmente tienen pocos efectos deseados, o muchos

² *Witte akker, zwart zaad*: Metáfora holandesa para referirse a las páginas impresas.

indeseados, y a menudo ambos a la vez. Y si ocurren algunos efectos deseados, suele ser incierto si fueron producidos por las normas en cuestión.³

Por otro lado, si nos detenemos a pensarlo un momento, es difícil comprender cómo alguien podría esperar que una norma legislada pudiera tener algún efecto en la conducta. Después de todo, cuando una norma sale del ente legislativo, no parece más que un montón de manchas de tinta en un papel. Si la legislación es más que esto, precisamente ese *más* consiste de necesidades que deben especificarse y explicarse: la conexión entre un texto legislativo y la conducta real no es del todo obvia. Cómo es que unas manchas de tinta se convierten en conducta regulada, en qué condiciones y cuando, es uno de los grandes misterios de la Sociología del Derecho⁴ y es lo que me propongo abordar en este artículo.

La pregunta general que busco responder teóricamente es:

¿Cómo y bajo qué condiciones las normas jurídicas influyen en la conducta?

Al enfoque particular a esa pregunta, que presento en este artículo, lo denomino teoría del *funcionamiento social* de las normas jurídicas. En realidad, es actualmente más una proto-teoría, preocupada en gran medida por clasificar conceptos y ordenar coherentemente el conocimiento disponible. En pocas palabras: un prolegómeno para la formulación de proposiciones teóricas verificables.

Considero a la teoría como comprensión general que resulta de la experiencia y útil para guiar acciones inteligentes. En este artículo presento los resultados de una búsqueda por comprender los efectos sociales de las normas jurídicas, una búsqueda que inicialmente se pensó para informar diversos esfuerzos específicos de investigación. El más importante de éstos se refiere a la regulación de la conducta médica que reduce la vida, un trabajo que inicialmente se limitaba a la eutanasia. El problema de la regulación de la eutanasia ha estado presente en mis reflexiones y escritos, empíricos y de otros modos, durante el largo período de gestación en el cual la teoría del funcionamiento social de las normas jurídicas tomó forma lentamente. Algunas partes importantes de esta teoría, tal como la concibo actualmente, se me aclararon al analizar problemas específicos sobre la regulación de la eutanasia. Una década de trabajo sobre la materia derivó

³ Cfr. Griffiths (1978) y Bogart (2002).

⁴ «La gran pregunta que confronta a los sociólogos del derecho es: ¿cómo influyen las normas en la conducta de la gente?» (K. von Benda-Beckmann 1988: 94). Tal vez se debería enfatizar aquí la palabra «conducta». La sugerencia de que las normas jurídicas podrían, por ejemplo, influir en cómo la gente «piensa sobre el derecho» sin que esto tenga consecuencias en el comportamiento —si suponemos que la idea es del todo inteligible— simplemente no es parte de lo que la teoría sobre el funcionamiento social de las normas jurídicas busca explicar.

recientemente en *Euthanasia and Law in the Netherlands* [Eutanasia y Derecho en los Países Bajos] (Griffiths, Bood, y Weyers 1998), cuyo argumento se deriva en gran medida, aunque implícitamente, del enfoque del funcionamiento social de la legislación.⁵

Otra investigación que contribuyó a mi forma de pensar la influencia de la legislación en la conducta tuvo que ver con las limitaciones y posibilidades del derecho y de la administración pública en la ejecución de políticas forestales, especialmente en relación a la conservación de bosques tropicales en la región amazónica del Ecuador.⁶ A través de los años también he dedicado cierta atención teórica y empírica a la efectividad de las normas jurídicas para combatir la discriminación y promover la emancipación, especialmente de las mujeres;⁷ y en esto también resultó clave el enfoque del funcionamiento social.⁸

Menciono estos contextos prácticos en parte porque los usaré como ejemplos a lo largo del artículo,⁹ pero en especial porque es probable que diferentes tipos de normas jurídicas impliquen diferencias de énfasis teórico. Aunque procuro pensar en el funcionamiento social de las normas jurídicas desde un punto de vista general, es probable que ciertos tipos de norma de los que nunca me he ocupado requieran agregados y ajustes en la teoría.

Una limitación importante está implícita en la naturaleza de los trabajos de investigación recién descritos: todos se ocupan de normas primarias de conducta. Pero no todas las normas jurídicas son de este tipo, algunas ofrecen facilidades para la gente que desea cumplir un objetivo particular (por ejemplo muchas de las normas del derecho contractual),¹⁰ o incentivos para comportarse de un modo

⁵ La teoría juega un rol mucho más explícito en un programa de investigación reciente en el cual el enfoque sobre la eutanasia en los Países Bajos se expande para incluir otros comportamientos médicos que reducen la vida, vistos desde una perspectiva explícitamente internacional y comparativa. Para una descripción del programa y sus distintos proyectos, actividades y publicaciones, véase <http://www.rug.nl/rechten/mbpsl>.

⁶ Véase Taale y Griffiths (1995).

⁷ Véase Griffiths (1990, 1999b) y Oden (1993).

⁸ Una reciente evaluación sobre la creciente legislación holandesa sobre igualdad de oportunidades está explícitamente basada en este enfoque (Asscher-Vonk y Groenendijk 1999).

⁹ El lugar central que nuestra investigación sobre la regulación de la eutanasia juega en el argumento da origen a un problema de fuentes. En general, he mantenido las referencias a las fuentes en holandés en un mínimo absoluto, en particular cuando las fuentes holandesas relevantes están disponibles para el lector interesado en *Euthanasia and Law in the Netherlands*.

¹⁰ Mi colega Albert Klijn ha aplicado recientemente el enfoque del funcionamiento social a la situación de normas facilitadoras en su estudio evaluativo de la legislación holandesa que permite a los padres elegir el apellido de la madre para sus hijos en lugar del apellido del padre. Véase Klijn y Beijers (2002).

particular (como los subsidios o impuestos), o procedimientos o estructuras dentro de los que ciertas actividades ocurren (como un sistema de resolución de conflictos), o normas constitucionales, interpretativas y de elección de normas sobre cómo hacer cosas con las normas primarias de conducta. La teoría que presento no trata directamente con este tipo de normas jurídicas y por lo tanto no es completa. Sostengo sin embargo, que es fundamental, en el sentido de que entender el funcionamiento social de todos los otros tipos de normas depende de entender cómo funcionan las normas primarias de conducta.

El hecho de limitarse al análisis de normas legisladas¹¹ es por cuestión de conveniencia argumentativa, pero la teoría es en última instancia mucho más ambiciosa. El funcionamiento social de las normas legisladas es un caso especial del funcionamiento social de las normas jurídicas en general, que a su turno es un caso especial del funcionamiento social de normas en general. El contexto teórico que tengo en mente es por tanto el de una teoría general sobre la conducta de cumplimiento de normas. Considerando que desde mi perspectiva (Griffiths 1984a) el *control social* es la «acción de someter la conducta humana al gobierno de las normas» —tomando una expresión de Fuller (1964: 91) para propósitos ligeramente diferentes— el objetivo que finalmente tengo en mente es una teoría del control social, o —aunque parezca poco modesto— una teoría sobre cómo la vida social es posible del todo (asumiendo, como hago, que sin normas jurídicas¹² la vida del hombre sería de hecho *solitaria, pobre, desagradable, corta, afectiva e intelectualmente inhumana* y completamente no social).

El contexto más amplio en el que se concibe la discusión, me permite posponer ciertas consideraciones sobre dos cuestiones. Una se ocupa de las posibles implicancias de que el tipo específico de norma que se toma en cuenta es la legislación: no prestaré ninguna atención particular a las posibles peculiaridades de normas opuestas a las legisladas, como por ejemplo normas cuya fuente es consuetudinaria o judicial. Por ello tampoco exploraré la posibilidad de que entre

¹¹ Con norma *legislada* me refiero a las normas promulgadas por una institución con facultades para hacerlo. Sería posible reformular el argumento en términos más empíricos (diferenciación y «externalidad» de la fuente de una norma) pero para los propósitos actuales hacerlo sería innecesariamente más complejo.

¹² Apunte sobre el uso del término *norma*. Con esto quiero expresar un estándar de conducta que es (o puede ser) declarado como imperativo condicional e invocado en la interacción concreta como una razón en favor o en contra de una conducta particular y apoyada por sanciones sociales definitivas (aunque en un caso dado éstas podrían no ser más que desaprobación general). He evitado usar el término *regla* —en particular, no sigo a Ellickson (1991) en el uso de *regla* para referirme a normas no jurídicas— porque es la forma y no el contenido de las fuentes/estatus lo que importa para mi argumento, y quiero enfatizar la continuidad esencial, en tanto el cumplimiento de una norma sea abordado, entre el *derecho* y el resto del control social.

todas las normas, aquellas que cotidianamente se consideran *jurídicas*, en sentido cotidiano, tengan algo especial.¹³

La segunda cuestión que no abordaré tiene que ver con la idea más fundamental y oscura en una teoría de control social: la noción de *cumplir una norma*. Considero obvio que los seres humanos tienen la capacidad de cumplir normas y que el ejercicio de esta capacidad es a menudo necesario para explicar la conducta individual y siempre esencial para explicar prácticas sociales e instituciones. La evidencia para estos presupuestos nos está viendo al rostro en este momento, a mí mientras escribo estas palabras y al suyo como lector de esta oración bien formulada en español. El lenguaje es por excelencia un asunto de normas y de cumplimiento de normas. A pesar de lo poco que podemos entender sobre cómo es posible, en la práctica parecemos capaces de comunicarnos. Simplemente asumiré para propósitos presentes que la noción de cumplir una norma es conceptualmente coherente y empíricamente operacional, y que sus características son más o menos aquellas a las que el sentido común se adscribe.¹⁴

Aunque la cuestión que aborda es de *gran magnitud* las pretensiones de este artículo son modestas. No hay mucho que sea realmente *nuevo* por encontrar. Mi principal objetivo ha sido reunir y presentar de modo sistemático cierto número de ideas que emergieron en la literatura en décadas recientes y que me parece que proveen la base para un promisorio enfoque teórico de la legislación. He tratado de hacer explícito y coherente lo que ha estado hasta ahora latente y difuso. Si algunos lectores concluyen a partir de esto que la perspectiva del funcionamiento social es *sólo* una forma sofisticada del enfoque de la legislación recibido (que llamaré «instrumentalismo») no tengo ningún problema, aunque creo que ello sería más o menos como decir que la Cosmología Copernicana es *sólo* una versión más sofisticada de la Cosmología Ptolomeica. Por supuesto, si usted tiene un interés inmediatamente práctico, puede moverse de un lado a otro con cualquiera. Lo que es científicamente (y a la larga prácticamente) importante, me parece, es cómo usted lo hace.

3. El objeto de la teoría: los efectos directos de las normas

Antes de sumergirnos en lo esencial del argumento, necesito señalar algunas distinciones entre diferentes tipos de cosas que pueden ser referidas como efectos sociales de una norma jurídica. Tales efectos pueden ser *directos* o

¹³ Cfr. Griffiths (1978) para algunos razonamientos tentativos sobre ese asunto.

¹⁴ Cfr. Schwartz (1954), J.F. Scout (1971), Cialdini, Kallgreen y Reno (1991), Griffiths (1995b) para contribuciones tentativas a un entendimiento teórico de la capacidad para cumplir normas y las circunstancias bajo las cuales se ejerce. Debe notarse aquí la relevancia del proceso de socialización en el que los individuos aprenden cómo cumplir normas, pues remarca un punto que resaltaré repetidamente en este artículo: cuán esencial es que una teoría de la legislación sea una teoría sociológica.

indirectos, y los efectos directos pueden ser *primarios* o *secundarios*.¹⁵ Los efectos pueden ser también *especiales* o *generales*. Y pueden ocurrir en el contexto de un *caso problema* o de un caso *sin problema*. Estas distinciones son de importancia clave para la teoría del funcionamiento social.

3.1 Efectos directos e indirectos

Al analizar los efectos sociales de una norma es importante distinguir entre la conducta prevista en la norma, que cuando ocurre a causa de esta constituye sus efectos directos, y las consecuencias sociales de esta conducta: los *efectos indirectos* de la norma.

El principal efecto directo de una norma que exige a los conductores manejar por el lado derecho es que conduzcan de esa forma. Los efectos directos, en otras palabras, consisten en *la conducta de cumplimiento de normas*. La conformidad literal, sin embargo, no es el único modo en que se puede afirmar que se cumple una norma. También es posible que la gente adapte su conducta a la existencia de una norma aunque la estén rompiendo, como en el caso de un ciclista que presta atención extra cuidadosa mientras maneja en sentido contrario en una calle de un solo sentido (algo común en Groningen, donde vivo y trabajo). La *evitación* es otro efecto conductual posible: una norma (como las tributarias o de matrimonio) que hace que una conducta sea especialmente costosa puede inducir a la gente a escoger tipos alternativos de conducta que no se encuentren sometidos a esta. El

¹⁵ Véase Griffiths (1978) para estas distinciones. Otros dos tipos de efectos de las normas en cuestión que no son centrales para el presente artículo y que no serán abordados son: efectos *independientes*, que ocurren hayan o no efectos directos (por ejemplo, los llamados efectos *simbólicos*, sobre los que puede verse Gusfield 1963, Aubert 1966 y Pozen 1976), y efectos *no intencionales* (los que pueden ser directos, indirectos o independientes).

Comentario sobre los *efectos simbólicos*: Una respuesta común de quienes creen realmente en la importancia de los objetivos de una muy bien pensada legislación (aunque aparentemente inefectiva), es que pese a su manifiesta inefectividad merece respaldo por sus efectos *simbólicos*. Esta es una idea curiosa que suele ser oscura pues no se especifica qué tipo de efectos *simbólicos* se tienen en mente. Cuando se considera importante una norma no obstante el fracaso de la investigación para demostrar efectos directos —conducta de cumplimiento de normas— la idea de efectos simbólicos podría referirse a efectos sobre la conducta esperados a largo plazo, quizá a través de una ruta indirecta del tipo al que la teoría del funcionamiento social llama la atención (e.g., influencia en las actividades autorregulatorias). En ese caso, apelar a la importancia *simbólica* de una norma es sólo un modo de llamar la atención sobre el hecho de que el jurado aún está fuera de la cuestión de la efectividad de la norma. Por otro lado, puede ser que con el término *simbólico* se haga referencia a efectos que incluso a largo plazo son no conductuales, una noción que, si bien es comprensible, cae fuera del objetivo de la teoría del funcionamiento social del derecho (y, de hecho, de la sociología).

común denominador más bajo de todos los efectos directos de una norma es que esta es responsable directamente por la conducta que se afirma cumplir.¹⁶

Los efectos indirectos, por otro lado, son *las consecuencias sociales de los efectos directos*, de la conducta de cumplimiento de normas. Los principales efectos indirectos de una norma que dispone manejar a la derecha son una mejor coordinación del tráfico y una tasa de accidentes menor que la que habría si no hubiese ninguna norma al respecto. Usualmente son los efectos indirectos el objetivo real del esfuerzo legislativo, siendo los efectos directos en sí mismos mayormente un asunto de indiferencia: incluso el peor tipo de comportamiento es principalmente reprensible por sus efectos indirectos (por ejemplo, sobre sus víctimas). Es por esta razón que, como veremos brevemente, el enfoque *instrumentalista* previo sobre la efectividad normativa se concentra en los efectos indirectos. Pero, como observaremos, no es posible ninguna teoría general sobre los efectos indirectos de la legislación, por lo que el enfoque del funcionamiento social se limita a los efectos directos.

3.2 Efectos directos primarios y secundarios

Entre los efectos directos, debe considerarse una diferencia adicional: existen efectos *primarios* y *secundarios*. Un efecto directo es primario cuando la conducta en cuestión implementa el estándar conductual sustantivo contenido en la norma (como mencioné anteriormente, esto no necesariamente implica conformidad literal). Es secundario cuando el cumplimiento de la norma consiste *en los esfuerzos que una persona realiza para asegurar conformidad con la norma a través de otra*.¹⁷ De este modo, cualquier persona puede *movilizar* una norma

¹⁶ Una distinción puede hacerse en esta conexión entre *conformidad* y *complacencia* (u *obediencia*). La diferencia es esencialmente metodológica. La conducta puede estar conforme con la norma sin que ésta lo explique: el comportamiento podría haber ocurrido en ausencia de la norma. Al estudiar la efectividad de las «directivas anticipadas» (y de la legislación que establece su fuerza vinculante), por ejemplo, se debe tomar en cuenta que una directiva anticipada podría exigir a un médico que se abstuviese de realizar un tratamiento para prolongar la vida que no hubiera brindado de todos modos, por lo que no se puede considerar a tal directiva (y la ley) como responsable de la conducta del médico (véase Vezzoni y Griffiths 2001). En el sentido de los términos usados en este artículo, la mera conformidad con una norma no es lo mismo que su cumplimiento.

¹⁷ Hace varios años (Griffiths 1978) comencé a usar el término *secundario* para este tipo de efecto directo, simplemente como un modo de hacer una distinción intencional entre tipos de efectos. Como veremos en la sección 5.2, esta fue una elección afortunada, pues los efectos secundarios implican que quien cumple una norma primaria en este modo también estará cumpliendo *normas secundarias* (en el sentido de Hart 1961): normas sobre normas. Varias expresiones usadas en este artículo (efectos secundarios, normas secundarias, cumplimiento secundario de normas y movilización) por lo tanto conectan,

enfrentándose a un infractor potencial (como cuando Klijn recuerda a sus compañeros de viaje que está prohibido conversar en el compartimiento de trabajo de un tren, quizá simplemente apuntando a la señal). Puede hacer esto individualmente o con el respaldo de un grupo, y puede ser a nombre propio o puede estar buscando mantener un estándar general de conducta. La movilización *secundaria* de normas *jurídicas* en este modo *informal* es extremadamente común en la vida social, y puede ser muy sutil.¹⁸

Pero Klijn podría haber preferido, o haber sido conducido, a llevar la situación de violación a la atención de una autoridad encargada de asegurar el cumplimiento, en este caso el conductor. La conducta de aplicación de tales representantes del Estado moderno implica el cumplimiento de normas secundarias que puede ser *reactivo*, como en el ejemplo de Klijn, o —con mucha menor frecuencia— por más bien *proactivo*.¹⁹

3.3 Efectos especiales y generales

En el análisis de los efectos directos debe hacerse una distinción más profunda entre los efectos *especiales* y los *generales* que la movilización secundaria de una norma puede traer a colación. Los efectos especiales son efectos en casos en los cuales la norma es aplicada a un caso particular, bien sea por un individuo (llamando la atención hacia la señal del compartimiento de trabajo), por una autoridad (como el conductor que ordena al infractor que cumpla), o por un juez (imponiendo una sanción por incumplir). Los efectos especiales de una norma son el cumplimiento de la norma primaria realizado a través de tal movilización secundaria. Esta movilización secundaria —especialmente aquella hecha por gente ordinaria en el curso de la interacción diaria— puede a menudo ser un factor importante en la producción de efectos especiales. Llamando la atención a la señal del compartimiento de trabajo, por ejemplo, uno puede usualmente conseguir que el compañero de viaje se comporte apropiadamente.

Los efectos *generales* de un caso de movilización secundaria de una norma son sus efectos en otras situaciones, en las cuales no ocurre ninguna movilización secundaria. Si mis compañeros de viaje se abstienen de conversar en un compartimiento de trabajo sin que yo tenga que llamar su atención hacia la señal, porque pueden haber presenciado (o haber oído al respecto) casos de otra gente que

analíticamente, la cuestión sobre qué norma se está cumpliendo con la cuestión sobre si las normas secundarias están implicadas.

¹⁸ Cfr. Cialdini, Kallgren, y Reno (1991), sobre algunos de los modos indirectos en que una persona puede conseguir que otra se concentre en una norma de conducta que debe cumplir.

¹⁹ Véase Black (1973) para esta distinción y su importancia.

ha sido regañada por conversar²⁰ o porque esto les ha ocurrido en alguna ocasión previa, entonces estamos ante unos *efectos generales*. En muchas circunstancias los efectos generales de la movilización secundaria —especialmente la realizada por autoridades— son sociológicamente (y prácticamente) mucho más importantes que los efectos especiales.

3.4 Los casos problema y los casos sin problema

Los efectos directos se pueden notar en el contexto de un *caso problema* o en el de un *caso sin problema*. En un *caso problema* un actor apela a una norma, pero esto es resistido al menos inicialmente. La mayor parte del tiempo, en tal caso, los actores serán capaces de llegar a un acuerdo. Sólo si no lo consiguen tienen un *conflicto* en el cual terceras partes podrían involucrarse. La emergencia e historiales de vida de conflictos han dominado en décadas recientes la literatura en sociología y antropología del derecho (en parte por la simple razón metodológica de que en el contexto de un conflicto las normas son mucho más fácilmente visibles de lo que son en la interacción social diaria sin problemas).

Pero como sostuvo Holleman (1973), enfocar exclusivamente la atención en *casos problema* tiende a oscurecer el hecho de que la mayor parte del cumplimiento de normas ocurre en situaciones en las cuales los actores siguen sus asuntos sin ningún tipo de solución de conflicto.²¹ El cumplimiento de normas típicamente ocurre como parte y parcela de —y por lo tanto no diferenciada de— la interacción social no problemática. Y como Galanter (1981) ha sostenido, los efectos sociales más importantes de un *caso problema* a menudo yacen, no en la particular resolución que éste recibe (los efectos especiales) sino en la influencia de la información sobre aquella resolución en el modo que otros actores administran sus asuntos y tratan con (potenciales) conflictos (efectos generales).

Se deriva de estas consideraciones que si se limita a los casos problema, teorizar sobre los efectos sociales de las normas inevitablemente dejará de lado la parte más importante del asunto.

3.5 El objeto de la teoría del funcionamiento social

El objeto de la teoría del funcionamiento social —lo que busca explicar— son los efectos directos de las normas. La teoría se centra en las condiciones bajo las cuales y los procesos por los cuales los actores pertinentes —aquellos a quienes la norma es primariamente dirigida, otros en su entorno inmediato, autoridades— cumplen, aplican o hacen cumplir la norma. De particular importancia es el

²⁰ Schwartz (1954) ofrece un análisis preliminar —aunque, hasta donde estoy enterado, todavía único después de medio siglo— empírico/teórico de esta situación de aprendizaje indirecto para cumplir una norma.

²¹ Cfr. También Macaulay (1963).

cumplimiento de normas en casos sin problema, lo cual no genera conflictos (ni mucho menos llega a la atención de las autoridades). Los efectos especiales de la movilización informal pueden ser a menudo una fuerza importante para el cumplimiento primario, pero los efectos especiales de la aplicación oficial son usualmente de limitada importancia social. Estas afirmaciones quedan ilustradas, por ejemplo, por el caso de la señal de no conversar. El problema regulatorio esencial aquí es, como casi siempre es, asegurar un alto nivel de cumplimiento de norma sin problema. Quienes conversan deben aplicar la norma a su propio comportamiento, y si no lo hacen, la necesaria movilización secundaria debe venir de su ambiente social inmediato. La movilización oficial de la norma es, y necesariamente será a menudo, escasa, y mayormente interesante por sus efectos generales. Si podemos entender porqué la norma que impide conversar en un compartimiento de trabajo es generalmente tan efectiva,²² habremos captado los fundamentos de la regulación efectiva en general.

4. Paradigmas del efecto legislativo

Los efectos de la legislación pueden analizarse en dos modos paradigmáticamente diferentes. Como cualquier intento por capturar la interminable variedad del comportamiento humano en una simple tipología, cada uno de estos modos, considerado en sí mismo como una descripción del pensamiento completo de una persona particular, sería a menudo poco más que una caricatura. No se trata de ubicar a científicos sociales individuales en uno u otro paradigma sino identificar y evaluar tendencias divergentes de pensamiento.

4.1 El paradigma instrumentalista

«La ley [es una] situación deseada proyectada al futuro»²³

El enfoque familiar a la cuestión del efecto legislativo es el *instrumentalismo*. Este considera las normas como herramientas en manos de algún hacedor de políticas públicas, que está empeñado en realizar (o prevenir) algún tipo de cambio social. El clásico estudio de Aubert (1966) sobre la efectividad de la ley noruega sobre derechos de las amas de casa es uno de los primeros y todavía mejores estudios dentro de este paradigma, sensible a muchas de sus debilidades.

En el paradigma instrumentalista se concibe la relación entre una norma y sus efectos sociales como una sencilla relación causal.²⁴ Esta concepción

²² Compárese con la efectividad de las normas que prohíben fumar, en Kagan y Skolnik (1993).

²³ F. von Benda-Beckmann (1989: 129).

²⁴ «La cuestión básica que guía el enfoque instrumental es cuáles resultados sociales pueden ser atribuidos a la ley o a las reformas jurídicas» (Barth y Sarat 1998: 2). Compárese Bogart 2002: 114 y ss. sobre el instrumentalismo y sus críticas. La

(generalmente implícita) ha inhibido seriamente el desarrollo de una teoría de la legislación por diversas razones:

- a) En general, los instrumentalistas exhiben poco interés en las complejidades del supuesto mecanismo causal; por lo que no suelen formular la esencial y abrumadora pregunta siguiente: ¿Qué presupone la posibilidad de que una norma jurídica influya en la conducta?
- b) Debido a que el instrumentalismo es fundamentalmente el punto de vista de un creador de políticas, presta poca atención a todos aquellos efectos sociales posibles de la legislación que no aparecen directamente pertinente para su (presunta) intención (presunta).
- c) Las herramientas son hechas para funcionar, de modo que si la legislación es considerada como una herramienta es fácil asumir que generalmente produce los resultados deseados. El estado de la cuestión *normal* por lo tanto supone efectividad y los instrumentalistas han buscado primordialmente explicaciones para la situación *anormal* de ineffectividad.²⁵
- d) Por lo tanto se trata las normas como si fuesen descripciones de conducta real.²⁶

Quienes han considerado seriamente el asunto concluyeron hace tiempo que el instrumentalismo es un enfoque estéril para la legislación y que no puede guiar el desarrollo de una teoría significativa.²⁷ Años de investigación instrumentalista

concepción causal de la conexión entre una norma jurídica y la conducta es a veces denominada «determinismo» (véase F. von Benda-Beckmann 1989: 130, quien lo asocia con el *estructural-funcionalismo*). Las críticas de Benda-Beckmann a la concepción *determinista* son similares a las que planteo al *instrumentalismo*.

²⁵ Compárese la situación en la criminología, donde generalmente se consideraba que lo *anormal* requería explicación especial. Hirschi (1969) mostró que lo que requiere ser explicado es la conformidad.

²⁶ Tanto la tradición weberiana en Sociología del Derecho como el modo en que se enseña derecho de contratos en general (cf. Macaulay 1995), por ejemplo, asumen que la doctrina contractual describe comportamientos: los contratos jurídicamente válidos son abordados porque es esencial para la economía capitalista que su ejecución sea confiable, y la reacción *normal* a la violación de un contrato es en este sentido una demanda judicial para buscar asegurar el valor de la prestación prometida.

²⁷ Véase Griffiths (1978) para un análisis de la literatura de hace un cuarto de siglo. Cf. Woodman (1983), F. Benda-Beckmann (1989). Como observó Woodman respecto del amplio sondeo que realizó Allott (1980) sobre la efectividad del derecho desde el punto de vista instrumentalista: «Este libro probablemente representa el mayor logro posible de los estudios que asumen que los sistemas jurídicos están compuestos primordialmente de reglas imperativas hipotético- condicionales, creada cada una a través de un acto de voluntad de legisladores con un propósito claramente definido, y luego funcionan como una máquina más o menos eficiente para garantizar o no el cumplimiento de tal propósito. Pero sus inexactitudes lo vuelven útil como demostración *per reductionem ad absurdum* de ese tipo de estudio» (Woodman

sobre la efectividad han derivado solamente en las monótonas conclusiones de que las normas jurídicas, así consideradas, raramente producen los resultados buscados y que son por lo tanto aparentemente de poca importancia social.

Con la notable excepción de Black (1976), sin embargo, pocos han sido tan osados como para establecer tal conclusión en público. A falta de un mejor paradigma teórico para razonar sobre los efectos sociales de las normas jurídicas, la Sociología del Derecho dio la espalda a la legislación y dedicó su atención más bien a asuntos como el procesamiento de conflictos y la profesión legal. El resultado de todo esto es que la Sociología del Derecho tiene todavía que producir una teoría utilizable de la legislación.

El paradigma instrumentalista no solo ha mostrado ser estéril en la práctica, sino que la teoría jurídica y social que implica tampoco resiste análisis. Una norma jurídica es considerada bajo este paradigma como un mandato formulado por el legislador, dirigido a individuos que se presume que ajustan su conducta para que sea conforme con el mandato. De este modo el instrumentalismo se basa en ciertos presupuestos insostenibles sobre organización social, la vida social y el lugar donde se ubican las normas jurídicas e instituciones.²⁸ Los más importantes para nuestros propósitos son:²⁹

- a) El presupuesto del individualismo atomista. La sociedad se entiende como conformada por individuos unidos por la organización estatal y, esencialmente, por nada más. Una teoría de los efectos legislativos se preocupa del comportamiento de *actores racionales* individuales.
- b) El presupuesto del conocimiento jurídico perfecto. La organización estatal se entiende como una cadena de mando que transmite los mandatos del legislador en una forma uniforme y no distorsionada. Y el espacio social entre el Estado y el individuo es concebido como un vacío normativo a través del cual los mandatos del legislador pasan inmediatamente y sin transformación, por parte de normas sociales

1983:140). Más recientemente, autores identificados con el *nuevo institucionalismo* en la sociología de organizaciones han renovado el ataque hacia el instrumentalismo (siendo testigos de la tenacidad de un paradigma desfasado). Su crítica de la idea de la relación del derecho con el comportamiento organizacional, que muestra una relación de arriba hacia abajo y una lógica de órden y cumplimiento, es similar a la que planteo en este artículo. Véase e.g. Edelman (s.f.)

²⁸ Las objeciones filosóficas a tal concepción de las normas como mandato son bien conocidas (véase Hart 1961).

²⁹ La noción de *intención del legislador* ha sido también un escollo tremendo en la búsqueda de una teoría empírica a lo largo de las líneas instrumentalistas (véase e.g., Aubert 1966 y Pozen 1976 sobre la diferencia entre las intenciones públicamente proclamadas y las reales de los legisladores).

interventoras y estructuras, hacia el individuo. El instrumentalismo trata la interpretación jurídicamente correcta de la ley —la interpretación supuestamente contemplada por el legislador— como un mandato que alcanza al individuo e influye en su comportamiento.

- c) El presupuesto del monismo jurídico. Se asume que el Estado tiene un efectivo monopolio sobre la regulación de la interacción que (excepto en algunas situaciones extremadamente anormales como la mafia) excluye otras fuentes de regulación como importantes influencias en la conducta.³⁰ La tradición instrumentalista en estudio se fija no en fuentes competitivas de regulación sino en el autointerés recalcitrante o carácter “anormal” del individuo como el principal sospechoso en caso de no cumplimiento.
- d) El presupuesto de la autonomía legislativa. Se trata al legislador como si fuese externo e independiente al contexto social en el cual las normas jurídicas son efectivas. La idea del derecho como instrumento de cambio social presupone esta suerte de autonomía legislativa arquimediana.³¹

¿Qué falta en esta visión peculiar? Prestar atención al verdadero estado social de la cuestión. Lo que se encuentra, en cambio, es una cantidad de preconceitos ideológicos sobre cómo una sociedad debe ser organizada haciéndose pasar como una descripción de cómo está realmente organizada.³²

Algunos objetarán el esbozo del instrumentalismo realizado, reclamando que se trata de un fantoche, que «ya nadie cree tal sinsentido». Es difícil refutar tal afirmación citando algún capítulo y verso, precisamente porque el instrumentalismo, en tanto práctica dominante entre los hacedores de políticas e investigadores socio-jurídicos (especialmente quienes realizan investigaciones dirigidas a los oídos de los hacedores de políticas), casi nunca se explicita. La

³⁰ Esta idea yace en el corazón de la teoría liberal sobre el Estado y el derecho, la cual nunca ha sido capaz de lidiar satisfactoriamente con el fenómeno de grupos autónomos dentro del Estado. La solidaridad de los grupos se reduce a relaciones contractuales voluntarias y el grupo mismo a una criatura de derecho privado; alternatively, los grupos son vistos como criaturas de derecho público, derivado del Estado, el cual lo autoriza y regula. Considerando que la teoría liberal de este modo no deja espacio para limitaciones sociales no voluntarias en la libertad conductual de los individuos distintas a las impuestas por el Estado, el actual poder regulador de los grupos resulta considerado atávico y merecedor de ser erradicado (el enfoque Jacobino y Soviético) o manejado por medio de ficciones como el consentimiento implícito, autorización implícita, etc. (el enfoque de la teoría jurídica).

³¹ «Denme una palanca y moveré al mundo».

³² Compárese J. Scout (1998).

mayoría de sus adherentes parecen ignorar los peculiares presupuestos sobre derecho y sociedad de su aparato intelectual habitual y rechazaría indignadamente cualquier intento por atribuírselas. Un nuevo enfoque debe superar la mano muerta de presunciones inarticuladas que de hecho dominan la práctica legislativa pública y la investigación de la ciencia social pero que, al explicitarse, nadie en su sano juicio quiere defender. La función esencial del argumento *fantoche* es permitir a quienes lo invocan recaer en su sueño dogmático, para continuar refiriendo el modo en que la legislación supuestamente tiene efectos sociales tan obvios y por lo tanto no merecedores de razonamientos serios.

4.2 El paradigma del funcionamiento social

Se puede brindar la clave para un análisis adecuado del efecto legislativo bajo la forma de cuatro proposiciones que son simplemente las opuestas a los presupuestos básicos del paradigma instrumentalista:

- a) El presupuesto del carácter fundamentalmente social del hombre. Tanto la gente que junta compone una sociedad y todas las actividades individuales y colectivas son «sociales de extremo a extremo».³³ Las oposiciones entre los *individuos* y la *sociedad*, entre *preferencias* individuales y normas sociales, entre *autocontrol* y control social, son falsas oposiciones. Las normas jurídicas están dirigidas a seres sociales que actúan en contextos sociales específicos, no a *actores racionales* asociales que buscan *maximizar sus preferencias*.³⁴
- b) El presupuesto del carácter socialmente contingente del conocimiento jurídico. La comunicación de la información jurídica es siempre problemática. En primer lugar, la organización social interna del Estado en la práctica no parece una cadena de mando. El mensaje sobre el derecho que otros órganos del Estado (burocracias, cortes, policía) transmiten generalmente no es el mismo —y a menudo es muy diferente— que el mensaje que emerge del proceso legislativo. Este mensaje limitado y distorsionado a menudo no alcanza a los actores relevantes directamente sino que es transmitido por varios intermediarios que tienen limitadas capacidades y recursos y generalmente también tienen sus propios intereses personales (abogados, organizaciones profesionales, grupos de interés, sindicatos, líderes políticos, la prensa, etc.). El proceso de transmisión es, en otras palabras, un proceso de *transformación* en el cual el mensaje se simplifica, se distorsiona y

³³ La expresión es tomada de Norbert Elias a través de Kapteyn (1980:22).

³⁴ Compárese Sunstein 1996. Debido a que los enfoques de las *decisiones racionales* del comportamiento social humano (e.g. Coleman 1990) generalmente descuidan la naturaleza esencialmente social del fenómeno del cumplimiento de normas, tienen un valor limitado para nuestros propósitos (cf. Griffiths 1995b).

enriquece con todo tipo de información adicional (e.g., referentes a diversos riesgos y costos relacionados con cumplirlo o no cumplirlo).³⁵ El mensaje sobre el derecho que finalmente llega a la atención de un actor —si algún mensaje llega— es por tanto rara vez el mismo que el legislador tuvo la *intención* de transmitir. El proceso socialmente mediatizado de interpretación de una norma que uno ha aprendido agrega todavía otra ocasión para la transformación antes de que la norma tenga una oportunidad de ser cumplida.

- c) El presupuesto del pluralismo jurídico. El Estado no es sino una de muchas fuentes de regulación. Para un individuo comprometido en la interacción social, las expectativas conductuales del Estado son frecuentemente menos conocidas, menos claras, y en cualquier caso menos presionantes que aquellas otras fuentes de regulación que están más cerca de la escena.
- d) El presupuesto de la inseparabilidad de la legislación de la vida social. La legislación en un Estado moderno es un proceso altamente diferenciado: ocurre en un modo especial y es ampliamente delegado a especialistas. Pero definitivamente no es un proceso social autónomo: la gente que se compromete en él son participantes de la vida social en general y, más importante aún, el proceso mismo es sólo una forma de interacción social entre muchos y en un constante estado de interacción mutua con todo el resto. El contenido de la legislación es esencialmente determinado por los mismos factores que afectan todas las demás formas de acción social. La legislación es una parte integral de procesos de orden, conservación, y cambio en la sociedad; no es una fuerza distinta y autónoma actuando en aquellos.³⁶

³⁵ Cf. Galanter (1981).

³⁶ Éste podría ser un punto en el que las peculiaridades del sistema político estadounidense (y el lugar dominante de los académicos de ese país en el estudio científico social del derecho) han sido un estorbo para el desarrollo de una teoría realista de la legislación. La noción común según la cual los legisladores en un país europeo como los Países Bajos son sólo *gente ordinaria* que interactúa sobre una base diaria con otra *gente ordinaria* priva a la noción de autonomía legislativa arquimediana de cualquier verosimilitud empírica.

Incluso observándola desde una perspectiva jurídica, la idea de autonomía legislativa parece distante de la realidad. La legislación es un producto de una específica cultura jurídica y una específica historia jurídica. Se desarrolla en un proceso de recíproca influencia con interpretaciones y aplicaciones de la ley judiciales y administrativas, desarrollo jurídico supranacional, etc. El concepto de *legislador* se reduce a un complejo proceso histórico en el cual muchos actores y factores están involucrados a un simple acto inmediato.

Es decir, la influencia de la legislación en la conducta sólo puede entenderse en términos de organización social. Una adecuada teoría de la legislación debe estar basada no en un modelo ideológico, sino en un modelo realista de la situación social y los procesos sociales en cuestión.³⁷ En pocas palabras: *Una teoría de la legislación debe ser una teoría sociológica.*

Los contornos de un enfoque sociológico a los efectos de la legislación surgen a partir de la discusión precedente. La pregunta instrumentalista —¿cuándo una norma legislada dada causa los efectos propuestos?— ya no es paradigmática. En cambio, lo interesante es qué diferencia hace el derecho en una situación concreta de elección conductual. Es decir, la pregunta no debe ser «¿obedecen los individuos?», sino «¿qué hace la gente?», o «¿qué sucede exactamente cuando este factor se agrega o sustrae de la ecuación social?». En otras palabras, la atención se dirige al funcionamiento social del derecho.

Observar la legislación en términos de su funcionamiento social la enfoca no de arriba hacia abajo, como en el caso del instrumentalismo, sino de abajo hacia arriba. Centra la atención en el *taller* de la vida social: esa situación social concreta donde ocurren la acción social y la interacción que son materia de regulación. Si tomamos en cuenta esta situación concreta, en toda su múltiple variedad y su realidad compleja y práctica, la cuestión de la *efectividad* aparece en una nueva y más compleja forma: ¿Cuánta importancia podemos suponer que cierta norma jurídica tiene para las actividades de los actores cuya conducta nos interesa? ¿Ellos la conocen y cómo la interpretan? ¿Tiene el sistema de control al que la norma pertenece alguna jurisdicción práctica sobre la situación? ¿Cómo encaja la norma, tal como la conocen los actores locales, en el espectro general de consideraciones —exigencias prácticas y las demandas de normas competitivas— que deben tomar en cuenta?

En la teoría del funcionamiento social del derecho *el lugar central es ocupado por el taller de la vida social, no por la intención del legislador.*

³⁷ Un buen ejemplo de cómo la característica perspectiva deductiva de los legisladores y hacedores de políticas públicas puede llevarlos a concebir la situación social en el taller en un modo que es radicalmente equivocado, se encuentra en la investigación de Noewenstein (2003) sobre el funcionamiento social de la ley francesa sobre donación de órganos. Dicha ley presume el consentimiento de la donación ante ausencia de manifestación contraria por parte del donante y no reconoce ninguna facultad a la familia para invalidar el consentimiento (presunto) del paciente. Sin embargo, la realidad social de la práctica de cuidados intensivos —donde pueden encontrarse a los mayores donantes potenciales— es de involucramiento intenso de la familia, siendo el paciente mismo un *muerto cerebral*. Los médicos de cuidados intensivos están lo más cerca de la familia del difunto y simplemente prefieren no extraer órganos si la familia se opone. La mala lectura individualista del legislador francés de una situación social que no está organizada de dicha manera es responsable de que la ley sea inefectiva.

4.3 Objeción final al instrumentalismo: su imposibilidad teórica

El instrumentalismo, como hemos visto, toma como punto de partida la intención del legislador, la cual está generalmente centrada en los efectos indirectos: el objetivo político esencial que se supone que una norma debe lograr. Pero lo que los investigadores instrumentalistas hacen en la práctica es limitarse al estudio de los efectos directos. Simplemente asumen (a menudo sin argumento) que los efectos intencionales indirectos son producidos por los efectos directos. Incluso Aubert (1966) sólo estudió la medida en que el comportamiento de las amas de casa y demás trabajadores del hogar estaba influenciado por la ley noruega sobre personal doméstico. Pero desde el punto de vista del legislador, tales efectos directos son intrínsecamente poco interesantes. Una jornada máxima de trabajo, las vacaciones y cosas por el estilo sólo interesan realmente en función de la salud, felicidad, y demás de quienes se benefician de ellos. En pocas palabras, la investigación instrumentalista usualmente no atina a la pregunta central: ¿Funciona esta herramienta?

El fracaso en la práctica del proyecto instrumentalista no es una mera consecuencia de dificultades de orden metodológico y práctico para llevar a cabo la investigación. Es un fracaso teórico. Como esfuerzo teórico, el instrumentalismo es incoherente porque una teoría sobre la relación entre las normas y sus efectos indirectos es inconcebible. La razón para esto es muy simple.³⁸ Ninguna teoría podría tratar en términos generales los efectos indirectos de la legislación ya que lo único que éstos tienen en común es que presuponen efectos directos: el cumplimiento de normas. La relación (si es que existe alguna) entre los efectos directos (tal como mantenerse a la derecha) y posibles efectos indirectos (tal como una tasa de accidentes más baja) es diferente para cada materia diferente de regulación y no es un asunto jurídico o sociológico sino de alguna mezcla de psicología, ingeniería, economía, física, química y así sucesivamente. De este

³⁸ Digo esto a posteriori. Tomé la fulminante crítica de Donald Black a una versión anterior del argumento para despertar de mi sueño teórico: «No creo que los efectos del derecho caigan en la jurisdicción de la sociología del derecho [...] Creo que cada campo de la sociología debería estar definido por el rango de variación que busca ordenar, i.e., su conjunto de variables dependientes [...] Nuestro [su] esfuerzo por incluir los efectos del derecho en la sociología del derecho requiere [de su parte] asumir responsabilidad sobre todo aquello en que el derecho tiene un efecto y sobre todo lo demás que podría haber tenido efectos en los mismos elementos de la conducta humana [tales como religión, política, recreación, etc.]. Esto expandiría rápidamente su materia de estudios de modo que parecería ser inmanejable [...] Por estas razones, no me aventuraría a comentar su trabajo. Consideraría el probable efecto de algo que yo pudiese mencionar como un caso de garúa en el océano» (Carta del 14 de febrero de 1996; compárese Black 1993).

Como queda clara a partir del texto, considero la objeción de Black como reveladora sólo en tanto concierne a los efectos indirectos de la ley.

modo el proyecto instrumentalista requiere dos tipos de teoría: una teoría del cumplimiento de normas y un número ilimitado de *teorías políticas* que vinculen los efectos directos a los efectos indirectos para cada posible materia de legislación: una teoría para la relación entre la bebida y el manejo seguro, otra para la relación entre los acuerdos sobre tenencia y el uso sostenible de la tierra agrícola o recursos pesqueros,³⁹ otra para la relación entre el requisito de reportar la eutanasia y la efectividad del control de la sociedad sobre tales decisiones,⁴⁰ incluso otra para la relación entre la forma legal y el funcionamiento de las empresas estatales,⁴¹ etc., *ad infinitum*. Debido a que ninguna teoría general de los efectos indirectos es posible, no sorprende que la tradición instrumentalista nunca haya producido una.

Por otro lado, una teoría general de los efectos directos —del cumplimiento de normas— sí parece concebible. El presupuesto que subyace al enfoque del funcionamiento social es que los elementos fundamentales del cumplimiento de normas son los mismos para todos los diferentes tipos de normas y para normas referentes a todo tipo de materias. Es de los elementos fundamentales del cumplimiento de normas que la teoría se ocupa.

5. La organización social del taller

En la sección 4 hemos visto que necesitamos empezar a estudiar los efectos de la legislación en el taller de la vida social. Por lo tanto, la primera pregunta que la teoría del funcionamiento social debe abordar es: ¿Cómo se ve —en términos teóricos generales— la organización social del taller?

5.1 Los Espacios Sociales Semi Autónomos

La organización social del taller puede describirse y analizarse mejor en términos del concepto de *espacio social semi autónomo* (ESSA). Por ello, el desarrollo de una teoría sociológica de la legislación comienza con el *descubrimiento* que hizo Moore (1973) de los ESSA.

El artículo de Moore es la culminación de una tradición *pluralista jurídica* larga en la Sociología del Derecho que resalta la primacía del *derecho popular* o *folk law* y el *ordenamiento social indígena* sobre la legislación y el ordenamiento formal como influencias sobre el comportamiento social. Summer (1906) proclamó que es imposible cambiar las *formas populares*, o *folk ways*, con el derecho. Ehrlich (1913) sostuvo que el *derecho vivo* o *living law* —el que realmente regula la conducta— son las «normas de conducta» que constituyen el «orden interno» de las «asociaciones sociales» que crean la sociedad, y que tales normas de

³⁹ Cfr. McKay y Acheson (1987), Ellickson (1991), Van Ginkel (1989), McEvoy (1986).

⁴⁰ Cfr. Griffiths, Bood y Weyers (1998).

⁴¹ Cfr. Pozen (1976).

comportamiento son diferentes a las «normas para decisión» que los abogados usan para comunicarse, y a las que se refieren como «el derecho». Fuller (1969) describió el derecho como un «lenguaje de interacción», enfatizando así el modo en que el derecho provee la estructura y el vocabulario que la gente usa en la vida diaria para ordenar y ajustar su interacción. El derecho, sostuvo, es mucho más que un instrumento de regulación o una institución para procesar disputas; estas funciones del derecho son secundarias, no primarias. Y el «lenguaje de interacción» es en primer lugar un lenguaje nativo: la comunidad *lingüística* primaria es la sociedad misma.⁴²

Aunque realmente tuvo planteamientos que impactaron, esta anterior tradición pluralista jurídica en la Sociología del Derecho nunca condujo a una teoría coherente de la legislación. Summer, cuya preocupación por la legislación es más próxima a la mía, no ofrece ninguna explicación de la organización social sobre cómo surgen y se mantienen las *formas populares* sino que simplemente niega en términos generales la capacidad del derecho para cambiarlos: es decir no analiza cómo funcionan o no las normas jurídicas. Ehrlich (1936), cuyo tratamiento de la organización social del derecho no estatal es más útil para mis propósitos,⁴³ está esencialmente interesado más en una teoría prescriptiva del razonamiento jurídico que en una teoría descriptiva y explicatoria de los efectos sociales de la legislación. El énfasis de Fuller en el uso del derecho en la interacción diaria sin problemas remarca, como hago yo aquí, el funcionamiento social del derecho más que la ingeniería social a través del derecho, pero no aborda lo que sucede cuando una norma jurídica difiere de las normas indígenas de la interacción diaria.

Moore hace recoger una serie de ideas bien conocidas aunque difusas en esta tradición pluralista y las fusiona en un concepto sencillo claramente definido y adecuado para describir y analizar el funcionamiento social de las normas jurídicas. Su concepto de ESSA centra la atención en el contexto social en el que cualquier norma jurídica debe funcionar, enfatiza la heterogeneidad de tal contexto, e indica en términos duros qué aspectos de ese contexto son importantes para el funcionamiento de las normas jurídicas y porqué.

Moore define un ESSA en lo que denomina términos «funcionales»: un ESSA genera y mantiene normas conductuales. El criterio decisivo que distingue un mero montón de individuos de un grupo en el sentido sociológico —un ESSA— es que este último tiene miembros y (hasta cierto punto) regula su comportamiento.

⁴² Compárese Galanter (1981) para una metáfora similar con el lenguaje. Este autor extrae lecciones para el análisis del funcionamiento social del derecho a partir de la relación entre el lenguaje hablado y el escrito. Por mi parte, tomo otra lección a partir de la relación entre un dialecto y el lenguaje nacional. La metáfora de Fuller, interpretada de este modo, atrae la atención hacia la complejidad y ambigüedad de la relación.

⁴³ Cfr. Griffiths (1986a). El concepto de Ehrlich de una *asociación social* es similar a los ESSA de Moore, aunque enfocado con menor claridad.

Algunos ESSA son lo que Moore denomina «grupos corporativos», que poseen la capacidad para manejar recursos colectivos, emprender acción grupal, y continuar asuntos externos. No obstante, esto no es predicable sobre la mayoría de los ESSA, incluyendo la industria del vestido en Nueva York, que constituye uno de sus ejemplos.⁴⁴ Sin embargo, tal espacio social más amorfo genera normas de comportamiento y las hace cumplir, y de ese modo ordena sus asuntos internos y externos.

Si concebimos el control social como la «empresa de someter la conducta humana al gobierno de las normas», el ESSA es el lugar fundamental de control social. Es el contexto social en el que la socialización ocurre: donde se aprende qué normas se cumplen, cómo y cuándo.⁴⁵ Es donde una norma de comportamiento existe: por ello al preguntar «¿a quién corresponde esta norma?» la respuesta siempre se referirá a algún ESSA. Es el lugar donde las normas emergen y se elaboran, donde son usadas y si es necesario donde se hacen cumplir. Así, en adición al Estado, los ESSA tales como un grupo de prácticas de médicos, una sala de hospital, una villa, un grupo de vecinos, una unidad de trabajo en una fábrica, un negocio u otra organización, los ocupantes de un edificio de departamentos, una rama de la industria, una institución educativa, una prisión u otra *institución total*, un grupo étnico, religioso o inmigrante, y así sucesivamente, todos regulan las interacciones de sus miembros, aunque en alcances variados.⁴⁶

Como lugar de la actividad regulatoria, un ESSA es sólo parcialmente autónomo. Puede regular sus asuntos internos hasta cierto punto —mantener sus propias reglas y resistir (más precisamente, como veremos: regular) la penetración de normas externas competidoras— pero sus miembros son también miembros de muchos otros espacios sociales y como tales expuestos a muchas otras fuentes de regulación. De este modo, bajo condiciones normales, el Estado —uno de los más prominentes y para muchos propósitos el más inclusivo de los ESSA en una sociedad moderna—⁴⁷ sustancialmente constriñe la autonomía regulatoria de otros

⁴⁴ Compárese Macaulay (1963) en la comunidad empresarial.

⁴⁵ Cfr. Schwartz (1954).

⁴⁶ Para una concepción similar del grupo social como lugar social fundamental del *derecho* (en el sentido inclusivo para el que se usa *control social* en este artículo) véase Honoré (1987). Para ejemplos de ESSA mencionados en el texto véase E. Abel (1981), Anspach (1993), Griffiths (1984c), Collier (1976), Edelman. (2002), Ellickson (1991), Elster (1989), Freidson (1975), Goffman (1961), Greenhouse (1982), Grönfors (1986), Homans (1951), Macaulay (1963), Massel (1968), Moore (1973), Schwartz (1954), J.C. Scout (1998), Strijbosch (1985), Sudnow (1976), Sykes (1958), Todd (1978), Yngvesson (1976).

⁴⁷ En estricto, el concepto *Estado* no se refiere a uno sino a todo un complejo de ESSA: instituciones legislativas, administrativas y judiciales (y sus unidades constituyentes, tales como una oficina administrativa particular o una corte particular) y los varios espacios socio-políticos que yacen en sus periferias. La reificación del *Estado* (y el *sistema jurídico* o *ley*) —común entre abogados y casi igualmente entre científicos

ESSA. La autonomía del Estado es por supuesto también limitada por otros ESSA como podrá notar el lector de noticias políticas en los diarios.⁴⁸

En sociedades de cualquier tamaño pueden identificarse una vasta cantidad de ESSA, variando desde grupos corporativos formales y formidables —e incluso multinacionales— tales como la Iglesia Católica, hasta lugares de regulación efímeros y débiles como (concebiblemente) un grupo de pasajeros en un crucero.

A pesar de toda esta variación, sin embargo, lo único que es esencial si se va a considerar un montón de gente como un ESSA es que exhiba algún grado de regulación autónoma de la conducta de sus miembros. Los compañeros de viaje de mi colega Klijn en un *compartimiento de trabajo* de un tren probablemente no constituyen usualmente un grupo con normas propias en ningún sentido significativo. Similarmente, las categorías amplias y amorfas de personas, tales como fumadores y no fumadores,⁴⁹ hombres y mujeres, blancos y negros, ricos y pobres, y así sucesivamente, no son usualmente ESSA (sin embargo, bajo circunstancias especiales, pueden formarse grupos en base a tales características).

En todo entorno social más complejo que el de Robinson Crusoe, la gente es miembro de todo tipo de ESSA, grandes y pequeños, más o menos autónomos, más o menos exclusivos o sobrepuestos, todos ellos continuamente haciendo cumplir (en tanto sus limitadas capacidades lo permiten) sus expectativas de conducta. Se deduce que, nuevamente a excepción de Robinson Crusoe, los seres humanos son típicamente sometidos a miles de demandas normativas sobre su conducta. El gráfico 1 representa el modelo de organización social que supone el concepto de un ESSA.

Dependiendo de los propósitos y el punto de vista del observador, una variedad y número esencialmente indeterminado de ESSA, en todo tipo de relaciones interpersonales y de sociedades más grandes, pueden identificarse en la mayoría de ordenamientos sociales. Intentar contar los ESSA en un ordenamiento dado sería un ejercicio infructuoso, pero ello no implica que el concepto en sí mismo sea indefinido. Debido a la definición de Moore, es en principio siempre posible contestar la pregunta de si para propósitos definidos cualquier grupo de gente tiene suficiente capacidad regulatoria como para ser considerado un ESSA. El concepto de ESSA (o *grupo*) no difiere en este sentido de otros conceptos tales como *estructura* o *norma*. Como en cualquier concepto descriptivo, la prueba de este pudín está en comérselo. El concepto de *Espacio Social Semi Autónomo* se ha

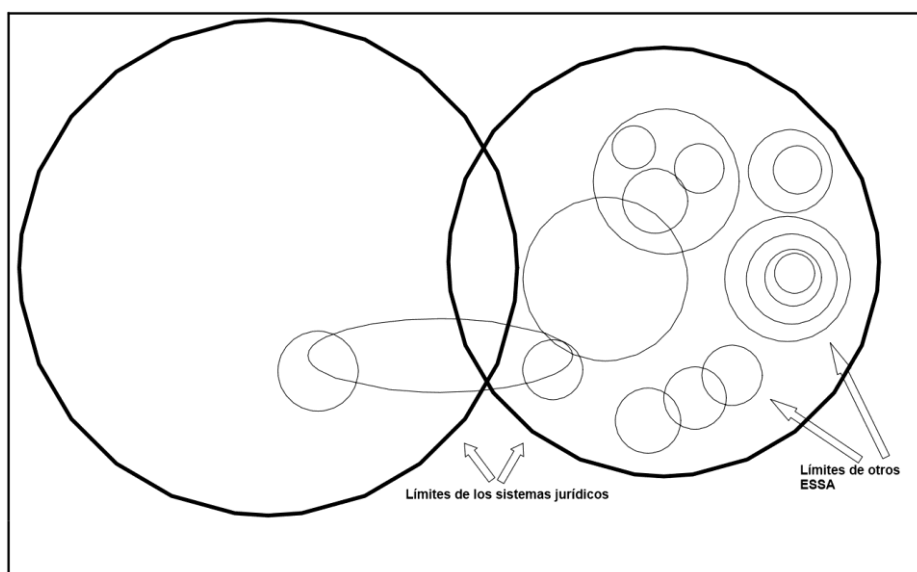
sociales— sugiere un estado de la cuestión mucho más simple y claro que el que realmente se consigue, y es un obstáculo importante para el desarrollo de una teoría referente al derecho y la organización social en sociedades complejas.

⁴⁸ En países como Irlanda e Italia, para dar un ejemplo obvio, la Iglesia Católica fija límites a la autonomía del Estado respecto de varios asuntos *morales*.

⁴⁹ Cfr. Kagan y Skolnick (1993).

probado a sí mismo, de hecho, en investigaciones empíricas sobre regulación social por escritores muy diversos tales como Ellickson (1991: «grupo de entramado cerrado»),⁵⁰ Edelman (s.f.: «espacio sociojurídico»), y Homans (1951: «grupo»). La ventaja del concepto de ESSA sobre la mayoría de las otras formulaciones de la misma idea es que enfatiza el (continuamente variable) factor autonomía.

Gráfico 1
Modelo de organización social concebido en términos de los ESSA



Los ESSA a menudo restringen la imposición de instituciones y derecho *externos* sobre las relaciones internas.⁵¹ Algunos ESSA dominan tanto el flujo de información, que ingresa hacia sus miembros y la que sale respecto de las actividades de sus miembros, que faltan los primeros prerequisites para el control externo. Otros proveen alternativas tan atractivas al derecho externo que sus miembros no tienen razón para invocarlo, o generan tanta presión contra la invocación del derecho externo que sus miembros, dependientes como son de las continuas relaciones que tales ESSA controlan, desearios —según una frase de

⁵⁰ «Grupo de entramado cerrado» difiere de ESSA en que, tal como Ellickson emplea el término, parece contemplar una variable no continua (grupos que pueden ser o no de entramado cerrado). No parece haber nada en su enfoque, sin embargo, que lo comprometa a tal posición.

⁵¹ Cfr. Moore (1973), Collier (1976).

Moore— de «mantenerse en el juego y prosperar» (1973:729), no pueden tomar el riesgo de desobedecer abiertamente las expectativas locales.⁵²

Regular la conducta en el taller con derecho externo implica una intervención exitosa en relaciones e interacciones que pueden ser de gran importancia para los participantes y a menudo ya están reguladas localmente. El Estado es a menudo incapaz de generar tanta fuerza reguladora como otros ESSA que están más cerca de la escena. Desde el punto de vista del actor en el taller, las expectativas de conducta de uno o más ESSA locales son a menudo mucho más inmediatas y obligatorias que las del Estado. La situación de una mujer que es potencial beneficiaria de un programa de acción afirmativa en el centro de trabajo es típica. Ella está intermitentemente expuesta a las expectativas de conducta de la legislación emancipadora, pero también y en una base diaria a las de sus colegas en el centro de trabajo mismo, de sus quehaceres del hogar y su familia, de sus amigas feministas (por ejemplo, en el *café de mujeres*, donde frecuenta), de su sindicato, de su iglesia, y así sucesivamente. Uno u otro de éstos podría persuadirla de no postular a un puesto, que de haber postulado, podría —quizá gracias al programa de acción afirmativa— haber obtenido. Así los propósitos de una fuente de regulación pueden ser frustrados por las expectativas contrapuestas de otras.⁵³ En pocas palabras: el penetrante pluralismo normativo característico de la vida social es uno de los principales factores responsables del hecho de que la legislación a menudo no produzca los resultados deseados.

La autonomía regulatoria de un ESSA —el grado en el que, en un contexto de competencia de normas, puede hacer que sus normas prevalezcan— varía ampliamente. Algunos, como ilustra la historia de los esfuerzos de la Unión Soviética para rehacer la sociedad de acuerdo a un plan uniforme, consiguen resistir al poder totalitario del Estado por períodos largos,⁵⁴ mientras otros —un grupo de vecinos en una ciudad moderna quienes diseñan sus propias reglas sobre donde puede la gente estacionar sus autos— deben su efímera autonomía ampliamente al hecho de que a nadie más en particular le importa. Schwartz (1954) resalta algunos rasgos del taller que contribuyen a su autonomía regulatoria

⁵² Compárese Macaulay (1963).

⁵³ Este ejemplo proviene de la investigación de Oden referente al funcionamiento social de las medidas de acciones afirmativas holandesas en relación al nombramiento de directores de escuelas primarias (Oden 1993). Compárese E. Abel (1981).

⁵⁴ La resistencia al derecho *externo* (Kidder 1979) puede extenderse por muchos años. Un ordenamiento jurídico preparado para invertir en ejecuciones vigorosas y proactivas puede temporalmente conseguir una buena medida de conformidad externa, de modo que la apariencia del cambio social es conseguida. Cuando la presión decae, sin embargo, se vuelve claro que las viejas normas de comportamiento están todavía muy vivas. En años recientes, las noticias de Europa occidental han confirmado regularmente esta posibilidad (e.g. en relación al racismo y antisemitismo). Véase también Massell (1968).

asegurando que los miembros del grupo sean informados de forma precisa y rápida sobre la conducta de cada uno y estén en condiciones de reaccionar ante ésta de manera favorable o desfavorable. Autores tan diversos como Schwartz, Moore (1973), Ellickson (1991) y Homans (1951) resaltan el punto en el cual los miembros de un ESSA dependen de las relaciones que éste regula para acceder a recursos que son importantes para ellos y para los que no tienen otra fuente. En suma, mientras más se aproxime un ESSA a la situación de un *grupo primario* (regular y con contacto *cara a cara*), mayor será la igualdad entre sus miembros, y mientras más dependientes sean ellos los unos de los otros para recursos vitales, su control social interno será lo más exclusivo y obligatorio. Estos factores explican, por ejemplo, el hecho muy conocido de que la unidad de producción económica — desde la fábrica hasta el departamento de una universidad— es generalmente un duro y muy autónomo ESSA, capaz de resistir no sólo el derecho estatal sino también regulación externa de tipo gerencial.⁵⁵ Similarmente, el alto nivel de autonomía de los ESSA en el sector médico —sociedades de especialistas, salas de hospital, asociaciones de profesionales generales y especializadas— suele ser responsable por la relativa incapacidad de todo tipo de normas externas para asegurar una efectiva penetración al taller médico.⁵⁶

5.2 Las normas primarias y secundarias de los ESSA: el caso de la eutanasia

Hasta este punto he seguido a Moore en lo que respecta a los ESSA como las fuentes de normas primarias de conducta y de la capacidad de control social requerida para hacerlas cumplir y para resistir la aplicación local de normas de conflicto de otros ESSA. Moore no resalta el corolario necesario, de que las normas secundarias⁵⁷ —normas sobre normas— también tienen su espacio social fundamental en los ESSA. Algunas de estas normas secundarias se refieren a asuntos internos de un ESSA, abordando preguntas sobre cómo determinar qué son las normas primarias, y cómo aplicarlas y cambiarlas; en términos sociológicos, son estas normas las que mantienen un control social diferenciado en grupos que lo tienen. Otras, normas secundarias orientadas externamente, se refieren a las relaciones propias entre los ESSA y otros espacios sociales, en particular el Estado y su derecho. Podríamos denominar a estas últimas normas secundarias como normas de *soberanía* y de *elección de normas*, determinando respectivamente qué tipo de asuntos regulatorios pertenecen exclusivamente a la competencia del grupo mismo y qué norma es aplicable cuando más de un ESSA tiene una norma aplicable para un caso dado.⁵⁸ No son sus normas primarias como tales sino las

⁵⁵ Véase Homans (1951).

⁵⁶ Véase e.g. Freidson (1975), Sudnow (1976), Anspach (1993).

⁵⁷ Véase Hart (1961).

⁵⁸ La *legitimidad* de una regla externa depende de las normas de soberanía prevalecientes en el taller en cuestión. La legitimidad puede ser definida como el punto hasta el cual «la comunicación sobre la existencia del derecho... puede cambiar la evaluación moral... de un punto específico de conducta» (Galanter 1981: 12). Cuando una norma

normas secundarias de otros ESSA los que influyen el funcionamiento social de las normas jurídicas en el taller de la vida social.⁵⁹

Para ilustrar la complejidad de la situación normativa que las normas jurídicas a menudo encuentran en el taller,⁶⁰ permítaseme emplear el ejemplo de la regulación social de la eutanasia en los Países Bajos (véase el cuadro siguiente para conocer los puntos básicos de la legislación).

Normas jurídicas sobre la eutanasia⁶¹ en los Países Bajos

La eutanasia está prohibida explícitamente por el Código Penal, pero desde mediados de la década de 1980 los tribunales han reconocido una defensa justificatoria si la realiza un médico, lo solicita explícitamente el paciente, y el sufrimiento de éste es «insostenible y sin esperanza». En el 2002, se modificó el Código Penal para reflejar la legalización llevada a cabo por las cortes.

Se requiere que el médico cumpla con ciertas «normas de práctica diligente», de las cuales la más importante es la consulta con un segundo médico independiente.

El médico que realiza la eutanasia debe reportarla a las autoridades responsables (hasta 1998, al Ministerio Público; y desde entonces a uno de los Comités Regionales de Evaluación).

jurídica es considerada por las normas de soberanía de un ESSA como una razón aceptable para la conducta requerida, la norma es *legítima* en tanto se refiere al ESSA, aunque sus normas de elección de normas no puedan asegurar el cumplimiento de la norma local.

⁵⁹ El análisis de Ellickson (1991) sobre la variedad de tipos de normas primarias y secundarias en un «grupo de entramado cerrado» es muy similar al planteado en esta oportunidad. Compárese también Honoré (1987). Verkruyten *et al.* (1994) reportan un estudio socio-psicológico de las «normas para romper normas formales» (actitudes compartidas de las circunstancias en las cuales se considera justificado evadir impuestos o cruzar una luz roja). Mientras que desde el punto de vista que estamos desarrollando aquí parece probable que las normas sociales descansen detrás de las actitudes expresadas, los autores (a pesar de la promesa del título de su artículo) no exploran la posibilidad.

⁶⁰ «Encuentro» quizá sugiere que la regulación por otros ESSA siempre antecede la regulación *jurídica* externa de la conducta del taller. Ese no es el caso por supuesto. El derecho estatal puede de diversas formas conducir al surgimiento de regulación de nivel local, e incluso al surgimiento de nuevos ESSA que participen en la regulación. La relación entre el Estado y otros ESSA, y sus respectivas actividades regulatorias, es — en una perspectiva histórica— dinámica e interactiva (cfr. Collier 1976). Esta capa adicional de complejidad cronológica no es importante para mi argumento presente, el que puede ser expresado más simplemente en términos anacrónicos.

⁶¹ Por cuestiones de simplicidad, no distingo la eutanasia propiamente dicha (matar a una persona a su solicitud) de la asistencia en el suicidio. Para muchos efectos la distinción no es importante en el derecho holandés.

Fuente: Weyers 2001

La legislación puede a veces tratar con situaciones que son están de otro modo completamente desreguladas y puede por lo tanto ser útilmente analizada como un esfuerzo para influir en *actores racionales* que persiguen sus propios intereses individuales, aunque es difícil pensar en un ejemplo convincente. Pero en la mayoría de casos tal perspectiva es engañosa (a menos que se defina *interés propio* tan ampliamente que cubra cada motivo concebible para la conducta, en cuyo caso el enfoque del *actor racional* se vuelve tautológico). Parece claro de cualquier modo que ningún análisis de los problemas regulatorios alrededor de la práctica de la eutanasia por parte de los médicos llegará muy lejos a menos que tome en cuenta que su conducta es predominantemente moral, esto es, requerida por las normas sociales de los contextos sociales específicos dentro de los que la práctica médica ocurre. Los médicos hacen lo que hacen en gran medida porque han aprendido a seguir todo tipo de normas sociales, en particular aquellas de su profesión (y de los ESSA más locales dentro de ella, incluso del nivel de una sala de hospital). Ni siquiera los críticos más virulentos de la actual práctica holandesa de la eutanasia han argumentado que el *interés propio* de los médicos es una parte seria del fenómeno.

Veamos más de cerca las normas en el taller que los médicos cumplen en vinculación con la eutanasia.

a) Normas primarias de conducta

Las normas en los centros médicos pueden requerir que los doctores se comporten de manera distinta a la requerida por las normas jurídicas. Parece haber, por ejemplo, una norma médica que requiere aliviar el sufrimiento de aquellos que uno tiene bajo su cuidado. Ésta es probablemente esumiblemente una versión profesionalizada de la norma social que requiere benevolencia, con un contenido más específico y un carácter más imperativo.⁶²

⁶² La situación normativa es realmente mucho más complicada que ésta debido a que la norma que requiere benevolencia entra en conflicto en cierto punto con otras normas que requieren respeto por la autonomía del paciente y el salvataje de la vida humana. Todas estas normas existen en formas legales, profesionales y de moral general, aunque con diferencias de importancia relativa: la norma que requiere respeto por la autonomía, por ejemplo, ha sido —al menos hasta hace poco probablemente—, al igual que una norma profesional, de menor importancia que una norma jurídica y una norma social general. La importancia relativa adjunta a las varias normas también difiere de una cultura médica y jurídica a otra, la que podría explicar el hecho de que en los Países Bajos la eutanasia ha sido ampliamente mantenida por los médicos en términos de la norma que requiere aliviar el sufrimiento, mientras que en los Estados Unidos ha sido generalmente enfrentada por la profesión médica, y abogada por otros, en nombre de los derechos de los pacientes.

Muchos médicos holandeses interpretan esta norma en el sentido de que les exige acceder al deseo de los pacientes a la eutanasia en casos apropiados. De este modo, en los casos de eutanasia los médicos hacen lo que hacen en gran medida porque se consideran a sí mismos moralmente obligados a hacerlo.⁶³ El proceso de desarrollo legal que rodea la eutanasia en los Países Bajos comenzó cuando los médicos comenzaron a declarar públicamente que su lealtad primaria en tales casos era hacia sus obligaciones profesionales más que a la prohibición legal. Los requerimientos profesionales que ellos desarrollaron para regir su práctica *contra legem* fueron adoptadas más tarde por la jurisprudencia y últimamente por el legislador, y ahora forman parte de la base del derecho holandés sobre la eutanasia.⁶⁴

b) Normas secundarias internamente orientadas

Siguiendo a Hart (1961), sería interesante saber más sobre las normas secundarias que se obtienen en el taller médico: normas que identifican las normas primarias que obligan, normas de cambio, y normas que rigen la selección, interpretación y aplicación de las normas.⁶⁵ Por un lado, parece claro que no hay nada que se parezca a un sistema jurídico totalmente desarrollado que se pueda encontrar ahí, con medios institucionalizados de realizar estas funciones. Por otro lado, es igualmente claro que hay mucho más de este tipo de cosas en el taller

⁶³ El elemento de obligación moral es importante debido a que está bien establecido que los médicos holandeses realizan la eutanasia sólo con gran renuencia, y que un paciente que lo desea debe superar una resistencia considerable. Véase Griffiths, Bood, y Weyers (1998: 247), véase Chabot (2001) para información más reciente sobre este punto.

⁶⁴ Véase la sección 8 de este artículo sobre el rol de la profesión médica en el proceso del cambio jurídico.

⁶⁵ Creo que las categorías de Hart de normas secundarias requieren tres adiciones: normas de *elección de norma*, normas de *soberanía* (discutidas en el texto) y normas *constitucionales*. Respecto de las últimas, parece importante notar que los ESSA a menudo —probablemente siempre— tienen normas que limitan la autoridad regulatoria legítima del grupo. El efecto de tales normas constitucionales se siente inmediatamente cuando alguien trata de conseguir que un grupo aborde un asunto fuera del objeto de lo que se considera su *raison d'être* (por ejemplo, *asuntos políticos* tales como la Guerra de Vietnam en un encuentro de facultad, para invocar un ejemplo de mi propia experiencia). En el pasado, fumar se consideraba un tema que *no se debía abordar* en muchos foros (clubs, comités, etc.). Recuerdo un conflicto muy desagradable entre americanos y europeos precisamente sobre este asunto *constitucional* en una conferencia internacional a comienzos de la década de 1980. La regulación del estilo de vida personal cuando no está involucrado en actividades de grupo —algo que hasta muy recientemente muchos grupos se sentían con derecho de hacer— se considera ahora generalmente inaceptable. En resumen, no hay nada estático sobre el *derecho constitucional* de los ESSA.

médico que, por ejemplo, los ESSA en el sector económico que describen Moore (1973), y Macaulay (1963). Desde el nivel más alto (el nivel nacional) hasta el más bajo (el de una sala de hospital), los médicos están familiarizados, por ejemplo, con la creación explícita de nuevas normas. En el nivel de la sala de hospital, para usar un ejemplo de nuestra propia investigación, el pequeño equipo que trabaja en una unidad de cuidados intensivos puede acordar que cada vez que consideren abstenerse de realizar un tratamiento que prolongue la vida, se nombrará a un miembro del equipo para toda comunicación con la familia del paciente. En el nivel nacional, las asociaciones profesionales de psiquiatras, neonatólogos, médicos de casas de asistencia de ancianos, y otros, han emitido reportes sobre los criterios y procedimientos aplicables para varios tipos de comportamientos médicos que reducen la vida. Los protocolos locales sobre la materia son una característica común de las instituciones médicas holandesas. En pocas palabras, los ESSA médicos exhiben un rango de conducta *legislativa* diferenciada.

c) Normas secundarias externamente orientadas

La movilización de normas secundarias externamente orientadas es un rasgo común de baja visibilidad de la vida diaria. Lo que realmente ocurre puede ocultarse por las expresiones mundanas que lo acompañan. Ellickson, por ejemplo, informa sobre una norma de «elección de norma» entre los vecinos rurales de Shasta County, California, del modo siguiente: «Ser buenos vecinos significa no demandarse judicialmente». Ellickson interpreta esto como una norma que requiere la «resolución informal de disputas internas» (1991:251). Muchos de los movimientos comunes en una discusión moral son similarmente apelaciones explícitas a varias normas secundarias externamente orientadas que determinan cuándo el *derecho* es o no es pertinente para un asunto particular.

Los grupos profesionales, como muchos otros ESSA, tienen normas fuertes que regulan las circunstancias bajo las cuales la movilización de normas externas es (in)apropiada incluso si las normas profesionales son neutras o incluso negativas con respecto al comportamiento en cuestión. Esto explica porqué los errores médicos, por ejemplo, son raramente reportados por los profesionales médicos, a pesar de varios tipos de obligaciones formales de hacerlo.⁶⁶ Los médicos que

⁶⁶ Las regulaciones internas de hospitales y los contratos de trabajo, por ejemplo, a menudo requieren tales reportes. Compárese Freidson (1975) sobre la falta de voluntad de los médicos para denunciarse entre sí.

Un caso ilustrativo que implica a un psiquiatra que se suicidó después de que se hizo pública su suspensión de practicar en un hospital psiquiátrico, fue reportado por la prensa hace pocos años (Trouw, 1° de febrero de 1996). Después de que un colega llevó la «seriamente perturbada relación terapéutica» del psiquiatra con un paciente a la consideración de las autoridades del hospital, estos últimos buscaron la asistencia de la Inspectoría Médica. Cuando la Inspectoría confirmó el juicio de las autoridades del hospital, se suspendió al psiquiatra el caso se hizo de conocimiento de toda la profesión

consideran personalmente que la eutanasia es impermisible y que es adecuado que esté prohibida penalmente pueden sin embargo considerar que es inapropiado profesionalmente reportar a un colega. De hecho, muy pocos casos de eutanasia o conductas vinculadas han sido alguna vez reportados por un médico distinto al directamente vinculado.

Las normas de *soberanía* profesional pueden —en la perspectiva de los profesionales en cuestión— asignar poder legítimo para regular asuntos particulares exclusivamente para la profesión misma. La reacción de los médicos a los esfuerzos del Estado holandés para regular la práctica de la eutanasia es profundamente influenciada por la convicción histórica sobre la profesión médica holandesa de que es la ética profesional, no el derecho, la que rige las relaciones entre el médico y los pacientes.⁶⁷ Hasta hace poco, el derecho simplemente no se

psiquiátrica. Después del suicidio, las autoridades del hospital fueron criticadas severamente por diversos psiquiatras por no haber manejado el caso en un modo apropiado, «a puerta cerrada»; culpando del suicidio a las acciones «indiscretas» de las autoridades del hospital.

El comportamiento sexual inapropiado entre profesores y alumnos, y entre sacerdotes y fieles (adultos y menores), es actualmente un asunto de preocupación pública en Holanda y en muchos otros lugares. El control efectivo sobre este tipo de conducta es particularmente difícil por la norma de que el escándalo potencial sea manejado de manera privada e interna. En este caso las autoridades legales parecen estar dispuestas a romper la autonomía de los ESSA como las escuelas e iglesias, y hasta donde podemos apreciar están teniendo éxito en ello.

⁶⁷ La posición que muchos médicos holandeses asumieron rápidamente en el desarrollo de la ley de eutanasia —que las decisiones sobre la eutanasia pertenecen a la relación médico-paciente, un dominio moral que el Estado no tiene porqué tratar de regular— era a menudo dirigida en términos remanentes de la posición que tomó virtualmente toda la profesión médica holandesa durante la lucha más dramática de soberanía de su existencia: su resistencia colectiva a los esfuerzos de las autoridades alemanas de ocupación para asegurar un control efectivo de la relación médico-paciente durante la Segunda Guerra Mundial. En varias ocasiones, anticipando esfuerzos que buscaban enviar la profesión a control político, la organización de la resistencia de los médicos fue capaz de realizar acciones contrarias altamente exitosas. En una de tales acciones, más de 6200 médicos (más del 95% de todos los médicos holandeses en ese momento) renunciaron a sus licencias para practicar la medicina como un medio para frustrar un esfuerzo particularmente amenazador por controlarlos; de ese modo fueron capaces de forzar a los alemanes a asumir un compromiso. Lo que estaba en el meollo de la resistencia de los médicos no era oposición a la ocupación alemana como tal, sino a una objeción profesional específica al control político de la relación médico-paciente. El tiempo y nuevamente la organización de resistencia de los médicos resaltaron que la relación entre el médico y el paciente es de confianza y confidencialidad y que los esfuerzos por controlarla (e.g., en conexión con enfermedades venéreas) o violar su confidencialidad (e.g., requiriendo reportes de heridas de bala o de pacientes judíos) eran intolerables. Sobre la resistencia de los médicos véase Vries (1949: capítulo 5), Jong (1974, 1975, 1976).

veía como competente con relación a la toma de decisiones médicas relacionadas con el fin de la vida.⁶⁸ En los debates sobre el proyecto para legalizar la eutanasia, recientemente aprobado por el parlamento belga, un representante de la profesión médica se opuso a la legalización porque implicaría regulación legal de una práctica que los médicos belgas realizaban sin interferencia de las autoridades estatales y que por lo tanto estaba sujeta sólo a la ética profesional.⁶⁹

5.3 La aplicación interna del derecho externo

La norma de elección de normas de un ESSA puede determinar que una norma externa sea aplicable en ciertas circunstancias. En tal caso, la aplicación de la norma externa puede ocurrir a través de los mecanismos normales de ejecución del ESSA mismo.

Hasta hace poco, el rol de los ESSA en lo referente a la efectividad de las normas jurídicas era mayormente visto en términos negativos: la autorregulación de los ESSA era considerada un obstáculo que la legislación debía superar para ser efectiva. Este ha sido el mensaje de un punto importante de investigación sobre la efectividad de la legislación, tanto por antropólogos en entornos rurales del tercer mundo, cuanto por sociólogos en entornos occidentales.⁷⁰ Pero como Moore observa, sería erróneo asumir que la relación entre la ley estatal y la autorregulación local es siempre o simplemente de resistencia de ésta a la efectividad de aquella, puesto que:

[L]os varios procesos que hacen efectivas a normas internamente generadas son a menudo también las fuerzas inmediatas que dictan el modo de obediencia o desobediencia a las normas generadas por el Estado. (Moore 1973: 721)

El supuesto de que la legislación generalmente sería efectiva si no fuera por la resistencia que encuentra en los ESSA erróneamente atribuye una efectividad social innata a la legislación. Soslaya el hecho al que Moore llama la atención, de

La misma norma de soberanía parece haber sido una base importante para la frustración sistemática por parte de los médicos holandeses de la prohibición legal del aborto en el período anterior a la reforma de la ley del aborto. Véase Outshoorn (1986: 115-123).

⁶⁸ Tales normas de *soberanía* a menudo se expresan en términos de una esfera de *privacidad* dentro de la cual el Estado no debería ingresar. En el estudio de Aubert (1966) sobre la efectividad de la legislación Noruega respecto de los derechos del personal doméstico, por ejemplo, las normas sociales excluían el derecho laboral externo de la escena doméstica.

⁶⁹ Véase Adams (2001: 46).

⁷⁰ Véanse varias de las referencias en la nota 46.

que en muchos casos la legislación es inefectiva no debido a la resistencia local sino simplemente por carencia de respaldo local activo.⁷¹

Hay muchos ejemplos sorprendentes de aplicación de derecho externo por el control social de los ESSA. La extraordinaria efectividad en años recientes de varias medidas contra el cigarrillo a pesar de una ausencia casi total de aplicación legal, es un buen ejemplo de este fenómeno.⁷² La labor de aplicación fue asumida por el control social local, el cual ha probado una alta efectividad. Tal control de nivel local se evidencia a sí mismo, principalmente, como en la anécdota con la cual comenzó este artículo, en una movilización ampliamente implícita de un tipo que no ha atraído mucha atención por parte de los sociólogos del derecho, tales como: «¿Podría trasladarse a la sección de fumadores?» o «¿Podríamos hacer un receso en la reunión para poder fumar?».

¿Cuándo podemos esperar que las normas secundarias externamente orientadas de un ESSA brinden el respaldo de control social local a la imposición del derecho externo? Al menos una parte importante de la respuesta está sugerida por el ejemplo de las medidas contra el cigarrillo. Los ESSA, que legítimamente⁷³ se ocupan de dichos asuntos, tales como la comunidad general incluyendo tanto a fumadores como a no fumadores, carecen en gran medida de normas internas secundarias que constituyan una función legislativa diferenciada; por lo tanto pasan un momento difícil adecuando sus normas conductuales a circunstancias cambiantes. Sus miembros pueden de ese modo frustrarse y confundirse por mucho tiempo respecto de las demandas conductuales que pueden imponerse legítimamente entre sí. Cada no fumador ha experimentado esta situación en años pasados: en reuniones, encuentros sociales, ascensores, etc. En tal caso, un ESSA

⁷¹ Compárese Taale y Griffiths (1995) sobre la legislación de protección de bosques ecuatorianos. En una irónica inversión de la clásica imagen de la inefectividad debido a la resistencia de fuertes ESSA locales, en la situación amazónica el Estado tiene poca capacidad de imposición de sus propias normas y buscó obtener el respaldo de ESSA locales. Parecía improbable que esta estrategia tuviese éxito porque, como es típico en situaciones límite (cfr. Doyle 1978), los ESSA locales eran tan débiles que probablemente no serían capaces de aplicar la regulación forestal incluso si estuvieran dispuestos a hacerlo.

Grupos similarmente situados pueden exhibir considerables diferencias en su capacidad para aplicar normas externas. Howitz (1990: 234-236) argumenta que la efectividad considerable en la comunidad homosexual de medidas legales para prevenir la difusión del VIH y la baja efectividad de las mismas medidas entre consumidores de drogas es un resultado de la fuerte organización social de aquellos y la débil organización social de éstos.

⁷² Véase Kagan y Skolnick (1993). Compárense los ejemplos de la norma en los paraderos de bus en Londres y las ordenanzas «limpie lo que su perro ensucia» de la ciudad de Nueva York, descritas en la nota 74.

⁷³ Véanse las notas 58 y 65 sobre las normas de *soberanía* y las *constitucionales* que limitan la autoridad *legítima*.

como el Estado, que tiene capacidad para una legislación diferenciada, puede, a través de la adopción de una norma clara sobre el asunto, clarificar la situación normativa. La norma externa tiene por lo tanto una buena posibilidad de ser adoptada para propósitos internos y por consiguiente regular efectivamente la conducta incluso en ausencia de aplicación externa.⁷⁴

Por supuesto, es esencial en tales casos que la norma externa sea adaptada a la situación normativa interna del ESSA en cuestión. En contraste con las restricciones al cigarrillo —sostenidas, según Kagan y Skolnick (1993), por la norma social general, ampliamente aceptada en los Estados Unidos, contra la exposición de otras personas a riesgos de salud— las restricciones al alcohol y otras drogas raramente parecen tener éxito en asegurar el respaldo activo del control social informal. Similarmente, a partir de cada cosa que conocemos sobre los espacios sociales que componen el sistema holandés de cuidado de la salud, parece claro que una simple prohibición de la eutanasia sería rechazada por las normas secundarias externamente orientadas de la profesión médica y de ese modo no disfrutaría ningún respaldo del control social local. Sin tal respaldo, una prohibición legal externa puede ser un símbolo atractivo,⁷⁵ pero no tendrá mayor efecto sobre el comportamiento.⁷⁶

⁷⁴ Compárese la alegada efectividad en Nueva York de una ordenanza local que requiere a los propietarios de los perros que limpien lo que ensucian sus animales. En los 70, cuando vivía en Nueva York, la ausencia de normas claras permitía un reino del terror por parte de los dueños de perros (cuando una vez le reproché al dueño de dos perros gigantes, que ensuciaban uno de los pocos espacios con césped cerca de nuestro departamento donde los niños podían jugar —mientras había un sitio para perros a menos de 100 metros de distancia— recibí la siguiente respuesta, cuyo tono era tan agresivo como su contenido: “¡Maldito homosexual comunista! ¡Lárgate a Rusia de donde viniste!”). Se dice que la ordenanza llevó a un cambio radical en el balance moral del poder entre los dueños de los perros y los otros (véase F. Kotterer, “¡Ooooh, shit!” *Her Parool*, 14 de septiembre de 1996).

Hace pocos años, el sistema de transportes de Londres, anunció la derogación del requisito legal de formar colas en los paraderos de buses, que se consideraba que había caído en desuso, sin que nadie recordara «la última vez que haya realizado una investigación fiscal por no haber respetado la cola». El sistema de transportes de Londres, no espera conseguir ningún efecto en la conducta disciplinada de los usuarios locales del servicio de autobús: «todavía somos una sociedad con muy buenos modales». Será interesante seguir el rastro de este experimento en control social para ver si el control social informal de hecho ya no necesita especificación externa de la norma de conducta (véase *International Herald Tribune*, 31 de diciembre de 1994/1 de enero de 1995). Compárese Reisman (1999) sobre las normas no jurídicas que rigen las colas.

⁷⁵ Sobre los efectos *simbólicos* véase la nota 15.

⁷⁶ Compárese Ellickson (1991: 258-264) sobre la carencia de respaldo en universidades para normas sobre el copiado de materiales para el uso en los salones de clases.

La postura que un ESSA asume hacia una norma externa no es de ningún modo estática. El contenido de las normas secundarias externamente orientadas del grupo puede estar sometido a la dinámica política interna del grupo. Como Macaulay (1963) resalta en el contexto de la conducta contractual de firmas manufactureras, un ESSA a menudo no es internamente homogéneo en sus relaciones con el mundo que lo rodea: subgrupos diferentes persiguen diferentes intereses y algunos de ellos pueden tener razones *internas* (tales como su relación de poder con otros subgrupos) para respaldar el uso de normas *externas* e instituciones. El estudio de Collier (1976) sobre cambio jurídico en Zinacantan, una localidad india en México, ilustra en detalle la naturaleza dinámica de la relación entre normas jurídicas externas y las políticas internas de un ESSA: la resistencia y la aceptación al derecho estatal son estrategias alternativas en las luchas internas por el poder entre diferentes generaciones de líderes políticos en una comunidad local.

En resumen, la efectividad de las normas externas para lograr una conducta de cumplimiento de normas en el taller a menudo requiere respaldo local. El respaldo local puede o no llegar prontamente. Asegurarlo puede requerir establecer algo menos o diferente de lo que el legislador externo hubiera preferido. La *norma ideal* que al legislador le gustaría ver implementada no es siempre la norma que producirá efectos en la práctica. La elección entre la corrección política y la efectividad puede ser a veces dolorosa, especialmente cuando la norma ideal incorpora ideales importantes como la igualdad, el respecto a la vida, y el Estado de Derecho. Pero la alternativa a establecer menos de lo que se hubiera querido a menudo puede ser que se logre menos de lo que habría sido posible.

5.4 La organización social del taller y el funcionamiento social de la legislación

No todos los motivos para cumplir o incumplir una norma jurídica se originan en el taller. La acción de conducir ebrio es indudablemente disuadida hasta cierto punto por el riesgo de herirse a uno mismo y a los pasajeros de uno, el riesgo de ser capturado por la policía, el riesgo de responsabilidad civil, etc. Similarmente, muy aparte de las normas del taller del tipo que hemos estado considerando, el momento y el riesgo involucrado en reportar un caso de eutanasia indudablemente disuade a algunos médicos de hacerlo o, cuando lo hacen, de reportarla como tal. Consideremos un ejemplo algo diferente. Le pareció a nuestro investigador de campo que una reverencia altamente personal por la naturaleza induce a algunos granjeros de la Amazonía ecuatoriana a no talar árboles donde otros lo han hecho. Y así sucesivamente. Pero características meramente individuales y motivos personales no son de gran importancia para el éxito general de una norma jurídica en producir una conducta de cumplimiento de norma. Además, incluso un factor *individual* tal como la sensibilidad al riesgo a las sanciones es profundamente influenciado por si los ESSA locales adhieren algún estigma social a una persona sobre la que se han aplicado sanciones oficiales; y un elemento social similar estará presente en otras razones *personales* para cumplir una norma. En resumen, la

mayoría de factores pertinentes para el funcionamiento social del derecho se origina en, o son formados por, el taller.

Nos hemos ocupado en esta sección de varios tipos de normas locales y cómo se vinculan al momento y modo en que las normas jurídicas externas se cumplen en el taller. En la siguiente sección consideraremos el proceso de movilización del derecho y examinaremos como los ESSA y sus normas dominan cada aspecto del proceso. Si el argumento se muestra exitoso, la afirmación de que una teoría de la legislación debe ser una teoría sociológica habrá sido confirmada.

6. La movilización de normas jurídicas en el taller

Hasta este punto, hemos considerado (en la sección 4) la idea del funcionamiento social como una alternativa al instrumentalismo y hemos dado un vistazo (en la sección 5) de modo general al lugar donde el funcionamiento social ocurre: el taller. Hemos descrito la organización social del taller en términos de espacios sociales semi-autónomos (ESSA). Hemos prestado especial atención a la complejidad de la situación regulatoria en el taller y en particular a las normas secundarias internamente —y externamente— orientadas de los ESSA que regulan cómo los actores hacen cosas con las muchas normas primarias disponibles para ellos. Es momento ahora de fijarnos más específicamente en cómo y cuándo, en tal contexto, una norma jurídica se convierte en algo más que marcas negras sobre el papel porque alguien la *usa*.

La *movilización* se refiere en el sentido más general a *hacer algo con la norma*, esto es, el cumplimiento de la norma en uno de los varios modos en que se puede hacer. En el contexto de la teoría del funcionamiento social, la movilización es por lo tanto un concepto mucho más comprensivo que en la idea de la *movilización del derecho*, donde se refiere al proceso por el cual una institución jurídica se hace de un caso.⁷⁷ La movilización en ese sentido limitado —refiriéndose a un tipo de norma y a un tipo de uso— es un caso especial de movilización en el sentido general que se quiere aquí.

El ejemplo de la eutanasia puede servir para ilustrar algo de la variedad de modos en que se puede movilizar una ley. Los pacientes movilizan las normas jurídicas vinculadas a la eutanasia cuando preguntan a su médico si en principio estaría dispuesto a realizarla, más agudamente cuando de manera específica le solicitan que lo haga. Los médicos lo hacen cuando aplican las normas jurídicas, tal como las conocen, a su propio comportamiento, ya sea accediendo o negando un pedido, o escogiendo una u otra de las alternativas menos problemáticas. La norma jurídica aplicable puede también ser movilizada por todo tipo de actores alrededor (otros médicos, otros pacientes, enfermeras, familiares, etc.). El

⁷⁷ Véase Black (1973) y Blankenburg (1980, 1995).

Ministerio Público y la Inspectoría Médica movilizan las normas respondiendo a los reportes (usualmente hechos por el médico en cuestión) de los casos de eutanasia (también como asuntos auxiliares tales como la negación de un médico que no está dispuesto a realizar eutanasia para cooperar en transferir a un paciente a un médico que sí esté dispuesto). Pero las normas pueden también ser movilizadas en conexión con asuntos distintos a casos individuales de conducta médica, por ejemplo en conexión con la política local de un hospital. En ese caso, pueden ser movilizadas en conexión con la preparación de normas locales de eutanasia, en conexión con asuntos relacionados tales como protocolos sobre cuidado paliativo y tratamientos para prolongar la vida de los enfermos terminales, en conexión con los contratos laborales o seguros de responsabilidad, y así sucesivamente.

Todo esto se aplica, *mutatis mutandis*, a la movilización de las varias normas primarias no *jurídicas* disponibles para el uso en el taller —normas profesionales por ejemplo—. Y es aplicable también a la movilización de normas secundarias que regulan la movilización de normas primarias.

6.1 Movilización simple y compleja

Los *efectos directos* de una norma consisten en toda la movilización que la norma genera, tanto cuando la gente la cumple en su propia conducta y cuando la aplican a la conducta de otros. Debido a que la movilización es, en efecto, sólo otro modo referirse a los efectos directos, puede como ellos ser *primaria* o *secundaria*. En la anécdota contada al inicio de este artículo, los compañeros de viaje de Klijn participan en la movilización de la norma que prohíbe conversar en un compartimiento de trabajo cuando, viendo la señal pertinente, se abstienen de conversar. Cuando Klijn tiene que llamar la atención de sus compañeros de viaje hacia la señal para asegurar su cumplimiento, o incluso para amenazar con invocar a la autoridad de un conductor, él participa en una *movilización secundaria*. Hasta ahí, todo es familiar.

La movilización secundaria puede, sin embargo, ser mucho más compleja que las dos opciones de aplicación disponibles para Klijn en la anécdota. Puede ocurrir en propio lugar, como cuando Klijn llama la atención de sus compañeros de viaje hacia la señal. Pero la movilización secundaria puede también ocurrir ajena a la situación concreta donde está en cuestión la conformidad de la conducta con la norma. Podemos llamar a esta común y muy importante posibilidad *movilización secundaria compleja*. La diferencia entre movilización simple y compleja es indudablemente demasiado burda como para abarcar la diversidad de usos secundarios de normas. La razón para hacerla aquí es llamar la atención sobre la variedad de procesos de movilización y la variedad de lugares donde la movilización puede ocurrir —algo a lo que se debe ser sensible al estudiar los efectos sociales de las normas—.

La movilización secundaria compleja se refiere a la conducta de un actor que moviliza una norma (externa) que permita la intervención en los acuerdos para el cumplimiento de normas en el taller. Tal intervención puede tomar la forma de crear una norma local que implemente a otra *jurídica* (quizá adaptando esta última a condiciones locales); o puede tomar la forma de especificar alguna norma social más general para las circunstancias del taller;⁷⁸ o de cambios en los procedimientos operativos tales que la conformidad con la norma externa ocurra sin que los actores locales tengan que cumplirla del todo. Por ejemplo, la administración de una universidad puede implementar una norma que prohíba la discriminación en la contratación especificando más la idea de discriminación prohibida para el contexto académico y establecer un proceso de nombramientos que incluya tanto normas locales de acción afirmativa (por ejemplo, requerir que los candidatos calificados de grupos subrepresentados sean invitados a las entrevistas) como algunos rasgos que implementen el derecho sin requerir el cumplimiento de la norma (por ejemplo, alteraciones en el texto estándar para anuncios de personal). Si su comportamiento se estructura efectivamente por dicho procedimiento local de nombramientos, los responsables de realizar los nombramientos universitarios se ajustarán a los requerimientos de la norma jurídica externa sin cumplirla ellos mismos, y hasta cierto punto sin cumplir ninguna norma del todo.

La movilización simple —en el propio lugar, en el taller— es fundamental. La movilización compleja misma, después de todo, ocurre en el taller, aunque en uno diferente: el taller donde el actor secundario moviliza tanto la norma primaria de conducta y varias normas secundarias que rigen su uso. La movilización *ahí* es movilización primaria y secundaria simple. En la sección 6.2.1 analizo sistemáticamente la movilización simple. En la sección 6.3.1 realizo algunas observaciones un poco más tentativas sobre la poco estudiada situación de la movilización compleja.

6.2 Movilización simple

El proceso de movilización generalmente comienza (y generalmente termina) en un escenario —el taller— cuya organización social, como hemos visto, está constituida por los ESSA. Debido a su control directo de la interacción y las relaciones en el taller, éstos son fundamentalmente responsables de regular el proceso de movilización, por lo tanto de determinar ampliamente las ocasiones en las cuales las normas jurídicas se movilizan y las consecuencias que se derivan de tal movilización.

⁷⁸ Un internado al que asistí hace casi medio siglo tenía la siguiente norma, que se incluía en el folleto informativo entregado a los nuevos estudiantes: «tomar prestado sin permiso se considera robo».

La persona que moviliza una norma puede —como sabemos a partir de la anécdota de Klijn— ser uno de los actores cuya conducta está en cuestión, o un compañero miembro de un ESSA pertinente, o un especialista en control social interno o externo cuyo trabajo es asegurar conformidad con la norma respectiva. La mayor parte de la movilización de la mayoría de las normas ocurre en el curso de la (inter)acción diaria cuando los destinatarios primarios de la norma la aplican a su propia conducta, o la usan al explicar o justificar su conducta, o cuando otros invocan la norma para asegurar una conducta conforme o para justificar su reacción negativa a las desviaciones a la norma. La movilización de este tipo no es ni articulada como tal ni diferenciada claramente de otros aspectos de la (inter)acción respectiva. Es por lo tanto de muy baja visibilidad; la descripción empírica es rara y el análisis teórico es más bien primitivo.⁷⁹

6.2.1 Movilización secundaria proactiva y reactiva

Cuando los especialistas en control social —en el caso de las normas jurídicas: representantes del Estado— participan en la movilización secundaria de una norma jurídica, se puede hacer una distinción como hemos visto en la sección 3, entre la movilización *proactiva* y la *reactiva*, dependiendo de si la iniciativa de acción especializada proviene de los ellos mismos o de algún no especialista.

La movilización secundaria de una norma jurídica bajo la iniciativa de los especialistas en control social —movilización secundaria *proactiva*— es relativamente escasa. Hay varias razones para esto. En primer lugar, la movilización proactiva extensiva sería excesivamente costosa. En segundo lugar, la no autonomía del Estado a menudo establece límites en el grado de proactividad del control jurídico: una legislación *simbólica* que honra el efectivo poder de espacios sociales no estatales al no disponer un control proactivo del comportamiento de sus miembros es un resultado común.⁸⁰ Pero quizá con mayor importancia, como Galanter (1981) ha observado, la visión de una movilización proactiva integral —de aplicación del derecho uniforme y oficial— es muy poco atractiva: la vida social necesita la flexibilidad y especificidad de un ordenamiento privado para el que la movilización imperfecta deja espacio. La *privacidad* es —vista desde esta perspectiva— libertad ante el sometimiento al control social proactivo, la libertad para romper (algunas) normas en tanto se es discreto al respecto. El punto hasta el cual el Estado —es decir, los ESSA del

⁷⁹ Algunos primeros pasos se toman en Schwartz (1954, control social en comunidades agrícolas israelíes), Macaulay (1963, control social entre empresarios), Homans (1951, control social en el centro de trabajo), Todd (1978), Homans (1951), Griffiths (1984c), Ellickson (1991, control social en villas y comunidades similares). El análisis cuidadoso y detallado de Verkruijsen (1993) de los modos en que los pacientes invocan normas en sus relaciones con los médicos es limitado para el contexto de disputas (potenciales), pero es el tratamiento más sofisticado a la fecha tanto teórica como empíricamente.

⁸⁰ Véase e.g. Aubert (1966).

aparato de control del Estado— tolera o incluso apoya activamente una esfera privada de inmunidad ante el control proactivo —un espacio socialmente sancionado para la conducta desviada— es un factor de considerable importancia para el funcionamiento social del derecho.⁸¹

En la mayoría de casos no es un especialista sino un miembro cualquiera de la comunidad —uno de los actores en cuestión o un testigo— quien es responsable de llevar un caso a la atención de una institución jurídica. La mayor movilización secundaria es, de este modo, reactiva. La movilización secundaria del derecho en el caso de la práctica médica, por ejemplo, es casi totalmente reactiva. Los procedimientos disciplinarios médicos, responsabilidad civil y acusaciones penales casi siempre resultan de quejas de pacientes y sus familias. En contraste, la movilización proactiva por alguna autoridad responsable del mantenimiento de las normas aplicables a la práctica médica es escasa.⁸²

La iniciativa de una persona cualquiera que genera movilización secundaria reactiva es en sí misma un caso especial de movilización secundaria de no especialistas, la mayor parte de la cual ocurre en *casos sin problema* o en *casos problema* que son manejados sin la participación de especialistas. En la siguiente sección analizo los factores que cumplen algún rol en todos los procesos de movilización, tanto primaria como secundaria, realizadas por no especialistas (incluso la movilización por especialistas —quienes en esta situación son no especialistas— de las normas secundarias de los talleres de sus propios ESSA). En la sección 6.2.3 analizaré dos aspectos de la situación especial de movilización (usualmente reactiva) por parte de especialistas en aplicación.

6.2.2 El proceso de movilización

La movilización de una norma jurídica implica un proceso que Felstiner, Abel y Sarat (1981) denominan «nombrar, acusar, reclamar». Esta concepción del proceso de movilización es, sin embargo, demasiado estrecho para nuestros propósitos, debido a que asume que es siempre una «víctima» quien moviliza el derecho y que la «culpa» en algún otro actor es la ocasión para hacerlo. Pero como hemos visto anteriormente, se puede movilizar el derecho a través de un rango mucho más amplio de actores y en un rango más amplio de situaciones de lo que

⁸¹ Hay una gran variación en el grado de tolerancia que el Estado muestra hacia los ESSA. Algunos ESSA disfrutaban cierto nivel de tolerancia o incluso de respeto y mantienen una gran libertad para la autorregulación privada (e.g., el hogar, Aubert 1966; Black 1980), a veces en la forma de varias *inmunidades* en la doctrina jurídica misma (e.g., colegios, la profesión médica, iglesias establecidas); otros consiguen una indiferente e incluso hostil recepción de las manos del derecho (e.g., nuevas sectas religiosas). La explicación para estas diferencias (cfr. Black 1976) va más allá de los propósitos de este artículo.

⁸² Véase Verkruijsen (1993: 7, 10 n. 9).

presupone el paradigma de la *disputa* dentro del que se lleva a cabo el análisis de Felstiner, Abel y Sarat.

En todas sus variadas formas, la movilización presupone que se presenten ciertas condiciones:

a) Conocimiento de los hechos pertinentes

El actor que moviliza una norma debe estar informado sobre los hechos pertinentes para la aplicabilidad de la norma. Los movilizadores oficiales generalmente están poco informados sobre la conducta que se supone que deben regular (siendo ésta una de las principales razones, por supuesto, de que un sistema jurídico generalmente tenga que trabajar con la movilización reactiva). Pero los movilizadores comunes también afrontan el problema de lo que se podría llamar *inteligencia jurídica*. Así, la legislación sobre salarios iguales, por ejemplo, puede mantenerse en desuso porque los beneficiarios no saben que se les está pagando menos que otros por un trabajo equivalente.⁸³

En general, el punto en el que un movilizador potencial conoce los hechos depende tremendamente de la organización social del taller: mientras más se aproxime esto a la situación de un *grupo primario*, los participantes estarán mejor informados de la conducta de los otros.⁸⁴ Factores tales como el tamaño, la economía y la organización social, e incluso las relaciones espaciales⁸⁵ en una comunidad pueden ser de importancia crítica. La eutanasia en los Países Bajos, por ejemplo, ocurre en una cantidad de contextos sociales que difieren precisamente en el punto de acceso a la inteligencia jurídica.⁸⁶ Los médicos familiares justifican la mayor parte de la eutanasia que —cuando un médico familiar es responsable— ocurre en el hogar del paciente. Un médico familiar generalmente opera solo, y poca gente sabe con precisión lo que hace mientras trata a un enfermo terminal. Está en posición de mantener el conocimiento más crítico (e.g., la dosis de morfina que se administra) limitado a muy poca gente aparentemente confiable.⁸⁷ En los

⁸³ Véase Snell (1979).

⁸⁴ Véase Schwartz (1954), compárese Ellickson (1991).

⁸⁵ Véase Griffiths (1984c), compárese Jacobs (1961).

⁸⁶ Véase generalmente Griffiths, Bood, y Weyers (1998).

⁸⁷ Hay importantes variaciones en la organización social de la práctica familiar, las que se reflejan en diferencias en el grado de escrutinio mutuo. En Ámsterdam, por ejemplo, donde la eutanasia era (al menos en los primeros años) aparentemente de lo más frecuente y la organización social de la práctica médica alrededor de la eutanasia ya era relativamente apretada, la asociación médica y el gobierno holandés recientemente establecieron un servicio especial para asistir a los médicos en casos de eutanasia (véase Klijn 2002: 164-165); luego de una evaluación positiva, el programa ahora se está extendiendo a todo el país. Un efecto presumiblemente será un incremento en la inteligencia jurídica. El aumento en años recientes de prácticas conjuntas, centros de cuidados básicos de salud, y similares tendrán un efecto similar.

hospitales, por otro lado, la toma de decisión es a menudo un asunto de trabajo de equipo y mantenimiento de registro altamente organizado; el conocimiento de las circunstancias exactas de la muerte de un paciente está generalmente disponible para varios miembros del personal y otros.

Tal conocimiento, sin embargo, puede ser embarazoso cuando usarlo amenaza la solidaridad interna. El mismo hecho del trabajo en equipo, mientras se incrementa la disponibilidad del conocimiento entre los miembros del equipo, tenderá a disminuir su tendencia a divulgar lo que saben a autoridades externas, incluso si desaprueban lo que se hizo.⁸⁸ Uno puede conjeturar, por ejemplo, que en *kvutza* de Schwartz (1954) —cuya inteligencia jurídica era mucho mayor que la de *moshav*— la conducta *penal* interna era reportada con menor frecuencia a la policía israelí u otras autoridades externas.

Un modo común de tratar con un conocimiento inusual y con la vergüenza que pone en la solidaridad interna es usar la distinción entre conocimiento personal real y conocimiento público social: uno sólo *sabe* (socialmente) lo que ha aprendido de un modo formal, socialmente reconocido.⁸⁹ La siguiente anécdota que hace algunos años me contó un especialista médico que conocí ilustra el asunto:

El hospital donde mi informante trabajaba era estrictamente cristiano calvinista y en los ochenta su política oficial eliminó cualquier posibilidad de eutanasia. Sin embargo, había un internista en el hospital que por muchos años realizó eutanasia de hecho. Otros en el hospital estaban generalmente al tanto de esto y en casos apropiados le transferían pacientes. Pero oficialmente ninguno *sabía* nada sobre lo que él hacía. Su retiro ocasionó problemas internos considerables, debido a que significó la pérdida de una facilidad importante, pero sobre la que ninguno formalmente *sabía* nada y que por lo tanto no podía comentarse abiertamente.

En resumen, lo que uno sabe está ampliamente determinado por la organización social. Pero las normas del taller también determinan gran parte de lo que se sabe, uno *sabe* en el sentido que el conocimiento es socialmente pertinente y puede ser la base para la movilización de una norma.

b) Conocimiento de la norma pertinente

Lo siguiente que se requiere para que una norma se aplique a la conducta, es que los actores pertinentes (aquellos cuyo comportamiento en cuestión y otros que pueden estar en posición de movilizar la norma) sepan sobre su existencia y lo que ésta requiere.

⁸⁸ Véase, para la situación de la práctica médica, Freidson (1975), Sudnow (1976), Anspach (1993).

⁸⁹ Desafortunadamente, hasta donde he podido investigar, no existe buena literatura analítica sobre este fenómeno social tan conocido.

Los problemas del conocimiento jurídico comienzan con el legislador. Un legislador cuya estrategia depende de que la gente cumpla una norma jurídica, y que por tanto presupone que tienen conocimiento de ella, tendrá que formular sus normas en términos comprensibles para los actores involucrados o tendrá que asegurarse de que sean traducidas del lenguaje legislativo al ordinario.⁹⁰ Y tendrá que tomar previsiones para que la gente en el taller se fije en el texto (traducido). Pero nada de esto ocurre usualmente.

Cuando transmiten información jurídica más o menos directamente a los que están en el taller, los gobiernos rara vez hablan con una voz singular, aquella de la interpretación jurídicamente *correcta* de la ley. El conocimiento jurídico dentro del aparato estatal mismo —especialmente el conocimiento jurídico de lo que Lipsky (1980) denomina «burócratas de nivel callejero»— es a menudo problemático,⁹¹ e incluso cuando conocen las normas jurídicas pertinentes las autoridades no confrontan al público con estas tal como las formula el legislativo sino con expectativas de conducta formuladas en sus propios términos. Éstas pueden ser «interpretaciones» reconocibles de la norma legislativa o pueden ser creaciones locales sosteniendo una relación más bien distante a lo que el legislativo promulgó. Asimismo, diferentes organismos públicos tienen sus propias circunscripciones e intereses, que se reflejan en las diferentes versiones del derecho que comunican al mundo exterior. En resumen, los mensajes sobre el Estado que diversos burócratas transmiten al taller pueden ser inconsistentes entre sí, y versiones más o menos transformadas e incrustadas de lo que un abogado consideraría que es *la ley*. La observación de F. von Benda-Beckmann respecto de la transmisión del derecho estatal al nivel local en Indonesia es característica en este punto:

Los aldeanos se ven confrontados con versiones locales de las normas estatales, que a menudo no tienen nada que ver con la versión original. Su reacción a las demandas o decisiones de los burócratas depende de cómo interpretan la versión local y no la original [...]. (1989:135)

⁹⁰ Se ha observado frecuentemente (e.g. Aubert 1966) que el lenguaje usado en la legislación es una barrera sustancial para la comunicación con movilizadores no oficiales.

⁹¹ La descripción que hace Hawkins de las autoridades contra la polución del agua en Inglaterra encuentra ecos a través de la literatura: «El conocimiento de la norma relacionada al control de polución del agua, más allá de una concepción amplia de infracciones de polución... es considerada poco importante y reclamada sólo por un pequeño espacio minoritario de hombres, porque el trabajo se hace *por experiencia* y a *ojo de buen cubero*, no *por los libros*. En tanto saben qué tipo de actos o eventos pueden ser investigados, asumen que el negocio arcano del derecho debe ser dejado a un personal más experimentado» (Hawkins 1984: 42).

Además, la comunicación directa de información jurídica de parte de los funcionarios a los actores en el taller es escasa. El legislativo, a veces más o menos explícitamente —como en el caso del divorcio—, se vale de intermediarios especializados como los abogados para transmitir información jurídica. Pero la mayor parte de la transmisión de información jurídica ocurre presumiblemente a través de instituciones no especializadas como los medios de comunicación, el sistema educativo, asociaciones sociales, religiosas, laborales, profesionales y comerciales, y así sucesivamente. En el caso de directivas anticipadas (en las que un paciente capaz especifica qué tipo de tratamiento quiere en caso decaiga incapaz) nuestra investigación sugiere que la transmisión de la información jurídica pertinente por medio de especialistas legales es escasa. En los Países Bajos, los medios de comunicación, los doctores y otros actores médicos, y la Asociación por la Eutanasia Voluntaria (que distribuye un formulario preimpreso ampliamente utilizado) parecen ser los más importantes divulgadores de información sobre directivas anticipadas. En otros países, también, las sociedades por el *derecho a morir* son a menudo activas en esta área. En los Estados Unidos, algunas Organizaciones de Mantenimiento de la Salud ponen formularios a disposición de sus miembros y se requiere legalmente a los hospitales que informen a sus pacientes al ingresar, y en España la Conferencia de Obispos distribuye un formulario a través de su sitio web.⁹²

La precisión de lo que los intermediarios transmiten varía enormemente. Los mismos intermediarios tienen capacidades y recursos jurídicos limitados de modo que es probable que el conocimiento jurídico que poseen sea imperfecto. Además, frecuentemente tienen sus propios intereses (en el caso de los obispos españoles, por ejemplo, las directivas anticipadas se ven como una alternativa a la eutanasia, a la que los obispos se oponen firmemente). La *ley* que tales intermediarios informan a los actores puede ser más bien diferente de lo que ellos mismos *conocen*, considerando que ellos tienden a transmitir lo que consideran útil que su respectivo público sepa. Y los intermediarios profesionales como los abogados tienden a transmitir información jurídica en términos que se adecúan a las realidades de su situación práctica y de su propia «definición de la situación».⁹³

⁹² Véase Vezzoni y Griffiths (2001).

⁹³ La cantidad y la calidad de la información jurídica que los abogados transmiten ha sido el objeto de cierto estudio, del cual se puede concluir que lo que cuentan a sus clientes sobre el *derecho* algunas veces difiere significativamente de las normas jurídicas aplicables (véase e.g. Macaulay 1979, Griffiths 1986b). Macaulay muestra que los costos de información en el contexto de la economía de la práctica forense son factores importantes sobre este punto; esto es confirmado por nuestra investigación sobre el funcionamiento social de las directivas anticipadas: lo que los clientes holandeses oyen de sus abogados sobre la preparación de una directiva anticipada es a menudo jurídicamente incorrecto y por lo demás desinformado precisamente porque sería demasiado costoso para ellos adquirir un conocimiento preciso. Pero tanto

A menudo los ESSA controlan, en mayor o menor medida, el flujo de información jurídica en su área de interés para sus miembros. El (autonombrado) representante de un ESSA local puede mejorar su posición política sometiendo la información jurídica a la que tiene acceso privilegiado a una selección y manipulación previa antes de transmitirla. El resultado es la situación de un *malentendido sistemático* entre los representantes del sistema jurídico y los miembros de ESSA locales, un fenómeno bien conocido por los antropólogos del derecho.⁹⁴

Incluso si los actores disponen de información precisa en el taller, se mantiene la cuestión de si ellos son receptivos a ella.⁹⁵ La receptividad probablemente es baja cuando los requisitos de regulación externa difieren marcadamente de las expectativas normativas que prevalecen en el taller.⁹⁶ En pocas palabras, hacer llegar información al receptor pertinente en forma fácilmente asimilable no asegura que la absorberá suficientemente incluso hasta considerar usarla.

El resultado del proceso por el cual la información jurídica es transmitida y recibida es que la información jurídica disponible en el taller es a menudo escasa, vaga e imprecisa. Por razones que han sido ampliamente discutidas en la literatura, las organizaciones generalmente tienen menores costos de información y acceden a mejores fuentes de información, y están mejor equipadas para procesar y usar información jurídica que los individuos.⁹⁷ Es por lo tanto relativamente fácil para un legislador comunicarse con organizaciones. Por esta razón, conseguir el apoyo de organizaciones en la diseminación de información jurídica puede ser una estrategia más efectiva que tratar de lidiar directamente con los individuos. Tiene, sin embargo, sus costos: cuando uno solicita cooperación tiene que prestar atención a los deseos de la otra parte, un hecho que a menudo da a las grandes

Macaulay como Griffiths aclaran que tanto las normas profesionales y las expectativas de conducta de otros actores en los espacios sociales en los que los abogados son activos también influyen fuertemente en lo que les cuentan a sus clientes sobre *el derecho*. Compárese Edelman, Fuller y Mara-Drita (2001), y Edelman, Erlanger y Lande (1993), para descripciones empíricas del proceso de *gerencialización del derecho*: la transformación por parte de los jefes de personal de organizaciones grandes de conceptos jurídicos de derecho antidiscriminación en conceptos de *buen gerenciamiento*.

⁹⁴ Véase Bohannon (1965), Collier (1976).

⁹⁵ En la práctica, por supuesto, el orden cronológico puede ser de otro sentido, un actor sólo se entera de una norma jurídica cuando ya ve el asunto *jurídicamente* involucrado. Los dos requisitos juntos —conocer una norma y considerarla pertinente para una situación específica— han sido llamados a veces «tematización» (Blankenburg 1995), concibiéndose esto como el primer paso en el proceso de “movilización” de una institución jurídica.

⁹⁶ Véase e.g. Aubert (1966).

⁹⁷ Véase e.g. Macaulay (1979), Galanter (1974).

organizaciones la oportunidad de mencionar algo en el contenido de las normas jurídicas que transmiten a sus miembros. Una estrategia incluso más ambiciosa (pero igualmente todavía más costosa) es buscar una movilización compleja, en la que se estimule a los ESSA locales a adoptar regulaciones locales que implementen requisitos legales.

c) Conocimiento de las normas que regulan la eutanasia⁹⁸

La regulación de la eutanasia y otros comportamientos médicos que reducen la vida ilustra los problemas del conocimiento jurídico que hemos identificado. El nivel de conocimiento entre los médicos holandeses incluso de las normas más básicas concernientes a la eutanasia se mantuvo bajo por muchos años. Hilhorst concluyó a partir de su investigación pionera sobre la práctica de la eutanasia a comienzos de los ochenta, que la *eutanasia*, como concepto, prácticamente no cumplía ningún rol en la «definición de la situación» de los médicos: «la palabra eutanasia era y es un tabú en los hospitales». Las normas jurídicas pertinentes raramente se conocían y aplicaban.⁹⁹

A mediados de la década del ochenta, se vio la aceptación de la legitimación de la eutanasia por la Asociación Médica y, en los mismos años, por la Corte Suprema, el Ministerio Público y, de modo implícito, por el Gobierno y el Parlamento. A partir de ese punto, la información jurídica que se necesitaba comunicar a los médicos se volvió firmemente más técnica y detallada, especificando las condiciones precisas bajo las cuales la eutanasia es legal y los «requisitos de práctica diligente» que todo médico que la realiza debe seguir. La Asociación Médica (y en particular su revista semanal *Medisch Contact*), así como otras asociaciones de médicos y de enfermeros, comenzaron a generar una corriente de artículos, reportes, directrices, y cosas por el estilo. La cobertura que la prensa le ha dado también ha sido extensa y, en general, bastante precisa. No obstante, un investigador informa que los médicos son poco receptivos a la información jurídica que está disponible para ellos: raramente leen y aun hoy se mantienen pobremente informados.¹⁰⁰

⁹⁸ Para una descripción detallada de estas normas véase en general Griffiths, Bood y Weyers (1998).

⁹⁹ *Idem*, p. 57. Aunque cuando Hilhorst escribió la eutanasia estaba todavía prohibida y el conocimiento sobre cómo hacerla legalmente —al menos formalmente hablando— no era todavía pertinente, las normas que distinguían la *eutanasia* de otras prácticas médicas que conducían a la muerte del paciente (abstención y alivio del dolor) eran obviamente de gran importancia (legal). Estas, también, eran desconocidas por los médicos.

¹⁰⁰ Comunicación informal. Las discusiones con miembros de Comités Locales de Evaluación confirman esta opinión. La inhabilidad de los médicos para reproducir normas jurídicas con cierta precisión no descarta, por supuesto, modos más sutiles y difusos en los que el desborde de información pública en el tema puede influir la

Los médicos que trabajan en instituciones no tienen que conseguir la información pertinente directamente debido a que la mayoría de hospitales y asilos tienen políticas internas sobre el asunto.¹⁰¹ La capacidad de las instituciones médicas para recibir y transmitir información jurídica de este modo ha sido destacada. Hacia 1994 —diez años después de que la Corte Suprema reconoció la defensa justificatoria de un médico acusado del crimen de eutanasia— tres cuartos de los hospitales holandeses tenían una política institucional permisiva, usualmente por escrito. En general, las normas jurídicas nacionales, al surgir en los últimos años, se reflejaron claramente en las políticas de eutanasia de instituciones permisivas. De hecho, las políticas institucionales eran frecuentemente adoptadas bajo presión de o en cooperación con el fiscal local o el Inspector Médico. Pero las normas desplegadas por las gerencias de hospitales son hasta cierto punto *externas* en el nivel de una sala de hospital. Por tanto el hecho de que una institución tenga una política explícita no es garantía de que la gente que trabaja en la institución sepa sobre su existencia o contenidos o la considera legítima y pertinente.

En síntesis, en relación a otras áreas de regulación jurídica, las condiciones en el caso de la eutanasia parecen muy favorables para la transmisión de información jurídica. Y de hecho ha habido progresos significativos respecto del conocimiento jurídico concerniente a la eutanasia. Dos estudios nacionales y otros indicios señalan que al menos en lo concerniente a los requisitos esenciales —una solicitud explícita, sufrimiento insoportable, consulta a un colega, informe— las normas básicas que rigen la eutanasia son ampliamente conocidas y tienen respaldo general entre los médicos.¹⁰² Pero como veremos en la siguiente sección, que los médicos interpretan las normas del mismo modo que los abogados y los legisladores es un tema muy distinto.

conducta. El cambio conceptual/terminológico y normativo que ha ocurrido en la sociedad holandesa —y entre los médicos holandeses— es inconfundible. Cuando la gente comienza a pensar y conversar sobre la conducta en diferentes términos probablemente comienzan a comportarse también diferentemente. Cuando el término *eutanasia* se volvió habitual como el nombre de un tipo legítimo de terminación de la vida bajo solicitud, se hizo más fácil discutirlo en público y, probablemente, llevarlo a cabo en un modo consciente y diligente. Parece seguro asumir que el reconocimiento del hecho de que ellos están involucrados en la conducta jurídicamente regulada, anima a los médicos a buscar información legal cuando se enfrentan a un caso concreto.

¹⁰¹ Griffiths, Bood, y Weyers (1998: 248-251).

¹⁰² *Idem*, p. 216 y n. 50.

d) Los ESSA como grupo semiótico¹⁰³

El conocimiento literal de una norma, en el sentido de que uno es capaz de reproducirla en un modo razonablemente adecuado, no puede producir los efectos directos propuestos a menos que los términos de la norma *signifiquen* lo mismo para la gente en el taller y para el legislador. Como acabamos de ver, las normas básicas sobre eutanasia son bien conocidas por los médicos holandeses. Pero ¿cómo las *interpretan* ellos?

La regulación jurídica vigente sobre eutanasia en los Países Bajos utiliza conceptos jurídicos que parecen tener un significado considerablemente diferente en el «grupo semiótico»¹⁰⁴ de los médicos en comparación al significado que tienen entre abogados y quienes se ocupan profesionalmente del control legal. El contexto en el que los médicos aprenden el significado de conceptos y los aplican a su propia conducta y la de otros, es el de la socialización profesional y de la interacción profesional diaria. Si los términos clave usados en las normas jurídicas significan algo diferente en aquel contexto del taller de lo que significan para abogados y hacedores de políticas, entonces los mensajes jurídicos expuestos a los médicos significarán también algo distinto para ellos. Los médicos entenderán las normas jurídicas que conocen en términos de los conceptos familiares para ellos, no en los términos familiares para los legisladores.

Los médicos parecen de hecho pensar en su conducta en términos de un aparato conceptual que es radicalmente incongruente con el del discurso jurídico. Consideremos el concepto de *intención* como ejemplo del problema.¹⁰⁵ La intención de los doctores cumple un papel clave en la regulación jurídica del comportamiento médico que reduce la vida, distinguiéndose entre formas no problemáticas legalmente (abstención, alivio de dolor) y formas ilegales o muy reguladas (eutanasia, asistencia en el suicidio, terminación de la vida sin una petición explícita, asesinato).

¹⁰³ Véase Griffiths, Bood, y Weyers (1998), y en particular Griffiths (1999a), para el siguiente análisis.

¹⁰⁴ Cfr. Jackson (1996: 93-98).

¹⁰⁵ Véase Griffiths (1999a), para un desarrollo más profundo. Concepciones diferentes de *causalidad*, para dar otro ejemplo, llevan a diferentes interpretaciones de la distinción entre acto u omisión y de la *causa* de la muerte del paciente. Parece, a partir de un incidente reciente, por ejemplo, que los obstetras holandeses generalmente consideran una muerte resultante de un error médico durante el parto (en el caso que aclaró el problema: inadecuado uso de fórceps) como *causado* por la condición médica que hizo surgir la necesidad de intervención, y no por la inadecuada intervención, con la importante consecuencia para el control legal de que la muerte puede ser reportada como *natural* y por lo tanto no atraer ninguna atención legal. El Inspector Médico anunció públicamente su desacuerdo con este punto de vista e inició procedimientos disciplinarios para aclarar el asunto (según parece el caso no terminó de forma concluyente). Véase Trouw 27 de Marzo de 2000.

Tal como suele emplearse en las normas jurídicas, la intención es un concepto objetivo: se asume que una persona tiene la *intención* de conseguir las consecuencias naturales y probables de su acto. En este sentido jurídico normal, un médico tiene la intención de conseguir la muerte de un paciente tanto cuando resulta del alivio del dolor como cuando resulta de la administración de alguna droga eutanásica. Para evitar tal conclusión, la «doctrina del doble efecto» ha sido prestada, para los propósitos del derecho médico, de la teología moral Católica: si la *intención* de un médico con su intervención es aliviar el dolor, incluso si sabe hasta cierto nivel de certeza que esto supone reducir la vida del paciente, entonces la muerte es atribuible a la condición subyacente del paciente y se puede considerar el caso como un acto de alivio del dolor y no como de un acto en el que se acorta la vida. La regulación jurídica tanto en países de la tradición romanista como del *common law* ha aceptado en las últimas décadas esta noción de intención.¹⁰⁶

A pesar de esta concesión a la práctica médica, las nociones de los médicos sobre cuál es su *intención* se mantienen radicalmente en desacuerdo con las de los abogados, como ilustra el siguiente caso.¹⁰⁷ Fue presentado a consideración por un grupo de trabajo sobre ética médica en la unidad de cuidados intensivos de recién nacidos en un hospital holandés, a cuya reunión estuve invitado. Tengo razones para creer que las discusiones como ésta se podrían escuchar en muchos otros hospitales holandeses.

Un bebé nació con espina bífida grave. De acuerdo con las normas profesionales aplicables en los Países Bajos para este tipo de situación, cualquiera de las varias medidas quirúrgicas que se hubieran podido tomar habría sido *médicamente inútil*, de modo que se tomó la decisión de abstenerse de cualquier tratamiento que buscara prolongarle la vida. Los padres estuvieron de acuerdo con esta decisión, pero insistieron en que el bebé no sufriera ningún dolor a causa de ello.

La decisión de abstenerse necesariamente implicaba la muerte del bebé, pero podían pasar algunas semanas antes de que esto ocurriese.

En el entretiem po, el bebé experimentaría dolor debido al cordón espinal desnudo y también por la hidrocefalia que normalmente acompaña a la espina bífida. Se consideró por lo tanto más humano que el bebé muriese rápidamente. Se le administró una fuerte dosis de una droga empleada para aliviar el dolor y el bebé murió poco después. La muerte fue reportada como *muerte natural*.

¹⁰⁶ Véase Griffiths, Bood, y Weyers (1998: 162 y ss.); Otlowski (1997: 170-186, para los países del *common law*).

¹⁰⁷ Para estos mismos efectos D. van Tol ha recolectado evidencia estadística en el contexto del programa de investigación descrito en la nota 5; ésta se presentará y analizará en su disertación próxima.

En los debates en el grupo de trabajo sobre ética médica, los médicos responsables coincidieron en describir lo que habían hecho como *alivio de dolor*. Hubo cierto debate sobre si los recién nacidos experimentan mucho dolor —aparentemente en el pasado se creía que esto no ocurría y que no lograba mucho aliviando el dolor en casos como éste pues antes de que aparecieran los cuidados intensivos a recién nacidos, los bebés siempre morían muy rápido—. Posteriormente esta opinión cambió y se consideró que la espina bífida suponía un dolor intenso, que recibía un tratamiento agresivo. Pero, dijeron los médicos, tenían dudas crecientes sobre el nivel real de dolor experimentado por tales bebés. Cuando alguien preguntó qué tipo de alivio de dolor había sido necesario para lidiar sólo con el dolor del bebé, la respuesta fue que el paracetamol probablemente hubiera sido suficiente.

Esta respuesta era totalmente inesperada. Llevó inmediatamente a lo siguiente: «creí que ustedes habían dicho que le administró (cualquiera haya sido la droga usada) para aliviar el dolor del bebé». A lo cual la respuesta fue, «sí, lo hicimos, pero también queríamos que el bebé muriese rápido y es imposible, en un hospital moderno, simplemente dejar al bebé junto a una ventana abierta y esperar que se muera, como se hacía antes de que existieran cuidados intensivos» Y a esto la respuesta fue, «¿cómo pueden llamarle a eso aliviar el dolor cuando ustedes mismos dijeron que hubiera sido suficiente con paracetamol?». Respuesta: «Pero sí era alivio de dolor: usamos [droga X], que es lo más apropiado para aliviar el dolor, sólo que pusimos un poco más que en otros casos». Y así sucesivamente.

¿Cómo analizar esta discusión? ¿Qué hacían los médicos y por qué?¹⁰⁸ ¿Mintieron cuando reportaron la muerte como *natural*, a sabiendas de que lo que se proponían no era realmente aliviar el dolor? Creo que hubiera sido una interpretación superficial de lo que ocurría. *Alivio de dolor* no era simplemente una calificación de su intención que usaban para evitar dar más explicaciones de lo que habían hecho, era la caracterización que ellos mismos usaban al pensar y conversar sobre lo que habían hecho. Parecía ser, para ellos, el modo natural de ver lo que había pasado. ¿Estaban, entonces, confundidos sobre lo que había sucedido? No encuentro evidencia para creer esto. Ellos sabían exactamente lo que habían hecho y cómo y porqué el bebé había muerto.

Conclusión: El significado normal de *intención* para un médico es incongruente con el significado jurídico de este concepto clave para el análisis de la responsabilidad penal. El régimen de control vigente para este tipo de conducta médica adopta una posición intermedia insegura que no es comprendida por los

¹⁰⁸ Es importante notar que si los doctores hubieran llamado «terminación de la vida no solicitada», probablemente se hubiera considerado justificado bajo el derecho holandés vigente. Es improbable que hubiera alguna investigación y, si se hubiese realizado, lo más probable es que se les hubiera absuelto (véase Griffiths, Boot y Weyers 1998: 123 y ss.). Se hizo conocer esta información jurídica a los doctores en cuestión.

médicos y que por lo tanto no pueden y de hecho no aplican adecuadamente a su propia conducta ni a la de sus colegas.¹⁰⁹

El problema de la incongruencia conceptual puede llegar más lejos que las diferencias en los significados que ciertos términos particulares tienen para diferentes grupos semióticos: el legislador puede concebir la misma naturaleza de la relación regulada en un modo muy diferente a la concepción de los actores en el taller. Cuando, por ejemplo, el legislador holandés codificó recientemente los derechos de los pacientes en los últimos años, se decidió conceptualizar la relación médico-paciente como contractual y la imposición de los derechos de los pacientes como una cuestión de recursos contra el incumplimiento del contrato.¹¹⁰ Parece dudoso, sin embargo, que los médicos y pacientes experimenten su relación como si fuese de naturaleza fundamentalmente contractual. El modo en que ellos ven la relación, y los respectivos derechos y deberes, probablemente se parezca mucho más a la entrega de un servicio público como la educación —donde los términos son no-negociables y los remedios son públicos— que a una relación típicamente contractual tal como cuando uno contrata a alguien para que le pinte la casa. Debido a que virtualmente todos los elementos del *contrato* de cuidado médico están fijados (por el derecho, la ética profesional, el sistema de financiamiento del cuidado de la salud, y otros) no hay nada sobre lo cual negociar. Tampoco pueden los actores en el taller reconocer en su relación los otros elementos claves de una relación contractual (oferta y aceptación; un compañero contractual identificable en el lado médico). Cuando el legislador entiende la misma naturaleza de la relación de manera sociológicamente *equivocada* en este sentido, existe muy poca razón para esperar que los actores en el taller se muestren receptivos al mensaje legislativo o, si lo reciben y de algún modo lo *entienden*, que vean su pertinencia para su situación.

e) Clasificación de los hechos a la luz de la norma

Un actor que conoce los hechos y normas jurídicas pertinentes, y (a la luz de la interpretación local y las normas de elección de normas) comprende la norma más o menos *correctamente* y la considera aplicable, debe clasificar los hechos dentro del supuesto de hecho de la norma en cuestión. En la anécdota con la que comencé este artículo, el concepto de *compartimiento de trabajo* era aparentemente impreciso para algunos compañeros de viaje de Klijn, quienes sostenían que tener una reunión en el compartimiento era *trabajo*. Otra colega informa una experiencia similar con un compañero de viaje que sostenía conversaciones extensas a través de su teléfono celular en un *compartimiento de trabajo* y que, cuando se le reclamaba,

¹⁰⁹ Esta conclusión es sostenida en detalle sobre la base de información empírica holandesa en Griffiths, Boot, y Weyers (1998: 254 y ss., 269 y ss).

¹¹⁰ Ley sobre Contratos para Tratamiento Médico, vigente desde el 1 de abril de 1995 (art. 7: 447 y ss. del Código Civil Holandés).

insistía en que estaba *trabajando*.¹¹¹

Los elementos críticos de la regulación vigente sobre la eutanasia en los Países Bajos, por ejemplo, dejan espacio considerable para una clasificación divergente de los hechos pertinentes: la *solicitud informada y voluntaria* del paciente distingue el homicidio de la eutanasia; los *requisitos de práctica diligente* requieren *consultar* otro médico; la *causa (natural o de otro tipo)* de la muerte del paciente determina si se podría rellenar un certificado de muerte natural; y así sucesivamente.

El proceso de «llegar a una interpretación establecida de una experiencia» ha sido sistemáticamente analizado por Verkruijsen (1993) en relación con quejas sobre el tratamiento médico. Este autor demuestra que no hay nada intrínseco en una experiencia desagradable que determine que un paciente la considere o no una ocasión de insatisfacción con el médico en cuestión. La «interpretación establecida» del paciente de la experiencia es el resultado de procesos de interacción social en el que se comprueban las interpretaciones personales provisionales con la gente en su entorno social. En otras palabras, la clasificación de lo que uno finalmente establece está ampliamente determinada por los criterios de interpretación *sociales* que proveen los ESSA locales. Uno de los descubrimientos de E. Abel (1981) ilustra este punto: demuestra que incluso las mujeres que conocen todos los hechos sobre el modo injusto en que fueron tratadas en los procedimientos de promoción académica pueden encontrar difícil cuestionar las pretensiones meritocráticas de la comunidad académica. Aquellos con quienes la víctima está en contacto —incluso el abogado mismo de la víctima— probablemente preferirán la clasificación que deja intactas las pretensiones de una universidad.¹¹² La víctima a menudo establece una *definición de la situación* como debida a sus propios errores. Esto, por supuesto, es exactamente lo que un ESSA académico espera de ella.

f) Movilizando la norma

El actor que conoce los hechos, está informado sobre una norma jurídica y la considera aplicable, y clasifica los hechos que conoce de modo que calcen bajo esa norma, debe decidir hacer algo sobre la situación: ajustar su comportamiento a la norma o aclarar a otro que esto es lo apropiado, reaccionar de un modo u otro a una situación de violación, involucrarse en actividades preventivas tales como la creación de normas locales, etc.

La movilización primaria supone hacer algo que de otro modo uno hubiera escogido no hacer —por ejemplo, pagar mis impuestos— porque una norma lo

¹¹¹ Estas reacciones fueron probablemente fingidas, debido a que la señal claramente decía «Silencio». Ciertamente ilustra, sin embargo, cómo problemas de interpretación pueden frustrar intentos en la movilización.

¹¹² Compárese Macaulay (1979: 159).

requiere. Alternativamente, si no quiero pagar impuestos, puedo abstenerme de realizar actividades gravadas con impuestos u ordenar mis asuntos de modo tal que no generen impuestos. O puedo simplemente no pagar y evitar ser descubierto.

La movilización secundaria también involucra derroche de energía y, a menudo, costos personales o algún riesgo social. Un actor necesita motivos suficientes realizarla, los cuales no deben ser superados por razones para no hacerlo. Aubert (1996) sostiene, por ejemplo, que una mucama noruega tenía pocas razones para movilizar la ley de protección a empleados domésticos, debido a que era más fácil conseguir otro empleo, y tenía fuertes razones para no hacerlo, debido a que esto hubiera provocado que la relación con su patrona se tornara problemática. La explicación de Macaulay (1963) para el hecho de que los hombres de negocios tienden a no movilizar las leyes sobre contratos es similar, como también es la explicación de Ellickson (1991) para el hecho de que quienes son vecinos rurales por mucho tiempo tienden a no movilizar las normas jurídicas en sus relaciones entre sí.¹¹³

Usualmente hay muchas alternativas a la movilización secundaria: *agruparla*, evitarla, salirse de ella, movilizar alguna otra norma (quizá *no-jurídica*), apuntar el incidente en el nuestro registro mental de balance moral de la relación,¹¹⁴ y así sucesivamente. Y si un actor decide movilizar una norma dada, existen muchas maneras entre las que puede escoger, las cuales varían desde confrontarla directamente con otro actor, pasando por acercarse a alguna autoridad local nativa, hasta poner el asunto en la agenda de una agencia externa de control social (la administración de un hospital, la Inspectoría de Salud Pública, el fiscal).

A menudo, por supuesto, las consideraciones pertinentes son banales: mi tendencia a solicitar a un compañero de viaje en el *compartimiento de no fumadores* de un tren que no fume está influenciada por un rápido cálculo de cuán desagradable podría ser el intercambio de opiniones (¿estoy tratando con un grupo de ebrios fanáticos del fútbol o con alguien cuya apariencia sugiere adhesión a las normas de conducta de la clase media?) y de si es probable que produzca los resultados deseados (¿está cerca un conductor y cuál es la probabilidad de que él respalde mi invocación a la prohibición de fumar?). En pocas palabras, sólo porque existe una voluntad, no necesariamente habrá siempre un modo. La movilización depende de que un actor esté en posición de emprenderla. No se puede esperar que nadie, por

¹¹³ El principio sociológico que subyace a tales casos es la tesis de la *distancia relacional*: la diferenciación en el control social se incrementa con el incremento de la distancia relacional (Griffiths 1984a). La movilización de una forma de control social altamente diferenciada como es el derecho, y aún más como es la movilización de especialistas legales e instituciones, ocurre generalmente entre partes que no comparten relaciones sociales importantes para ellos. Véase generalmente Black (1976) sobre la sociología de la movilización.

¹¹⁴ Cfr. Ellickson (1991).

ejemplo, denuncie violaciones a las leyes de protección forestal ante la policía si está —como en el caso de la región amazónica del Ecuador— ubicada a varias horas de distancia en un camino sin afirmar y el delincuente es un miembro de una comunidad local con la que uno debe llevarse bien en el trato diario. Para muchos tipos de ley la disponibilidad de asistencia jurídica (efectiva) puede ser esencial para su movilización, pero la distribución de los servicios jurídicos es siempre muy desigual en todos lados, por lo que los ricos, los poderosos y los bien organizados en general disfrutan acceso directo y servicios de mayor calidad.¹¹⁵

Las características individuales pueden cumplir también un rol. Algunas personas son, por ejemplo, más lacónicas que otras sobre las *normas* y los *derechos*. Algunos son más enérgicos, tienen mayor *aptitud burocrática* que otros. Entre las características individuales, probablemente la más importante es la situación organizativa de un actor. Con el famoso término «*one-shotter*», Galanter (1974) identificó un grupo de factores que, al juntarse, imponen limitaciones extraordinarias sobre la capacidad de movilización de un individuo que actúa solo. Black (1976, 1980) muestra que la posición relativa de un actor en la «dimensión organizativa del espacio social» determina en gran medida cuánta atención a sus problemas brindarán las autoridades. En este sentido, también, es la organización social la que determina el funcionamiento social del derecho.

Particularmente interesante, desde el punto de vista del funcionamiento social, es el hecho de que hay normas jurídicas referentes a la movilización. Aquello que es a menudo tratado como un asunto cultural o incluso de actitudes individuales (referentes a términos como *conciencia de los derechos*, *litigiosidad* y así sucesivamente)¹¹⁶ en realidad consiste de normas secundarias concernientes al modo en que uno debería lidiar con la violación de normas. El trabajo *Being good neighbors means no lawsuits* de Ellickson es un buen ejemplo de esto. Asimismo Verkruisen (1993) muestra cómo la decisión de un paciente de confrontar a su médico porque cree haber sido maltratado por este, está influenciada por las reacciones de la gente en su entorno social inmediato sobre las ocasiones bajo las cuales la movilización es o no apropiada.

Los ESSA imponen sanciones a aquellos que rompen las normas secundarias sobre cómo y cuándo movilizar normas. Cuando los denunciantes, por ejemplo, movilizan el derecho externo, violando así las normas que obtienen en su propio taller, pueden terminar viéndose aislados. El siguiente ejemplo reciente (que en esta ocasión viene de Noruega en vez de los Países Bajos) aclarará este punto.

En el verano de 1999 un médico denunció ante el gerente de su hospital que un colega había realizado eutanasia (lo que está prohibido en Noruega) usando una

¹¹⁵ Cfr. e.g., Galanter (1974), Macaulay (1979).

¹¹⁶ Compárese Hyde (1983), Merry (1990), Scheingold (1974).

fuerte dosis de *Dormicum* (un potente calmante del dolor). El paciente estaba en una fase terminal de su enfermedad y sentía un gran dolor, y antes había indicado varias veces su deseo de morir. El *Dormicum* fue administrado por el personal de enfermería que cuidaba al paciente siguiendo las instrucciones dictadas por teléfono desde Roma, donde estaba de vacaciones el médico en cuestión.

El gerente, luego de consultar al Comité Disciplinario del hospital, llegó a la conclusión de que no existía un problema de eutanasia. Lo que el médico había hecho había sido aliviar el dolor. El médico denunciante entonces presentó una denuncia formal ante la Inspectoría Médica (en Hetsetilsyn). Cuando la prensa los entrevistó, la Inspectoría consideró el caso como una tormenta en un vaso de agua.

Probablemente no hubiera pasado nada más con la denuncia si los diarios noruegos más prestigiosos (en *Aftenposten*) no hubieran informado sobre el caso ni que tales prácticas de eutanasia ocurrían normalmente en el hospital en cuestión, bajo la responsabilidad del mismo médico. Mientras tanto, la conducta del médico denunciante ocasionó que sus colegas del hospital lo aislaran y fue temporalmente relevado de sus deberes.

La Inspectoría remitió el caso a un comité *ad hoc* de especialistas, cuya opinión era que no hubo eutanasia sino altas dosis de *Dormicum* que se necesitaban para aliviar el dolor. Pero la composición del comité fue cuestionada (en *Aftenposten* y en muchos otros lugares), alegando que estaba conformada por amigos del médico acusado.

El médico denunciante presentó el caso ante las autoridades del Ministerio Público, quienes decidieron investigar. Mientras tanto, el Comité Ético de la Asociación Médica de Noruega nombró un prestigioso comité para preparar un informe sobre «sedación terminal».

En la primavera del 2001 se supo que las autoridades del Ministerio Público habían decidido no proseguir con sus investigaciones debido a insuficiente evidencia de eutanasia. Al parecer el médico denunciante nunca retornó al hospital y encontró trabajo en algún otro lugar.¹¹⁷

Como muestra el ejemplo, la sanción final que recae sobre un *denunciante* perseverante asume la forma de aislamiento. Dependiendo de las posibilidades de salida del actor, esta sanción variará de una ligera irritación a un asunto de vida o muerte. En muchos casos asume la forma de exclusión de una actividad económicamente atractiva, que puede ser desde el intercambio de productos locales y servicios entre campesinos en los alejados bosques tropicales, ayuda mutua entre

¹¹⁷ Debo la información de este caso a mi colega Rob Schwitters. Véase S. Oteesen, *Ma jeg do I smerte?* Oslo: Aschehoug, 2002.

ganaderos vecinos, hasta confianza recíproca y flexibilidad en un moderno ambiente de negocios.¹¹⁸ La sanción reside en realidad, en términos de Moore (citada anteriormente), en que los participantes desean «mantenerse en el juego y ganar con él».¹¹⁹

g) Síntesis

La regulación jurídica efectiva de la conducta en el taller implica tener capacidad para interponerse en relaciones sociales vigentes que están primordialmente reguladas por los ESSA, y hacerlo por medio de normas externas que deben ser movilizadas por los miembros de los mismos ESSA —participantes en las mismas relaciones— que el legislador regularía. Estos ESSA generalmente tienen normas sobre cuando tal movilización de derecho externo es apropiada. Estudios sobre los ESSA confirman el cálculo de Moore de que tal regulación externa es a menudo frustrada por las normas secundarias en el taller. En general, el patrón de movilización reactiva es conforme al patrón de relaciones existentes en los ESSA en cuestión: el derecho externo reactivamente movilizado respeta el orden interno de los ESSA y no tiene sino una limitada capacidad para efectuar cambios ahí.¹²⁰

6.2.3. La movilización realizada por especialistas

Bien sea reactiva o proactiva, la movilización realizada por autoridades oficiales —denominada a menudo *implementación* o aplicación— es por lo general una parte más o menos una parte prominente del proceso por el cual el legislador presume (en muchos casos probablemente de modo incorrecto) que una norma jurídica se transformará en la conducta requerida. Black (1976, 1980) sostiene que no son las normas jurídicas sino las relaciones sociales las que explican el comportamiento de los burócratas. Por otro lado, la idea de una implementación burocrática formal —asociada, tal vez no con total justicia, a Weber— la considera completamente determinada por las normas jurídicas. El enfoque del *funcionamiento social*, en contraste con tales posiciones polares, considera el cumplimiento de normas burocrático, al igual que cualquier cumplimiento de normas, como un efecto posible pero socialmente problemático de las normas jurídicas (y de otros tipos). Tanto el grado en que las normas jurídicas son cumplidas, así como las circunstancias en las que eso sucede en el comportamiento

¹¹⁸ Véase Taale y Griffiths (1995), Ellickson (1991), Macaulay (1963), Moore (1973).

¹¹⁹ La efectividad de la norma secundaria contra las denuncias de mala práctica de un colega ante autoridades externas probablemente explica el hecho de que en los Países Bajos, con una extensiva y abierta práctica de la eutanasia, no han habido —en un período de más de veinte años— quejas ante las autoridades de parte de algún médico contra otro. Compárense lo encontrado por Magnusson (2002) en Australia y los Estados Unidos sobre la escasez de denuncias entre médicos por haber practicado eutanasia.

¹²⁰ Véase Black (1973), cfr. Aubert (1966) y Mayhew (1968: 273).

burocrático son considerados como dependientes sobre todo de la organización social del taller burocrático.

Se sabe que la concepción instrumentalista del aparato estatal como una burocracia ideal, en la que la información jurídica es transmitida perfectamente e implementada de acuerdo a su interpretación *jurídicamente correcta*, se encuentra muy lejos de la práctica de implementación.¹²¹ El aparato estatal para la implementación de normas jurídicas (órganos administrativos, policía, cortes) está socialmente organizado en un amplio número de ESSA, que como otros ESSA, generan e imponen sus propias normas, en particular, normas sobre cómo tratar con las normas jurídicas. De este modo, se observa que el proceso por el cual se interpreta y se aplica la legislación es regulado no sólo, probablemente no mayormente, y ciertamente no finalmente por normas *jurídicas* sino por normas *extrajurídicas*.

El análisis de la movilización secundaria por parte de las autoridades implica los mismos elementos básicos que se han manejado en la sección 6.2.2. Dos aspectos de la implementación burocrática —a los que en particular se dirige la regulación interna de los ESSA que constituyen el aparato de gobierno— merecen una atención especial: cómo las normas son interpretadas por las autoridades jurídicas, y qué tipo de interpretación ellos eligen. Respecto de cada uno, existe una considerable literatura dedicada a los factores que parecen ser los más importantes.

a) La regulación de la interpretación y la clasificación burocrática

La interpretación de normas jurídicas y la clasificación de situaciones fácticas por parte de las autoridades, como la que realizan actores no oficiales, es sólo en parte la actividad cognitiva y lógica que la teoría jurídica supone; y para nuestros propósitos actuales, es —hasta un punto muy limitado— sólo una actividad del todo realizada por *individuos*. En gran medida se lleva a cabo de acuerdo a las normas secundarias de los ESSAs del taller donde el trabajo burocrático ocurre —las normas que determinan aspectos tales como qué se considera un buen argumento—. ¹²²

Hawkins (1984: cap. 5) demuestra, por ejemplo, cómo en el contexto cultural y organizativo de aplicación de las normas sobre contaminación del agua, la definición de una situación como *contaminación* más que como *agua sucia* por

¹²¹ Véase e.g. Pressman y Wildavsky (1973) y Hawkins (1984).

¹²² H.L.A. Hart (1961) se refiere a éstas como las «normas secundarias» de un sistema jurídico: las normas que se obtienen entre los profesionales del derecho determinan lo que se considera como norma *jurídica*, y son constitutivas del *derecho* como un fenómeno social. En la sección 5 hemos visto ya que las normas secundarias no se limitan a los *abogados* sino que son una parte importante de la propiedad normativa de todos los ESSA.

parte de las autoridades no está determinada por las condiciones jurídicas aplicables sino que es el resultado de un proceso de clasificación en el que se toman en cuenta factores tales como el impacto ambiental de la descarga contaminante, las posibilidades técnicas y económicas del contaminador para cumplir las normas, los controles internos de la burocracia donde la autoridad trabaja, la posibilidad de atención pública al caso, etc. La teoría de Black (1976, 1980) implica que este proceso está sistemáticamente influenciado por las posiciones sociales relativas de aquellos con quienes tratan las autoridades, de modo que la conducta de las organizaciones grandes y poderosas tiene menos posibilidades que la de un individuo o de un negocio pequeño de ser clasificada como *contaminación*. Diversos estudios de cumplimiento ambiental confirman lo señalado por Black.

Lo que Hawkins y Black omiten, sin embargo, es que los factores que mencionan se transforman en consideraciones normativas —normas— en una oficina burocrática. Numerosas investigaciones han demostrado que las normas de interpretación y clasificación de los ESSA presentes en las organizaciones burocráticas fijan límites muy estrechos dentro de los cuales pueden operar las idiosincrasias individuales de quien toma una decisión o los hechos específicos de un caso.¹²³

b) La regulación del estilo de movilización

El segundo aspecto variable de la movilización burocrática de normas jurídicas es lo que ha sido denominado «estilo». Black (1976) distingue cuatro estilos de derecho: punitivo, compensatorio, conciliatorio, y terapéutico. En la literatura sobre la movilización burocrática, se resalta a menudo dos estilos: un estilo de *cumplimiento* y uno de *sanción*.¹²⁴ Éstos corresponden más o menos a los estilos conciliatorios y punitivos de Black, y me limitaré a ellos aquí.

En el estilo de cumplimiento, las autoridades buscan, en un proceso de negociación continua con los actores en cuestión (e.g., contaminadores industriales), asegurar el mayor nivel de cumplimiento que sea factible. Debido a que la relación es de cooperación, las autoridades reciben más información sobre eventos pertinentes de lo que sucedería si su enfoque fuera de confrontación, y están en posición de trabajar junto a la industria para reducir el riesgo de contaminación en el futuro. En el estilo de sanción, por el contrario, las autoridades buscan, a través

¹²³ Véase e.g. Kagan (1978). Todo esto se aplica *mutatis mutandis* también para los tribunales. Son las normas secundarias de estos y el sistema judicial en conjunto, como las de la profesión forense local y nacional, más que las actitudes individuales y los procesos cognitivos —que han mantenido un rol tan predominante en la literatura sobre la toma de decisiones judiciales—, las que determinan ampliamente el proceso de razonamiento jurídico. Véase Griffiths (1986c).

¹²⁴ Véase Hawkins (1984), Kagan (1989).

de la aplicación del derecho estrictamente a los casos de infracción, disuadir violaciones futuras. Ambos estilos son obviamente tipos ideales. La posición de negociador de una autoridad en busca de cumplimiento depende en parte de que quien contamina sepa que la autoridad puede también sancionar. Y el uso exclusivo de un estilo de sanción, en el que los delincuentes son castigados después del hecho sin prestar ninguna atención a la prevención, parece difícilmente concebible excepto tal vez cuando un potencial delincuente no puede ser conocido por anticipado (como es a menudo el caso de los crímenes comunes). En cualquier caso concreto el estilo de movilización consistirá de una particular mezcla de cumplimiento y sanción.

Los factores asociados en la literatura con la prevalencia de un estilo particular son aspectos tales como las características de la organización burocrática involucrada (selección y retribución del personal, la estructura de control interno y responsabilidad),¹²⁵ las demandas de adaptación al desequilibrio crónico entre el trabajo y los recursos (véase Lipsky 1980 sobre los «burócratas de nivel callejero»), y las relaciones socio-estructurales entre aquellos sobre los que la organización burocrática ejerce control social (véase e.g., Black sobre factores tales como la estratificación y la distancia relacional). Lo que importa para la teoría del funcionamiento social es que —como en el caso de la interpretación y la clasificación— estos factores se transforman generalmente en normas internas de conducta apropiadas en una oficina burocrática: normas secundarias sobre cómo aplicar las normas primarias por las que la organización es responsable. A partir de ello, por ejemplo, mientras que como demuestra Hawkins (1984), factores ecológicos o factores internos organizativos pueden ser útiles para explicar la preferencia por el estilo de cumplimiento entre los burócratas responsables de hacer cumplir la legislación sobre la calidad del agua, las autoridades que responden en el modo observado a estos factores estarán comprometidos inmediatamente en el cumplimiento de las normas locales.

En resumen: el cumplimiento burocrático de normas secundarias concernientes a la interpretación, aplicación, y movilización de normas es de capital importancia en la teoría del funcionamiento social del derecho. Como hemos visto, la movilización burocrática de las normas jurídicas involucra actores que movilizan simultáneamente tanto normas primarias (jurídicas) como normas secundarias (locales), y los efectos conductuales de éstas pueden ser absolutamente cruciales para los efectos conductuales de aquellas.

6.3. La movilización compleja

La movilización compleja ocurre, como hemos visto, en dos formas. En la primera, los movilizadores secundarios usan normas externas (e.g., *jurídicas*) como

¹²⁵ Véase e.g. Hawkins (1984).

razones para crear normas de nivel local que los movilizadores locales pueden cumplir sin necesariamente conocer la existencia de una norma externa. En el segundo caso, los movilizadores secundarios usan las normas externas como razón para generar estructuras locales que realicen conductas conformes con la norma externa sin que se le dirija del todo ningún cumplimiento de norma. Mientras que tal movilización compleja es de considerable importancia en el funcionamiento social del derecho, no ha recibido ninguna atención teórica o empírica significativa. Por lo tanto sólo es posible realizar algunos pocos comentarios preliminares sobre el particular.

a) Normas locales que implementan la norma legislativa

Las normas *jurídicas* que rigen la eutanasia han sido expresadas en más normas *locales y profesionales* en dos sentidos principales.¹²⁶ En primer lugar, muchos hospitales y casas de reposo, han adoptado a veces en cooperación o incluso ante la insistencia de fiscales locales, *directrices o protocolos* que rigen la ejecución de la eutanasia. En segundo lugar, tanto la Real Asociación Médica Holandesa y varias asociaciones especialistas han adoptado directrices nacionales en las que se reflejan las normas jurídicas.¹²⁷ Debido a que estas normas locales y profesionales son el resultado de la movilización de normas jurídicas, un médico que realiza eutanasia puede actuar de conformidad a las normas jurídicas formales cumpliendo las normas locales o profesionales. Podría no tener la más mínima idea de lo que las normas jurídicas requieren y, sin embargo, a través del cumplimiento de normas locales o profesionales, hace exactamente lo que el derecho espera de él.

b) Estructuras locales que producen conformidad con las normas sin cumplimiento

Los movilizadores secundarios pueden a menudo implementar mejor una norma por un diseño ingenioso del entorno que por cualquier esfuerzo dirigido al cumplimiento de normas. Entender esto llevó a Karl Llewellyn a elogiar los cruces de carreteras en forma de tréboles como el «más grande invento jurídico del siglo XX».¹²⁸

Otro ejemplo clásico con nombre propio que resulta particularmente idóneo es el del *policía durmiente*: rompemuelleres que obligan a los automovilistas a manejar lentamente. Y si tratáramos de asegurarnos de que los ciclistas equipasen sus bicicletas, como exige el derecho holandés, con llantas que tienen franjas reflectoras a los costados, sería mucho más efectivo simplemente asegurarse de

¹²⁶ Véase Griffiths, Bood y Weyers (1998).

¹²⁷ Como veremos en la sección 7, estas directrices profesionales equivalían a la autorregulación profesional, anticipándose al desarrollo de normas jurídicas.

¹²⁸ Lo cito al amparo de la autoridad de uno de sus estudiantes, Marc Galanter, quien la escuchó en clase.

que no existan otros tipos de llantas disponibles en vez de una orden legislativa hacia millones de dueños de bicicletas. La cantidad y complejidad del cumplimiento de normas por todas las personas involucradas en ejemplos tan simples —excepto los destinatarios finales de las normas primarias en cuestión— es impresionante.

c) La importancia de los trámites burocráticos en el funcionamiento social de las normas jurídicas

Un fenómeno interesante que combina ambos aspectos de la movilización compleja son los formularios legales que se deben completar para cumplir alguna tarea. Los formularios reflejan implícitamente las normas jurídicas aplicables y al realizar una tarea especificada por un formulario, inevitablemente se hace (y tal vez sin darse cuenta) lo que tales normas exigen. Uno de los mejores ejemplos de esto es la devolución de ingresos tributarios: si se contesta apropiadamente ciertas preguntas que derivan pero que no reproducen explícitamente ciertas normas jurídicas, se puede cumplir con tales normas sin siquiera saber de su existencia. En Holanda, donde es posible rellenar un formulario desde una computadora personal (y enviarlo por correo electrónico o en *diskette*), el cálculo de la cantidad debida o a ser reembolsada ocurre en la pantalla de la computadora frente a los ojos de uno mismo, de modo que todo un sistema de complicadas normas son transformadas en un resultado simple y cuantitativo sin que el contribuyente haya hecho algo más que suministrar la información requerida.

Una parte de un reciente proyecto¹²⁹ para despenalizar el control de la eutanasia es un ejemplo del potencial no reconocido de los procedimientos burocráticos. El formulario propuesto para reportar un caso de eutanasia habría requerido la confirmación de que se tomaron ciertos pasos particulares (como discutir el caso con el personal de enfermería); éstos hubieran tenido que ser respaldados por declaraciones firmadas de las personas en cuestión. Nuestro supuesto era que un médico, a sabiendas de que luego necesitaría tales declaraciones, se aseguraría de tomar los pasos requeridos para que cuando sea necesario pueda, sin dificultad ni vergüenza, rellenar el formulario.

En resumen, los *trámites burocráticos* parecen ser demasiado importantes para el funcionamiento social de las normas jurídicas como para merecer el descuido despectivo que hasta ahora han recibido d e parte de los sociólogos del derecho.

6.4. Balance final: la sociedad regula la efectividad del derecho

El funcionamiento social del derecho depende de la movilización de normas jurídicas en el taller de la vida social (incluyendo aquellos donde ocurren varias

¹²⁹ Véase Griffiths, Bood y Weyers (1998: cap. 6.3).

actividades de movilización secundaria). Si la movilización ocurre o no y, de ser así, en qué sentidos, es determinado por una cantidad de condiciones que se han tocado brevemente en la sección 6.2.2. Los ESSA locales y su regulación de la conducta son un factor crucial respecto de todas estas condiciones. A lo largo de nuestro análisis sobre la movilización hemos llegado repetidamente a la conclusión de que lo que la gente hace con una norma jurídica depende ampliamente de las normas secundarias que obtienen en el taller de la vida social.

Los ESSA en el taller son los lugares primarios de aprendizaje y orientación moral. Son la fuente primaria de información sobre normas, tanto jurídicas y de otros tipos; determinan la naturaleza y calidad de la inteligencia jurídica; son la fuente de las normas secundarias sociales que rigen el cumplimiento de normas (incluyendo normas de soberanía, de elección de normas, de interpretación, clasificación y de implementación); dominan el proceso de llegada a una definición de la situación; determinan los costos y beneficios de la movilización; se oponen o respaldan la aplicación de derecho externo a las relaciones internas. Además invierten muchos más recursos en este trabajo de control social que incluso todo lo que podría invertir el Estado más totalitario.¹³⁰

En resumen, no es el legislador el que determina cuando una norma jurídica será cumplida en la interacción social. Es la sociedad la que determina cuándo y hasta qué punto se regulará por el derecho. Y lo hace en un modo altamente autorregulado.

7. Autorregulación y el funcionamiento social del derecho

La teoría del funcionamiento social se ocupa de normas como variables independientes que, a través de los complejos procesos de cumplimiento de normas explorados en la sección 6, pueden tener efectos conductuales en diversas formas. Las normas mismas han sido tratadas hasta ahora como algo dado; no se ha ofrecido ninguna explicación sobre su existencia o sus contenidos. Sin embargo, en varios puntos hemos notado que la fuente y el contenido de una norma pueden afectar la posibilidad de que sus destinatarios la cumplan. Las normas externas que, por ejemplo, no son aceptadas por las normas de soberanía de un ESSA o no son identificadas por sus normas de elección de normas como aplicables a la conducta en cuestión, pueden bien encontrar resistencia local o no recibir el respaldo local que es esencial para que sean cumplidas. El modo en que una norma es creada puede ser importante para su éxito debido a las consecuencias para la situación de la norma en los ESSA locales. Por esta razón, parece importante prestar atención brevemente a la génesis social de las normas jurídicas, y en particular a una posibilidad poco estudiada que probablemente tenga un efecto positivo en el cumplimiento de normas: la autorregulación.

¹³⁰ Cfr. Griffiths (1985).

La autorregulación es, por supuesto, la actividad que define a todos los ESSA. Pero nuestro interés aquí no tiene que ver con la cuestión general sobre cómo y cuándo un ESSA genera una norma, ni con la cuestión de cómo los contenidos específicos de tal norma pueden ser explicados. Nos interesa la continuidad entre la creación de normas en el nivel de los ESSA locales y la creación de normas en el nivel *jurídico*. El supuesto es que las normas jurídicas que surgen primero en los ESSA como normas locales, tendrán por varias razones una particular posibilidad de ser cumplidas: serán localmente conocidas y adaptadas a la situación local, no enfrentarán normas de soberanía local, serán identificadas como aplicables por las normas locales de elección de normas, y tendrán respaldo local.

Hay dos enfoques al estudio sociológico de la autorregulación. Uno de ellos, que tiene a su mejor representante en Ellickson, explica la existencia de una norma dada en un grupo social como el resultado de elecciones maximizadoras de riqueza de *actores racionales*.¹³¹ Ellickson enuncia la hipótesis central de su enfoque del siguiente modo: «los miembros de un grupo de entramado cerrado desarrollan y mantienen normas cuyo contenido sirve para maximizar el valor agregado que obtienen en sus negocios habituales entre ellos» (1991: 167). Esta hipótesis es empleada para dar una explicación plausible para toda una variedad completa de normas primarias y secundarias usadas al transar sobre daños ocasionados por el ganado suelto en una comunidad rural en Carolina del Norte. Es una explicación teóricamente interesante y etnográficamente rica, pero responde a una pregunta diferente a la que tengo en mente aquí. La hipótesis de Ellickson es funcional: la existencia de una norma en un grupo se explica por el hecho de que sería bueno para tal grupo tener tal norma. Lo que Ellickson no hace es abordar la pregunta: ¿cómo adquiere un grupo una norma que le convendría tener?¹³²

Asumiendo, entonces, que los efectos de maximización de riqueza de una norma (o al menos su carencia de efectos perjudiciales) explican su supervivencia, al menos a largo plazo, ¿cómo podemos explicar la génesis de la norma? Así como la teoría del funcionamiento social busca entender el *proceso del cumplimiento de*

¹³¹ Hay una variedad de problemas con este enfoque, por supuesto. Dos de las más fundamentales se ocupan de la noción de *preferencias* (no normativas) ocultas en la idea de maximización de riqueza, y el supuesto de que un bien colectivo como una norma puede ser producido por *actores racionales* que persiguen su propio interés. Cfr. Griffiths (1995b).

¹³² La importancia de la diferencia entre los dos tipos de explicaciones es reconocible a partir de la biología evolucionaria. Que una característica sea funcional para una especie explica por qué los miembros de la especie que poseen cierta característica son más exitosos reproductivamente que sus compañeros que no la tienen: la supervivencia de la *mejor adaptación*. Pero lo que la función no llega a explicar en primer lugar es cómo se adquiere tal característica.

norma, una teoría de la génesis social debería buscar describir y explicar el *proceso de la autorregulación*.

La literatura sobre el proceso legislativo tiene un enfoque tan positivista y de *arriba hacia abajo* sobre el cambio jurídico, al igual que el instrumentalismo respecto de la *efectividad*.¹³³

El *nuevo institucionalismo* reflejado en particular en los textos de Edelman,¹³⁴ es una excepción interesante. En varios artículos que abordan el modo en que responden las grandes organizaciones al requisito legal de no discriminación en el empleo, Edelman demuestra cómo los requisitos sustantivos de la ley se transformaron dentro de las organizaciones en requisitos procesales, que después fueron aceptados por los tribunales como evidencias de cumplimiento del derecho. En efecto, usando la terminología de Edelman, las normas «endógenas» de las organizaciones se habían vuelto derecho, suplantando las normas legislativas «exógenas». El ciclo de Edelman sobre el cambio jurídico comienza con un aporte de la legislación desde arriba, pero termina con el desarrollo desde abajo de normas que, en una etapa más avanzada, ganan aceptación judicial.

Nuestra investigación sobre la regulación de la eutanasia y otras conductas médicas que reducen la vida nos ha confrontado con un patrón común en el que el cambio jurídico comienza en el taller mismo, sin ningún aporte legislativo inicial, y recién en una etapa mucho más avanzada es adoptado por las cortes y, finalmente, por el legislativo. Brevemente, la historia es como sigue. En el nivel de desarrollo jurídico públicamente visible, el derecho holandés sobre la eutanasia comenzó a desarrollarse en la época del caso *Postma* en 1973. En aquella primera investigación a un médico por matar a un paciente a su solicitud, el jurado pidió al Inspector Médico que declarara sobre la opinión en la profesión médica sobre la legitimidad de la eutanasia. Su testimonio incluyó la primera formulación explícita de lo que después se conocería como las «normas de práctica diligente» aplicables a la eutanasia. De acuerdo al inspector, éstas eran ampliamente aceptadas entre los médicos holandeses. La corte las aceptó para definir las condiciones en las que la eutanasia podía ser jurídicamente justificable.¹³⁵ Estas mismas condiciones fueron después seguidas en otros casos, fueron afirmadas y elaboradas en informes de la Asociación Médica, formaron la base para la investigación policial, fueron implícitamente reconocidas (como requisitos de ética médica) por la Corte Suprema al sostener en 1984 en el caso *Schoonheim* que la eutanasia podía justificarse jurídicamente, formaron la base

¹³³ Mientras que el término *autorregulación* es común en la literatura sociojurídica (holandesa), usualmente se refiere a una u otra técnica de gobierno (concebida desde un nivel superior): descentralización, pactos, etc.

¹³⁴ Véase e.g. Edelman (2002), Edelman, Uggem y Erlanger (1999).

¹³⁵ He simplificado los hechos en esta oportunidad. Véase Griffiths, Bood y Weyers (1998: 51 y ss.), para un relato más completo.

durante los ochenta y noventa de varios proyectos legislativos infructuosos, fueron aceptados mientras tanto por el gobierno y por el parlamento para establecer las condiciones para la eutanasia legal, y finalmente formaron la base de la legalización formal de la eutanasia en el 2001.¹³⁶

Otros procesos también visibles públicamente de desarrollo jurídico ocurrieron después en relación a formularios sobre conductas médicas que reducen la vida como la terminación de la vida en neonatología y asistencia en el suicidio en el caso de pacientes psiquiátricos. El proceso comienza con reportes de cuerpos profesionales que formulan normas sustantivas y procesales, en una fase más avanzada se siguen estos reportes en decisiones judiciales en casos penales y en investigaciones policiales. El gobierno y el parlamento tácitamente aceptan este desarrollo jurídico y en alguna fase avanzada el proceso completo recibe ratificación legislativa.¹³⁷

Con la excepción parcial de la eutanasia, en todos estos casos el proceso públicamente visible de cambio jurídico comenzó con la autorregulación por parte de la profesión médica a nivel nacional. De hecho, sin embargo, esta actividad regulatoria a nivel nacional debe haber sido precedida por un cambio normativo a niveles más bajos dentro de la profesión, y finalmente en el taller mismo: es difícil imaginar un comité a nivel nacional creando normas totalmente nuevas.

Nuestra investigación se ocupa del nivel del taller de la autorregulación profesional de la conducta médica que reduce la vida, en particular en neonatología y en cuidados intensivos. En esta investigación tratamos de reconstruir un proceso en el que el desarrollo normativo comienza en el nivel de una sala de hospital en respuesta a toda una variedad de estímulos posibles: nuevos problemas para los que las normas existentes dan orientación inadecuada (en el caso médico debido en particular al desarrollo tecnológico), el riesgo de la investigación penal o la responsabilidad civil; presión de fuera (fiscales locales) o arriba (gerencia de hospital), moral empresarial, imitación de los vecinos. El desarrollo normativo holandés en el área de la conducta médica que reduce la vida respalda ejemplos de este tipo. En una fase más avanzada, suponemos, las asociaciones profesionales logran consensos nacionales sobre las normas aplicables. Son estas normas nacionales las que en una fase todavía más avanzada son adoptadas por las cortes como el derecho que rige la conducta en cuestión.

¹³⁶ Véase Griffiths, Bood y Weyers (1998), Weyers (2001).

¹³⁷ Véase Griffiths (2000). La última fase legislativa todavía tiene que ocurrir. Procesos menos claros han ocurrido también con respecto de los pacientes en *estado vegetativo persistente*, aborto tardío y abstención de alimentación artificial e hidratación de pacientes con demencia avanzada. Véase Griffiths, Bood y Weyers (1998: 126-131, 134-137).

Pero ¿cómo surge una nueva norma primero en el taller?¹³⁸ Las nociones existentes sobre cambios normativos tienden a adoptar un modelo contractualista: cuando se enfrenta a un nuevo problema, la gente en cuestión se junta y *acuerda* una norma con la cual afrontarlo. Los médicos holandeses de hecho tienden a referirse a sus normas locales como *acuerdos*. En algunos casos — como cuando el motivo para cambiar proviene de fuera del taller mismo— esto puede caracterizar adecuadamente lo que ocurre. Pero el cambio normativo a través de las líneas del modelo contractualista es, creo, mucho menos común de lo que sugiere la frecuencia del lenguaje contractualista: si se formulan algunas preguntas escépticas los supuestos *acuerdos* resultan ser más bien escasos. ¿Cómo entonces ocurren los cambios normativos?

La idea de que podría haber otro proceso de cambio normativo funcionando — que de acuerdo a nuestra hipótesis de trabajo actual es más frecuente y fundamental que los procesos de *acuerdo*— surge a partir de discusiones sobre un caso particular que nos fue descrito por un demandante que trabaja en una Unidad de Cuidados Intensivos (UCI) de un hospital municipal.¹³⁹

La UCI en cuestión tiene cuatro médicos que trabajan en turnos que raramente coinciden. En todo momento el médico presente es responsable por todas las decisiones de tratamiento. Cuando el caso surgió, todos aceptaban el principio de que cuando un tratamiento para prolongar la vida, por ejemplo asistencia respiratoria o cardíaca se había vuelto *inútil* puede detenerse y dejar morir al paciente.¹⁴⁰ La decisión de hacerlo así depende del médico a cargo. Un día, el médico a cargo decidió detener el tratamiento de un paciente particular. Lo hizo en un modo y en un momento tal que la muerte previsiblemente no ocurriría sino hasta el siguiente turno. Esto ocasionó un conflicto con los otros tres médicos,¹⁴¹ que se resolvió mediante un acuerdo explícito de que si bien detener un tratamiento *inútil* dependía de un médico individual, éste debería hacerlo, de ser posible, de un modo en que el paciente muriese en su propio turno. Esta norma local ha pasado desde entonces a los siguientes doctores, sin que ninguna de las partes originales esté todavía presente en la UCI en cuestión.

¿Cómo deberíamos interpretar tal caso? Se acerca mucho más a un *acto legislativo* que cualquier cosa que probablemente podamos encontrar en la vida diaria. ¿Pero es realmente que los involucrados crearon una nueva norma (maximizadora de

¹³⁸ Limito el análisis aquí a las normas primarias. La historia se complica aunque no se vuelve significativamente diferente si se incluyen también las normas secundarias.

¹³⁹ He cambiado algunos hechos menores en el siguiente relato para proteger la identidad del demandante y de la Unidad de Cuidados Intensivos.

¹⁴⁰ Esta norma local es similar a la norma jurídica sobre la materia. No es claro que los doctores lo supieran.

¹⁴¹ Como Sudnow (1976) ha descrito, a los médicos y enfermeras no les gusta tratar con pacientes muertos.

bienestar) totalmente nueva? Un poco de reflexión sugiere que ese no era el caso. La nueva norma surgió de un conflicto y un conflicto presupone una norma ya existente que se considera que ha sido violada por alguien. La norma tácita pero latente en este caso, creo, es la misma norma general de que si alguien hace un desorden, debe limpiarlo. Tal norma se enseña a cada niño normal por sus padres: «Está bien si quieres jugar con el Lego en el piso de la sala, pero tienes que recogerlo cuando termines».

En resumen, lo que parece haber sucedido en el caso descrito no fue la creación de una nueva norma, sino la movilización de una antigua. La poca *legislación* explícita que ocurrió no fue un acto de creación normativa sino de especificación. «Limpia cuando termines» se especificó para la situación de la UCI como «detén un tratamiento de modo que el paciente muera en tu turno (y tú tengas que hacerte cargo de los resultados)». El cambio normativo puede a menudo ser mucho menos auténticamente creativo de lo que usualmente se supone. Probablemente se parece típicamente más al cambio que ocurre en un sistema de precedentes del *common-law*, donde la gente, a través de un uso constante del material normativo del que disponen, produce *nuevas* normas, por medio de procesos de especificación (y de distinción, reconocimiento de excepciones, etc.).¹⁴²

Este caso y la conjetura que motiva sugiere que el cambio normativo es a menudo (si no siempre) un asunto de movilización de normas existentes.¹⁴³ Uno de los efectos de las normas existentes es que en la interacción social diaria generan *nuevas* normas. La continuidad entre el *derecho* y *otro control social* no es por lo tanto sólo de contenido sobrepuesto (una obviada política a menudo resaltada en el debate sobre *derecho* y *moralidad*). Ni se ha hecho justicia con la interesante idea de que el derecho y las normas no-jurídicas deberían estudiarse al estilo del derecho comparado, debido a que el razonamiento *jurídico* y el razonamiento *moral* diario son estructuralmente similares, no las cosas radicalmente diferentes que tanto los abogados como los legos suelen suponer.¹⁴⁴ Tampoco es la continuidad entre normas jurídicas y no jurídicas limitada a la idea de Hart (1961) lo que forma la base para gran parte del análisis sobre movilización en este artículo: que todo *derecho* formal se basa en un control social no *jurídico*. Además de todo esto, *existe continuidad en el proceso de cambio normativo* tal que a menudo sería una empresa equivocada e imposible intentar decir si un cambio que

¹⁴² Compárese Fallers (1969) para la aplicación a una situación de derecho consuetudinario no escrito con la propuesta de Levi (1949) de que un cambio jurídico gradual, en el contexto de un sistema estable de normas, ocurre característicamente debido a que los términos fijos en las normas están sometidos a un «sistema de clasificación en movimiento».

¹⁴³ Cfr. Eisenbert (1976) para el argumento de que el proceso legislativo formal a menudo consiste similarmente en la movilización de normas existentes.

¹⁴⁴ Véase Jutras (2001), compárese Macdonald (2002).

viene ocurriendo frente a uno es *jurídico* o *no jurídico*. Si no me hubiera convertido hace mucho por otras razones al punto de vista del pluralismo jurídico, seguramente lo hubiera hecho al comprender que las normas *jurídicas* están tan vinculadas inextricablemente con las normas *no jurídicas*, no sólo en su funcionamiento social (como he resaltado en este artículo) sino en su misma génesis.

La distancia teórica entre el funcionamiento social de las normas y la génesis social de las normas es por lo tanto más pequeña de lo que generalmente se supone. Esta conclusión lleva la cuestión al supuesto fundamental, sino más bien latente, con el que este artículo, siguiendo en este caso las huellas del instrumentalismo, comenzó. Esto es, que un enfoque sociológico de las normas jurídicas debe escoger entre referirse a ellas como una variable dependiente —buscando, eso es, explicar el cambio jurídico— y tratarlas como una variable independiente, una explicación para los efectos que tienen en la conducta. Siempre me ha parecido un asunto de higiene mental básica mantener esas dos cuestiones separadas: para mantener la mente clara sobre lo que se trata de explicar. Si las normas están, como creo ahora, en ambos lados de la ecuación explicatoria —si son una parte importante de los efectos conductuales de normas existentes— entonces es obviamente imposible mantener esa posición en general y como una cuestión de principio.

Para regresar ahora al funcionamiento social de las normas que surgen de un proceso de autorregulación de abajo hacia arriba: la hipótesis es que las normas jurídicas que se originan de este modo en los ESSA donde la conducta que regulan ocurre, tienen una oportunidad particularmente alta de ser cumplidas. Debido a que, como acabo de concluir, la emergencia de normas es a menudo en sí misma un asunto de movilización de normas existentes, las dos teorías —del funcionamiento social y de la génesis social de las normas— encajan muy bien.¹⁴⁵ Su perspectiva va de abajo hacia arriba y el proceso que buscan explicar ocurre en el contexto de los ESSA. En un sentido doble, entonces, no es el Estado el que regula la vida social, sino la sociedad la que se regula a sí misma.

8. Una teoría sociológica de las normas jurídicas

En este artículo no he dado más que una visión general preliminar sobre un enfoque sociológico a la legislación, un enfoque que parece más prometedor que el instrumentalismo. Es preliminar en el sentido que no pretende más que indicar una cantidad de elementos de lo que debe finalmente ser una teoría explicativa del cumplimiento de normas.

¹⁴⁵ Aunque no logró convencerme sobre la necesidad de esta conclusión en su momento, algunas cuestiones sobre la relación entre el funcionamiento social y la génesis social de las normas jurídicas que mi colega Rob Schwitters sembró en mi mente hace varios años, junto a la estimulación teórica de la investigación actual, han producido finalmente resultados.

Una teoría es una respuesta a una pregunta, y por tanto es de la mayor importancia teórica cómo se formula tal pregunta. El enfoque instrumentalista de la legislación, que examiné y consideré deficiente en la sección 4.1, plantea la pregunta como sigue: ¿Bajo qué condiciones una norma legislada tiene los efectos sociales propuestos? En la sección 4 hemos visto que una respuesta teórica general a esa pregunta es imposible y que el enfoque instrumentalista implica varios presusupuestos (latentes) que son sociológicamente insostenibles. El fracaso generalmente reconocido del proyecto instrumentalista se explica de ese modo.

La pregunta con la que el enfoque del funcionamiento social comienza es: ¿Bajo qué condiciones cumple la gente una norma (legislada)? La más importante afirmación de este artículo es que es posible dar una respuesta general, teórica y sociológica a tal pregunta. El argumento comienza con el supuesto de que sólo es posible brindar luz al asunto si enfocamos el modo en que las normas funcionan en la vida social desde el nivel más bajo. La idea esencial del enfoque propuesto es que el cumplimiento de normas es en sí mismo un fenómeno socialmente regulado. La mayor parte del artículo simplemente presenta los frutos de haber tratado de pensar, durante un largo período que duró años, sobre el cumplimiento de normas desde tal perspectiva.

La idea de aproximarse a la legislación en términos de su funcionamiento social genera cierto grado de orden y un mejor grado de generalidad al rango de experiencia (científica social) con la legislación. Pero en esta fase el enfoque no ofrece mucho más que un paradigma conceptual. Mientras que diversas piezas de la teoría existente han sido incorporadas al enfoque del funcionamiento social, lo presentado en este artículo no puede pretender ser una teoría explicativa que haga posible predecir y explicar el funcionamiento social de la legislación. Pocas propuestas generales verificables han sido expresadas. Lo que se ha ofrecido es sólo un estudio inicial de los factores que el enfoque sugiere que son importantes. La investigación es propuesta como un punto de partida para la formulación de proposiciones teóricas.

En la vista tomada en este artículo, una teoría del funcionamiento social de la legislación es parte de una teoría global sobre el funcionamiento de las normas jurídicas. La mayor parte del análisis sobre el funcionamiento social de la legislación es también aplicable a normas de otros orígenes (derecho casuístico, derecho consuetudinario, etc.).¹⁴⁶ Es aplicable también, *Mutatis mutandis*, a las normas *no jurídicas*.

Una teoría del funcionamiento social de las normas se convertirá en su momento

¹⁴⁶ Debido a que los contornos precisos de lo que constituye la *legislación* no son importantes para este argumento, no se ha dirigido atención directa a esa cuestión.

en simplemente parte de una teoría más comprehensiva de control social. Este contexto teórico más amplio dentro del cual la discusión es concebida me ha permitido asumir que se podrán resolver en otro lugar dos problemas teóricos. Uno de estos tiene que ver con las implicancias del hecho de que la fuente específica de una norma particular es el derecho, más particularmente, la legislación. El análisis en este artículo se limitó a dicho caso.

Un segundo problema teórico de mayor transcendencia que no intenté resolver aquí tiene que ver con la idea de *cumplir una norma*. Aunque estoy convencido de que éste es el problema teórico más oscuro y fundamental para una teoría del control social (y por lo tanto del derecho y la legislación), para propósitos presentes he asumido simplemente que la idea es conceptualmente coherente y puede operar empíricamente.

El lector puede haber comenzado a objetar, en algún momento a lo largo del argumento, el hecho de que al tratar del cumplimiento de normas el concepto de ESSA parece funcionar como una suerte de panacea, invocada en relación a prácticamente cualquier asunto que surge. No pretendo disculparme por esto. Es simplemente el resultado de poner el taller de la vida social en el centro de la atención. El concepto de ESSA no es más que una herramienta para la descripción y análisis de la organización social de esta situación social concreta. El término mismo no resuelve ningún problema teórico ni de otro tipo. Su uso frecuente refleja sólo una convicción concerniente al lugar donde se pueden encontrar las soluciones.

Un crítico anónimo de una versión previa de este artículo tuvo problemas con lo que le parecía la «sobrejuridización de la vida social» —es decir la sugerencia de que «todos los contextos se rigen por normas»—. La respuesta breve a esto es que la teoría del control social es una teoría sobre normas —en particular, sobre el cumplimiento de normas— y no pretende ofrecer una explicación que abarque toda la conducta social; y que si bien la característica definitoria de un ESSA es que produce y mantiene normas, no se asume de modo alguno que toda conducta en el taller de la vida social esté limitada por normas. Esta respuesta es correcta hasta donde llega, pero engañosa. Una de las convicciones implícitas que subyacen mi argumento es que el comportamiento social es, hasta cierto punto más lejano de lo que a menudo se reconoce, un comportamiento guiado por normas. Otros han resaltado que las normas sociales son, si se las mira de cerca, ubicuas.¹⁴⁷ Mi afirmación es menos modesta y sería deshonesto de mi parte negar que yace en el corazón de mi argumento la hipótesis de que el cumplimiento de una norma particular es, en gran medida, cuestión de otras normas vinculadas a la situación. En resumen, las críticas contienen un elemento de verdad, un llamado para la

¹⁴⁷ Que la conducta social es incomprensible a menos que se preste atención a las normas que se cumplen ha sido resaltado por autores desde diversas perspectivas. Véase e.g. Ellickson (1991), Sunstein (1996), Reisman (1999), Jutras (2001), Macdonald (2002).

investigación etnográfica y el análisis.

Y finalmente, una observación sobre un asunto que no ha sido mi principal preocupación: la utilidad del tipo de teoría que tengo en mente. Mi interés central ha sido científico, no práctico, consistente en exponer el trabajo preliminar para una teoría genuinamente *sociológica* de los efectos sociales de la legislación a través de la consideración de una pregunta fundamental: ¿Cómo y bajo qué circunstancias influye la legislación en la conducta en el taller de la vida social? Contribuir a la efectividad de la legislación no ha sido mi preocupación primordial. Pero no hay nada más práctico, como dijo Leibnitz y repitió Marx, que una buena teoría. En la medida que la teoría del funcionamiento social se refine más e incluya proposiciones explicativas verificadas, nos permitirá «conocer» bastante sobre la probabilidad de que una pieza dada de legislación —tal como la que concierne a la eutanasia— afectará la conducta de aquellos a los que se dirige, y *conocer esto antes de que la legislación sea promulgada y sin tener que realizar investigaciones empíricas largas*. Si están dispuestos a ello, los legisladores podrían usar la teoría para adaptar la legislación a los contextos sociales en donde quisieran influir en la conducta. En este sentido la teoría será, en contraste con el instrumentalismo, tanto científicamente interesante como potencialmente útil. No se debe nunca olvidar, sin embargo, la admonición de Lounsbury para «ver con profundo respeto la infinita capacidad de la mente humana para oponerse a la introducción de conocimiento útil».¹⁴⁸ Sin que, al menos como sociólogos, terminemos desanimados por ello.

9. Bibliografía

- Abel, E. 1981. "Collective protest and the meritocracy: faculty, women and sex discrimination lawsuits." *Feminist Studies* 7: 505-538.
- Adams, M. 2001. "Euthanasia: the process of legal change in Belgium: reflections on the parliamentary debate." In *Regulating Physician-Negotiated Death*, edited by A. Klijn, M. Otlowski, and Trappenburg, M., 29-47. The Hague: Elsevier bedrijfsinformatie.
- Allot, A. 1980. *The Limits of Law*. London: Butterworths.
- Anspach, R. 1993. *Deciding Who Lives: Fateful Choices in the intensive-Care Nursery*. Berkeley: University of California Press.
- Asscher-Vonk, L. and C. Groenendijk, 1999. *Gelijke behandeling: regels en realiteit*. The Hague: Sdu Uitgevers.

¹⁴⁸ Citado por F. von Benda-Beckmann (1989: 129).

- Aubert, V. 1966. "Some social functions of legislation." *Acta Sociologica* 10: 98-121.
- Benda-Beckmann, F. von. 1989. "Scape-goat and magic charm: law in development theory and practice." *Journal of Legal Pluralism* 28: 129-148.
- . 1988. "De ongrijpbaarheid van informeel recht." *Recht der Werkelijkheid* 9/1: 91-99.
- Black, D. 1976. *The Behavior of Law*. Nueva York: Academic Press.
- . 1980. "Dispute settlement by the police." *The Manners and Customs of the Police*, 109-192. Nueva York: Academic Press.
- . 1988. "The mobilization of law." *Journal of Legal Studies* 2: 125-149; reimpreso pp. 41-63 en *The Manners and Customs of the Police*. Nueva York: Academic Press, 1980.
- . 1993. "Social control as a dependent variable." *The Social Structure of Right and Wrong*, 1-26. San Diego: Academic Press.
- . 2000. "Dreams of pure sociology." *Sociological Theory* N° 18: 345-367.
- Blanckenburg, E. 1980. "Mobilisierung von Recht." *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1980 (1): 33.
- . 1995. *Mobilisierung des Rechts*. Berlín: Springer-Verlag.
- Bogert, W.A. 2002. *Consequences. The Impact of Law and its Complexity*. Toronto: University of Toronto Press.
- Bohannon, P. 1965. "The differing realms of the law." In *The Ethnography of Law*, edited by L. Nader, 33-42. *American Anthropologist* 67 (6).
- Cialdini, R., C. Kallgren y R. Reno. 1991. "A focus theory of normative conduct: a theoretical refinement and reevaluation of the role of norms in human behavior". *Advances in Experimental Social Psychology* 24: 201-234.
- Coleman, J. 1990. *Foundations of Social Theory*. Cambridge: Harvard University Press.
- Collier, J. 1976. "Political leadership and legal change in Zinacantan." *Law & Society Review* 11: 131-163.

- Davis, K. 1969. *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Urbana: University of Illinois Press.
- Doyle, D. 1978. *The Social Order of a Frontier Community. Jacksonville, Illinois 1825-70*. Urbana: University of Illinois Press.
- Edelman, L. s.f. "Constructing legalities: socio-legal fields and the endogeneity of law." In *Bending the Bars of the Iron Cage: Institutional Dynamics and Process*, edited by W. Powell and D. Jones. Chicago: University of Chicago Press.
- . 2002. "Legality and the endogeneity of law." In *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*, edited by R. Kagan, M. Krygier and K. Winston. IGS Press/Roman & Littlefield.
- Edelman, L., S. Fuller and I. Mara-Drita. 2001. "Diversity rhetoric and the managerialization of law." *American Journal of Sociology* 106: 1589-1641.
- Edelman, L., H. Erlanger and J. Lande. 1993. "Internal dispute resolution: the transformation of civil rights in the workplace." *Law & Society Review* 27:497-534.
- Edelman, L., C. Uggen and H. Erlanger. 1999. "The endogeneity of legal regulation: grievance procedures as rational myth." *American Journal of Sociology* 105: 406-454.
- Ehrlich, E. 1936 [1913]. *The Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Eisenberg, M. 1976. "Private ordering through negotiation: dispute-settlement and rulemaking." *Harvard Law Review* 89: 637-681.
- Ellickson, R. 1991. *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge MA: Harvard University Press.
- Elster, J. 1989. *The Cement of Society: A Study of Social Order*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fallers, L. 1969. *Law without Precedent: Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Busoga*. Chicago: University of Chicago Press.
- Felstiner, W., R. Abel y A. Sarat. 1981. "The emergence and transformation of disputes: Naming, blaming, claiming..." *Law & Society Review* 15: 631-654.

- Freidson, E. 1975. *Doctoring Together: A Study of Professional Social Control*. Nueva York: Elsevier.
- Fuller, L. 1964. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- . 1969. "Human interaction and the law." *American Journal of Jurisprudence* 14: 1-36.
- Galanter, M. 1974. "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change." *Law & Society Review* 9: 95-160.
- . 1981. "Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law." *Journal of Legal Pluralism* 19: 1-47.
- Garth, B. and A. Sarat. 1998. "Studying how law matters: an introduction." In *How Does Law Matter?*, edited by B. Garth and A. Sarat, 1-14. Evanston III: Northwestern University Press.
- Ginkel, R. van. 1989. "Plunderers into Planters: Zeeland oystermen and the enclosure of the marine commons." In *Dutch Dilemmas: Anthropologists Look at the Netherlands*, edited by J. Boissevain and J. Verrips, 89-105. Assen: Van Gorcum.
- Goffman, E. 1961. *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and other Inmates*. Pelican: Harmondsworth.
- Greenhouse, C. 1982. "Nature is to culture as praying is to suing: legal pluralism in an American suburb." *Journal of Legal Pluralism* 20:17-35.
- Griffiths, J. 1978. "Is law important?" *N.Y. Univ. Law. Rev.* 54: 339-374.
- . 1984a. "The division of labor in social control." In *Toward a General Theory of Social Control ('Fundamentals')*, edited by D. Black, 37-70. Orlando, Florida: Academic Press.
- . 1984b. "The general theory of litigation – a first step." *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5: 145-201.
- . 1984c. "Village justice in the Netherlands" (review of Van den Bergh 1980). *Journal of Legal Pluralism* 23: 17-42
- . 1985. "Four laws of interaction in circumstances of legal pluralism: first steps toward and explanatory theory." In *People's Law and State Law: The*

- Bellagio Papers*, edited by A. Allott and G. Woodman, 217-227. Dordrecht: Foris Publications.
- . 1986a. “What is legal pluralism?” *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55.
- . 1986b. “What do Dutch lawyers actually do in divorce cases, with special reference to custody and visitation?” *Law & Society Review* 20: 135-175.
- . 1986c. “De rechtspsychologische benadering van rechterlijk eslissingsgedrag: enkele kanttekeningen bij recent Nederlands onderzoek.” *Mens en Maatschappij* 61: 199-208.
- . 1990. “De sociale werking van rechtsregels en het emancipatoire potentiëel van wetgeving.” *Recht der Werkelijkheid* 2: 27-46
- . 1991. “Legal pluralism and the social working of law.” In *Coherence and Conflicts Concerning the Law*, edited by A. Soeteman. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wlink.
- . 1995a. “Legal pluralism and the theory of legislation – with special reference to the regulation of euthanasia.” In *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, edited by H. Zahle and H. Petersen. Aldershot: Dartmouth Pub. Co.
- . 1995b. “Normative and ‘rational choice’ accounts of human social behavior.” *European Journal of Law and Economics* 2: 285-299.
- . 1996. “De sociale werking van recht.” In *De sociale woking van recht*, edited by J. Griffiths, 469-513. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- . 1999a. “Legal knowledge and the social working of law: the case of euthanasia.” In *Semiotics and Legislation*, edited by H. van Schooten, 81-108. Liverpool: Deborah Charles Publications.
- . 1999b. “The social working of anti-discrimination law.” In *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, edited by T. Loenen and P. R. Rodrigues, 313-330. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.
- . 2000. “Self-regulation by the Dutch medical profession of medical behavior that potentially shortens life.” In *Regulating Morality*, edited by H. Krabbendam and H.M. Napel, 173-190. Antwerpen: Maklu.

- Griffiths, J., A. Bood and H. Weyers. 1998. *Euthanasia and Law in the Netherlands*. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Grönfors, M. 1986. "Social feuding and law in the Finnish gypsy community: blood feuding as a system of justice." *Journal of Legal Pluralism* 24: 101-125.
- Gusfield, J. 1963. *Symbolic Crusade. Status Politics and the American Temperance Movement*. Urbana: University of Illinois Press.
- Hart, H. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Hawkins, K. 1984. *Environment and Enforcement. Regulation and the Social Definition of Pollution*. Oxford: Clarendon Press.
- Hirschi, T. 1969. *The Causes of Delinquency*. Berkeley: University of California Press.
- Holleman, J. 1973. "Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law and legal reform." *Law & Society Review* 7: 585-609.
- Homans, G. 1951. *The Human Group*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Honoré T. 1987. *Making Law Bind*. Oxford: Clarendon Press.
- Hyde, A. 1983. "The concept of legitimacy in the sociology of law." *Wisconsin Law Review* 1983: 379-426.
- Jackson, B. 1996. *Making Sense in Law*. Liverpool: Deborah Charles Publications.
- Jacobs, J. 1961. *The Death and Life of Great American Cities*. Nueva York: Random House.
- Jong, L. 1974, 1975, 1976. *Het Koninkrijk der Nederlanden in de Tweede Wereldoorlog*, vols. 5, 6 and 7.
- Jutras, D. 2001. "The legal dimensions of everyday life." *Canadian Journal of Law and Society* 16: 45-65.
- Kagan, R. 1978. *Regulatory Justice: Implementing a Wage-Price Freeze*. New York: Russell Sage.
- . 1989. "Understanding regulatory enforcement." *Law and Policy* 11: 89-119.

- Kagan, R. and J. Skolnick. 1993. "Banning smoking: compliance without enforcement." In *Smoking Policy: Law, Politics and Culture*, edited by R. Rubin and S.D. Sugarman. Oxford: Oxford University Press.
- Kapteyn, P. 1980. *Taboe, macht en moraal in Nederland*. Amsterdam: De Arbeiderspers.
- Kidder, R. 1979. "Toward an integrated theory of imposed law." In *The Imposition of Law*, edited by S.B. Burman and B.E. Harrell-Bond, 289-306. New York: Academic Press.
- Klijn, A. 2001. "Will doctors behavior be more accountable under the new Dutch regime? Reporting and consultation as forms of legal control." In *Regulating Physician-Negotiated Death*, edited by A. Klijn, M. Otlowski and M. Trappenburg, 157-178. The Hague: Elsevier bedrijfsinformatie bbv.
- Levi, E. 1949. *An Introduction to Legal Reasoning*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lipsky, M. 1980. *Street-Level Bureaucracy – Dilemmas of the Individual in Public Services*. Nueva York: Russell Sage Foundation.
- Macaulay, S. 1963. "Non-contractual relations in business: a preliminary study." *Law & Society Review* 28: 55-67.
- . 1979. "Lawyers and consumer protection laws." *Law & Society Review* 14: 115-171.
- . 1995. "Crime and custom in business society." *Journal of Law and Society* 22: 248-258.
- Macdonald, R. 2002. Website of the Law Commission of Canada: <http://www.lcc.gc.ca>, retrieved: August 5th, 2002.
- Massell, G. 1968. "Law as an instrument of revolutionary change in a traditional milieu: the case of Soviet Central Asia." *Law & Society Review* 2: 179-228.
- Mayhew, L. 1968. *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission against Discrimination*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- McEvoy, A. 1986. *The Fisherman's Problem. Ecology and Law in the California Firsheries, 1850-1980*. Cambridge: Cambridge University Press.

- McKay, B. and J. Acheson. 1987. *The Question of the Commons. The Culture and Ecology of Communal Resources*. Tucson: University of Arizona Press.
- Merry, S. 1990. *Getting Justice and Getting Even. Legal Consciousness among Working-Class Americans*. Chicago: University of Chicago Press.
- Moore, S. 1973. "Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study." *Law & Society Review* 7: 719-746.
- . 1998. "Changing African land tenure: reflections on the incapacities of the state." *European Journal of Development Research* 10: 33-49.
- Mortier, F. and L. Deliens. 2001. "The prospects of effective legal control of euthanasia in Belgium: implications of recent end-of-life studies." In *Regulating Physician-negotiated Death*, edited by A. Klijn, M. Otlowski y M. Trappenburg, 179-194. The Hague: Elsevier bedrijfsinformatie bv.
- Myrdal, G. 1970. *The Challenge of World Poverty*. London: Allen Lane The Penguin Press.
- Nowenstein, G. 2003. "The non-application of the law of presumed consent to organ donation in French hospitals. A study of the failure of an attempt to modify behaviour by law." Unpublished paper delivered to the MBPSL research group, Department of Legal Theory, University of Groningen, 11 June 2003.
- Oden, P. 1993. *Voorkeursbeleid op lokaal niveau. Een rechtssociologisch onderzoek naar de sociale werking van maatregelen ter verbetering van de arbeidspositie van vrouwen bij de gemeentelijke overhead*. Groningen: Wolters-Noordhoff.
- Otlowski, M. 1997. *Voluntary Euthanasia and the Common Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Outshoorn, J. 1986. *De politieke strijd rondom de abortuswetgeving in Nederland*. The Hague: VUGA.
- Pozen, R. 1976. *Legal Choices for State Enterprises in the Third World*. New York: New York University Press.
- Pressman, J. and A. Wildavsky. 1973. *Implementation. How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland*. Berkeley: University of California Press.

- Reisman, M. 1999. *Law in Brief Encounters*. New Haven: Yale University Press.
- Scheingold, S. 1974. *The Politics of Rights*. New Haven: Yale University Press.
- Schwartz, R. 1954. "Social factors in the development of legal control: a study case study of two Israeli settlements." *Yale Law Journal* 63: 471-491.
- Scott, J. 1998. *Seeing Like a State. How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. New Haven: Yale University Press.
- Scott, J.F. 1971. *Internalization of Norms: A Sociological Theory of Moral Commitment*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall
- Snell, M. 1979. "The Equal Pay and Sex Discrimination Acts: their impact in the work-place." *Feminist Review* 1979/1: 37-57.
- Strijbosch, F. 1985. "The concept of *pela* and its social significance in the community of Moluccan immigrants in the Netherlands." *Journal of Legal Pluralism* 23: 177-208.
- Sudnow, D. 1976. *Passing On: The Social Organization of Dying*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Sunstein, C. 1996. "Social norms and social roles." *Columbia Law Review* 96: 903-968.
- Summer, W. 1906. *Folkways. A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores and Morals*. Boston: Ginn and Company.
- Sykes, G. 1958. *The Society of Captives*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Taale, T. and J. Griffiths. 1995. *The Role of Law in the Protection of the Tropical Forest in Ecuador's Amazonian Region*. Groningen: Faculty of Law, University of Groningen.
- Todd, H. 1978. "Litigious marginals: character and disputing in a Bavarian village." In *The Disputing Process – Law in Ten Societies*, edited by L. Nader and H.F. Todd, 86-121. New York: Columbia University Press.
- Verkruisen, G. 1993. *Dissatisfied Patients: Their Experiences, Interpretations and Actions*. Thesis, University of Groningen.
- Verkruyten, M. et al. 1994. "Rules for breaking formal rules: social representations and everyday rule-governed behavior." *Journal of Psychology* 128: 485-497.

- Vezzoni, C. and J. Griffiths. 2001. *A Comparative Study of the Legal Status and Social Practice of Advance Directives*. First Interim Report. Groningen: Faculty of Law, Department of Legal Theory
- Vries, P. de. 1949. *Geschiedenis van het verzt der arts in Nederland*. Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon.
- Weyer, H. 2001. "Euthanasia: The process of legal change in the Netherlands; the making of the requirements of careful practice." In *Regulating Physician-Negotiated Death*, edited by A. Klijn, M. Otlowski and M. Trappenburg. 11-27, The Hague: Elsevier bedrijfsinformatie.
- Woodman, G. 1983. "The limits of The Limits of Law." *Journal of Legal Pluralism* 21: 129-146.
- Yngvesson, B. 1976. "Responses to grievance behavior: extended cases in a fishing community." *American Ethnologist* 3: 353-373.

El concepto de pluralismo jurídico: debates sobre su significado y alcance*

Anne Griffiths

1. Introducción

El pluralismo jurídico ha motivado un enorme debate sobre el significado y alcance del concepto de *derecho* en los campos de la Sociología, Antropología, y la Teoría del Derecho. Son muy variadas las perspectivas sobre el derecho que abarca el pluralismo jurídico —y a menudo están en disputa—, desde el reconocimiento de diversos órdenes jurídicos dentro del Estado-nación hasta un concepto de derecho más abierto cuya validez no requiere necesariamente de reconocimiento. Este último concepto puede aparecer siempre que dos o más sistemas jurídicos existan en el mismo espacio social.

Ambas perspectivas oscilan en un espectro continuo que varía según el grado de centralidad que se brinde al derecho estatal. Así, para la primera postura, el derecho estatal define las condiciones bajo las cuales puede existir el pluralismo jurídico. Por otro lado, el lugar central queda desplazado en la segunda posición pues se reconoce que el derecho estatal es solo uno entre muchos elementos que motivan una situación de pluralismo jurídico. Estas diferencias en la escala y proyección del pluralismo jurídico derivan de distintos puntos de vista que, en cierta medida, dependen de los objetivos para los que se evocan sus conceptos. En ciertos casos, se le invoca para lidiar con planteamientos ideológicos sobre el derecho, en otros para promover una teoría científico-social y descriptiva del derecho basada en información empírica, uno de cuyos sellos distintivos ha sido la producción de una enorme, diversa y rica etnografía desarrollada a partir de los trabajos de campo. De algún modo, ambos enfoques son resultado de diferentes factores históricos,

* **Texto original:** Griffiths, A. 2002. «Legal Pluralism». En *An Introduction to Law and Social Theory*, editado por R. Banakar y M. Travers, 289-310. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2002, pp. 289-310.

económicos y políticos que se unieron para crear varios lugares de estudio a través del tiempo y espacio.

Al margen del enfoque que se adopte, el pluralismo jurídico plantea serias preguntas sobre el poder —dónde se ubica, cómo se constituye, qué formas asume— motivando un análisis más sofisticado y finamente sintonizado de las continuidades, transformaciones y cambios en la sociedad. Estas cuestiones —que han llamado la atención de diversos juristas y científicos sociales— son especialmente pertinentes si consideramos los desafíos que presenta la globalización y el lugar que en esta ocupan las comunidades locales cuando tratan con «los flujos acelerados de diversas mercancías, gente, capital, tecnologías, comunicaciones, imágenes y conocimiento a través de las fronteras nacionales» (Long 1996: 37).

Por cuestiones de espacio, no es posible presentar en este artículo un panorama exhaustivo del pluralismo jurídico y sus muchas transformaciones. En su lugar, resaltaré algunos de los principales enfoques que han generado debate sobre el significado y alcance de este concepto.¹

El término *pluralismo jurídico* es de origen relativamente reciente, generalmente atribuido a una colección de artículos publicados por Gilissen en 1971 titulado *Le Pluralisme Juridique*. Desde entonces, John Griffiths (1986) ha movilizado buena parte del debate en torno a lo considera dos enfoques diferentes del pluralismo jurídico: uno vinculado al pluralismo *débil*, *legalista* o *clásico* —asociado con la perspectiva de los abogados—, y el otro vinculado a un pluralismo jurídico *fuerte*, *profundo* o *nuevo* —asociado a una visión desde las ciencias sociales—. Para Griffiths, cuyo objetivo es establecer «una concepción descriptiva del pluralismo jurídico» (1986: 1) con fines comparados, la clave radica en la perspectiva de las ciencias sociales, que entiende al derecho como un estado empírico de problemas. Esto lo conduce a definir el pluralismo jurídico como «la situación, para cualquier espacio social, en el que ocurren comportamientos conforme a más de un orden jurídico» (1986: 2).

2. El pluralismo jurídico débil, legalista o clásico

En buena medida, los trabajos iniciales asociados con el pluralismo jurídico débil, legalista o clásico se preocupan por el derecho indígena, al que representan como

¹ Para obtener un panorama de este campo véase Vanderliden (1970, 1989), Galanter (1981), J. Griffiths (1986), A. Griffiths (1997), Merry (1988), F. Benda-Beckmann (1988), K. Benda-Beckmann y Strijbosch (1986), Allott y Woodman (1985), Greenhouse (1998), Greenhouse y Strijbosch (1993), Woodman (1985, 1998), Rouland (1994), Belley (1993), Tie (1999), Sheleff (2000).

un contrapunto al derecho europeo o de estilo occidental.² El interés en esta materia derivó de una combinación de búsquedas intelectuales y pragmáticas.

A partir de la época de la Ilustración surgió un interés por rastrear la evolución del desarrollo humano en el cual el derecho cumplió un rol central pues se asumía que representaba la racionalidad frente a otras formas de orden creadas, por ejemplo, a partir del interés personal o la fuerza. Así, el derecho se convirtió en indicador de que una sociedad era *civilizada*, pasando a marcar la transición para la humanidad y la sociedad desde un estado de existencia irracional a otro racional. Al trazar este progreso, que se concebía en términos universales, el derecho llegó a ser clave porque ofrecía el rasgo predominante para distinguir las denominadas sociedades primitivas de las más civilizadas. Considerando las hipótesis evolucionistas y universales que subyacían a tal visión del desarrollo humano, fue necesario comprometerse con la investigación comparada para examinar el derecho en otras sociedades. Tanto los antropólogos como los abogados decidieron afrontar el desafío —aunque nadie tanto como Sir Henry Maine (1861 [1965]), considerado ejemplo y estímulo detrás de esta búsqueda universal por el derecho—.

Por otro lado, el desarrollo y crecimiento de los Estados-nación en Europa estaba alcanzando su cénit, marcado por la adquisición de colonias que debían gobernarse. La regulación tomó forma de derecho —sea bajo el gobierno directo o indirecto— que, como ha señalado Chanock (1985: 4) entre otros, era lo más avanzado del colonialismo en sus intentos por controlar y gobernar sus colonias mientras provocaban su transformación.

En ese contexto, si bien el derecho occidental o europeo se impuso a la población colonizada, también se reconoció que este era inapropiado en ciertos casos, por ejemplo, para regular la vida familiar de personas subrogadas por lo que tales casos debían dejarse al derecho local, consuetudinario o indígena de dicho grupo. Por ello, fue necesario estudiar tales formas de derecho para lograr su incorporación en el marco del Estado colonial. Es decir, se consideraba que el derecho local, consuetudinario o indígena era una forma de derecho *distinta* y separada del derecho occidental.

Bajo este modelo de pluralismo jurídico, el Estado define los parámetros que marcan los territorios de los sistemas jurídicos dentro de su dominio —como el derecho consuetudinario o el islámico— graficándolos como esferas separadas y autónomas. Un ejemplo importante de este tipo de pluralismo es planteado por Hooker (1975) quien explora sistemas jurídicos plurales en Asia, África y el Medio

² A qué denominar derecho aparte del estatal, ha sido un tema que ha generado enorme debate. Se propusieron términos como derecho local, nativo, consuetudinario, informal, del pueblo o derecho indígena, pero se ha remarcado que no hay una caracterización que de manera consistente siga y suponga distinción entre el derecho estatal y el nativo. Para un análisis de esta cuestión véase Allot y Woodman (1985: 13-20).

Oriente y define el pluralismo jurídico como las circunstancias «en el mundo contemporáneo que resultaron de la transferencia de sistemas jurídicos completos a través de límites culturales» (1975: 1).

3. Críticas a este modelo

Muchos han rechazado el modelo de pluralismo jurídico delineado en la sección anterior porque refleja un centralismo legal o un modelo formalista de derecho. Es demasiado estatista en su concepción del derecho, lo que tiene consecuencias en cómo lo percibimos. Bajo dicho modelo la autoridad se centraliza en la forma del Estado, representado a través del gobierno, cuya manifestación más visible es la legislatura. El derecho formaba parte de este proceso de gobierno pero separado de otras agencias estatales, y contaba con sus propias instituciones específicas como los tribunales o el personal jurídico que requería una preparación especializada. Se entendía que la autoridad del derecho derivaba del Estado y se incrementaba al volverse parte del proceso de gobierno. Esta autoridad, en su nivel más básico, se sostenía a través del poder de imponer o ejecutar sanciones.

Al mantenerse asociado al gobierno, el derecho tenía al mismo tiempo capacidad para desarrollar una relativa autonomía tanto frente al Estado como frente a la sociedad a través de la existencia de sus propias instituciones, que abordaban exclusivamente asuntos legales. La actividad jurídica se separó de otras formas de actividad social y religiosa, no solo en términos de instituciones, sino también a través del lenguaje que acompañó este desarrollo, lo que reforzó la necesidad de personal especializado. De este modo el derecho se estableció como un sistema de autovalidación cuya validez, autoridad y legitimidad ya no descansaba en alguna fuente externa como la moralidad o religión, sino en fuentes internas autorreferenciales para su regulación y perpetuación. Estas fuentes incluían textos escritos plasmados en normas y jurisprudencia, los que adquirirían reconocimiento y derivaban su autoridad a través de los ámbitos institucionales que les daban lugar, específicamente los parlamentos y tribunales, así como el personal, jueces y abogados, que son instrumentales en su creación.

Las normas generadas por estas fuentes se consideran *jurídicas* y se distinguen de las creadas por otras fuentes —como las normas morales o religiosas (que pueden extraerse de la sociedad en general)— y dentro del ámbito jurídico no solo adquieren primacía sobre tales otras normas, sino que además se emplean para definir los parámetros de discusión y para determinar los resultados.

En resumen, las características de este modelo son que promueve una visión uniforme del derecho y su relación con el Estado (J. Griffiths 1986: 3), que ubica al derecho en el centro del universo social y que respalda prescripciones normativas para la interpretación de la sociedad. En este modelo las normas jurídicas se

separan de, y se privilegian sobre, las normas sociales³ y se emplean para determinar los resultados cuando surgen conflictos (Roberts 1979: 20, Comaroff y Roberts 1981: 5). Así, el *derecho* se reduce a un marco particular que lo separa de la vida social y que promueve una imagen de *autonomía* que se usa para mantener su poder y autoridad sobre las relaciones sociales en general, y de ese modo sostiene una noción de jerarquía dentro de su propio dominio. El poder generalizado de este modelo formalista de derecho o del centralismo legal es tal que se puede afirmar que todos los estudios jurídicos se encuentran bajo su sombra (Galanter 1981: 1, J. Griffiths 1986: 2).

No obstante, este modelo de derecho ha recibido muchas críticas. Esto plantea cuestiones particulares para el estudio del pluralismo jurídico, varias de las cuales forman parte de los debates transcurridos por siglos sobre el significado mismo del derecho. A continuación analizaré algunas críticas específicas.

La universalidad del derecho a través del tiempo y espacio

Bajo este modelo el derecho se descontextualiza al presentarse como universal a través del tiempo y el espacio. Así, no solo pretende explicar el derecho en el tiempo sino también marcar su presencia por todo el globo en momentos particulares de la historia. Tal enfoque es esencialista o reduccionista por naturaleza pues eleva un modelo particular de derecho desarrollado en un período histórico particular al nivel de un paradigma rector que brinda el marco para ubicar el derecho en todos los lugares y tiempos. Si bien ha recibido críticas incluso dentro de su propio dominio —véase más adelante el debate sobre el pluralismo jurídico fuerte—, es todavía más problemático cuando se le emplea con fines comparados pues se asume con autoridad para determinar qué debe considerarse derecho y excluir aquellas explicaciones que no cumplen sus criterios.

Poder estatal para reconocer, legitimar y validar el derecho

Este poder excluyente de clasificación condujo a Evans-Pritchard (1940: 162), que trabajaba entre los Nuer en Sudán del Sur, a observar que con estos criterios dicho pueblo no tendría derecho. La insatisfacción que ocasionaba etiquetar como *primitivas* o *sin derecho* a sociedades que no se adecuaban al modelo centralista, motivó que algunos antropólogos, incluyendo a Gluckman (1955a y b), Bohannan (1957) y Pospisil (1958) cambiasen su enfoque hacia el estudio de las disputas. La ventaja de este cambio fue que inmediatamente expandió el campo de investigación pues, al enfatizar las disputas, ya no se necesitaba ubicar los estudios jurídicos en fuentes e instituciones particulares. Adquirió mayor importancia definir el derecho no en términos de forma, sino de sustancia, lo que mostraba cómo se establecía y mantenía el orden dentro de la sociedad. Esto se reflejaba a

³ Roberts (1979: 25), Galanter (1981: 20).

través de cómo las sociedades manejaban el conflicto en las disputas. La preocupación por definir el derecho de manera transcultural también condujo a varios investigadores en una etapa posterior a rechazar el empleo del término derecho por sus connotaciones etnocéntricas y localistas, prefiriendo el uso de los conflictos y procesos de orden como marco para el análisis comparado (Abel 1973a, Comaroff y Roberts 1981). Muchos de estos estudios adoptaron un enfoque etnográfico, realizando trabajo de campo intenso y enfocándose en microestudios locales y específicos para proporcionar lo que Clifford Geertz denomina «la descripción densa» de análisis (1973). De este modo plantearon un contrapunto a los análisis del derecho basados en la teoría jurídica abstracta y dieron voz a múltiples formas en que la gente afrontaba posiciones de dominación y subordinación, exclusión de los campos jurídicos formales, o negociaciones alrededor de su acceso al derecho y su uso. También marcaron un alejamiento más general —en el estudio del derecho— de los análisis de normas y marcos institucionales para pasar a perspectivas más orientadas hacia el actor y el estudio de procesos *dinámicos* (Nader e Yngvesson 1973, Comaroff y Roberts 1981, A. Griffiths 1997).

Sin embargo, el estudio de los conflictos y su enfoque más inclusivo —que dominaron la antropología varias décadas— tampoco estuvieron libres de críticas debido a que:

- La naturaleza y presentación ahistórica de muchos estudios de conflictos,⁴ la necesidad de expandir el concepto de manejo de conflictos para que abarque el procesamiento de conflictos y el método de estudio de caso extendido.⁵
- La necesidad de estudiar casos con y sin problemas,⁶ y por tanto la necesidad de combinar el estudio del orden en la vida cotidiana con el estudio de los conflictos.⁷ Esto condujo a que varios investigadores descubriesen las limitaciones de método de estudio de caso y reorientasen su trabajo hacia la relevancia de normas e instituciones jurídicas fuera de los procesos de manejo de conflictos.
- El descuido en varios estudios, hasta inicios de los setenta, sobre la influencia que recibieron muchas de las sociedades investigadas al haber sido incorporadas como colonias y anexadas a economías más amplias;⁸ también problemas por adoptar acríticamente el conflicto como unidad de análisis, pues eso «simplemente reemplaza un problema con otro».⁹

⁴ Snyder (1981a: 143), Cain y Kulcsar (1982: 376).

⁵ Gulliver (1963), Velsen (1967), Gluckman (1973), Abel (1973b), Nader y Todd (1978).

⁶ Llewellyn y Hoebel (1941), Holleman (1973).

⁷ Roberts 1979), Comaroff y Roberts (1981).

⁸ Snyder (1980, 1981a y 1981b), Fitzpatrick (1984a, 1984b y 1985).

⁹ Cain y Kulcsar (1982: 397), A. Griffiths (1997: 32).

Una razón para adoptar un enfoque etnográfico para el derecho fue proporcionar un contrapunto a los análisis basados en teorías jurídicas abstractas, comprometiéndose con el estudio de las experiencias vividas, concretas y específicas de la gente con el derecho. Pero si bien la etnografía puede proporcionar otra perspectiva sobre el derecho que difiere de las basadas en teorías jurídicas abstractas también ha sido criticada por su pretensión de conocimiento y representación. Así, Clifford y Marcus (1986), así como Marcus y Fischer (1989) entre otros, han cuestionado cómo los antropólogos construyen los textos antropológicos para establecer su «autoridad etnográfica». Por otro lado, Wilmsen ha criticado la práctica de la etnografía pues, en su opinión, extrae partes seleccionadas de contextos sociales de su formación social resultando también a menudo en una forma de esencialismo cultural (1989). Por su parte, las intelectuales feministas han cuestionado lo que consideran la dominación de la autoridad masculina en la construcción del conocimiento, mientras que las juristas feministas criticaron mucho tiempo que el discurso jurídico convencional no tomaba en cuenta adecuadamente en su análisis del derecho las voces, prácticas y experiencias de las mujeres.¹⁰

Todos los problemas asociados con la forma débil, legalista o clásica del pluralismo jurídico regresan a la cuestión del poder, es decir, el poder define al derecho, para aplicarlo y usarlo. En otras palabras, para conceder autoridad, legitimidad y validez a los reclamos hechos por los miembros de una sociedad (o lo opuesto). Collier y Starr rechazan el concepto de pluralismo jurídico porque, en su opinión, no considera adecuadamente las relaciones de poder que atañen a los sistemas jurídicos y sus relaciones entre sí, tratándolos como si tuvieran igual peso cuando, en realidad, eso casi nunca ocurre (1989). Si bien se puede acusar de esto a la forma débil, clásica o legalista del pluralismo jurídico, no es válido necesariamente para el pluralismo jurídico fuerte, profundo o nuevo comentado anteriormente.

Las demandas de integridad, coherencia y uniformidad del derecho estatal

Al promover que solo el derecho estatal sea considerado propiamente derecho, y por tanto excluir que otras formas de ordenamiento caigan en su definición, el modelo formalista/centralista realiza planteamientos sobre la integridad, coherencia y uniformidad del derecho estatal. Si bien los pluralistas jurídicos han cuestionado sus planteamientos ideológicos sobre la exclusividad del derecho estatal esto se logró, como señala Woodman, mediante referencias a la existencia y características del derecho no estatal (1998: 51). Pero, en su opinión, al concentrarse en los cuestionamientos planteados se ha tendido a aceptar implícitamente la integridad del derecho estatal y las demandas hechas al respecto (además de la exclusividad).

¹⁰ Lacey (1992), Smart (1992, 1995), Mackinnon (1983, 1987), Fineman (1983, 1991), White (1991), Minow (1986).

No obstante, sostiene que «existe evidencia sólida de que las leyes estatales: a) no son sistemas lógicos consistentes internamente, y b) no están claramente delimitadas o diferenciadas de otros órdenes normativos sociales» (1998: 51). Sin embargo resalta lo observado por Merry sobre que los modos en que otros órdenes normativos dan forma al derecho estatal están «especialmente no estudiados» (Merry 1988: 884).

Woodman plantea reconocer el pluralismo jurídico estatal, apuntando a la investigación realizada por ciertos autores bajo el rótulo de *Policentralidad del derecho*,¹¹ que busca estudiar el uso de fuentes del derecho en diferentes sectores de la administración estatal en los países nórdicos. Este tipo de investigación, al reconocer el uso de diferentes fuentes del derecho, admite la posibilidad de conflicto entre diferentes sectores estatales sobre el grado de autoridad otorgado a las distintas fuentes y la posibilidad de incompatibilidad. Sin embargo, como Woodman (1998: 47) señala, no queda claro si esta investigación «ha revelado contradicciones incompatibles entre la observancia de las fuentes del derecho, o entre normas que reclaman regular el comportamiento social».

Para Woodman, el estudio del pluralismo jurídico debe incluir el pluralismo dentro del derecho estatal. Plantea una etnografía del derecho estatal que examine su pluralidad y diversidad dentro de los espacios jurídicos, considerando la variación en modos que puedan promover una mejor comprensión de cómo trabaja el derecho, por ejemplo mostrando cómo un término como el derecho consuetudinario puede variar en su contenido y aplicación según lo aplica la población local como parte de su derecho vivo, o como algo distinto a lo que los abogados y los tribunales reconocen como derecho consuetudinario (Woodman 1985).

Sin embargo, para John Griffiths no es posible la noción de pluralismo jurídico estatal y, por ello, considera que el tipo de pluralismo jurídico graficado por Hooker no es más que una expresión de la doctrina legal que forma parte de los planteamientos ideológicos estatales sobre el derecho. Griffiths sostiene que las categorías de Hooker sobre el derecho estatal se basan en un análisis conceptual del derecho, derivado de evidencia documental de las normas formales del derecho estatal, más que de hechos sociales o empíricos que fundamenten su teoría del pluralismo jurídico. Esto se debe a que, para Griffiths, el derecho estatal representa solo un orden jurídico singular, por lo cual el pluralismo jurídico solo puede predicarse donde coexisten el derecho estatal y el no estatal, ya que su definición de pluralismo jurídico se centra en el reconocimiento del derecho no estatal. Así, lo que otros consideran pluralismo jurídico estatal, para Griffiths es apenas un ejemplo de diversidad jurídica o de falta de uniformidad del derecho dentro de un orden jurídico singular.

¹¹ Petersen y Zahle (1995).

Sin embargo, Woodman resalta un aspecto importante del derecho estatal que John Griffiths ignora: su importancia y poder como hecho social. Woodman sostiene que el derecho estatal no debe caracterizarse solo como doctrina, sino considerarse que tiene realidad en el mundo social que habita. Por tanto las normas contenidas en un derecho estatal operativo son hechos sociales así como doctrina. Este aspecto del derecho estatal es comparable con el derecho no estatal y puede emplearse para formular el tipo de mirada que un modelo de derecho centralista/formalista negaría y que puede, por ejemplo, explicar las diferencias entre el derecho nativo y el derecho consuetudinario formulado por abogados (Woodman 1985). Tal enfoque, que trata al derecho estatal como hecho social, tiene la ventaja de debilitar el poder ideológico del modelo centralista/formalista, al volver borrosos los límites entre el derecho estatal y el no estatal sobre los que depende tal modelo. Si bien John Griffiths también busca debilitar el poder de este modelo lo hace en el contexto de mantener una clara separación entre derecho estatal y no estatal que plantee cuestiones sobre si existe una diferencia fundamental entre el derecho estatal y el no estatal y entre el derecho no estatal y otros elementos de ordenamiento social. Abordaré estas cuestiones más adelante, en la sección sobre pluralismo jurídico fuerte.

4. Repensar el derecho: perspectivas transnacional y global

Asumir al Estado como referente principal para analizar el derecho resulta también problemático en esta época pues el derecho y las instituciones jurídicas ahora cruzan las fronteras locales, regionales y nacionales y lo *local* está incrustado en, y es modelado por, redes de poder y de información regionales, nacionales e internacionales. Estas relaciones entrecruzadas, transversales y dialécticas pueden considerarse producto de la globalización, que en términos de Twining son «aquellos procesos que tienden a crear y consolidar una economía mundial unificada, un sistema ecológico único y una red compleja de comunicaciones que cubren el globo entero, incluso si no penetra cada parte de este» (2000: 4). En este contexto, el poder de las formas transnacionales de derecho y ordenamiento derivadas de fuentes tan diversas —como la Unión Europea, la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y los movimientos religiosos— normalmente es ignorada o mal explicada bajo una concepción estatista/centralista del derecho.

Un campo donde las redes complejas de comunicación han impactado en la gobernanza estatal es el de los derechos humanos. Como observa Merry «los grupos indígenas a menudo se definen a sí mismos en términos desarrollados por el movimiento global de derechos de los pueblos indígenas y las disposiciones del derecho estatal» (2000: 127). Tales grupos, al plantear demandas para retener sus derechos de tierras y/o aguas, se ven forzados por el derecho a afirmar su

distintividad cultural (al margen de que ello sea un rasgo dominante para el grupo mismo) para que sus pedidos tengan éxito. En este sentido «las disposiciones legales de la nación en la que vive una comunidad indígena específica así como las del orden internacional afectan cómo se presenta a sí misma y los tipos de identidades que asume» (Merry 2000: 127). Esta perspectiva es importante, pues contradice otra mirada que simplemente los trataría como «tradicionales» y permite reconocer «adaptaciones recientes a los cambiantes marcos de poder y significado —nacionales y globales— en los que vive la comunidad» (Merry 2000: 127).

Diversos grupos de mujeres dentro de los Estados-nación también se han movilizado en torno de las convenciones internacionales, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), para cuestionar normas estatales que han tenido un impacto adverso en ellas y sus hijos. Un ejemplo notable es el caso de Unity Dow en Botsuana, quien planteó una demanda constitucional contra las leyes que impedían que los hijos de mujeres botsuanas casadas con extranjeros adquiriesen la ciudadanía, pero sí la concedían a los hijos de los botsuanos casados con extranjeras, y a los de mujeres botsuana no casadas aunque el padre fuese extranjero. Al presentar este caso, Unity Dow recibió un fuerte respaldo de grupos feministas botsuanos, como *Emang Basadi* (Mujeres de pie), y de otras redes internacionales de derechos humanos, como el *Urban Morgan Institute for Human Rights*, y *University of Cincinnati College of Law*, los que interpusieron *Amicus Curiae* ante la Corte Superior en Botsuana para apoyarla.¹²

En relación al desarrollo económico y la cooperación internacional, ha habido un cambio en la política de brindar ayuda directamente a los gobiernos de parte de agencias multilaterales y Estados donantes, redireccionando los fondos de inversión y desarrollo hacia organizaciones privadas. Una importante consecuencia de esta política ha sido la proliferación de organizaciones no gubernamentales (ONG) que proveen diversos servicios como educación, cuidado de salud, desarrollo de pequeñas empresas, gestión de recursos y monitoreo de derechos humanos. Existe una gran variedad de estas ONG, desde algunas con presupuestos multimillonarios que operan en varios continentes, hasta agencias que representan intereses comerciales, alianzas de organizaciones de base, o grupos locales culturales o religiosos. Si bien son muy distintas en tamaño, componentes organizacionales, fuentes de financiamiento y su relación con el Estado, es claro que al margen de su composición particular:

Las ONG locales y transnacionales pueden también operar a nivel global, formando alianzas con compañías privadas u otras ONG para facilitar el intercambio de ideas e información, mediación entre intereses comerciales y preocupaciones humanitarias, y organizaciones influyentes como la ONU

¹² Para mayores detalles véase A. Griffiths (2001: 117-119).

en cuestiones como el empoderamiento de las mujeres y la preservación del medio ambiente. (Leve y Karim 2001: 53)

Es claro que el rol del Estado debe reexaminarse en el contexto de esta intersección de desarrollo, capital transnacional, sociedad civil, actores no gubernamentales y Estados. Por tanto los Estados-nación ya no pueden ser tratados como entidades jurídicas separadas que se pueden estudiar en aislamiento interno o externo.

Para algunos autores estas formas transnacionales de orden marcan una «desvinculación del derecho y el Estado»,¹³ mientras que para otros, como Sassen (1999), el énfasis recae no tanto en la desvinculación sino en reconcebir o reimaginar el rol del Estado en modos que contradigan su adhesión a nociones de soberanía y territorialidad. Esto es necesario pues, como observa Sassen, «la economía global de hoy plantea un desafío porque trasciende la autoridad del Estado nacional a la vez que se implanta al menos en parte en territorios e instituciones nacionales» (1999: 1). Tal desafío existe porque los marcos metodológicos y conceptuales que emplean los científicos sociales tienden a ver lo nacional y no nacional como zonas mutuamente excluyentes y porque «asumir implícita o explícitamente que el Estado-nación contiene los procesos sociales y la implícita correspondencia entre territorio nacional y territorialidad exclusiva nacional (la envoltura institucional de ese territorio)» (Sassen 1999: 1).

Por ello se requiere otra perspectiva sobre la relación entre los dominios local, regional, nacional y global, y su relación con el derecho, que supere una «noción anquilosada de cultura y los maniqueísmos que esta resalta» (Abu-Lughod 1998: 17).

Tal perspectiva implica examinar cómo opera el poder en diferentes lugares, cómo se transforma, y explorar los modos complejos en que «las formas locales de conocimiento y organización se re trabajan constantemente en interacción con condiciones externas cambiantes»,¹⁴ de modo que el conocimiento producido es simultáneamente local y global, pero no universal (H. L. Moore 1996: 10). En este sentido, hay un reconocimiento de la interacción recíproca entre lo global y lo local sin esencializar a ninguno en términos del *otro* sino más bien reconociendo cómo lo global pueden constreñir lo local y a la vez reconocer cómo lo local se apropia y transforma lo global para sus propias necesidades.

La importancia de este tipo de análisis es que debilita cualquier visión de la globalización como «entidad monolítica»¹⁵ cuyos efectos los dicta «algún poder hegemónico supranacional»¹⁶ con resultados uniformes, pues esto no logra capturar

¹³ Twining (2000: 52) y Santos (1995).

¹⁴ Long (1996: 50).

¹⁵ Moore, H.L. (1998: 9).

¹⁶ Long (1996: 42).

«el ordenamiento global en términos de un complejo patrón cambiante de homogenización y diversidad» (Long 1996: 50). Merry observa que así como «los lugares locales no pueden estudiarse aisladamente, de igual forma lo global solo puede entenderse como constituido por múltiples locales conglomerados en algún punto local» (2000: 129).

Asimismo, esta perspectiva facilita la comprensión de la relación entre los dominios local y global, que no necesariamente se predica sobre límites territoriales y espacio geográfico. Por ejemplo, Sassen señala que los nuevos profesionales en finanzas internacionales y los trabajadores inmigrantes «operan en contextos que son al mismo tiempo local y global » (1998: 3). Esto se debe a que los profesionales en finanzas son parte de una red que cruza los límites de los Estados-nación. Pero, al mismo tiempo, experimentan condiciones de trabajo muy particulares —asociadas con los centros de finanzas internacionales— que forman «parte de una internacional pero muy localizada subcultura de trabajo» (Sassen 1998: 3). Así, lo que surge es una red global de lugares «locales» que comparten rasgos específicos, pero donde la definición de lo «local» no tiene nada que ver con la proximidad geográfica. Del mismo modo, los migrantes que entran en nuevas comunidades mantienen vínculos que cruzan fronteras con quienes que quedaron en sus países de origen. Tales vínculos promueven una interpretación de la cultura que puede verse como «local» porque los migrantes y sus compatriotas nativos comparten un conjunto de creencias y prácticas, pero que no dependen del territorio para su existencia.

Es importante reconocer que el espacio cultural, el geográfico y la territorialidad no necesitan coincidir porque esto resalta el hecho de que los conceptos de identidad, derecho y diferencia cultural que dan pie a nociones de *el otro*, no requieren ser mapeadas en términos de territorialidad.

Greenhouse (1998: 64) critica los enfoques que abordan el pluralismo jurídico «más o menos como sinónimo de pluralismo cultural». Sostiene que igualar el pluralismo jurídico y el pluralismo cultural/social es problemático porque tal ecuación hace que el derecho se vuelva *a priori*, y de manera preeminente, un signo de identidad cultural, como si la producción del derecho pudiera separarse de los procesos sociales por los que la gente se autoidentifica o son identificados por otros como pertenecientes a un «grupo cultural» (Greenhouse 1998: 65). Además rechaza cómo «los debates antropológicos sobre pluralismo jurídico *han* tendido a asumir una relación axiomática resultante entre la organización de los *órdenes jurídicos* y un esquema de *identidad cultural* sobre el terreno —como si la identidad cultural tuviera algún corolario axiomático en el territorio y la legalidad—» (1998: 65). Este enfoque, que asume que «el derecho y la identidad cultural son corolarios mutuos» es, como sugiere Greenhouse, «fundamental para las autolegitimaciones culturales del Estado-nación» (1998: 65).

Pese a todo, el Estado-nación no puede ser ignorado. Como reconoce Greenhouse «aunque el estatus conceptual del Estado-nación está en duda entre los teóricos sociales» sin embargo «como aclaran recientes análisis sobre la globalización y la vida transnacional, las condiciones del mundo actual no eliminan al Estado-nación del horizonte de interés y aspiraciones de la gente» (1999: 104). Menos aún al considerarse la ciudadanía, pues como observa Greenhouse (1999: 104), esta plantea un enigma para los investigadores pues «la etnografía es circular si uno postula por anticipado al Estado-nación como entidad cultural o social, pese a ello la relevancia de la etnografía depende en cierta medida de las instituciones democráticas y los modos en que operan o no lo hacen, tanto dentro de los Estados como a través de estos».¹⁷ Lo que se necesita es volver a conectarse con el Estado en modos que permitan incluirlo en la investigación etnográfica como *un* elemento de discusión pero sin concentrarse en este como *el* punto principal de referencia a partir del cual comienza la investigación.¹⁸

5. El pluralismo jurídico fuerte, profundo o nuevo

El pluralismo jurídico fuerte, profundo o nuevo proporciona un mecanismo para ello. Reconoce que el pluralismo jurídico existe en todas las sociedades, es decir, que existen múltiples formas de ordenamiento que se aplican a los miembros de una sociedad sin que dependan necesariamente del reconocimiento estatal de su autoridad. Esto permite analizar el derecho evitando el tipo de críticas dirigidas al pluralismo jurídico débil, legalista o clásico analizado anteriormente. Además admite (a diferencia del otro pluralismo) lo que Santos ha denominado «legalidad porosa» o «porosidad legal» es decir «la noción de diferentes espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes y acciones [que constituye] la interlegalidad» (Santos 1987).

Varios autores, como Pospisil (1985, 1971) que escribió sobre diferentes niveles legales, o Smith (1974a y 1974b) que se concentró en las corporaciones, han sido asociados con el desarrollo de este nuevo pluralismo jurídico. Uno de los más influyentes ha sido Sally Falk Moore, cuyo concepto de espacio social semiautónomo brindó un marco para rastrear este tipo de pluralismo (aunque ella misma no ubica su trabajo dentro de una tradición de pluralismo jurídico). Moore abordó el problema del carácter contextual del derecho en su comparación entre la Chagga de Tanzania y la industria textil en Nueva York (1973). En dicho estudio acuñó el término «espacio social semiautónomo» para referirse a una unidad social que genera y mantiene sus propias normas. Así, el espacio social semiautónomo es un espacio que:

¹⁷ Véase también Greenhouse (1998) y Greenhouse y Greenwood (1998).

¹⁸ H. L. Moore (1996: 12), sostiene que el énfasis debería estar en «el impacto de la goberneralidad en los modos de vida y en las instituciones sociales, incluyendo el Estado».

Puede generar internamente normas, costumbres y símbolos, pero que... también es vulnerable a las normas y decisiones y otras fuerzas que emanan de la sociedad mayor que lo rodea. El espacio social semiautónomo tiene capacidades de creación de normas, y los medios para inducir o forzar su cumplimiento, pero a la vez está establecido en una matriz social mayor que puede afectarlo e invadirlo, y de hecho lo hace, a veces por invitación de personas dentro de dicho espacio, a veces por su cuenta. (S. F. Moore 1973: 720)

Moore emplea este concepto para evidenciar cómo la regulación estatal alcanza el ambiente de trabajo de una fábrica a través de los filtros de estos espacios sociales. Así, el pluralismo jurídico es un hecho social que no es característico de un tipo específico de sociedad o de un campo social determinado. Estos espacios no están exentos de la regulación estatal, pero tampoco están sometidos completamente a esta. Por otro lado, al proporcionar una explicación empírica de estos campos Moore no hace ningún planteamiento sobre la naturaleza de los órdenes que pertenecen a ellos o sobre la naturaleza y dirección de la influencia entre los órdenes normativos. El hecho de ser semiautónomos socaba la demanda hegemónica de validez y dominación universal del derecho estatal, pues este actúa sobre otros órdenes normativos. Por tanto los espacios sociales semiautónomos resaltan la brecha entre las aseveraciones estatales de legalidad y la realidad empírica.

La importancia de esta perspectiva radica en contrarrestar la predisposición a asumir que todos los ordenamientos jurídicos se basan en el derecho estatal. Esto resulta necesario porque el pluralismo jurídico débil, legalista o clásico no sirve como base para un marco descriptivo y analítico del pluralismo pues la relación entre el derecho estatal y otros derechos viene predefinida (K. Benda-Beckmann 2000). Por ello, para alejarse del centralismo legal y formular un concepto descriptivo de pluralismo jurídico «es necesario identificar el pluralismo jurídico en el sentido fuerte» (Woodman 1998: 33). El modelo de S. F. Moore ofrece un medio para hacerlo, y además otros autores lo han desarrollado para explicar las dinámicas de cambio y transformación en la sociedad.

Fitzpatrick, por ejemplo, ha desarrollado el concepto de «pluralidad integral» que se concentra en la interacción entre órdenes normativos, en base al planteamiento de que el derecho estatal se constituye íntegramente en relación a una pluralidad de formas sociales. Al hacer esto, deja de ver los campos sociales semiautónomos como constituidos por el derecho estatal, y pasa a observar cómo el derecho estatal es moldeado por sus órdenes normativos que lo componen y viceversa. Desde esta perspectiva «el derecho es el resultado incierto de relaciones con una pluralidad de formas sociales y en esto la identidad del derecho se somete constante e inherentemente a cuestionamiento y cambio» (1984b: 138). En base a esta teoría,

Henry integra la dimensión de la acción individual.¹⁹ Basándose en el análisis de Giddens sobre estructura y acción —según el cual la acción moldea la estructura y esta constriñe y posibilita acciones— crea un espacio que permite que las acciones humanas tengan impacto, incluso cuando las personas que las lleva a cabo no tengan poder (Giddens 1979).

De acuerdo a Merry, el pluralismo jurídico nuevo, fuerte o profundo ha reorientado —o podría reorientar en el futuro— el análisis jurídico alejándolo de la ideología del centralismo legal y de la definición esencial del derecho en varias formas (1988: 889-890). Puede guiarlo hacia una comprensión histórica, que abarque un análisis de la naturaleza cultural o ideológica del derecho y los sistemas jurídicos, o hacia un análisis dialéctico de la relación entre órdenes normativos que ofrezca un marco para interpretar las dinámicas de la imposición del derecho y de resistencia a este.

Trabajando con el género

Un campo donde este tipo de análisis ha resultado liberador son los debates sobre la naturaleza de género del derecho. Como señalé anteriormente, las intelectuales feministas han criticado por mucho tiempo que el discurso jurídico dominante no toma en cuenta el género en su análisis del derecho. Una perspectiva legal pluralista ofrece un medio para reconocer los órdenes normativos que afectan las vidas de las mujeres e incluirlos en los análisis que consideren las condiciones bajo las cuales hombres y mujeres se encuentran ellos mismos silenciados o incapaces de negociar con otros en términos de la vida social cotidiana, o lo contrario, y cómo esto moldea sus percepciones, acceso y uso del derecho. La etnografía que desarrollé en Kwená, basada en detalladas historias de vida y estudio de casos extendidos, resalta el mundo con distinciones de género en el que viven mujeres y hombres y cómo este afecta el acceso diferenciado de las mujeres al derecho, empoderándolas en ciertos contextos y en otros constriéndolas (A. Griffiths 1997). En su estudio sobre cómo las mujeres suajili afrontan sus conflictos maritales en las cortes locales islámicas, Hirsch ofrece un análisis matizado de cómo adquieren poder las mujeres o son privadas de este en un escenario donde el derecho consuetudinario, el religioso, occidental y las normas sociales sobre el habla de hombres y mujeres se intersectan e interactúan (1998). Por otro lado, el trabajo de Hellum en Zimbawe, planteado en base al concepto de espacio social semiautónomo, revela cómo las normas regulan el parentesco, matrimonio y género se sostienen o generan en el proceso de resolución de problemas procreativos (1999).

¹⁹ Véase Henry (1983, 1985 y 1987).

Este tipo de análisis es especialmente pertinente para sociedades postcoloniales donde se tiende a analizar el pluralismo en términos del modelo débil, legalista o clásico. El problema radica en que, como observa Stewart:

La doctrina jurídica postcolonial tiene una orientación centralista —se considera que la labor de los juristas contemporáneos consiste en interpretar el derecho consuetudinario, desarrollado en las cortes estatales coloniales, a la luz de la legislación contemporánea y la práctica de la Corte Suprema—. En consecuencia, no se preocupa por comprender los contextos sociales pese a que las costumbres y prácticas de la gente evolucionan constantemente fuera del marco de las decisiones e interpretaciones jurisdiccionales. (Stewart 2000: 11)

Tal enfoque ignora las dinámicas de cambio y transformación social. Pues quienes están comprometidos con el derecho de las mujeres en África:

Los conceptos tales como el pluralismo jurídico [fuerte] y la herramienta asociada de espacio social semiautónomo, abren nuevos y cruciales caminos en los que puede explorarse la interacción del derecho y la vida, y posibilitan obtener una imagen más holística de los factores que afectan las realidades vividas de las mujeres y las elecciones que realizan, o las decisiones e indicaciones que se les impone. (Bentzon y otros 1998: 46)

Trabajando con la globalización

Adoptar la perspectiva del pluralismo jurídico fuerte también encaja bien con los enfoques de análisis de la globalización y el lugar que otorgan a lo local. Considerando los efectos desiguales y diversos de la globalización, Long remarca la necesidad de estudiar los procesos de «internalización» y «relocalización» de las condiciones globales para develar «el surgimiento de nuevas identidades, alianzas y luchas por espacio y poder dentro de poblaciones específicas» (1984: 43). Para lograr esto resultan esenciales las perspectivas centradas en el actor porque evitan que se analice lo local como una esfera en la que simplemente recaen la imposición de instituciones o intereses externos, fuerzas de mercado derivadas de agencias nacionales, regionales o internacionales que pesan sobre su dominio. En cambio, estas perspectivas permiten un análisis que no solo examina cómo lo global moldea lo local sino cómo lo local responde. De este modo, promueven una explicación más fina de los efectos de la globalización y sus intervenciones, que reconoce que estos fenómenos representan procesos socialmente contruidos y continuamente negociados. Este punto de vista no solo permite la agencia local sino que permite visualizar las estrategias de los actores locales para manejar tales fenómenos en contextos particulares. A su vez, esto permite comprender cómo estas intervenciones *externas* llegan a dotarse de conjuntos diversos y localizados de significados y prácticas.

En este sentido, los actores sociales no solo interactúan con la globalización desde el punto de vista de sus propias experiencias y comprensión de cultura, sino que adquieren también nuevas experiencias y comprensiones generadas en el curso de este encuentro, de modo que, como observa Long, estos procesos permiten «entender los procesos de transformación social» (Long 1984: 50). Por tanto un estudio de los modos concretos en que los actores sociales negocian su universo funciona como forma de análisis alternativa —en relación al análisis basado en formas de discurso abstractas y teóricas— que busca explicar tanto la continuidad y el cambio en las relaciones sociales. El valor de este tipo de estudio radica en que las acciones de los actores «no pueden verse simplemente como algo determinado por una intervención planificada o por las exigencias de la cultura» (Long 1984: 52). Asimismo, como Long ha sostenido, ofrece «nuevas miradas a la interpretación y análisis de las políticas, teorías y prácticas neoliberales que van más allá de la tendencia común a explorarlas solamente desde un ángulo macroeconómico o macropolítico» (1984: 52).

6. Críticas a este modelo

Este enfoque más abierto al pluralismo ha sido acusado de ser demasiado vago e impreciso, y correr el riesgo de no distinguir entre los diferentes órdenes normativos y, por tanto, fusionarlos a todos bajo el rótulo de derecho.

Así, Tamanaha (1993), a partir de una noción malinowskiana de derecho entendido como «todas las normas consideradas y actuadas como obligaciones vinculantes» (Malinowski 1926: 55) lo considera inviable por ser tan amplio como que el concepto de pluralismo jurídico sea útil o definible. Por su parte, Teubner considera que definir el pluralismo a partir de conexiones vagas entre términos sociales y jurídicos que se interpenetran y constituyen mutuamente solo genera «ambigüedad y confusión» (1992: 1444).²⁰ Tamanaha señala que aglomerar todos los órdenes normativos es acientífico porque, considera, existe una distinción empírica entre el derecho estatal y otras formas de ordenamiento normativo (1993 y 1997). Sostiene que las normas estatales y no estatales son ontológicamente distintas porque las primeras cobran existencia a través de mecanismos institucionales del Estado, mientras que las no estatales son normas sociales que existen por ser parte de la vida social del grupo, no a través de reconocimiento institucional. En este sentido, si bien las normas no estatales pueden ser incorporadas en el derecho estatal (por virtud de su reconocimiento por funcionarios estatales designados), cuando esto ocurre se transforman de tal forma que ya no pueden identificarse como normas no estatales. Por lo tanto, el pluralismo jurídico débil no puede existir.

²⁰ Por esta razón Teubner de un giro hacia la teoría de sistemas para ofrecer una definición del pluralismo jurídico. Para una crítica a su enfoque véase Twining (2000: 87).

El problema que presenta el pluralismo jurídico para autores como Tamanaha es que los órdenes o sistemas jurídicos requieren estar claramente identificados. La dificultad es que el pluralismo jurídico rechaza una definición del derecho estatal que se limite al derecho estatal. No obstante, cuando se admite el derecho no estatal resulta imposible definir el derecho con precisión y cualquier intento de hacerlo «se desliza hacia la conclusión de que todas las formas de control social son derecho» (1993: 193). Una conclusión de este tipo hace que sea imposible definir el derecho de un modo que permita sostener el concepto de pluralismo jurídico. Tamanaha rechaza al pluralismo jurídico fuerte sobre la base de que abarca una ideología antiestatal, que presupone que el derecho no estatal o indígena es bueno, un sesgo que muestra como algo inadecuado emplear el concepto como herramienta analítica para el análisis jurídico.

Estos argumentos han sido contrarrestados pues no toman en cuenta el concepto sociocientífico del derecho como hecho social, que no presupone si es bueno o malo. Desde esta perspectiva tanto el derecho estatal como el no estatal son hechos sociales y encarnan aspectos de control y formas particulares de argumentación. De este modo, para Woodman «la distinción entre el derecho estatal como doctrina y el no estatal como ordenamiento social no es más que una distinción de la importancia relativa de las fuentes de información más fácilmente disponibles, no una división ontológica» (1998: 43). Woodman rechaza el intento de Tamanaha de definir el derecho «como una forma distinta de control social, claramente distinguible de las otras» (1998: 44), señalando que los intentos para hacerlo han demostrado ser infructuosos en este punto. Sostiene que si no hay una línea divisoria empíricamente detectable que pueda aplicarse al ámbito del control social «simplemente debemos aceptar que todo control social es parte de la cuestión del pluralismo jurídico» (1998: 45). Asumir la existencia de tal línea divisoria, sin contar con prueba empírica, es «irracional y acientífico». De manera similar, el argumento de Tamanaha de que es esencial distinguir el derecho estatal de otras normas sociales porque no hay otro medio de diferenciar el derecho «tampoco es un argumento científico social válido» (1998: 45). Por tanto, si bien Tamanaha señala que el «pluralismo jurídico fuerte es el producto de los científicos sociales» (1993: 202) sus argumentos operan a nivel ideológico y no a nivel de una perspectiva científica social de derecho.²¹

Otros autores, como Cotterrell (1995), adoptaron una postura más moderada sobre el pluralismo jurídico, pues si bien aceptaba su posibilidad seguían otorgando primacía analítica al derecho estatal. Incluso Merry en su enfoque al pluralismo

²¹ Más recientemente, Tamanaha parece haber cambiado de opinión sobre qué constituye un concepto central del derecho y a vincularse con el pluralismo jurídico de una manera distinta. Véase Tamanaha (2000) donde parece respaldar lo que muchos autores del pluralismo jurídico ya han apoyado aunque no menciona nada sobre su postura previa ni las razones de su conversión.

jurídico señala que «es esencial ver al derecho estatal como fundamentalmente diferente [de otras formas de ordenamiento] en que ejerce el poder coercitivo del Estado y monopoliza el poder simbólico asociado con la autoridad estatal» (1988: 879). No obstante, F. von Benda-Beckmann discrepa con Merry pues considera que equipara las formas en que se ha elaborado el concepto en estudios empíricos con la cuestión de si «el concepto como tal puede resultar útil como una posibilidad teórica de pluralismo» (2001: 8, 1997: 7-9). Plantea prestar atención con mayor rigurosidad al pluralismo legal como concepto analítico. Al desarrollar este concepto abstracto propone adoptar una pluralidad de órdenes normativos en la sociedad como punto de partida para la investigación empírica. La ventaja de este enfoque es que toma en cuenta las ideologías de los sistemas normativos, sus reclamos de validez exclusiva y de monopolio de poder legítimo como fenómenos *empíricos*. Esto significa que tales planteamientos formarían parte del objeto de estudio. No serían, por tanto, considerados como punto de partida para comenzar la investigación ni podría conducir a la falta de consideración de ciertos ordenamientos normativos en base a su falta de reconocimiento por el sistema dominante —como ocurre con el modelo estatista de derecho—. Esto es importante pues, como K. von Benda-Beckmann ha señalado, el derecho estatal no es el único que reclama validez exclusiva ya que los derechos religiosos y locales también lo hacen (2000).

Adoptar tal enfoque no significaría que el derecho se volvería indistinguible de otras formas de ordenamiento social pues «las diferencias en las fuentes de normas y las fuentes de incentivo y coerción efectivos pueden fácilmente clasificarse indicando las dimensiones a través de las que varían las manifestaciones del derecho» (F. von Benda-Beckmann 2001: 9, 20-21). La fuerza de este enfoque analítico radica en que «ofrece un punto de partida para analizar las similitudes y diferencias en diversas dimensiones de variación de un modo consistente y por lo tanto permite una mucho mejor perspectiva sobre las diferencias en forma y función que el concepto conectado al Estado» (F. Benda-Beckmann 2001: 9). Esto porque no se suscribe a ninguna ideología particular sobre el derecho y también permite documentar grados de diferenciación en el derecho estatal, diferencias que son a menudo ocultadas actualmente debido a una aceptación implícita de la retórica concerniente a la homogeneidad del derecho estatal.

Otro cuestionamiento planteado contra este enfoque de pluralismo jurídico es que privilegia «las categorías nativas del derecho occidental» (Roberts 1998) al imponerlas sobre los órdenes normativos de otros pueblos. En este sentido, si los sistemas normativos de otros pueblos deben adecuarse a las categorías occidentales esto resulta ser un esfuerzo etnocéntrico, que busca ampliar el dominio jurídico pero sobre la base de una concepción del derecho estrecha. Por tal razón es una herramienta inadecuada para definir el derecho transculturalmente y comprometerse en el análisis comparado.

Esta crítica al pluralismo jurídico, sin embargo, tiene dos limitaciones:

- Asume que cualquier concepción del derecho debe necesariamente basarse en la teoría jurídica occidental, y por lo tanto, niega que pueda desarrollarse un concepto de derecho más adecuado, menos etnocéntrico, con fines comparativos; y
- Deja intacta la ideología del derecho estatal, pues sigue definiendo el derecho en términos estrechos que continúan excluyendo a cualquier *otro* que no se adecúe a sus criterios.

7. Buscando avanzar: el desarrollo de una agenda de investigación

Estos debates resaltan la medida en que los enfoques al pluralismo jurídico dependen de cómo se construye el concepto mismo de derecho. Tal construcción señala procesos continuos de identificación, negociación, y contestación reflejando un proyecto que está siempre en desarrollo pues los investigadores, en sus estudios sobre el derecho, buscan la continuidad y transformación a través del tiempo en el tiempo.

Considero que un estudio etnográfico del derecho —centrado en el actor, y en la línea del pluralismo jurídico fuerte— puede contribuir a estos debates y a desarrollar una agenda de investigación —que tome en cuenta adecuadamente las dimensiones local y global del derecho— explorando los tres siguientes caminos:

a) El derecho como sistema de representación y significado

Este enfoque analizaría el derecho desde el punto de vista de un sistema de representación, que crea significado dentro de un sistema de poder estatal. Tal análisis examinaría cómo el derecho crea, produce, e impone significados y relaciones sobre la civilización, racionalidad, igualdad y debido proceso. Prestaría atención al significado cultural del derecho mediante el análisis de discursos que se ocupen, por ejemplo, del desarrollo, la democratización, y el Estado de Derecho. Sin embargo, también se enfocaría en los procesos por los que el derecho se convierte en signo de identidad cultural y las implicancias de esto para las demandas de ciudadanía y para los derechos de los diversos grupos étnicos y minorías, que no dependería solo de planteamientos estatales como los de territorio o territorialidad. De hecho, en este proceso no solo el derecho estatal construye significados sino también el derecho religioso, los órdenes normativos locales y el derecho consuetudinario que generan su propia versión de identidad. Este tipo de investigación permitiría una comprensión más detallada sobre cómo operan los movimientos etnonacionalistas, y una interpretación más completa de los factores que explican los movimientos religiosos que trascienden los límites nacionales y que, en algunos casos, forman parte de la oposición al gobierno en el poder.

b) La movilización del derecho a nivel local, nacional e internacional

Se debería examinar los modos en que los pueblos indígenas o la población local tratan de movilizar el apoyo de la comunidad internacional al comprometerse con un discurso de derechos humanos sobre la autodeterminación y los derechos culturales. Esta perspectiva de investigación analizaría qué fuentes toman estos actores en la construcción de sus reclamos y la forma en que utilizan las redes internacionales o globales para construir su identidad cultural. También exploraría la medida en que sus reclamos se ven limitados por el derecho estatal, a la vez que mostraría la apertura del derecho estatal al desafío. También investigaría cuáles son los marcos variables de poder global, nacional y local que posibilitan tales reclamos. Tal investigación examinaría directamente la forma en que el derecho, el poder y las solidaridades se cruzan entre sí y tomaría en cuenta la circulación y materialización del poder en la construcción de autoridad, identidades, normas y estrategias. Por otro lado, el manejo de recursos naturales y la protección ambiental nos presenta una zona apremiante de investigación, donde los grupos indígenas y sus representantes buscan desarrollar formas *indígenas* de gestión de bosques tropicales, tierras, y agua mediante pedidos de reconocimiento de derechos locales comunales. El modo en que formulan sus demandas, en términos de participación, autogobierno, «buen gobierno», y sostenibilidad, derivados del lenguaje del derecho administrativo e internacional, darían lugar a un área de estudio fructífera.

c) El derecho estatal moldeado por otros órdenes normativos

Este enfoque exploraría cómo otros órdenes normativos dan forma al derecho estatal y ofrecería análisis detallados de su pluralidad y diversidad dentro de campos jurídicos. Esto permitiría una explicación más sistemática de las condiciones que dan lugar a la variación en el derecho estatal, incluyendo los grados de su institucionalización y obligatoriedad. Asimismo, tal análisis brindaría una interpretación más informada sobre cómo funciona el derecho estatal, que permitiría diferentes grados de compatibilidad y/o incompatibilidad, y por lo tanto sometería a investigación la pretensión de homogeneidad del derecho estatal. También examinaría la forma en que las agencias burocráticas de gobierno buscan administrar la vida de los individuos y colectividades sometidos a ellos, y tomaría en cuenta cómo responden tales personas y grupos. Por tanto exploraría cómo el Estado, a través de sus diversos programas de desarrollo y estructuras organizacionales, intenta controlar el territorio y la gente, y cómo esto se relaciona con las formas no estatales de control y regulación tanto a nivel local como supranacional. Parte de este tipo de investigación exploraría la forma en que los sistemas jurídicos estatales manejan las diferentes cartas ideológicas de los pueblos que los conforman y negocian los significados culturales de diferencia. Tal enfoque aseguraría que, al analizar la diferencia, el pluralismo jurídico y el pluralismo cultural no se equiparen, de un modo que delinea las autolegitimaciones culturales de los Estados-nación.

8. Bibliografía

- Abel, R.L. 1973. "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society." *Law & Society Review* 8: 217-347.
- . 1973b. "Reply to Max Gluckman." *Law & Society Review* 8: 157-159.
- Abu-Lughod, L. 1998. "Introduction: Feminist Longing and Postcolonial Conditions." In *Remaking Women: Feminism and Modernity in the Middle East*, edited by Abu-Lughod, L., 3-31. Princeton: Princeton University Press.
- Allott, A. and G. Woodman, eds. 1985. *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht: Foris Publications Holland.
- Belley, J. 1993. "Pluralisme juridique." In *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, edited by A. Arnaud, 2nd. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Benda-Beckmann, F. 1988. "Comment on Merry." *Law & Society Review* 22 (5): 897-901.
- Benda-Beckmann, F. 2001. "Riding the Centaur-Reflections on the Identities of Legal Anthropology." Unpublish paper given at the International Workshop on Anthropology of Law at the Max Planck Institute for Social Anthropology, Halle 22 sept, 2001.
- . 1997. "Citizens, strangers and indigenous peoples: Conceptual politics and legal pluralism." *Yearbook Law and Anthropology* 9: 1-42.
- Benda-Beckmann, K. 2000. "Legal Pluralism." *Tai Culture. International Review on Tai Cultural Studies*, vol. VI, Special issue: Law and Values in Tai States and Southeast Asia: 11-17.
- Benda-Beckmann, K. and F. Strijbosh, eds. 1986. *Anthropology of Law in the Netherlands*. Dordrecht: Foris.
- Bentzon, S., A. Hellum, J. Stewart, W. Nucube, and T. Agersnap. 1998. *Pursuing Grounded Theory in Law: South-North Experiences in Developing Women's Law*. Norway and Zimbabwe: Tano Aschehoug and Mond Books.
- Bohannon, P. 1957. *Justice and Judgment among the Tiv*. London: Oxford University Press.

- Cain, M. and K. Kulcsar. 1982. "Thinking Disputes: An Essay on the Origins of the Dispute Industry." *Law & Society Review* 16 (3): 375-402.
- Chanock, M. 1985. *Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Clifford, J. and G. Marcus. 1986. *Writing Culture*. Berkeley: University of California Press.
- Collier, J. F. and J. Starr, eds. 1989. *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*. Ithaca and London: Cornell University Press.
- Comaroff, J. L. and S. Roberts. 1981. *Rules and Processes: The cultural logic of dispute in an African context*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- Cotterrell, R. 1995. *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Fineman, M. A. 1983. "Implementing Equality: Ideology, Contradiction and Social Change: A Study of Rhetoric and Results in the Regulation of the Consequences of Divorce." *Wisconsin Law Review* 4: 789-886.
- . 1991. "Introduction." In *At the Boundaries of Law: Feminism and Legal Theory*, edited by Fineman, M. A. and N. S. Thomadsen, xi-xvi. London: Routledge.
- Fitzpatrick, P. 1984a. "Traditionalism and Traditional Law." *Journal of African Law* 28: 20-27.
- . 1984b. "Law and Societies." *Osgoode Hall Law Journal* 22: 115-138.
- . 1985. "Review Article: Is it Simple to be a Marxist in Legal Anthropology?" *Modern Law Review* 48: 472-485.
- Galanter, M. 1981. "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law." *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 13 (19): 1-47.
- Geertz, C. 1973. *The Interpretation of Culture: Selected Essays*. New York: Basic Books.
- Giddens, A. 1979. *Central Problems in Social Theory: Action, Structure and*

- Contradiction in Social Analysis*. Berkeley: University of California Press.
- Gluckman, M. 1955a. *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)*, 2a. ed., Manchester: Manchester University Press.
- . 1955b. *Custom and Conflict in Africa*. Oxford: Basil Blackwell.
- . 1973. "Limitations of the Case-method in the Study of Tribal Law." *Law & Society Review* 7: 611-641.
- Greenhouse, C. 1998. "Legal Pluralism and Cultural Difference What is the Difference? A Response to Professor Woodman." *Journal of Legal Pluralism* 42: 61-71.
- . 1999. "Commentary." *PoLAR* 22(2): 104-109.
- Greenhouse, C. and D.J. Greenwood. 1998. "Introduction: The Ethnography of Democracy and Difference." In *Democracy and Ethnography: Constructing Identities in Multicultural Liberal States*, edited by C. Greenhouse, Albany: SUNY Press.
- Greenhouse, C. and Strijbosch, F. 1993, eds. *Legal Pluralism in Industrialized Societies*. Special Edition *Journal of Legal Pluralism* 33.
- Griffiths, A. 1997. *In the Shadow of Marriage: Gender and Justice in an African Community*. London and Chicago.
- . 2001. "Gendering culture: towards a plural perspective on Kwenya women's rights." In *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*, edited by J. Cowan, M. Dembour, M. and R. Wilson, 102-126.
- Griffiths, J. 1986. "What is legal pluralism?" *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55.
- Gulliver, P.H. 1963. *Social Control in an African Society*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Hellum, A. 1999. *Women's Human Rights and Legal Pluralism in Africa: Mixed Norms and Identities in Infertility Management in Zimbabwe*. Oslo (Norway) and Harare (Zimbabwe): Tano Aschehoug and Mond Books.
- Henry, S. 1983. *Private Justice: Towards Integrated Theorising in the Sociology of Law*. London: Routledge and Kegan Paul.
- . 1985. "Community Justice, Capitalist Society and Human Agency: The

- Dialectics of Collective Law-in the Corporation.” *Law & Society Review* 19: 303-327.
- . 1987. “The Construction and Deconstruction of Social Control: Thoughts on the Discursive Production of State Law and Private Justice.” In *Transcarceration*, edited by J. Lowman, R. Menzies and T. Palys. Gower: Farnborough.
- Hirsch, S. 1998. *Pronouncing and Persevering: Gender and the Discourses of Disputing in an African Islamic Court*. Chicago: University of Chicago Press.
- Holleman, J.F. 1973. “Trouble Cases and Troubleless Cases in the Study of Customary Law and Legal Reform.” *Law & Society Review* 7: 585-586.
- Hooker, M. 1975. *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial and Neo-Colonial Laws*. Oxford: Oxford University Press.
- Lacey, N. 1992. “From Individual to Group?” In *Discrimination: The Limits of Law*, edited by B. Hepple and E. Szyszczak. Londres: Mansel.
- Leve, L. and L. Karim. 2001. “Introduction Privatizing the State: Ethnography of Development, Transnational Capital, and NGO's.” *PoLAR* 24(1): 53-58.
- Lewellyn, K. N. and E. A. Hoebel. 1941. *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Long, N. 1996. “Globalización and Localization: new challenges to rural research.” In *The Future of Anthropological Knowledge*, edited by, edited by H. L. Moore, 37-59. London and New York: Routledge.
- MacKinnon, C. 1983. “Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda for Theory.” *Signs* 8(2): 635-658.
- . 1987. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Maine, Sir H. 1861 [1965]. *Ancient Law: It's Connections with the Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, 1st. ed. London: J. Murray. Reprinted as no. 734 in Everyman's Library. London: J. M. Dent and Sons 1965.
- Malinowski, B. 1926. *Crime and Custom in Savage Society*. London: Kegan Paul.

- Marcus, G. and M. Fisher, eds, 1989. *Anthropology as Cultural Critique*. Chicago: University of Chicago Press.
- Merry, S.E. 1988. "Legal Pluralism." *Law & Society Review* 22 (5): 869-896.
- . 2000. "Crossing Boundaries: Ethnography in the Twenty-First Century." *PoLAR* 23 (2): 127-133.
- Minow, M. 1986. "Consider the Consequences." *Michigan Law Review* 84: 900-918.
- Moore, H.L. 1996. "Introduction." In *The Future of Anthropological Knowledge*, edited by H. L. Moore. London and New York: Routledge.
- Moore, S. F. 1973. "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study." *Law & Society Review* 7: 719-746.
- Nader, L. and H. F. Todd, eds. 1978. *The Disputing Process – Law in Ten Societies*. New York: Columbia Press.
- Nader, L. and B. Yngvesson. 1973. "On studying the ethnography of law and its consequences." In *Handbook of Social and Cultural Anthropology*, edited by J. Honigsmann, 883-921. Chicago: Rand McNally.
- Petersen, H. and H. Zahle, eds. 1995. *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth.
- Pospisil, L. 1958. *Kapauku Papuans and Their Law*. New Haven: Yale University Publications in Anthropology, n. 54. Yale University Press.
- . 1971. *Anthropology of Law: A Comparative Theory*. New York: Harper & Row.
- Pritchard, Sir E. E. 1940. *The Nuer: A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of Nilotic People*. Oxford: Oxford University Press.
- Roberts, S. A. 1979. *Order and Dispute*. New York: St. Martin's Press.
- . 1998. "Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain." *Journal of Legal Pluralism* 42: 95-106.
- Rouland, N. 1994. *Legal Anthropology*, tr. Planel, P.G., London: Athlone Press.

- Sassen, S. 1998. "De-Nationalization: Some Conceptual and Empirical Elements, APLA Distinguished Lecture" *PoLAR* 22 (2): 1-16.
- Santos, B. de S. 1987. "A Map of Misreading-Toward a Postmodern Conception of Law." *Journal of Law & Society* 14 (3): 279-302.
- . 1995. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. London: Routledge.
- Smart, C. 1989. *Feminism and the Power of Law*. London: Routledge.
- . 1992. "The Woman of Legal Discourse." *Social & Legal Studies* 1 (1): 29-44.
- . 1995. *Law, Crime and Sexuality: Essays in Feminism*. London: Sage.
- Sheleff, L. 2000. *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*. London and Portland: Frank Cass.
- Smith, M.G. 1974a. "Some Development in the Analytic Framework of Pluralism." In *Pluralism in Africa*, edited by L. Kuper and M. G. Smith. Berkeley: University of California Press.
- . 1974b. *Corporations and Society*. London: Duckworth.
- Snyder, F.G. "Law and Development in the Light of Dependency Theory." *Law & Society Review* 14: 723-804.
- . 1981a. "Anthropology, Dispute Processes and Law: A Critical Introduction." *British Journal of Law & Society* 8 (2): 141-180.
- . 1981b. *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*. New York and London: Academic Press.
- Stewart, A. 2000. "The contribution of feminist legal scholarship." In *Gender Law & Social Justice*, edited by A. Stewart, 3-18. London: Blackstone Press.
- Tamanaha, B. Z. 1993. "The Folly of the 'Social Scientific Concept' of Legal Pluralism." *Journal of Law & Society* 20: 192-217.
- . 1997. *Realistic Socia-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*. Oxford: Clarendon Press

- Teubner, G. 1992. "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism." *Cardozo Law Review* 13: 1443-1462.
- Tie, W. 1999. *Legal Pluralism: Toward a Multicultural Conception of Law*. Aldershot and Brookfield: Ashgate.
- Twining, W. 2000. *Globalisation and Legal Theory*. Cambridge University Press.
- Velsen, J. 1967. "The Extended Case method and Situational Analysis." In *The Craft of Social Anthropology*, edited by A. L. Epstein, 129-149. New York.
- Vanderliden, J. 1970. "Le Pluralisme juridique: Essai de Synthèse." In *Le pluralisme juridique*, edited by J. Gilissen. Bruxelles: Bruxelles Presses del'Université.
- . 1989. "Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later" *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 28.
- White, L. E. 1991. "Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shies: Notes on the Hearing of Mrs G», In *At the Boundaries of Law: Feminism and Legal Theory*, 40-58. Londres: Routledge.
- Wilmsen, E. N. 1989. *Land Filled with Flies: A Political Economy of the Kalahari*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- Woodman, G. 1985. "Customary Law, State Courts, and the Notion of Institutionalization of Norms in Ghana and Nigeria." In *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*, edited by A. Allott and G. Woodman. Dordrecht: Foris Publications Holland.
- . 1998. "Ideological Combat and Social Observations: Recent Debates about Legal Pluralism." *Journal of Legal Pluralism* 42: 21-59.

SEGUNDA PARTE

COMPLEJIDAD SOCIAL, DESARROLLO Y DERECHOS COLECTIVOS

El derecho en la teoría y práctica desarrollista: ¿conjuro mágico o chivo expiatorio?*

Franz von Benda-Beckmann¹

«Debemos observar con profundo respeto la infinita capacidad de la mente humana para resistir la introducción de conocimiento útil».

—— Thomas Ranyesford Lousbory, citado por D. Macarov, *Work and Welfare: The Unholy Alliance*, 1980: 203.

1. Introducción

El epígrafe que encabeza este artículo me dejó pensando desde la primera vez que lo leí. Para mí, grafica nítidamente lo que ocurre en el campo de la planificación legal y el análisis del cambio socioeconómico en los países en desarrollo. Esto lo demuestra la vinculación de los planes de desarrollo con el derecho —son pocas las políticas de desarrollo o su implementación que no se vinculen con el derecho—, pero también lo que en buena medida se hace bajo el nombre de teoría del desarrollo. La idea de la ingeniería legal, que consiste en lograr el cambio social y económico a través de la ley estatal, todavía ocupa un lugar destacado en el arsenal de las técnicas y políticas del desarrollismo. El derecho, entendido como «situación deseada proyectada al futuro» (F. von Benda-Beckmann 1983a), suele usarse como una suerte de conjuro mágico. Así, quienes hacen las leyes buscan capturar en términos normativos diversas condiciones económicas y sociales, así como la práctica que se supone conduce a ellas, dejando el resto a la ejecución de la ley o, dicho de manera más general, a la implementación de las políticas públicas.²

* **Texto original:** Benda-Beckmann, F. 1989. «Scape-Goat and Magic Charm: Law in Development Theory and Practice». *Journal of Legal Pluralism* 28: 129-148.

¹ Esta es una versión revisada de una ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Impactos del Desarrollo, realizado en Padang, Indonesia, en junio de 1988. Agradezco a John Griffiths y Mark Hobart por sus comentarios críticos y constructivos.

² Para una descripción y análisis crítico de esta idea, véase Trubek y Galanter (1974), Moore (1973), Merryman (1977), Griffiths (1978), Snyder (1980), Greenberg (1980), Fitzpatrick (1980), F. von Benda-Beckmann (1983a).

Pero cuando los proyectos fallan, el derecho se convierte fácilmente en el chivo expiatorio. A veces este papel es otorgado al derecho estatal, particularmente si la norma en cuestión fue elaborada por un gobierno anterior. La consecuencia es que se requiere promulgar nuevas leyes o reglamentos, un mejor derecho, es decir, un conjuro mágico más poderoso, usualmente sin mayor éxito. Otra explicación para el fracaso de los proyectos de desarrollo basados en leyes estatales es que tales normas no encajan con normas y costumbres locales. Los científicos sociales, en especial los antropólogos, tienden a culpar de esto al marco legal que promulgan los gobiernos, el que se supone no presta suficiente atención al derecho local. Para los gobiernos y los agentes de desarrollo son usualmente esas normas y costumbres locales —derecho tradicional o *adat* en Indonesia, por ejemplo— las que adquieren el status de chivo expiatorio. El supuesto de que el derecho local obstaculiza el desarrollo y que el derecho moderno occidental es un prerrequisito para el mismo es una de las ideas más profundamente enraizadas en el imaginario desarrollista. Esta concepción aún orienta la implementación de las políticas de desarrollo pese a que se ha demostrado repetidamente que: a) la introducción a gran escala del denominado derecho occidental ha deteriorado las condiciones sociales y económicas de la mayoría de la población rural en lugar de llevarles desarrollo; y b) el derecho local puede ser suficientemente flexible para adaptarse a los cambios sociales y económicos que enfrenta.

En síntesis, las ideas básicas sobre la función del derecho estatal y el tradicional o local han demostrado estar equivocadas una y otra vez. Aun así, el conocimiento útil al respecto, pese a estar muy difundido, no es aceptable y, de hecho, casi nunca es aceptado como punto de partida para la elaboración de políticas y proyectos de desarrollo con otras bases conceptuales.

Para quienes estamos interesados en los estudios sobre el desarrollo no es suficiente quedarnos sentados y sorprendernos ante la resistencia de los agentes desarrollistas para oponerse a la introducción de un conocimiento que les resultaría muy útil. Debemos, más bien, tratar de entender esta reacción. Si analizamos los presupuestos mencionados podemos ver que tienen un hilo conductor común: tanto la imagen del conjuro mágico como la del chivo expiatorio están basadas en supuestos estructural-funcionalistas, nucleados en la idea de que las estructuras y normas legales causan o determinan una acción social y sus consecuencias. Estos presupuestos, que subyacen al uso del derecho estatal como herramienta de desarrollo, han sido cuestionados por muchos científicos sociales, en particular desde la crítica a las políticas desarrollistas, el movimiento del Derecho y Desarrollo, y la teoría social.³ Estas objeciones, sin embargo, se han dirigido mayormente contra los presupuestos que subyacen al derecho estatal, pero no se han extendido sistemáticamente al análisis del significado social del derecho

³ Véase Long (1989), Giddens (1976), Abel (1980), Grace y Wilkinson (1978), Nelken (1985), y los autores mencionados en la nota anterior.

tradicional. Por su parte, los antropólogos del derecho han criticado las interpretaciones legalistas del derecho consuetudinario y han apuntado que sus nociones son muy distintas a las del derecho occidental pues son usualmente más negociables y flexibles.⁴ Esta observación ha servido para llamar la atención sobre la adaptabilidad de los marcos normativos tradicionales o locales a condiciones sociales y económicas cambiantes.

Existe también un creciente número de trabajos que muestran cómo las nociones jurídicas locales han sido transformadas por su (re)interpretación en los sistemas judiciales occidentales, y se ha aseverado que el derecho consuetudinario fue creado por los Estados coloniales.⁵ Pero el fracaso del derecho estatal y de los proyectos de desarrollo que lo emplean ha sido explicado, usualmente, en términos de su falta de adecuación al derecho local. Por lo tanto, la concepción estructural-funcionalista que inspira esta aseveración es similar a la que nutre a los prejuicios de las burocracias desarrollistas. Lo único distinto es el chivo expiatorio.

En la teoría social contemporánea el predominio del pensamiento estructural-funcionalista ha disminuido mucho gracias a las teorías que (sobre)enfatan la acción/interacción social y posteriormente a las que pretenden integrar el análisis estructural con el estudio de las orientaciones y el papel del actor (*action-oriented approaches*; ver Giddens 1976, 1979). Las críticas a las teorías estructural-funcionalistas han establecido de manera convincente que estas y sus presupuestos son *incorrectos* porque no ofrecen una descripción, análisis y explicación plausibles de la acción social. Pero mientras los teóricos han planteado modelos más elaborados para mejorar nuestra comprensión de las relaciones entre la estructura y la acción social, han ignorado el hecho de que el estructural-funcionalismo es un importante modelo de comprensión y acción en los grupos sociales (indígenas, campesinos, locales) que estudian. La superación del estructural-funcionalismo en las Ciencias Sociales ha oscurecido su existencia empírica y su significado social. Si queremos deshacernos de esta corriente debemos analizar el proceso social en el que todavía se mantiene: debemos analizar «la estructuración de las normas estructuralistas», para parafrasear a Giddens. Debemos examinarla no solo en términos de su validez teórica sino también de su vigencia social.

En la práctica social, los presupuestos del estructural-funcionalismo se encuentran incorporados en regulaciones normativas y planes de desarrollo, en decisiones de jueces y administradores, y en las interacciones entre representantes del Estado y la

⁴ Véase Vollenhoven (1909), Gluckman (1972), K. von Benda-Beckmann (1982), F. von Benda-Beckmann (1979), Woodman (1985).

⁵ Véase Chanock (1978), Snyder (1981), K. von Benda-Beckmann (1982, 1984), F. y K. von Benda-Beckmann (1985), Woodman (1985); véase también el número especial del *Journal of African Law* (28, 1984) sobre la transformación del derecho consuetudinario africano.

población local. Este *hecho* parece validar los postulados que defienden los agentes de desarrollo. Es por eso que pueden sostenerse frente a tanta literatura adversa. Podrían ser *incorrectos* científicamente, o podrían conducir a un análisis equivocado, pero no carecen por completo de correlatos en la realidad social.

Como intentaré mostrar en este artículo, el uso del derecho tradicional como chivo expiatorio responsable del fracaso de proyectos de desarrollo se basa en un círculo vicioso. Sostengo que la existencia de nociones legales estructural-funcionalistas ofrece una base empírica para la errónea interpretación de su significado social y para el mantenimiento de esas interpretaciones equivocadas, como resultado de lo cual se generan nuevas concepciones legales estructural-funcionalistas. En este círculo, la interacción entre los pobladores locales y los agentes de desarrollo que trabajan con ellos tiene un lugar importante,⁶ pero a menudo los investigadores la dejan de lado. Por lo tanto, me ocuparé principalmente de los modos en que los pobladores locales, mediante contacto directo y personal, se enfrentan a las estructuras normativas de las políticas y proyectos de desarrollo —traducidas en las comunicaciones y actividades de funcionarios, profesores, jueces y extensionistas, entre otros— y viceversa, cómo los burócratas se ven confrontados con el derecho local de los pueblos y comunidades que pretenden modernizar. Este entorno de interacción no es el único, e incluso podría no ser el más importante cuando observamos el impacto de los elementos normativos de los proyectos de desarrollo en la conducta de la gente (véase F. von Benda-Beckmann et al. 1989); ni es el único en el que se generan y mantienen nociones legalistas del derecho. Collier (1976) y Quarles van Ufford (1987), por ejemplo, han mostrado que los líderes locales juegan un rol central como mediadores entre la burocracia y los pobladores locales, y entre los modelos locales y estatales. Pero para mis propósitos no es crucial diferenciar entre la población local y sus líderes. No me interesa formular generalizaciones sobre estas interacciones. Me concentraré selectivamente en los más desagradables encuentros en los que los pobladores no cumplen con las directivas de las burocracias desarrollistas locales. La razón que justifica esta opción es que en esas situaciones el rol del derecho tradicional o local se vuelve problemático. Es más, allí es donde se generan y mantienen las interpretaciones estructural-funcionalistas así como el uso del derecho tradicional como chivo expiatorio. Una razón para esto, y este es el principal punto que enfatizaré en esta contribución, es que en esos entornos de interacción los pobladores mismos presentan un modelo legalista de su derecho tradicional o local.

En primer lugar esbozaré cómo el derecho se incorpora en las políticas y proyectos desarrollistas. Después analizaré los modelos normativos que colisionan cuando se produce la interacción entre las burocracias desarrollistas y las poblaciones locales.

⁶ Estos funcionarios de nivel local son lo que Lipsky denomina «burócratas de nivel callejero: servidores públicos que interactúan con los ciudadanos en el curso de su trabajo y que tienen una discreción sustancial en la ejecución de sus labores» (1980: 3).

Sobre esta base mostraré cómo se genera y mantiene el uso del derecho tradicional o local como chivo expiatorio. Al final detallaré algunas implicancias de mi análisis para la metodología de investigación sociolegal.

2. Las estructuras normativas de los proyectos de desarrollo

En todas las sociedades contemporáneas se requiere formular ciertos elementos importantes de la política estatal en términos del derecho, trátase del presupuesto nacional de los Países Bajos o Indonesia, las reformas agrarias en los Estados latinoamericanos o la planificación familiar en los Estados asiáticos o africanos. Los proyectos de desarrollo de pequeña escala también son procesados en términos legales, aunque usualmente a un nivel más bajo de regulación, sea este provincial o distrital. Hasta los proyectos de desarrollo internacionales o bilaterales se basan en estructuras legales: los tratados, convenios o planes de integración y desarrollo, de alcance nacional o regional, se sustentan en cimientos jurídicos.

Todos los proyectos de desarrollo buscan algún cambio considerado positivo por el agente desarrollista. En otras palabras, le piden a la gente que modifique su comportamiento, esperando que ese cambio los proyecte a las condiciones sociales, económicas o políticas deseadas por el agente. Por eso se exige a la población-meta que registre sus tierras, se case monógamicamente, soliciten un crédito, use fertilizantes, plante cultivos comerciales, practique el control de la natalidad, elogie al gobierno y hasta pague impuestos. Estas acciones de desarrollo se racionalizan y justifican en términos de modelos (véase Allott 1980: 168). Estos modelos consisten, en términos generales, en: 1) estructuras de organización y acción institucional que proveen opciones o directivas para las actividades de burócratas o pobladores (estos últimos usualmente en tanto *grupo meta*), o para las actividades conjuntas de ambas partes; y 2) racionalizaciones y justificaciones de estas estructuras de organización y conducta en términos de sus supuestas consecuencias sociales. Estos modelos son normativos en su programa conductual, su objetivo y su legitimación subyacente. En otras palabras, los proyectos de desarrollo tienen forma de derecho.

La inclusión del derecho en los proyectos de desarrollo no es una coincidencia ni es un asunto de elección consciente. Es en buena medida un asunto de necesidad y lógica política. El desarrollo, al margen de cómo lo definamos, implica cambios. Siempre que los organismos estatales se embarcan en planes y proyectos desarrollistas buscan cambiar el comportamiento de la población-objetivo. En otras palabras, tratan de ejercer poder. Tal ejercicio tiene que estar justificado y, en sociedades contemporáneas seculares y complejas, cuyos gobiernos operan sobre la base de ideologías democráticas, el derecho es la primera fuente de legitimación del ejercicio de ese poder. Esta necesidad de emplear la forma legal es apremiante porque los ámbitos de la vida social en los que se trata de introducir cambios de comportamiento ya se encuentran sujetos a normas y principios legales. La mayoría

de proyectos de desarrollo, al margen de su escala, afectan el marco normativo existente en el que vive la gente en un doble sentido. Usualmente introducen nuevas normas y, aunque no sean tan innovadores, de todos modos alteran el orden normativo existente en el ámbito de acción social intervenido.

Los pobladores encaran esos modelos de desarrollo normativo a través de muchos canales: los medios de comunicación, el chisme, los rumores y su interacción directa con los agentes desarrollistas. En general, puede decirse que en el curso de la transmisión del proyecto, desde los gabinetes en los que son originalmente formulados hasta los contextos específicos en los que son implementados por las burocracias locales, los modelos originales son sometidos a varias reinterpretaciones, traducciones o transformaciones por diversos actores y en diversos escenarios.⁷ El modelo real con el que se enfrentan los pobladores es el que se les comunica en el punto de contacto, en el contexto interactivo en el que los agentes desarrollistas les explican qué quieren decir los planes y proyectos que se implementarán. La versión local de las políticas o las leyes, entonces, tienen poco si acaso algo que ver con algún plan, política o norma formulada en los niveles más altos de decisión. Okoth-Ogendo (1984: 80) brinda la siguiente explicación sobre cómo la política agraria estatal de Kenya se transformó a raíz de las mediaciones que sufrió dentro del propio sector agrícola y luego fuera, cuando fue finalmente comunicada, a través de artefactos legales, al agricultor:

En primer lugar, la mayoría de los funcionarios prefería comunicarse con el agricultor a través de propaganda o de sanciones. En el primer caso, simplemente exhortaban a los campesinos a obedecer las políticas, consejos y programas del gobierno, incluyendo la ley de tierras. En el segundo caso, se investigaba a los campesinos por violar normas jurídicas que ni siquiera conocían. Esto era particularmente evidente en el manejo de tierras y la comercialización de sus productos. El principio era, por supuesto, que se presumía el conocimiento de la ley.

También en Botswana (Werbner 1986) y Tanzania (Thoden van Velzen 1977; Williams 1982) las políticas gubernamentales en interacción con las poblaciones locales se transforman en propaganda o en exigencias directas de cambios de conducta, diferentes del modelo original formulado en las altas esferas del gobierno. Al escribir sobre los Consejos de Tierra Tribal en Botswana, Werbner afirma que los funcionarios estatales, cuando implementan la nueva ley de tierras, «trabajan improvisadamente, tienen que inventar normas y procedimientos *ad hoc*, según avanzan, y asignar recursos casi arbitrariamente, aunque siempre en nombre de la política gubernamental» (1980: 133).

⁷ Véase Moore (1973), Collier (1976), Quarles van Ufford (1987), Long (1989).

Las poblaciones-meta, por tanto, se ven confrontadas con versiones locales de las normas estatales que enmarcan un proyecto de desarrollo que a menudo no tienen nada que ver con la versión original. Su reacción a las demandas o decisiones de los funcionarios locales depende de cómo interpretan dicha versión local y no la original. Estas interpretaciones, así como el comportamiento seguido, se vinculan y condicionan por el contexto institucional y el sistema de relaciones en que viven los pobladores, el orden normativo que consideran relevante para sus actividades, y las consecuencias esperadas a partir de las alternativas de acción que tienen (véase Moore 1973). Dentro de este contexto, la interpretación que los pobladores le dan a la versión local de las políticas y normas estatales se encuentra fuertemente condicionada por sus juicios sobre la burocracia distrital o provincial y su modo de vincularse con el aparato estatal. Los pobladores tienden a ser *realistas legales* y pragmáticos. Claro que la versión de las normas y políticas estatales que ofrecen las burocracias locales no es igual a sus acciones. Los pobladores formulan esa distinción y nosotros también deberíamos hacerla. Pero al decidir qué hacer en respuesta a las demandas oficiales, la población se preocupa sobre lo que, de acuerdo a su experiencia y expectativas, significará el modelo en la práctica —esto es, lo que los funcionarios dicen sobre este.⁸ Por eso tienden a identificar los modelos estatales con lo que la burocracia local ejecuta.

En las situaciones en las que los pobladores no quieren seguir las instrucciones de los funcionarios, las imágenes que se forman de estos no son muy favorables.⁹ A riesgo de exagerar un poco, podría decirse que se refieren a los burócratas locales como títeres arrogantes. Títeres, debido a que a menudo no parecen saber de qué están hablando. En las cultura de pueblos y comunidades, donde la destreza oratoria es altamente valorada, la complicada retórica o jerga imperativa de los funcionarios es ridícula y repulsiva (véase Thoden van Velzen 1977; Werbner 1980). Es usual que los agentes estatales no conozcan la cultura local de la gente que se supone *desarrollan*, y lo que dicen al respecto, distorsionado para encajar con su retórica burocrática, resulta a menudo ofensivo y absurdo (véase también Dove 1986). Y cuando la gente escucha a los burócratas difundiendo la ideología y política desarrollista estatal, explicándoles que deberían hacer y porqué, y a dónde llevaría todo ello, es comprensible que los considere cínicos o insensatos. ¿Unirse a una cooperativa regulada por el Estado mejorará la posición económica de los

⁸ El modo de pensar de los pobladores se nutre de orientaciones prácticas. Son socializados en su propio sistema normativo en los que el modo dominante de pensar es que los modelos, estándares y prescripciones adquieren un significado específico en los procesos en los que se concretan y no tanto en formulaciones abstractas (véase K. von Benda-Beckmann 1984). He descrito esto en el caso de las respuestas de la población rural al programa de registro de tierras que lanzó el gobierno indonesio (ver F. von Benda-Beckmann 1986a).

⁹ Para ilustraciones particularmente vívidas, véase Thoden van Velzen (1977). Más ejemplos pueden verse en los ensayos compilados en Quarles van Ufford (1987) y MacAndrews (1986).

pobres? ¿Se logrará la justicia social? ¿El registro de tierras permitirá una mayor seguridad jurídica? ¿Quién, con un mínimo de inteligencia, podría seriamente creer en tales frases vacías? También molesta a la gente la arrogancia y el poder de los funcionarios, los que no se basan en conocimientos y destrezas pertinentes, sino en el poder estatal y en lo que la burocracia considera que es el derecho estatal. Además, les molesta la arrogancia de las personas que ya no trabajan con las manos, que no mueve un dedo cuando hay trabajo por hacer y aun así se atreve a exhortarlos a trabajar más duro; esa arrogancia de quienes se movilizan en motos, autos o camionetas y que encima los hacen caminar a sus oficinas en vano (véase Thoden van Velzen 1977).

En el punto de contacto, en suma, las versiones relevantes del derecho estatal son las que los funcionarios locales afirman sobre el modelo que deben implementar y las interpretaciones que la gente hace de esas afirmaciones.¹⁰ Es usual que el resultado solo guarde un distante parecido con el que los planificadores del desarrollo previeron en la ciudad capital, bastante lejos de la escena local donde sus planes y proyectos se aplican.

3. El derecho local de los pobladores

Si observamos las versiones del derecho local que los pobladores presentan en su interacción con los funcionarios que los contactan, veremos que a menudo también difiere de su derecho local en otros escenarios de interacción. Aquí, también, tenemos que lidiar con las reinterpretaciones y transformaciones del derecho. Procuraré ilustrar esto con un ejemplo tomado de Minangkabau, Indonesia, basado en mi propia experiencia de campo (F. von Benda-Beckmann 1979).

3.1 ¿Qué es lo que los pobladores de Minangkabau piensan y dicen cuando se enfrentan a las demandas gubernamentales para registrar sus tierras, o sea, convertir sus derechos derivados del *adat* (derecho tradicional) en derechos estatales, y mantener genealogías escritas de las personas con derecho a la tierra, todo en aras de la modernización, certeza legal y progreso económico? Dicen que el *adat* se opone al registro porque en el sistema tradicional los derechos de propiedad no pueden ser individualizados y se prohíbe la venta de la tierra, máxime si se trata de la tierra de un linaje o *harato pusako*.

De hecho, esta es la versión del *adat* Minangkabau, tal como ha sido reproducida en la transmisión oral y en la literatura, tanto por observadores externos como por los propios minangkabau. Pero se trata de una imagen sobreidealizada y *anticuada* del *adat*, distinta del actual cuerpo de normas y principios *tradicionales* que rige la acción social en asuntos de tierras (en tanto esas interacciones son regidas por

¹⁰ Véase Lipsky (1980), Moore (1973), K von Benda-Beckmann (1984), Werbner (1980), Thoden van Velzen (1977).

normas). En la vida cotidiana del pueblo se pueden observar prácticas sociales consideradas válidas y legítimas en términos de su *adat*: bajo ciertas condiciones, hasta se llega a considerar legítimos los derechos individualizados de propiedad sobre los *harato pusako*. La tierra puede ser objeto de transacciones válidas, aun en condiciones distintas a las dispuestas por el *adat* clásico. La tierra *pusako* se vende ocasionalmente, y puede serlo válidamente si todos los involucrados están de acuerdo con la transferencia. Las genealogías son transmitidas oralmente, son mantenidas en muchos linajes, algunas veces se registran por escrito, y se consideran muy importantes para rastrear la titularidad predial. El registro es ciertamente, algo desconocido en el derecho tradicional, pero también lo son muchas otras innovaciones que los minangkabau alegremente incorporan a su vida diaria y al *adat*.

3.2 Los pobladores presentan su derecho tradicional (*adat*) en términos legalistas. Sostienen que, debido a que están vinculados por viejas prescripciones, no pueden actuar de manera diferente a como lo hacen. De este modo, su comportamiento, su incumplimiento de las órdenes y demandas de los agentes desarrollistas solo son una consecuencia lógica de la fuerza vinculante que poseen las normas *adat*.

Pero este modelo legalista del *adat* que los pobladores invocan en su interacción con los funcionarios no es su modelo usual. Como han observado varios especialistas, en el *adat*, el sistema normativo de los campesinos indonesios es mucho más complejo, flexible y negociable que lo que estos hacen creer a la burocracia. Deja espacio para una variedad de alternativas de acción social.¹¹ Se ha vuelto proverbial afirmar que la aplicación de las normas y principios *adat* a una situación concreta depende de las circunstancias del caso concreto, *tergantung situasi dan condisi*.

¿Por qué los pobladores de Minangkabau representarían su *adat* en términos anticuados y legalistas? Si presentaran su propio modelo contemporáneo de *adat* a los agentes desarrollistas, sería claro para todos que este no ofrece razones sólidas para no registrar la tierra. Y esto es lo que ellos quieren evitar, *porque no quieren registrar sus tierras*. No quieren recibir órdenes al respecto. Y para racionalizar y justificar su negación a registrar la tierra, resucitan una antigua y legalista versión del *adat*.¹² Este modelo es usado en la interacción con la burocracia local porque es el único modo en el que pueden explicar su comportamiento en un modo aceptable. Difícilmente podrían decir qué sienten sobre la obligatoriedad del registro predial. Por ejemplo, ¿cuál podría ser la reacción de la autoridad estatal si los pobladores le dijeran lo que pensarán?:

¹¹ Véase K. von Benda-Beckmann (1982, 1984), F. von Benda-Beckmann (1979).

¹² Spiertz (1986) ha brindado una interesante descripción del uso estratégico de las nociones jurídicas antiguas en una disputa entre aldeanos, funcionarios estatales y la administración de un hotel en Bali.

Honorable señor, este asunto del registro de tierras que usted nos presiona a cumplir, es algo de lo que no queremos saber nada. Así que por favor deje de fastidiar. Los asuntos relacionados a la tierra no son de su incumbencia. Además, tememos que el registro de tierras sea solo otro engaño del gobierno para que paguemos más impuestos para financiar la transmigración de los Javaneses a Sumatra. Gracias, pero no. Encima, el proceso de registro es muy distinto a lo que nos había contado. Cuesta mucho más de lo que dijo y prometió el gobierno en su programa de registro económico. Los registradores de tierras no vienen a nuestro pueblo a menos que les paguemos los costos de viaje y otros denominados gastos administrativos. Y hablando de certeza legal: quizá usted nos estuvo bromeando, señor. Los registros que se han hecho hasta ahora fueron hechos en secreto. Solo sirvieron a objetivos que no podían perseguirse en público, para engañar a la gente sobre sus derechos hereditarios.

Creo que la mayoría de la población en Minangkabau reacciona internamente de este modo cuando piensa en el registro predial. Al menos así lo hacía cuando realizamos nuestra investigación allí hace catorce años. Pero dirigirse de esta forma a los burócratas sería buscar problemas. Para los campesinos, es preferible y más seguro que los funcionarios dirijan su enfado hacia el derecho tradicional (*adat*) y no hacia ellos. A lo mucho les dirán que están desfasados, que su derecho es obsoleto, que ya no es reconocido por el Estado y que no permite llegar al desarrollo. La ventaja de recibir tanto improperio es que reduce las posibilidades de ser denunciado como saboteador o subversivo. Y ello, sin duda, marca la diferencia.

Los burócratas que trabajan a nivel local, al igual que los pobladores, interpretan el derecho tradicional en el contexto de su propio sistema de relaciones y expectativas (cfr. Lipsky 1980). Su percepción del derecho local está matizada por su percepción de los pobladores. Pese al riesgo de exagerar un poco otra vez, los tildan de oportunistas e hipócritas. Los ven como oportunistas debido a que observan sus esfuerzos para lograr la mayor ventaja posible de ellos (o del Estado que representan) sin asumir seriamente las obligaciones concomitantes. La gente quiere acceder a créditos, pero luego evitarán pagarlos. La gente quiere nuevas carreteras y puentes, pero no quiere participar en las faenas para su construcción. La gente quiere escuelas, pero no quiere dar ningún aporte, y así por el estilo. Además, los pobladores son considerados hipócritas porque se escudan detrás de su propia cultura, su derecho tradicional, su cosmovisión, cuando no siguen o acatan los consejos o instrucciones de los funcionarios. Es más, constantemente se desvían de ellos si es que cumplirlos les demanda algo. Representan el papel de purista del *adat*, pero son los primeros en acudir a una comisaría para solucionar un conflicto. Pueden reprender públicamente a sus paisanos por apersonarse ante una corte estatal, pero ellos mismos presentarán su demanda al día siguiente. También podrán asentir con la cabeza al acordar con las autoridades estatales un plan de

registro predial y la conversión de los derechos consuetudinarios. Hasta las elogiarán por su sabia política de desarrollo. Pero al regresar a su pueblo condenarán los esfuerzos del gobierno por cambiar sus normas sobre la tierra, denunciarán que esa ofensiva desarrollista vulnera su derecho local y aconsejarán a la gente que se abstenga de registrar su tierra. Aun así, podrían ser los primeros en registrar sus tierras, aunque en secreto.¹³

4. El derecho tradicional como chivo expiatorio

Hemos visto cómo en la interacción a nivel local se produce o mantiene la idea de que el derecho tradicional impide que los pobladores cumplan las demandas de los burócratas desarrollistas y es, por tanto, el culpable del fracaso de los proyectos de desarrollo. La burocracia local se enfrenta a una versión específica del *adat* y reacciona frente a esta. Observa que sus intentos de implementar un proyecto se frustran por un comportamiento que es racionalizado y justificado en términos del derecho tradicional. Es por ello que llega a definir al *adat* como un obstáculo para el desarrollo. Las *razones* dadas por los pobladores, entonces, pasan a ser consideradas como *causas*. Las racionalizaciones y justificaciones de conducta que ofrecen los pobladores son percibidas como motivaciones con un profundo carácter normativo, incluso coercitivo.

Este punto de vista es a menudo reforzado en otros escenarios de interacción. La investigación académica o aplicada puede tener un efecto similar si las descripciones y análisis que formula se nutren de presupuestos estructural-funcionalistas. Esto ocurre cuando los investigadores analizan las leyes estatales sobre las tierras y el sistema jurídico local. Concluyen que hay muchas diferencias entre estos, que algunas contradicciones son realmente irreconciliables y que el derecho local no encaja en los patrones del derecho estatal. Para sostener estas conclusiones producen evidencia de carácter supuestamente científico. De ahí para adelante hay un pequeño paso para *explicar* la falta de cumplimiento de la regulación estatal en términos de estas contradicciones. Claro que si un investigador permanece más tiempo en una localidad descubrirá que por lo general la gente no se comporta de acuerdo con las normas —idealizadas— declamadas en entrevistas formales o invocadas retóricamente en las decisiones de las autoridades locales. Podría, por tanto, elaborar sus observaciones en términos de la discrepancia entre el derecho ideal y la práctica social, y concluir que el *adat* ya no está *en vigencia*.

Los *hallazgos* de los investigadores son tomados de buen ánimo por los burócratas, porque de este modo la Ciencia Social refuerza su propia visión y valida la necesidad de abolir el derecho local por dos razones: a) es perjudicial para el

¹³ Para mayores detalles sobre Minangkabau, véase F. von Benda-Beckmann (1979) y K. von Benda-Beckmann (1984).

desarrollo, y b) ni siquiera es tomado en cuenta por los pobladores, quienes solo son unos... oportunistas hipócritas. Así, tanto la gente como los investigadores proveen a los funcionarios una racionalización y justificación para su propio fracaso en la implementación de los programas de registro predial y, simultáneamente, para ejercer más presión sobre los campesinos. De esto se sigue que cuando a los agentes desarrollistas se les pide que expliquen su incapacidad para implementar proyectos de desarrollo, puedan evitar cualquier crítica seria a sus propias deficiencias, a las de la política que defienden o a los procedimientos que siguen. Dirigen sus dardos, más bien, a la versión transformada del *adat* local.

Creo que estos son los mecanismos elementales por los que se mantiene la idea de que los sistemas locales legales o culturales obstaculizan la tarea del desarrollo. Y podemos ver que no solo es la estulticia o el simple etnocentrismo de los agentes de desarrollo lo que genera este prejuicio. Los pobladores mismos contribuyen activamente a su vigencia.

5. Implicancias metodológicas

El análisis y ejemplos antecedentes nos muestran que en la interacción entre la burocracia local y los pobladores se gestan modelos de gobierno y derecho tradicional que se implican entre sí y difieren de los contenidos y estructuras que esos modelos adquieren en otros escenarios de interacción.

5.1 El mensaje principal de mis observaciones para la investigación dirigida a incorporar el análisis del derecho en la práctica social estriba en la necesidad de contextualizar y prestar atención a los diferentes escenarios de interacción en los que las concepciones normativas se producen y mantienen. Esto significa que no se debe generalizar a partir de observaciones en un solo (tipo de) escenario de interacción.¹⁴ Cualquier investigación sobre el derecho y su significado en la vida social que busque *el* derecho o *el* *adat auténticos* es fútil porque parte de un presupuesto incorrecto, a saber, que el derecho existe y que puede ser descrito y analizado independientemente de su contexto –o, dicho de otra forma, que es el mismo en cualquier contexto–. Tan solo por esta razón, depender de informantes claves o cuestionarios de encuestas es inaceptable como métodos únicos o privilegiados de investigación, tal como ocurrió con los estudios de casos que dominaron la Antropología del Derecho por mucho tiempo.¹⁵ La validez o efectividad del derecho en un contexto, o en un aspecto, no dice nada sobre su validez y efectividad en otros contextos.

¹⁴ Véase F. von Benda-Beckmann (1984), Schaareman (1985).

¹⁵ Para críticas anteriores sobre las limitaciones del *case-study method*, prevaleciente en la Antropología legal entre los años 1960 y 1970, véase Gluckman (1973) y Holleman (1973), entre otros.

Para referirnos a un hallazgo de nuestra investigación de los años setenta en una aldea Minangkabau: la toma de decisiones válidas y consensuadas en el derecho tradicional local (*musyawarah untuk mupakat*) no siempre es lo suficientemente sólida como para asegurar que se cumplan en la vida cotidiana de los pobladores. Pero, aun así, puede llegar a ser tan firme como para evitar que cualquier otra forma de tomar decisiones sea aceptada como válida y practicable por la gente.¹⁶ Cualquier conclusión basada solo en una u otra de estas observaciones estará distorsionada y cualquier medida administrativa que se nutra de esas conclusiones estará destinada a fracasar.

La importancia del contexto contribuye a iluminar las diferencias fundamentales en los enfoques que aplican la investigación social y antropológica del derecho, por un lado; y los que emplean juristas, abogados y jueces, por otro. Estos últimos se ocupan de una empresa distinta: obligados por normas jurídicas que les ordenan basar sus decisiones en *la* ley correcta, se encuentran obligados a definir la norma aplicable e identificar su(s) fuente(s), es decir, el escenario de interacción en el que esa ley correcta se genera y mantiene. Este enfoque es incompatible con el sociolegal, porque este tiene por objeto descubrir la existencia y significado social de las normas jurídicas *en muchos contextos*.¹⁷ Cualquier intento de fusionar la ciencia jurídica con la ciencia social solo conspira en detrimento de ambas. Esta incompatibilidad fundamental fue claramente reconocida por Ter Haar (1937), quien postulaba una clara distinción entre la ciencia del derecho tradicional (o *adat* privado) y los enfoques antropológicos sobre el *adat* indonesio.

5.2 El análisis nos muestra también que debemos distinguir con mayor nitidez los *modos* en los que las normas y procedimientos jurídicos se involucran en la acción humana como un «lenguaje de interacción» (Fuller 1978).

Hemos visto que los involucrados en una interacción social usan el derecho, con una referencia más o menos explícita a un modelo legal particular, para explicar su comportamiento y para racionalizar y justificar sus demandas o su falta de voluntad para cumplir con las demandas que les formulan. El derecho —un modelo particular de derecho— se convierte en un *arma en el conflicto social* (Turk 1976), en un recurso estratégico empleado en la interacción social.¹⁸ Como tal, es importante para los funcionarios estatales y los pobladores. Uno puede utilizarlo para legitimar su demanda, el otro para rehusarse a cumplirla. En el mismo sentido es importante, en un plano mayor, para los gobiernos u otros agentes de desarrollo que tienen que estructurar sus políticas de desarrollo en términos legales. En todos

¹⁶ Véase en particular K. von Benda-Beckmann (1981, 1984).

¹⁷ Véase Galanter (1981), F. von Benda-Beckmann (1983b, 1984), Griffiths (1986).

¹⁸ El «uso del derecho», es por supuesto, no confirmado para la racionalización y justificación de la acción. También cubre el uso de instrumentos legalmente estructurados tales como formas de transacción o instituciones de solución de conflictos. Véase F. von Benda-Beckmann (1983b).

estos casos, el comportamiento y los objetivos en cuestión deben ser representados derivándolos lógicamente de las normas con las que se legitiman o al menos estando en consonancia con estas. En otras palabras, los modelos legales implicados asumen un carácter causal y determinista del derecho.

En estos modelos de derecho podemos observar una transformación de la estructura lógica de las proposiciones legales que se maneja en los procedimientos y decisiones de las cortes. En la interacción entre los funcionarios y pobladores locales, la estructura condicional de las normas generales (*si ocurre x, entonces y*) se transforma en lo que he denominado *derecho concreto* (F. von Benda-Beckmann 1979: 31-32), en una proposición causal y razonada en la que ciertas consecuencias concretas se derivan de normas generales: *al haberse producido x, se deriva y*. Si un observador generaliza este derecho concreto a partir de ejemplos etnográficos, el carácter prescriptivo de la racionalización *habiendo ocurrido x, se deriva y* es introducido en la estructura *si ocurre x, entonces y* de las normas generales (F. von Benda-Beckmann 1979: 37). Como consecuencia, la flexibilidad y apertura característica de buena parte del derecho, y del derecho local tradicional en particular, se pierde y el estereotipo del derecho prescriptivo se mantiene. Como he indicado anteriormente (1979: 37, 1986b: 100), esta es una razón importante por la cual los conceptos y definiciones del derecho basados en decisiones judiciales o, en general, en concepciones sancionatorias, tienen poco valor heurístico para la metodología e investigación sociolegal.

La forma en que el derecho se usa como fuente inductora de la interacción social es muy distinta cuando se considera que las normas jurídicas *influyen* o *determinan* el comportamiento de las personas, que cuando se las define como fuente de motivación o guía referencial para actividades específicas. Como Moore ha señalado sobre las decisiones de resolución de conflictos (1978: 210), y como he mostrado en esta oportunidad para un escenario de interacción distinto, las razones dadas para ciertas conductas (o decisiones) no deben confundirse con sus causas subyacentes. En la situación que he analizado, la gente puede decir que orienta su comportamiento en función de un modelo dado de derecho. Pero el modelo empleado no es idéntico a las pautas que ellos invocan cuando deciden cómo actuar en los mismos u otros escenarios de interacción, tal como sucede en las transacciones diarias de tierras. En esos otros contextos sus argumentos y estrategias son usualmente motivados y dirigidos por múltiples factores que concurren a la formación de sus objetivos. El derecho es usualmente solo uno de esos factores y a menudo no es el más importante.

5.3 El fracaso en distinguir los diferentes modos en los que el derecho participa en ese proceso de toma de decisiones puede ser especialmente engañoso en situaciones de pluralismo jurídico manifiesto. En esos contextos, los actores son identificados usualmente con el subsistema jurídico que usan en su argumentación. Cuando las causas o influencias de su comportamiento son buscadas en el derecho,

la atención tiende por tanto a dirigirse hacia el derecho propio de los actores. Pero si las personas, sean pobladores o burócratas, toman en cuenta el derecho cuando deciden algo, es usual que experimenten la influencia de *todo su universo normativo*. Y es de este universo, complejo y contradictorio, del que seleccionan puntos de referencia para orientarse en una situación específica.¹⁹ Por eso ponderan factores tanto sociales, económicos y políticos como jurídicos, incluyendo nociones del *adat*, del derecho estatal y del derecho islámico, para definir sus objetivos y estrategias de interacción social.

Para los pobladores, el modelo legal de los funcionarios, tal como lo interpretan, es usualmente un punto importante de orientación, aunque no en el modo en que los burócratas quisieran. Si (y cuando) la gente se rehúsa a solicitar un crédito, registrar su tierra, o unirse a una cooperativa, lo hace tomando en cuenta el modelo formulado por la burocracia local. Este, a menudo, no la convence, pero aun así suele ser su fuente primaria de motivación (negativa). Así, el comportamiento de los pobladores puede ser influenciado mucho más por las estructuras normativas de las regulaciones estatales o de los proyectos de desarrollo que por su propio derecho tradicional, incluso cuando se apoya en el *adat* para racionalizar y justificar su conducta. Cuando la gente no quiere cumplir con las directivas de los agentes desarrollistas no se debe a que el *adat* vigente en sus pueblos lo trabe o a que esté en contra de la modernidad o el desarrollo en sí mismos. A lo que se opone es al desarrollo propagado por monigotes arrogantes.

6. Bibliografía

Abel, R. 1980. "Redirecting social studies of law." *Law & Society Review* 14: 805-829.

Allott, A.N. 1980. *The Limits of Law*. London: Butterworths.

Benda-Beckmann, F. von. 1979. *Property in Social Continuity*. The Hague: M. Nijhoff.

———. 1983. *Op zoek naar het kleinere euvel in de jungle van het rechtspluralisme*. Inaugural lecture, Agricultural University, Wageningen.

———. 1983. "Why law does not behave: critical and constructive reflections on the social scientific perception of the social significance of law." In *Proceeding of the Xith ICAES Congress in Vancouver*, edited by H. Finkler, 233-262. Ottawa.

¹⁹ Véase F. von Benda-Beckmann (1983b), K. von Benda-Beckmann (1984).

- . 1984. "Law out of context: a comment on the creation of traditional law discussion." *Journal of African Law* 28: 28-33.
- . 1986a. "Leegstaande luchtkastelen: Over de pathologie van grondenrechshervorming in ontwikkelingslanden." In *Recht in ontwikkeling: tien agrarisch-rechtelijke opstellen*, edited by W. Brussaard et al, 91-209. Deventer: Kluwer.
- . 1986b. "Anthropology and comparative law." In *Anthropology of Law in the Netherlands*, edited by K. von Benda-Beckmann and F. Strijbosch, 90-109. Dordrecht: Foris.
- Benda-Beckmann, F. von et. al. 1989. "Interfaces or janusfaces: A critical appraisal of the interface approach in development sociology from a socio-legal perspective." In *Encounters at the Interface*, edited by N. Long, 205-220. Wageningen: Pudoc.
- Benda-Beckmann, K. von. 1981. "Forum shopping and shopping forums." *Journal of Legal Pluralism* 19: 117-159.
- . 1982. "Traditional values in a non-traditional context." *Indonesia Circle* 28: 39-50.
- . 1984. *The Broken Stairways to Consensus: Village Justice and State Courts in Minangkabau*. Dordrecht: Foris.
- Benda-Beckmann, F. and K. von. 1984. "Transformation and change in Minangkabau adat." In *The Broken Stairways to Consensus*, edited by K. von Benda-Beckmann, 146-176. Dordrecht, Foris.
- . 1988. "Adat and religion in Minangkabau and Ambon", In *Time Past, Time Present, Time Future: Perspectives on Indonesian Culture*, edited by H. Claessen and D. Moyer, 295-212. Dordrecht: Foris.
- Chanock, M. 1978. "Neo-traditionalism and customary law in Malawi." *African Law Studies* 16: 180-191.
- Collier, J. 1976. "Political leadership and legal change in Zinancatan." *Law & Society Review* 11: 131-163.
- Comaroff, J.L. and S. Roberts. 1981. *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context*. Chicago and London: The University of Chicago.

- Dove, M.R. 1986. "The ideology of agricultural development in Indonesia." In *Central Government and Local Development in Indonesia*, edited by C. MacAndrews, 221-247. Singapore: Oxford University Press.
- Fitzpatrick, P. 1980. "Law, modernization and mystification." In *Research in Law and Sociology* 3, edited by In S. Spitzer, 161-178.
- Fuller, L.L. 1978. "Law and Human Interaction." *Social System and Legal Process*, edited by H. M. Johnson, 59-89. San Francisco: Sage Publications.
- Giddens, A. 1976. *New Rules of Sociological Method*. London: Hutchinson.
- . 1979. *Central Problems in Social Theory*. London: Macmillan Press.
- Gluckman, M. 1972. *Ideas in Barotse Jurisprudence*. Manchester: Manchester University Press.
- . 1973. "The limitations of the case method." *Law & Society Review* 7: 611-642.
- Grace, C. and P. Wilkinson. 1978. *Negotiating the Law*. London: Routledge and Kegan Paul.
- Greenberg, D. 1980. "Law and development in the light of dependency theory." In *Research in Law and Sociology* 3, edited by S. Spitzer, 129-159.
- Griffiths, J. 1978. "Is law important?" *N.Y. Univ. Law. Rev.* 54: 339-374.
- . 1986. "What is legal pluralism?" *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55.
- Haar, B. Ter. 1937. *Het adat-privaatrecht van Nederlandsch-Indië in wetenschap, praktijk en onderwijs*. Inaugural lecture, Batavia.
- Hitchcock, R. K. 1980. "Tradition, social justice and land reform in Central Botswana." *Journal of African Law* 24: 1-34.
- Holleman, J. F. 1973. "Trouble-cases and trouble-less cases in the study of customary law and legal reform." *Law & Society Review* 7: 585-610.
- Lipsky, M. 1980. *Street Level Bureaucracy*. New York.
- Long, N., ed. 1989. *Encounters at the Interface: A Perspective on Structural Discontinuity in Rural Development*. Wageningen: Pudoc.

- Macandrews, C., ed. 1986. *Central Government and Local Development in Indonesia*. Singapore: Oxford University Press.
- Macarov, D. 1980. *Work and Welfare: The Unholy Alliance*. London: Sage Publications.
- Merryman, J. H. 1977. "Comparative law and social change: On the origins, style, decline and revival of the law and development movement." *American Journal of Comparative Law* 25: 457-491.
- Moore, S. F. 1973. "Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate field of study." *Law & Society Review* 7: 719-146.
- Nelken, D. 1985. "Legislation and its constraints: a case study of the British Rent Act.", In *Legal Systems and Social Systems*, edited by A. Podgorecki, C. Whelan and D. Khosla, 70-86. London: Croom Helm.
- Okoth-Ogendo, H.W.O. 1984. "Development and the legal process in Kenya: an analysis of the role of law in rural development administration." *International Journal of the Sociology of Law* 12: 59-83.
- Quarles van Ufford, Ph., ed. 1987. *Local Leadership and Programme Implementation in Indonesia*. Amsterdam: Free University Press.
- Schaareman, D. 1986. "Context and the interpretation of adat rules in a Balinese village." In *Anthropology of Law in the Netherlands*, edited by K. von. Benda-Beckmann and F. Strijbosch, 195-216. Dordrecht: Foris.
- Snyder, F. 1980. "Law and development in the light of dependency theory." *Law & Society Review* 14: 723-804.
- . 1981. "Colonialism and legal form: the creation of 'customary law' in Senegal." *Journal of Legal Pluralism* 19: 49-92.
- Spieritz, J. 1986. "Vreemde gasten: een casus uit Bali". In *Recht in ontwikkeling: tien agrarisch-rechtelijke opstellen*, edited by W. Brussaard et al., 111-132. Deventer: Kluwer.
- Thoden van Velzen, H.U.E. 1977. "Staff, kulaks and peasants: a study of political field". In *Government and Rural Development in East Africa*, edited by L. Cliffe, J.S. Coleman and M. Doornbos. The Hague: Institute of Social Studies.

- Trubek, D. and M. Galanter. 1974. "Scholars in self-estrangement: some reflections on the crisis in law and development studies in the United States." *Wisconsin Law Review* 1974: 1062-1102.
- Turk, A. T. 1976. "Law as a weapon in social conflict." *Social Problems* 23: 276-291.
- Werbner, R. P. 1980. "The quasi-judicial and the experience of the absurd: making land law in North-Eastern Botswana." *Journal of African Law* 1 24: 131-150.
- Williams, D. V. 1982. "State coercion against peasant farmers: The Tanzanian case." *Journal of Legal Pluralism* 20: 95-127.
- Woodman, G. R. 1985. "Customary law, state courts, and the notion of institutionalization of norms in Ghana and Nigeria." In *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*, edited by A.N. Allott and G.R. Woodman, 143-166. Dordrecht: Foris.

¿Qué y de quién es lo comunal? Lecciones desde Minangkabau*

Franz y Keebet von Benda-Beckmann**

1. Introducción

La propiedad comunal figura, junto a la propiedad privada individual, la estatal y la de acceso abierto, dentro de las cuatro principales clases de derechos de propiedad. Esta clasificación es tan relevante que constituye el cimiento de las construcciones teóricas sobre la evolución de los derechos de propiedad, la relación entre sus tipos, y su importancia económica y/o ecológica.¹

Entre las cuatro, la noción de propiedad *comunal* o *común* es la más general y engañosa para comprender los sistemas, teorías y políticas sobre la apropiación de los bienes. Además, desde el siglo XIX ha tenido connotaciones económicas negativas y civilizatorias.

En cambio, muchas veces se ha considerado a la propiedad individual como un importante indicador de la evolución social y legal, y como un pilar del progreso económico capitalista. Por ello, ha sido común desestimar el valor de los derechos de propiedad comunal, ya que simbolizan el atraso y la ineficiencia económica, y se yerguen como un obstáculo para el desarrollo económico y la producción mercantil. Esta afirmación resulta aplicable tanto al *comunismo primitivo* como a la propiedad socialista en los Estados comunistas del siglo XX.

* **Texto original:** Benda-Beckmann, F. y K. von. 2006. «How Communal is Communal and Whose Communal is It». En *Changing Properties of Property*, editado por F. y K. von Benda-Beckmann y M. G. Wiber, 194-217. New York y Oxford: Berghahn Books.

** Agradecemos a Chris Hann, Jacqueline Knörr y Melanie Wiber por sus acertados comentarios. Puede verse una versión más extensa y detallada de los argumentos que presentamos en F. y K von Benda-Beckmann (2004).

¹ Existe una amplia bibliografía sobre estos temas. Véase, por ejemplo, F. y K. von Benda-Beckmann (1999); Franz y Keebet von Benda-Beckmann y Wiber (2006). Sobre cambios en los Estados socialistas, véase Hann *et al.* (2003).

Como resultado, las políticas estatales inspiradas y legitimadas por estas teorías evolucionistas se han opuesto a la propiedad comunal, especialmente sobre los medios de producción. Solo en años recientes la propiedad comunal ha obtenido cierto reconocimiento, aunque restringido a su supuesta utilidad para la gestión sostenible de recursos y la protección de la naturaleza. Sin embargo, ninguna de estas políticas y teorías ha logrado el éxito esperado.²

Una razón fundamental para dicho fracaso es que la categoría de propiedad comunal no funciona bien como herramienta descriptiva o como base para políticas y teorías. Por ejemplo, puede comprender diferentes tipos de derechos, como la propiedad de complejas líneas sucesorias, el patrimonio comunal de los pueblos, las tierras estatales o la herencia común de la humanidad. Además, implica una gran variedad de colectivos que pueden abarcar desde solo unos cuantos individuos hasta grandes grupos, pueblos enteros, el Estado e incluso toda la *humanidad*.³ Los derechos de los miembros de esas colectividades también varían considerablemente, al igual que las complejas combinaciones que resultan de los posibles grupos que las integran.

Además, la teorización sobre la propiedad comunal o común se realizó principalmente a nivel de los derechos de propiedad categorizados. Es decir, se desarrollaron categorías abstractas y normas generales que, a su vez, definían tipos generales de bienes, sus titularidades y la relación entre ambos.⁴ En consecuencia, se ha prestado poca atención a la naturaleza y distribución de las relaciones de propiedad concretas que conectan a los bienes con propietarios reales en contextos sociales específicos. De igual forma, no se han considerado otras funciones de la propiedad como fuente de poder político, su relevancia para la seguridad social y la continuidad de los grupos sociales.

En nuestra opinión, no se justifica asumir que una categoría tan amplia tenga funciones más o menos uniformes e intrínsecas en todo tiempo y lugar. Como demostraremos con el ejemplo de los Minangkabau de Sumatra Occidental,

² Véase, por ejemplo, Bruce y Mighot-Adholla (1994); Van Meijl y F. von Benda-Beckmann (1999). Véase también los artículos de Peters, Kingston-Mann y James incluidos en Franz y Keebet von Benda-Beckmann y Wiber (2006), así como el capítulo introductorio de dicho libro.

³ En las antiguas discusiones evolucionistas del siglo XIX e inicios del siglo XX, el significado central de la propiedad comunal consistía en la posesión colectiva por parentesco, grupos de descendientes o tribus. Bajo la influencia de los debates sobre la propiedad común que siguieron al artículo «The Tragedy of the Commons» de Hardin (1968), el significado principal de propiedad comunal cambió al de bienes comunes. En su última versión se refiere al patrimonio común de la humanidad.

⁴ Sobre la distinción entre relaciones de propiedad categóricas (abstractas, normativas) y concretas (socialmente vigentes, contextualmente determinadas), véase el estudio introductorio de F. y K. von Benda-Beckmann y M. Wiber (2006).

Indonesia, distintos tipos de propiedad comunal coexistentes pueden atravesar desarrollos radicalmente diferentes. A su vez, la función económica que se les otorga es el resultado de una mala interpretación y regulación gubernamental, más que de las características intrínsecas de los derechos de propiedad.

La organización económica y matrilineal de Minangkabau desconcertó a varios observadores, viajeros, científicos y funcionarios públicos del siglo XIX —e inicios del XX— pues pensaban en términos evolucionistas. Si ya la propiedad comunal les parecía un modo de organización social de una etapa evolutiva «temprana» y por tanto retrasada, las relaciones matrilineales les resultaban doblemente atrasadas dada su negación *contranatura* de la relación padre-hijos. Sin embargo, es evidente que el *matriarcado* de los minangkabau era mucho más *avanzado* cultural, económica y tecnológicamente que muchas comunidades patrilineales que los holandeses encontraron en el archipiélago indonesio. Y, además, eran devotos musulmanes. ¿Cómo podían reconciliarse estos principios aparentemente contradictorios de la organización social y los patrones sucesorios?

Minangkabau también es interesante porque tiene dos formas distintas de propiedad comunal. Una es la propiedad heredada a través del linaje matrilineal (*pusako*) que comprende los bienes materiales e inmateriales, destacando los arrozales irrigados. La otra forma es el *ulayat*, o la propiedad común del pueblo, aquella parte del territorio comunal que no era usada para la agricultura sedentaria y que se mantuvo bajo el control del consejo del pueblo o de los líderes de los clanes matriarcales. Ambas formas de propiedad se encuentran insertas de distintas maneras en el sistema jurídico plural y producen distintos enfrentamientos entre los pobladores, las agencias estatales y los defensores del Islam.

En primer lugar, abordaremos la complejidad de la propiedad *pusako* y su forma de transmitirse hereditariamente. Asimismo, discutiremos cómo es que las relaciones categóricas y concretas que se forman alrededor de esta han sido influenciadas por las disputas sobre la herencia, su incorporación en la administración estatal y los cambios sociales y económicos. Luego analizaremos las propiedades comunales del pueblo (*ulayat*) de manera similar. Las historias de varias de las formas de propiedad en Minangkabau muestran interesantes continuidades y discontinuidades bien diferenciadas, tanto en los derechos de propiedad concretos como en los categóricos. Demostraremos que una notable continuidad en los últimos y en los principios básicos de la organización matrilineal puede coexistir con constelaciones muy diferenciadas de relaciones de propiedad concretizadas, dentro de las cuales las relaciones conyugales y paterno-filiales juegan un importante rol. Esto nos ayuda a entender por qué no se ha producido la desaparición o colapso de la matrilinealidad en Minangkabau, predicha desde hace 100 años (Schrieke 1955; Maretin 1961). Nuestro análisis también contribuye a aclarar los actuales debates jurídicos y políticos sobre el lugar de la propiedad comunal en Minangkabau,

debates que no distinguen de manera adecuada los muy diferentes conjuntos de derechos del sistema *pusako* y del sistema *ulayat*.

2. La estructura *pusako*

Los Minangkabau se organizaban en matriclanes focalizados, que consistían en matrilineajes dirigidos por un líder con abolengo (*panghulu*). El consejo de líderes de los matrilineajes fundadores ejercía el gobierno de aldeas relativamente autónomas (*nagari*). Las aldeas eran endogámicas y la residencia postmarital era uxorilocal. En el derecho y la filosofía *adat*,⁵ los miembros de un linaje forman una unidad social, económica y política. Ellos son *uno* en muchos aspectos: descienden de «un mismo útero», comparten el liderazgo de un mismo líder, comparten el título hereditario de su linaje y su propiedad material común, su *harato pusaki*. Este complejo de personas y propiedad del linaje es un componente importante en la constitución política y económica de las aldeas Minangkabau.

2.1 Unidad externa y diferenciación interna

La categoría de propiedad heredada (*pusako*) comprende bienes materiales e inmateriales, siendo los más importantes los títulos de los líderes del linaje, inmuebles —en especial arrozales con riego y casas de linaje— y algunos bienes muebles como ropas ceremoniales y joyería. Aunque en las relaciones externas se suele entender y tratar al *pusako* como propiedad comunal o compartida, internamente es un complejo de propiedad altamente diferenciado. Se distinguen diferentes tipos de propiedad heredada dependiendo de quién la adquirió originalmente y con qué medios lo hizo. Así, los subgrupos que se forman tienen diferentes derechos sobre diversas partes de la propiedad.

La primera y principal diferencia interna se refiere a la propiedad que los ancestros de los miembros del linaje crearon al roturar la selva, la cual se transmite y debe compartirse a través de las generaciones por todos los miembros del linaje que pueden rastrear su ascendencia matrilineal hasta tales ancestros. Esta propiedad, también llamada “alto *pusako*”, es distribuida como asignación principal (*ganggam bauntuek*) a los sublinajes que se identifican por la mujer más antigua y, en principio, se mantiene y transmite dentro de este sublinaje específico de manera perpetua. Estas asignaciones retornan al tronco del linaje solo si el sublinaje *se extingue*, es decir, cuando las mujeres en el grupo no tienen más descendientes femeninas para continuar con la línea de descendencia. El alto *pusako* puede someterse a redistribución si el desarrollo demográfico y económico de los sublinajes así lo amerita. Los intentos por reasignar la propiedad *pusako*

⁵ En el sentido más amplio, *Adat* significa «la forma de vida» o «cultura». También se denomina así al complejo sistema indígena minangkabau de normas y costumbres.

normalmente desembocan en serios conflictos entre sublinajes y a menudo terminan en divisiones.

La segunda diferencia interna de los derechos de propiedad es el resultado de la herencia de los bienes que fueron adquiridos individualmente (*harato pancaharian*) por uno de los miembros del linaje, y que posteriormente se integran al patrimonio transmitido a los miembros de su sublinaje.

La tercera diferencia se presenta en los linajes que incorporaron foráneos o descendientes de esclavos. A estas personas se les concede una parte de la propiedad *pusako*, pero condicionada a que muestren un comportamiento apropiado hacia el linaje original, y no tengan reclamos respecto al *pusako* de los descendientes de los ancestros matrilineales comunes. Los hombres del linaje pueden recibir una parte de la propiedad corporativa al casarse para sostener a su familia conyugal. No obstante, al fallecer, esta revierte al linaje.

En las relaciones con las autoridades políticas y otras organizaciones o individuos externos al grupo, el complejo de personas y propiedad que forma el linaje es tratado como una entidad *unitaria* y su líder lo representa en cualquier transacción o disputa. Las decisiones sobre transacciones externas e internas — como empeñar los arrozales del *pusako*, asignar bienes y derechos dentro del grupo o determinar la herencia sobre la propiedad *pusako*— deben tomarse en procesos de deliberación comunal con todos los adultos del linaje. En estos casos, el hermano de la madre (responsable), el líder del linaje y el del sublinaje se encargan de que tales procesos se cumplan. La opinión de la mujer anciana que controla los arrozales *pusako* también es importante para formular la decisión.⁶

2.2 Mecanismos comunalizantes e individualizantes: la pusakización del pancaharian y la pancaharianización del pusako

Los miembros del linaje tenían una considerable libertad sobre la propiedad que adquirirían individualmente en tanto tales tratos implicaran intercambios económicos normales. Pero no podían transmitirla de manera permanente a quienes no eran miembros del linaje, siendo el ejemplo clásico el del padre que quiere dar propiedades a sus hijos. Tales transacciones requerían el consentimiento de todos los miembros del linaje, ya que la propiedad obtenida individualmente estaba destinada a convertirse en parte del patrimonio hereditario común, y los futuros sucesores tendrían que consentir cualquier transferencia que amenace sus derechos hereditarios.

⁶ Véase Willinck (1909), Tanner (1970), F. von Benda-Beckmann (1979), K. von Benda-Beckmann (1981).

Por ello, en la conceptualización de los Minangkabau, se solía hacer referencia a la propiedad acumulada durante la vida de una persona como «bajo *pusako*», que se consideraba como si ya hubiera sido heredada. Era «propiedad heredada en un estado de crisálida» (Willinck 1909: 584).

Por tanto, el sistema *pusako* se concibe predominantemente en términos diacrónicos y, para cualquier titular de un derecho sobre la propiedad *pusako*, el plazo de vigencia de su derecho supone la herencia pasada y futura de acuerdo a las normas matrilineales.

La función principal del *pusako* fue proveer recursos económicos para las siguientes generaciones del linaje. Por ello se prohibió la enajenación permanente y solo se reconocieron transferencias temporales en la forma de empeños o donaciones. Pero incluso la propiedad empeñada podía ser siempre reivindicada. En principio, la reivindicación de una propiedad *pusako* empeñada correspondía a todo un (sub)linaje. Para lograrla, los individuos o subgrupos debían contribuir por igual. En este caso, la propiedad recuperada mantenía su estatus de *pusako* totalmente y los derechos eran distribuidos entre los sublinajes según la asignación inicial.

No obstante, si el grupo, como un todo, no quería reivindicar un arrozal, por ejemplo, uno de sus miembros podía hacerlo de manera individual. Aunque la tierra reivindicada mantenía su estatus residual de propiedad grupal *pusako*, el derecho de explotar económicamente el arrozal se atribuía con exclusividad a la persona o sublinaje que lo había redimido. Luego de su muerte, esos derechos *pancaharianizados* relativos a la propiedad *pusako* formaban un complejo *pusako* separado para los herederos de quien los reivindicó. Sin embargo, otros miembros del grupo podían pagar en cualquier momento el costo que les hubiera correspondido en la reivindicación y así adquirir una participación en dicha tierra.

3. Desafíos al sistema *pusako*

Varios desafíos al sistema *pusako* han sido planteados por diferentes razones e influencias, incluyendo el Islam, el gobierno colonial holandés y luego el gobierno indonesio. Adicionalmente, ha sido presionado por factores socioeconómicos.

3.1 Cambios en el derecho sucesorio y el derecho islámico

Desde mucho antes de la colonización holandesa el derecho islámico entró en competencia con los derechos de propiedad *adat*.⁷ Para los fervorosos seguidores del Islam, el sistema *pusako* era una práctica pagana y, por tanto, prohibida para los

⁷ Para obtener información sobre la relación cambiante entre el *adat* y el islam en Minangkabau, véase Abdullah (1966), Naim (1968), F. y K. von Benda-Beckmann (1988).

musulmanes, debido a sus principios matrilineales dominantes en la estructuración de la autoridad política sobre las personas, recursos y sucesión. En esta perspectiva, las normas sucesorias matrilineales estaban en flagrante contradicción con las normas del derecho hereditario islámico y su fuerte tendencia patrilineal.

Pero las confrontaciones sobre la propiedad y las negociaciones entre los líderes islámicos y del *adat* disminuyeron en intensidad con el paso del tiempo. Las controversias más fuertes tuvieron lugar a principios del siglo XIX, durante la guerra Padri, en la cual líderes islámicos ortodoxos intentaron establecer una teocracia en Minangkabau. Esta guerra trajo como consecuencia la intervención de Holanda y la incorporación de Minangkabau como colonia de las Indias Orientales Neerlandesas. En ese contexto, el gobierno colonial holandés apoyó a los defensores del *adat* contra el movimiento islámico ortodoxo pues consideró que este representaba una amenaza mayor al dominio colonial. Los holandeses construyeron su régimen colonial de gobierno indirecto (*indirect rule*) sobre la base del sistema *nagari-pusakok* y reconocieron y mantuvieron el *pusako adat* como derecho de propiedad válido en Minangkabau.

El frente de batalla de los ataques islámicos fue la herencia de la propiedad adquirida de manera individual. Fue un doble ataque contra la naturaleza comunal de la propiedad de los linajes y contra las limitaciones a la libertad individual sobre la propiedad personal. La principal manzana de la discordia fue que los hombres legaran su propiedad a sus hijos mediante donaciones o testamentos. La presión islámica buscó cambiar las normas sucesorias del sistema matrilineal por el sistema islámico. Así, el conflicto clásico en sociedades matrilineales entre los hijos patrilineales y los sobrinos matrilineales fue exacerbado por el derecho islámico. Esto se intensificó con los cambios económicos y sociales. El nuevo sistema educativo y las migraciones habían producido cambios en los patrones de residencia y acercado los lazos sociales y económicos entre los cónyuges y sus hijos. La autoridad social y económica empezó a pasar del hermano de la madre a ambos padres, lo que derivó en el deseo de transferir los bienes usados por la familia conyugal dentro de sí misma.

Este desarrollo fue apoyado por los funcionarios y jueces holandeses, quienes consideraban que la herencia matrilineal era, de cualquier forma, *antinatural*. De este modo, el derecho y la práctica sucesorios para la propiedad adquirida por una persona cambiaron gradualmente. Durante la década de 1930 un punto de desarrollo importante fue el reconocimiento de que un hombre podía legar, por donación o testamento, su propiedad personal a sus hijos sin el consentimiento de sus familiares matrilineales. No obstante, en la práctica, los hijos y familiares matrilineales promovían acuerdos sobre la sucesión de la propiedad individual. Este proceso podía ser amigable, dependiendo de la calidad de las relaciones familiares, pero también podía resultar en serias y prolongadas disputas ante las autoridades del pueblo o las cortes estatales (K. von Benda-Beckmann 1981, 1985).

Luego de la independencia se realizaron dos grandes encuentros en los que participaron líderes religiosos y del *adat*, académicos, jueces y políticos locales.⁸ Estos acordaron que la propiedad *pusako* debía seguir regida por las normas sucesorias matrilineales. Sobre la propiedad adquirida durante el matrimonio, se consideró que debía dividirse por la mitad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos. Estos últimos heredarían de acuerdo al derecho sucesorio islámico, conforme al cual se permite hacer testamentos hasta por un tercio de la propiedad acumulada por las personas (Naim 1968:243).

Estos encuentros y sus conclusiones intentaron debilitar la lógica temporal y conceptual del sistema *pusako* mediante la redefinición de la propiedad individualmente obtenida, incluyendo no solo la adquirida en sentido tradicional sino también la recibida por donación (*hibah*) y testamento. De este modo, la propiedad individual acumulada mantendría su estatus luego de la sucesión, continuaría siendo heredada de acuerdo al derecho islámico y no se volvería «bajo *pusako*», como ocurriría en el *adat*. Con esto no habría más crecimiento del *pusako*.

Pero a largo plazo las consecuencias no fueron las esperadas. Hoy es una práctica generalmente aceptada que los niños hereden de su padre, al menos la mayor parte de su propiedad individualmente copiada. Lo heredado, sea por los hijos de un hombre o los herederos matrilineales, se convertirá en propiedad *pusako* para los respectivos sublinajes de los herederos.

No obstante, aún es un tema importante en los debates político-jurídicos si esto sucede en concordancia con el derecho islámico o con el nuevo derecho *adat*. En contra de las conclusiones de los encuentros de 1952 y 1968, en 1968 la Suprema Corte validó el cambio de la herencia intestada de la propiedad personal como «nuevo derecho *adat*».⁹ Esto motivó opiniones divididas entre la gente, pero la mayoría consideró que se trataba de un cambio en el *adat* y no un reemplazo de este por el derecho islámico. Incluso quienes consideran «la herencia para los hijos» como algo conforme al derecho islámico, no legan la propiedad a todos los herederos islámicos.

⁸ Véase, Prins (1953), Naim (1968), Tanner (1970) y F. von Benda-Beckmann (1979).

⁹ Solo en pocos casos tales disputas son presentadas a y juzgadas por tribunales religiosos. Aunque la jurisdicción de los tribunales religiosos (estatales) se expandió en los ochenta para incluir disputas sobre sucesión, donaciones y testamentos, nuestra investigación muestra que desde los setenta no ha habido cambio. La investigación se está realizando en cooperación con la Universidad Andalas en Padang. Reconocemos con gratitud la ayuda y las inspiradoras sugerencias de Aziz Saleh, Alfian Miko, Erwin, Syahmunir, Syofyan Thalib, Narullah Dt. Parpatiah nan Tuo, Takdir Rahmadi y Tasman.

4. La transformación judicial y administrativa del sistema *pusako*

Los principios y normas generales del *adat* sobre la propiedad corporativa matrilineal sucesoria (*pusako*) y su asignación, uso y distribución se han mantenido dominantes. Sin embargo, la administración y las cortes (post)coloniales hicieron varios intentos para cambiarlos.

4.1 Estandarización y disociación de las unidades políticas y las unidades de propiedad

Una de las primeras grandes intervenciones fue la prohibición, por parte de Holanda, de establecer nuevos líderes de linaje en la década de 1880.¹⁰ Esto llevó a un proceso gradual de disociación de los linajes que contaban con líderes *panghulu* y de surgimiento de sublinajes, que se volvieron bastante autónomos en asuntos *pusako*. Estos sublinajes tuvieron sus propios representantes en materia de propiedad (el hermano de la madre, que era el líder de los herederos, *mamak kepala waris*) aunque sin el estatus oficial de líderes de linaje. Un linaje con líder *panghulu* podía contener uno o más de estos sublinajes. No obstante, en las aldeas, en la práctica, continuó la división de linajes bajo el establecimiento de nuevos títulos *panghulu*, por lo cual el estatus de estos nuevos grupos y sus relaciones con los sublinajes se volvieron cada vez más ambiguos. Una ambigüedad que continúa hoy en día.

Esta intervención afectó principalmente el estatus externo de los linajes y sublinajes, así como la composición de las subunidades dentro de los primeros. Durante la mayor parte del siglo XIX Holanda no tuvo mayor interés en los asuntos internos de los linajes, siempre que enviaran café a sus agencias mercantiles bajo la política de producción forzosa del producto. Esto cambió dramáticamente luego de la primera década del siglo XX por varias razones interrelacionadas.

Cuando se abolió el sistema de producción forzada del café y se introdujo un sistema tributario, se hicieron necesarios grupos más pequeños y con una representatividad clara. Además, el sistema *pusako* se volvió más importante para el gobierno colonial, pues este consideró a la economía arrocera basada en la propiedad corporativa matrilineal como el fundamento para la subsistencia y el comercio local restringido (Kahn 1993). Esto demandó una exploración y sistematización más profunda del *adat* de Minangkabau por parte del personal administrativo holandés y de los académicos de la Escuela de Derecho *Adat*.

Por ello la administración colonial introdujo dos cambios importantes.

¹⁰ Ya durante la década de 1850, los holandeses intentaron introducir el registro del *pusako* según sus propias nociones de propiedad (véase F. von Benda-Beckmann 1979: 210 y 318 ss.; K. von Benda-Beckmann 1990).

En primer lugar, la propiedad del linaje se reinterpretó como comunal o familiar, usando como referencia los esquemas interpretativos de la propiedad común holandesa y la distinción entre derecho público y privado. El *pusako* fue interpretado como propiedad familiar, bajo la regulación del derecho privado. La familia (linaje) era una comunidad legal con propiedad y administración común. Asimismo, la unidad externa se tradujo a la estructura interna del grupo. Por ello, se suprimieron los derechos grupales internos de asignación principal (*ganggam bauntuek*) y el conjunto separado de propiedades heredables por haber sido obtenidas individualmente. Ambos fueron reemplazados con las nociones de igualdad de goce de todos los miembros sobre el conjunto de la propiedad que se tenía comunalmente (Adatrechtbundel 1910-1955, 6: 179).

En segundo lugar, la autoridad de los líderes del linaje y sublinaje se fortaleció respecto a los asuntos externos sobre la propiedad. Esto reflejaba el deseo holandés de tener un solo responsable del complejo de propiedad *pusako*, incluso en asuntos no tributarios. A partir de entonces, los representantes podían empeñar el *pusako* sin el consentimiento o reconocimiento de sus parientes matrilineales, aunque solo en los casos permitidos por el *adat* (Guyt 1936; F. y K. von Benda-Beckmann 1985: 264). También se redujeron las limitaciones para poder pignorar ante las cortes o en las aldeas. Por ejemplo, de manera progresiva se fueron reconociendo «necesidades modernas», por ejemplo, pagar pensiones escolares o cubrir los costos del peregrinaje islámico, como razones legítimas para empeñar los bienes. De otro lado, también se redujeron las condiciones para que los últimos miembros de un linaje en extinción pudieran vender el *pusako*.

No obstante y por lo general, estos ejemplos de *derecho local* de Minangkabau ideado por los abogados no se aplicaron en las aldeas, limitándose en buena medida a los casos llevados a las cortes.¹¹ Además, lo que se decidía en las cortes era a menudo «re-*adatizado*» en la política local de las aldeas (K. von Benda-Beckmann 1985). Pero las reinterpretaciones incrementaron las ambigüedades del sistema *pusako* y abrieron el camino a nuevas estrategias judiciales de manipulación.¹²

4.2 La Ley Fundamental Agraria y el impulso para la conversión de los derechos de propiedad

¹¹ Véase F. von Benda-Beckmann (1979), K. von Benda-Beckmann (1981) y F. y K. von Benda-Beckmann (1985). Véase también Vollenhoven (1909). Sobre transformaciones similares en otros sistemas jurídicos coloniales, véase Clammer (1973), Chanock (1985) y Woodman (1987). Como sucede en Minangkabau, dichas transformaciones no se deben generalizar como «el» derecho consuetudinario.

¹² Las mujeres tenían especiales dificultades para reclamar sus derechos frente a miembros de su (sub)linaje, véase K. von Benda-Beckmann (1981).

En 1960, quince años después de la independencia, se promulgó la Ley Fundamental Agraria, que significó una poderosa alternativa al sistema *pusako*. Su objetivo era promover la individualización de las tierras comunales mediante la introducción de títulos individuales y convertir derechos basados en el *adat* en categorías jurídicas influidas por el derecho holandés. Bajo esta ley, la categoría más importante, *hak milik*, más o menos correspondía a la noción de propiedad. A su vez, la tierra *pusako* de un linaje podía ser registrada como un único y homogéneo derecho de propiedad, y no había ninguna disposición que permitiese registrar la tierra poseída comunalmente con todas sus diferenciaciones.

Hasta ahora, en Sumatra Occidental, el sistema de registro no ha tenido éxito. Por mucho tiempo, el programa ha sido un «castillo de ensueño sin contenido», a pesar de la exhortación recurrente del gobierno provincial, de la existencia de programas para un registro barato y eficiente (PRONA) y de un proyecto del Banco Mundial que prestaba especial atención al registro comunal de la tierra.¹³

Además de las prácticas de registro burocráticas, lentas y a menudo corruptas, que normalmente se consideran las causas principales de este fracaso, consideramos que una razón importante reside en la naturaleza del sistema de propiedad Minangkabau y en la forma en que la población interpreta y compara esto con las posibles consecuencias del registro. En efecto, registrar toda la propiedad de un (sub)linaje sería extremadamente difícil y llevaría a innumerables conflictos. Si solo se registrase a nombre del representante del grupo, la gente temería perder sus derechos. Aún más, temería que con el registro la tierra adquiriera estatus de propiedad y por lo tanto sea heredable por los hijos de los varones. Estas preocupaciones son ciertamente realistas pues en los casos del registro, se considera que la tierra es de libre disposición y transmisibles sucesoriamente.

Por ello, en las zonas rurales son pocas las tierras con status de *pusako* que se han registrado y generalmente corresponden a parcelas delimitadas donde se construyen casas.

5. Cambio económico y relaciones de propiedad concretas y cambiantes

La *pusakización* de la propiedad individual y las restricciones a su transferencia crearon la imagen de una expansión constante del complejo *pusako*, a través de la incorporación de la propiedad adquirida personalmente. Pero en realidad, bajo la sombrilla de la propiedad del linaje, coexistían varios derechos concretizados y asignados con exclusividad a ciertas partes de dicha propiedad. Además, estos cambiaban con el tiempo debido a la redistribución interna, la pignoración, la reivindicación y la herencia.

¹³ Sobre los programas de registro, véase F. von Benda-Beckmann (1986), World Bank (1994), Haverfield (1999: 57), Slaats (1999, 2000: 44).

Los principales mecanismos que se emplearon para extraer temporal y provisionalmente los derechos concretizados del *pusako* fueron la hipoteca y la reivindicación de la tierra. De este modo se alteró la asignación normal dentro del linaje que estaba bajo el control de su líder tradicional, la mujer más anciana. Estos casos parecen haber ocurrido en gran escala ya en la década de 1880 (F. von Benda-Beckmann 1979: 289) motivados por cambios económicos. En efecto, la creciente monetización de la economía a través del sistema de cultivo forzado del café y las posibilidades limitadas de invertir fuera de la aldea, hicieron que el dinero circulase en ciclos de préstamos, hipotecas y reivindicaciones. Con el tiempo se fueron incrementando las inversiones sobre la tierra a causa de las nuevas necesidades de dinero en efectivo y las novedosas formas de ganarlo a través de empleos remunerados, el comercio, la agricultura comercial y las remesas de los migrantes (Naim 1974; F. von Benda-Beckmann 1979: 291; Kato 1982; Biezeveld 2002).

Para evitar problemas con las herencias, los hombres de Minangkabau preferían empeñar o reivindicar la tierra «para sus esposas e hijos». La hipoteca y la reivindicación se volvieron un modo dominante de tener acceso a la tierra, en la medida que las tierras sin cultivar se habían vuelto cada vez más escasas, especialmente en las áreas céntricas densamente pobladas de Minangkabau. Este proceso estuvo cargado de conflictos frecuentes e intensos, especialmente después de que cambiaron las normas sucesorias para la propiedad acumulada personalmente en la década de 1960. Ahora, cuando se heredan los derechos de uso sobre la propiedad *pusako* individualmente reivindicada, estos cruzan las fronteras del linaje.¹⁴

A través de estos mecanismos hubo una gran rotación de tierras agrícolas y se desarrolló un mercado para los derechos individuales temporales sobre la propiedad *pusako*. El flujo de propiedad desde el linaje matrilineal del hombre hacia su familia conyugal también fortaleció los lazos dentro de esta a expensas de las múltiples relaciones dentro del linaje matrilineal. Dentro de este último, la mayor parte de la propiedad es poseída por pequeños segmentos del linaje. De esta forma, el antiguo mecanismo para la asignación principal de propiedad perdió importancia a causa de la disminución del total de propiedad común *pusako*. Como resultado, se debilitó la autoridad de los líderes de los grupos del linaje y de las ancianas.

¹⁴ Tanner (1970), F. von Benda-Beckmann (1979), K. von Benda-Beckmann (1981).

5.1 Ulayat

El derecho de uso y disfrute, la soberanía y el dominio del Estado

Se denomina *ulayat* a la tierra o territorio de la aldea. Comprende la tierra, el bosque, el agua, los minerales y las tierras de pastoreo. Generalmente estaba bajo el control sociopolítico del gobierno de la aldea, pero dicho control podía también estar distribuido entre los clanes fundadores y era administrado por sus líderes (Holleman 1981: 137). El *ulayat* se empleaba para recolectar principalmente productos del bosque o para el pastoreo, o como reserva para la expansión de la agricultura u horticultura. Por ello, la tierra de la aldea podía convertirse en arrozales o en huertos de árboles permanentes.

Con el paso del tiempo, el *ulayat* se convirtió en propiedad del linaje heredada por los descendientes de los cultivadores originarios. Normalmente era de libre acceso para los miembros de la aldea o clan y no podía enajenarse. No obstante, algunos no residentes podían recibir o perder derechos temporales en base al pago de una cuota de reconocimiento. Los holandeses llamaron a este derecho de control sociopolítico *beschikkingsrecht*, derecho de disposición o derecho de uso y disfrute (Holleman 1981: 287, 431).

En las Indias Orientales Neerlandesas, la legislación agraria de inicios del siglo XIX había reconocido, en cierta medida, todos los derechos sobre la tierra de la población local, incluyendo los derechos de uso y disfrute. Pero estos derechos fueron sistemáticamente reducidos en un proceso gradual que se inició cuando la producción forzosa de cultivos comerciales fue abandonada y se incentivaron tanto la formación de plantaciones europeas como la agroindustria. Los derechos atribuidos al Estado se conservaron por ser importantes para legitimar la extracción minera y la explotación y conservación de bosques. *La Declaración de Dominio de la Costa Occidental de Sumatra* de 1874 estableció que en los casos en que la propiedad no podía probarse, la tierra quedaría bajo dominio del Estado (Logemann y Ter Haar 1927: 106). Esto generó una incertidumbre legal considerable y se convirtió en un tema importante del debate político-jurídico.¹⁵ La cuestión principal era si el derecho de uso y disfrute de los recursos bajo dominio de las comunidades podía ser arrebatado por el Estado y reasignado a empresas

¹⁵ Van Vollenhoven (1919) y luego Logemann y Ter Haar (1927) fueron excesivamente críticos de las políticas jurídicas coloniales. Los administradores holandeses también desarrollaron puntos de vista críticos, incluyendo al gobernador de la Costa Occidental de Sumatra, Ballot, e incluso el Ministro holandés para las colonias. Véase, también, AB 11 (1912: 88), AB 35 (1936: 223-30), Oki (1977: 105-10), F. von Benda-Beckmann (1979), Manan (1984: 186), Burns (1989: 36), Kahn (1993: 189-212). La exposición y justificación más sistemática de las políticas estatales es brindada por 's Jacob (1945).

públicas o privadas, o si la tierra debía expropiarse de manera oficial con una compensación a las comunidades.

En la perspectiva de los administradores coloniales, la expropiación y compensación se consideraban cuestiones de derecho privado. Además, en su opinión, los derechos de disfrute no encajaban en la idea de propiedad según el derecho privado. Consecuentemente, estos no eran considerados como *derechos*, sino como meros *intereses* sujetos a la consideración política estatal del *bien común*, por ejemplo, el desarrollo económico capitalista impulsado por empresarios europeos. Debido a que, según la lógica legal colonial, cada pedazo de tierra debía tener un propietario, se estimó «inevitable que el Estado se convirtiera en el propietario de la tierra ante la ausencia de cualquier otro propietario» (‘s Jacob 1945). En la interpretación colonial dominante, el derecho de uso y disfrute era considerado en estricto un *derecho público* del gobierno de una aldea. Estos habían sido sustituidos y absorbidos por los nuevos y predominantes derechos públicos emanados de la soberanía del Estado.

Los opositores a esta visión argumentaron que tales interpretaciones no podían ser sostenidas pues se basaban en una clamorosa interpretación equivocada de la naturaleza de los derechos *adat*. Estos derechos, afirmaban, no podían entenderse simplemente en términos de los derechos públicos y privados mutuamente excluyentes. Por el contrario, el derecho de uso y disfrute tenía un carácter tanto público como privado y, por lo tanto, se situaba bajo la cláusula de protección de la Declaración de Dominio.

Más allá del encendido debate jurídico, los derechos *adat* sobre la tierra de la aldea se siguieron reconociendo ampliamente en la práctica en Sumatra Occidental. Incluso a la *Declaración de Dominio de la Costa Occidental de Sumatra* se le llegó a llamar la declaración «secreta», ya que durante cierto tiempo el gobierno no se atrevió a publicar el texto o aplicarlo, por temor a levantamientos populares. De este modo, a menos que hubiera en juego un interés económico urgente, el gobierno se abstuvo de hacer valer sus derechos. Igualmente, donde se habían entregado concesiones de tierras o bosques a foráneos, se buscaron acuerdos con los gobiernos locales de las aldeas. Sin embargo, el número de plantaciones holandesas creadas de esta forma fue relativamente bajo. En las regiones con menor densidad poblacional se dieron más concesiones para plantaciones, mayormente bajo la figura de un arrendamiento a largo plazo (*erfpacht*) por setenta y cinco años (ver Oki 1977: 111, 114; Kahn 1993: 202-19). Durante las últimas décadas del siglo XIX surgió una suerte de cinturón de plantaciones con mano de obra migrante de Java. A las firmas holandesas se les otorgaron concesiones mineras y permisos para explotar carbón, oro, plata, zinc, cobre, plomo y estaño; por lo general, también por un periodo de setenta y cinco años.

Las políticas holandesas de reserva de bosques tuvieron un mayor impacto práctico en la propiedad *ulayat*. Estas estaban dirigidas a proteger bosques de la extracción maderera descontrolada, pero también para proveer madera barata a las obras públicas. En 1923, el 35% del área total de Minangkabau era reserva forestal. Esto aumentó el resentimiento de los pobladores y sus líderes contra tales medidas, pues disminuía sus posibilidades de usar nuevas tierras para cultivo. En la zona central de Sumatra Occidental el desarrollo demográfico hizo necesaria la expansión de los cultivos de arroz dentro de los bosques que habían sido declarados bajo protección por el Departamento de Silvicultura, motivando el levantamiento comunista de 1925-26. Como resultado, la comisión que investigó los levantamientos emitió un reglamento que establecía que el gobierno y las empresas europeas que explotaban madera debían pagar el 25% del valor de esta a las aldeas afectadas (Oki 1977: 114-16, Kahn 1993:220 y ss.).

Después de la independencia de Indonesia, la situación jurídica cambió solo de manera gradual, pues el Estado operó con la misma lógica política y jurídica que su predecesor colonial y entregó títulos según su criterio. La Ley Fundamental Agraria de 1960 afirmaba estar basada en el derecho *adat*. El derecho de uso y disfrute (*hak ulayat*) se reconoció de forma ambigua, y se sujetó al control reglamentario del Estado y al «interés común». La base jurídica para las concesiones se amplió con el Decreto Presidencial N° 32 de 1979 sobre la conversión de los «derechos occidentales» en tierras estatales. Este decreto señalaba que toda la tierra arrendada a las plantaciones holandesas volvería al dominio estatal al vencer el arrendamiento, quitándole su estatus de tierra *adat*. La legislación forestal impuso cada vez más restricciones al uso de bosques, a la vez que expandió el área bajo su control, lo que aumentó los conflictos por demandas de propiedad *ulayat*. Durante los últimos veinte años del régimen de Suharto, sus familiares y partidarios políticos más leales recibieron, como liberalidad, concesiones para explotaciones madereras, mineras y agrícolas, arrendamientos y títulos de propiedad. Estos títulos usurpaban tanto bosques estatales como tierra *ulayat*, sin atender los reclamos de la población.¹⁶ Todo esto desembocó en un escenario plagado de incertidumbre y resentimiento contra el viejo régimen, pero también contra los líderes de los pueblos que fueron acusados de beneficiarse con estas transacciones.

5.2 Desarrollos a partir del *Reformasi*

El inicio de la era Post Suharto o *Reformasi* —luego de la caída del presidente Suharto en 1998— y la resultante nueva libertad política en Indonesia condujeron a una serie de cambios, incluyendo pedidos generales de autonomía regional y

¹⁶ En 1997 un total de 606.863 ha. de tierras de aldea estaban en manos de plantaciones, mientras que en 1926 solo era un área de 113.600 ha. Entre 1990 y 1999, el área para las plantaciones de aceite se cuadruplicó, véase Kahn (1993: 202 y ss.); Suara Rakyat (2001).

demandas de un mayor reconocimiento de los derechos *adat* a los recursos de las aldeas. Esto dio lugar a una política de descentralización con más derechos y obligaciones para los distritos y aldeas. En Sumatra Occidental este cambio vino acompañado de una restructuración de los gobiernos locales que suscitó un debate a nivel regional sobre la posición de los líderes tradicionales y el control sobre la propiedad *ulayat* (véase F. y K. von Benda-Beckmann 2001). Mientras que las aldeas recibieron todos sus ingresos del gobierno central, la cuestión del *ulayat* se mantuvo latente. Pero cuando el gobierno central restringió el uso de los servicios y el acceso a recursos públicos, las aldeas se vieron obligadas a buscar otras fuentes de ingreso y la propiedad *ulayat* asumió un papel central: dejó de ser un tema del pasado y se convirtió en uno en el que aparentemente se basaba el futuro.

En 1999, como respuesta al aumento de la presión local, el gobierno central emitió un reglamento ministerial sobre el reconocimiento de las tierras de las aldeas a fin de resolver los problemas de la tierra *ulayat* dentro de las comunidades regidas por el derecho *adat*.¹⁷ El reglamento fue duramente criticado porque solo reconocía la tierra *ulayat* «que continúe, como en el pasado, bajo la posesión de los *nagari*; donde aún exista realmente la tierra *ulayat* y donde las relaciones entre la comunidad regida por el derecho *adat* y el *ulayat* no se hayan visto dañadas con el tiempo» (véase Syahmunir 2000; F y K. von Benda-Beckmann 2001).

De este modo, el reglamento buscaba validar todas las medidas estatales relacionadas con el *ulayat* tomadas en el pasado, incluido el traspaso legal de antiguas plantaciones holandesas al Estado. Actualmente, en respuesta a las protestas, el gobierno provincial de Sumatra Occidental ha propuesto un proyecto de regulación que reformula el controvertido reglamento ministerial de 1999. Esto es inaceptable para aquellos que, como la Asociación de Consejos de Aldea Adat, demandan el retorno de la tierra bajo arrendamientos estatales y los derechos de uso prescritos a su antiguo estatus de propiedad *ulayat*. Como no es de extrañar, esta demanda a su vez no es aceptable para el ministerio central y el gobierno provincial. Hacia el año 2005, este asunto seguía sin resolverse.

Además de estas políticas legales, existieron otros intentos para hacer que los recursos de la propiedad *ulayat* vuelvan a estar bajo el control de las aldeas o clanes. En el pasado, el miedo a la represión había impedido que la población local presentara demandas, pero actualmente han surgido conflictos abiertos, procesos judiciales y negociaciones sobre las áreas forestales, plantaciones, recursos hídricos y del subsuelo como el carbón, la arena y grava.¹⁸

¹⁷ Entre 1994 y 1999 el Banco Mundial llevó a cabo un ambicioso proyecto para revisar y mejorar el sistema jurídico agrario en el que se iba a explorar el estado de las tierras comunales. Véase Slaats (1999, 2000).

¹⁸ Véase F. y K. von Benda-Beckmann (2001). Así, los ancianos del *adat* de Padang reclamaron un edificio escolar al gobierno (*Padang Ekspres*, 26 de agosto 2002) y la población de Ombilin ha comenzado a extraer carbón de su tierra de *ulayat*.

En ocasiones, la intención de los pobladores es recuperar el control sobre la tierra para poder explotarla. No obstante, las negociaciones a menudo tienen por objetivo volver a participar en el uso del recurso u obtener algunos beneficios de este, cuando los derechos del *ulayat* se usan para recaudar tributos. La administración distrital ha devuelto algunos mercados y tierras a las aldeas, y ciertos clanes han reclamado exitosamente (algunas de) sus tierras o negociado un porcentaje en las ganancias obtenidas por las empresas que explotan recursos naturales en el territorio del pueblo. Los migrantes con influencias en Jakarta y en otros lugares también cumplen un rol importante en estos conflictos porque ayudan a establecer un balance en las relaciones de poder entre los organismos estatales y sus aldeas de origen (véase Biezeveld 2002). Sin embargo, pese a estos primeros éxitos, resulta difícil predecir los posibles resultados, sean fracasos, victorias o acuerdos emergentes de estas contiendas.

Los conflictos por los recursos de la propiedad *ulayat* no solo afectan la relación entre las aldeas y el Estado. Debido a la política de descentralización, se brindó mayor atención al derecho *adat* y a los recursos de las aldeas en su nueva organización, lo que reanimó pugnas internas. La Ley sobre Gobierno Local de 1979 y la división de aldeas (*nagari*) de 1983 en aldeas administrativas más pequeñas (*desa*) supuso que los *nagari* dejaran de ser una unidad administrativa oficial. Sin embargo, en 1983, el Reglamento Provincial N° 13 reconoció a los *nagari* como una «comunidad del derecho *adat*» y al Consejo de Aldea Adat como la institución que representaba a esta comunidad y que tenía la tarea de administrar sus riquezas (principalmente los recursos de la propiedad *ulayat*) y resolver disputas sobre cuestiones *adat*.

Con la regulación del año 2000 sobre el gobierno de las aldeas, en que se reincorporaron a los *nagari* como unidades de gobierno local del Estado, se revocó la regulación de 1983. Pero quedo aún la interrogante sobre quién tenía ahora dicho control, el alcalde como jefe del gobierno oficial de los *nagari* o el Consejo de Aldea Adat como el que tiene la autoridad tradicional *adat*. Según una circular del gobernador, el control administrativo final debe ser ejercido por el gobierno de la aldea en coordinación con el Consejo Local Adat.

En la práctica esto varía. En algunas aldeas, el poder sobre los recursos colectivos ha sido conferido de manera oficial por el presidente del Consejo Local Adat al gobierno del pueblo. En otras aldeas, se han negociado los acuerdos entre los dos. Pero muchos alcaldes han tenido problemas para poder manejar los recursos aún controlados por los ancianos *adat* o el Consejo Local Adat. El asunto es aún más complicado dado que también existe *ulayat* de clanes y linajes, que no se encuentra bajo el control de la aldea. No siempre queda claro quién es su titular legítimo: el alcalde de la aldea, el Consejo Local Adat, el jefe de un clan en particular, todos los jefes del linaje dentro del clan e incluso un linaje en especial. En este último

caso, los inversionistas externos tendrían que negociar directamente con los representantes del clan o el linaje, evitando al alcalde de los *nagari* o al Consejo Local Adat. Es probable que esta situación desencadene nuevas pugnas sobre la interpretación y el control real de los títulos de los derechos de la propiedad *ulayat* y su naturaleza. Así, cada pequeña victoria frente al Estado tiende a acarrear nuevos conflictos internos en las aldeas sobre la distribución de la tierra y los recursos.

6. Conclusiones

Las dos formas de propiedad comunal en Minangkabau resaltan algunos de los problemas fundamentales que se han presentado en los debates sobre la propiedad comunal.

6.1 Lo comunal no es comunal

Como lo muestra la historia de la propiedad *ulayat* y *pusako*, la propiedad comunal puede suponer categorías muy diferentes de relaciones de propiedad incluso dentro de una misma sociedad. Asimismo, en ambos casos, el estatus jurídico de propiedad comunal (*ulayat*, *pusako*) no describe adecuadamente al grupo de derechos que tienen las personas con respecto a dicha propiedad. Las elaboraciones locales sobre la propiedad comunal son mezclas de derechos individuales y grupales.

Por otra parte, al observar a la propiedad como estructuras de distintas capas, hemos notado que la forma en que se distribuyen los derechos concretizados a recursos *ulayat* o *pusako* no se puede inferir de las definiciones propias del mundo de los derechos categóricos. Así, en la categoría *pusako* como propiedad comunal puede existir una amplia variedad de derechos de explotación pertenecientes a grandes y pequeños sublinajes, cónyuges e individuos. También para la categoría *ulayat*, una amplia variedad de derechos concretizados puede hacer referencia a ningún derecho en el caso de recursos sin usar, derechos de explotación según el derecho *adat*, licencias y derechos de uso según la legislación nacional.

Por tanto, no tiene mucho sentido analizar «los derechos comunales» como más o menos homogéneos, y formular hipótesis sobre la manera en que probablemente las personas manejarían la propiedad en virtud de un régimen de «propiedad común», sin detallar el tipo de propiedad comunal y las diferentes constelaciones de derechos concretos que pueden surgir de ella.¹⁹

¹⁹ La coexistencia de grandes áreas de tierra de los linajes y de las tierras comunales de aldeas declaradas como dominio del Estado también es frecuente en las antiguas colonias de África. Véase, Peters (2006).

6.2 Interpretación incorrecta de las categorías *adat*

Las principales categorías de propiedad en el *adat* de Minangkabau han sido mal interpretadas en la literatura sobre derecho *adat*, aunque con diferentes impactos.

Las interpretaciones coloniales de la propiedad *pusako* como propiedad familiar o de la propiedad *pancaharian* como propiedad individual, no supusieron mayores problemas para los propios minangkabau. Esto porque aunque la propiedad *pusako* estuvo sujeta a interpretaciones estratégicas al intentar adaptarla a las políticas económicas coloniales, al menos el gobierno reconoció los recursos de esta como pertenecientes a los minangkabau. De este modo, la gente se topaba con estas interpretaciones incorrectas solo al lidiar con instituciones estatales como las cortes, y, posteriormente, con los servicios de registro de tierra y de extensión agraria.

Aun así, las lecturas erróneas que los holandeses hicieron de la propiedad *ulayat* han tenido repercusiones más amplias porque legitimaron la pérdida del acceso a la tierra y la apropiación de derechos por parte del Estado sobre vastos recursos. Los terrenos con valor económico se *privatizaron* a través de arrendamientos y concesiones a los hacendados y compañías mineras y madereras, generalmente con compensaciones inadecuadas para las comunidades locales.

Las equivocadas interpretaciones de las categorías *adat* también contribuyeron a la confusión en el análisis del cambio social y económico en Minangkabau. Así, la identificación de los bienes personalmente adquiridos como propiedad individual llevó a Schrieke (1955) a predecir un colapso inminente del sistema matrilineal debido a la individualización cada vez mayor de los derechos sobre la tierra y la herencia por parte de los hijos patrilineales.²⁰ Tal conclusión se basó principalmente en el hecho de que casi toda la tierra se había pignorado y por ende convertido en potencial propiedad procurada a título personal. Al asumir que dicha propiedad, como la propiedad holandesa, conservaría su estatus jurídico después de la sucesión y reivindicación, dedujo que se estaban agotando los bienes del *pusako*. Por su parte, Schrieke y Maretin llegaron a hablar de una transición de la sucesión matrilineal a la patrilineal, especialmente cuando la propiedad personal de un hombre se traspasaba a sus hijos. No obstante, estos autores cometieron algunos errores. En primer lugar, no tuvieron en cuenta el hecho de que la propiedad *pusako* empeñada podía reivindicarse invocando los derechos del *pusako* residuales que se convertirían nuevamente en derechos plenos. En segundo lugar, pasaron por alto el hecho de que la propiedad adquirida por una persona se convertiría en

²⁰ Véase, por ejemplo, Schrieke (1955: 710), igualmente Maretin (1961) y Kahn (1980). Para un análisis crítico, consúltese F. von Benda-Beckmann (1979), F. y K. von Benda-Beckmann (1985).

pusako para los herederos de esa persona y por ende sería heredada de manera matrilineal dentro del grupo *pusako*.²¹

Asimismo, existían mecanismos para reproducir el principio matrilineal en el parentesco, la propiedad y el derecho sucesorio. El sistema de categorías locales fue lo suficientemente flexible para acomodar patrones totalmente diferentes de relaciones concretas de propiedad según la cantidad de recursos que se tenían en virtud de los principios de adjudicación clásicos de la propiedad *pusako* o los derechos individualizados y monetizados de la propiedad *pancaharian*, y en función de las personas y grupos a los que pertenecían estos derechos.

Por ende, nuestro análisis de la incorrecta interpretación de derechos de propiedad ilustra al menos dos puntos importantes. En primer lugar, estas malas interpretaciones son cuestiones eminentemente políticas que servían a objetivos económicos y políticos muy diferentes, dependiendo del tipo de propiedad comunal. En segundo lugar, el ejemplo de Minangkabau muestra lo problemático que resulta trasladar conclusiones elaboradas a partir de cambios en las relaciones concretas a cambios en el nivel de derechos concebidos abstracta y categóricamente, y viceversa.

6.3 Propiedad y desarrollo económico

El ejemplo de Minangkabau sugiere que la propiedad comunal no tiene una función económica inherente. Hemos demostrado que los dos tipos de propiedad comunal en Minangkabau tuvieron desarrollos muy diferentes en la historia económica de Sumatra Occidental y que su importancia económica también ha sido distinta.

La premisa de que la propiedad comunal no es adecuada para el desarrollo económico no es sostenible según muestra el ejemplo de Minangkabau.

La función de la propiedad *pusako* para la seguridad social y la continuidad de los linajes siempre ha sido significativa, pero principalmente se relaciona con la inenajenabilidad de la propiedad *pusako*. La diferenciación interna de los derechos dentro de un complejo *pusako* permite una mayor flexibilidad y una iniciativa económica orientada al mercado.

Los grandes cambios económicos que se produjeron no ocurrieron debido a las modificaciones normativas en el mundo de los derechos categóricos de propiedad, sino como resultado de cambios en las relaciones concretizadas de propiedad, particularmente el aumento de las hipotecas de las tierras *pusako* y la producción basada en la economía familiar.

²¹ Investigaciones posteriores en la misma región mostraron que la mayoría de la propiedad era *pusako* (Adatrechtbundels [1910-1955] 41: 392; Oki 1977:126).

En el pasado, el estancamiento económico se produjo principalmente debido a las políticas restrictivas del gobierno que sofocaban las iniciativas para la producción de arroz a fin de impulsar la del café y proteger a los empresarios (coloniales). No fue consecuencia de la estructura *pusako* en sí. Actualmente, la mayoría de las personas en Minangkabau cultivan a partir de su economía familiar y esto también coincide completamente con la diferenciación interna de la estructura *pusako*. De hecho, algunas de las granjas más avanzadas se encuentran en las tierras *pusako*. Por ello, existen pocos agricultores en Minangkabau a favor de la abolición del sistema *pusako* porque piensen que este les impide desarrollarse económicamente.

Por otro lado, la propiedad *ulayat* nunca tuvo la oportunidad de demostrar su potencial para el crecimiento económico. En Minangkabau se consideró que su función como reserva para necesidades futuras era más importante que la explotación económica a corto plazo. Por ello, el gobierno colonial asumió el control sobre una vasta área de recursos y transfirió estas «tierras baldías» a los empresarios europeos. Además, las políticas forestales establecieron severas restricciones para el uso de reservas de este tipo.

Debido a la descentralización, las aldeas están empezando a explotar económicamente los recursos de la propiedad *ulayat* recientemente restaurados. Pero aún es muy pronto para decidir cómo puede el desarrollo económico basarse en estos nuevos patrones de explotación.

6.4 Conflictos por los derechos - Conflictos por el Derecho

Los conflictos por la propiedad comunal se suelen abordar como reflejo de la oposición entre los derechos comunales y los individuales. Pero como muestran nuestros ejemplos, también pueden suponer conflictos sobre qué derecho es aplicable, es decir, sobre el contexto más amplio de sistemas normativos, políticos e ideológicos que regulan los derechos de propiedad. Estos se hallan *incrustados* en un conjunto más amplio de relaciones sociales que se suele reconocer, pero el grado de inclusión en los sistemas jurídicos requiere todavía mayor atención (véase también Peters 2006). Esto es particularmente importante en sistemas jurídicos plurales donde los derechos de propiedad comunal cuestionados se basan usualmente en derechos locales, étnicos o territoriales, que son más o menos tradicionales y consuetudinarios.

Por el contrario, los derechos de propiedad privada individual, que se promueven o rechazan como alternativa principal, se basan en el derecho estatal. Nuestros ejemplos muestran que, en relación a aspectos importantes, los conflictos por la propiedad comunal han sido conflictos sobre qué tipo de derecho (*adat*, estatal o islámico) es el marco de referencia válido para determinar las categorías legítimas sobre los titulares de la propiedad, los objetos, los derechos y las normas que

gobiernan la apropiación, asignación, transferencia y sucesión de los bienes. El conflicto por la propiedad y sucesión es, por lo general, *pars pro toto*; por ello se deberá formular la pregunta sobre qué derecho aplicar y a qué autoridad decisoria recurrir en un caso determinado.

En la literatura actual sobre los derechos de propiedad en Minangkabau, e Indonesia en general (con su énfasis en *ulayat*), estos conflictos jurídicos por la tierra comunal se reducen a la relación entre el derecho *adat* y el Estado. Los debates sobre el reconocimiento de los derechos *adat* y el registro de las tierras comunales son un caso concreto. Al analizar la propiedad comunal, se suele abordar solo la propiedad *uyalat* mientras que los debates no consideran el *pusako*.²² El derecho islámico tampoco se incluye en estos estudios (véase, por ejemplo, Fitzpatrick 1999, Haverfield 1999). Esto tiene sentido para los derechos de la propiedad *ulayat*, el pasado colonial y los actuales conflictos en el contexto de la descentralización: el derecho islámico no puede brindar una base para legitimar la reivindicación de los recursos naturales en el territorio de las aldeas. Sin embargo, no resulta lógico ignorarlo cuando la propiedad *pusako* se presenta únicamente como un derecho *adat* en conflicto con el derecho estatal. Ello excluye las continuas tensiones y contiendas con el derecho islámico, el cual se mantiene invisible en los temas de derechos sobre la tierra porque dicha pugna parece solo estar relacionada con la *herencia*, mas no con la propiedad de tierras. Pero, el derecho de propiedad en Minangkabau debe analizarse en su dimensión temporal, lo que incluye la sucesión o herencia. La aplicación sistemática del derecho islámico pondría un alto a la *pusakización* de *pancaharian*, y retraería recursos del complejo *pusako*. Al respecto, hemos observado que las influencias islámicas en el derecho *adat*, en el fondo, no han obstaculizado la lógica de la propiedad *pusako*, y que el derecho islámico no ha remplazado las normas sucesorias del *adat*.

Los ejemplos de Minangkabau muestran la importancia de analizar los regímenes de propiedad como partes integrantes de proyectos sociales, económicos y políticos más ambiciosos, pero también de estructuras legales más amplias. Sin embargo, esta inclusión también puede desarrollarse de manera muy diferente para distintos tipos de propiedad comunal. Ignorar este hecho ha significado que las teorías y

²² Cuando Haverfield (1999: 69), por ejemplo, señala que el reconocimiento de los derechos *adat* es uno de los más grandes retos para el Estado, o cuando analiza cómo las definiciones oficiales de la tierra del Estado y de las tierras forestales estatales se relacionan con los derechos *adat* (1999: 62), se refiere al *ulayat* y no al *pusako*. Véase también Fitzpatrick (1999). El hecho de que los discursos en Sumatra Occidental se suelen enmarcar principalmente dentro del *hak ulayat*, pero establezcan diferencias entre el *ulayat* de aldea, de los clanes y los linajes, hace que el debate se torne más complicado: *Ulayat kaum* por lo general es idéntico al *pusako* de un linaje. Véase Nairn (1968). En los debates sobre el reconocimiento de los derechos *adat* se ignora que el derecho oficial aplicable en las cortes estatales a los casos sobre la propiedad del *pusako*, su hipoteca y sucesión, es el derecho *adat*.

políticas públicas basadas en una presunción simplista sobre la propiedad comunal zozobren.

Por ello, abordar los *derechos comunales* como una categoría más o menos homogénea y formular teorías sobre la forma en que las personas manejarían la propiedad en virtud del régimen de *propiedad común*, sin detallar el tipo de propiedad comunal y la posibilidad de que existan constelaciones muy diferentes de derechos concretizados, son acciones que están condenadas al fracaso.

7. Bibliografía

Abdullah, T. 1966. “Adat and Islam; an Examination of Conflict in Minangkabau.” *Indonesia* 2: 124.

Adatrechtbundels (AB). 1910-1955. *Bezorgd door de Commissie voor het Adatrecht en uitgegeven door het Koninklijk Instituut voor Taal, Land en Volkenkunde*, The Hague: Martinus Nijhoff.

Benda-Beckmann, F. von. 1979. *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationships through Time in Minangkabau*. West Sumatra, The Hague: Martinus Nijhoff.

———. 1986. “Leegstaande Luchtkastelen: Over de Pathologie van Grondenrechtshervormingen in Ontwikkelingslanden.” In *Recht in ontwikkeling - Tien agrarisch-rechtelijke opstellen*, editado por W. Brussaard *et al*, 91-109. Deventer: Kluwer.

Benda-Beckmann, F. von and K. von Benda-Beckmann. 1985. “Transformation and Change in Minangkabau.” In *Change and Continuity in Minangkabau*, edited by L. Thomas and F. von Benda-Beckmann, 235-278. Athens: Ohio University.

———. 1988. “Adat and Religion in Minangkabau and Ambon.” In *Time Past, Time Present, Time Future*, edited by H. Claessen and D. Moyer, 195-212. Dordrecht: Foris.

———. 1999. “A Functional Analysis of Property Rights, with Special Reference to Indonesia.” In *Property Rights and Economic Development: Land and Natural Resources in Southeast Asia and Oceania*, edited by T. van Meijl and F. von Benda- Beckmann, 15-55. London and New York: Kegan Paul International.

———. 2001. “Actualising History for Binding the Future: Decentralisation in Minangkabau.” In *Resonances and Dissonances in Development: Actors,*

- Networks and Cultural Repertoires*, edited by P. Hebinck and G. Verschoor, 33-47. Assen: van Gorcum.
- . 2004. "Struggles over Communal Property Rights and Law in Minangkabau, West Sumatra." Working Paper of the Max Planck Institute for Social Anthropology, Halle/Saale, Germany.
- Benda-Beckmann, K. von. 1981. "Forum Shopping and Shopping Forums: Dispute Processing in a Minangkabau Village." *Journal of Legal Pluralism* 19: 117-159.
- . 1985. "The Social Significance of Minangkabau State Court Decisions." *Journal of Legal Pluralism* 23: 1-68.
- . 1990. "Development, Law and Gender-Skewing: An Examination of the Impact of Development on the Socio-Legal Position of Indonesian Women, with Special Reference to Minangkabau." *Journal of Legal Pluralism* 30/31: 87-120.
- Benda-Beckmann, F. von, K. von Benda-Beckmann and M. G. Wiber, eds. 2006. *Changing Properties of Property*. New York, Oxford: Berghahn Books.
- Biezeveld, R. 2002. *Between Individualism and Mutual Help: Social Security and Natural Resources in a Minangkabau Village*. Delft: Eburon.
- Bruce, J. W. and S. E. Migot-Adholla, eds. 1994. *Searching for Land Tenure Security in Africa*. Dubuque: Kendall-Hunt.
- Burns, P. 1989. "The Myth of Adat." *Journal of Legal Pluralism* 28: 1-127.
- Chanock, M. 1985. *Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Clammer, J. 1973. "Colonialism and the Perception of Tradition in Fiji." In *Anthropology and the Colonial Encounter*, edited by T. Asad, 199-220. Atlantic Highlands: Humanities Press.
- Fitzpatrick, D. 1999. "Beyond Dualism: Land Acquisition and Law in Indonesia." in *Indonesia: Law and Society*, edited by T. Lindsey, 74-96. Annandale: The Federation Press.
- Guyt, H. 1936. *Grondverpanding in Minangkabau*. Bandung: A C. Nix.

- Hann, C. M. and Property Relations Group. 2003. *The Postsocialist Agrarian Question: Property Relations and the Rural Condition*. Miinster: LIT Verlag (Halle Studies in the Anthropology of Eurasia, no. 1).
- Hardin, G. 1968. "The Tragedy of the Commons." *Science* 162: 1234-1248.
- Haverfield, R. 1999. "Hak *Ulayat* and the State: Land Reform in Indonesia." In *Indonesia: Law and Society*, edited by T. Lindsey, 42-73. Annandale: The Federation Press.
- Holleman J. F., ed. 1981. *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*. Translation Series Koninklijk Instituut voorTaal-, Land- en Volkenkunde The Hague: Martinus Nijhoff.
- 's Jacob, E.H. 1945. *Landsdomein en Adatrecht*. Utrecht: Kemink en Zoon.
- Kahn, J.S. 1980. *Minangkabau Social Formations. Indonesian Peasants and the World-Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 1993. *Constituting the Minangkabau: Peasants, Culture, and Modernity in Colonial Indonesia*. Providence/Oxford: Berg.
- Kato, T. 1982. *Matriliny and Migration. Evolving Minangkabau Traditions in Indonesia*. Ithaca, London: Cornell University Press.
- Logemann, J. H .A. and B. Ter Haar. 1927. "Het Beschikkingsrecht der Indonesische Rechtsgemeenschappen." Offprint from *Indisch Tijdschrift voor het Recht* 125: 347-464.
- Manan, I. 1984. "ATraditional Elite in Continuity and Change: The Chiefs of the Matrilineal Lineages of the Minangkabau of West Sumatra, Indonesia." Ph.D. Thesis, Urbana-Champaign; University of Illinois.
- Maretin, J. V. 1961. "Disappearance of Matriclan Survivals in Minangkabau Family and Marriage Relations." *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde* 117: 168-95.
- Meijl, T. van and F. von Benda-Beckmann, eds. 1999. *Property Rights and Economic Development: Land and Natural Resources in Southeast Asia and Oceania*. London: Kegan Paul International.
- Naimn, M., ed. 1968. *Menggali Hukum Tanah dan Hukum Waris Minangkabau*. Padang: Centre for Minangkabau Studies.

- . 1974. “Merantau; Minangkabau Voluntary Migration.” Ph.D. Thesis, University of Singapore.
- Oki, A. 1977. “Social Change in the West Sumatran Village: 1908-1945.” Ph.D. Thesis. Canberra: Australian National University.
- Peters, P. E. 2006. “Beyond Embeddedness: a Challenge Raised by a Comparison of the Struggles Over Land in African and Post-socialists Countries.” In *Changing Properties of Property*, edited by F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann and M. G. Wiber, 84-115. New York, Oxford: Berghahn Books.
- Prins, J. 1953. “Rondom de Oude Strijdvraag van Minangkabau.” *Indonesia* 7: 320-29.
- Schrieke, B. 1955. “The Causes and Effects of Communism on the West Coast of Sumatra.” In *Indonesian Sociological Studies*, edited by B. Schrieke, part 1, 83-166. The Hague, Bandung: W. van Hoeve.
- Slaats, H. 1999. “Land Titling and Customary Rights: Comparing Land Registration Projects in Thailand and Indonesia.” In *Property Rights and Economic Development: Land and Natural Resources in Southeast Asia and Oceania*, edited by T. van Meijl and F. von Benda-Beckmann. London: Kegan Paul, 88-109.
- . 2000. “Aardverschuivingen in het Indonesische Denken over Grondenrecht.” *Recht der Werkelijkheid* 1: 41-68.
- Suara *Rakyat*, 2001, no. 2,14.
- Syahmunir, A.M. 2000. “Fungsi dan peranan fungsional *adat* dalam pelaksanaan peraturan pemerintah 24-1997 tentang pendaftaran tanah di Sumatera Barat.” Paper presented at a Workshop on tanah *Ulayat*. Padang, 23-24 October 2000. Padang: Universitas Andalas.
- Tanner, N. 1970. ‘Disputing and the Genesis of Legal Principles; Examples from Minangkabau’, *South Western Journal of Antropology* 26: 375-401.
- Vollenhoven, C. van. 1909. *Miskeningen van het Adatrecht*. Leiden: E.J. Brill.
- . 1919. *De Indonesier en zijn Grand*. Leiden: E.J. Brill.
- Willinck, G. D. 1909. *Het Rechtsleven bij de Minangkabausche Maleiers*. Leiden: E.J. Brill.

Woodman, G. R. 1987. "How State Courts Create Customary Law in Ghana and Nigeria." In *Indigenous Law and the State*, edited by B.W Morse and G.R. Woodman, 181-220. Dordrecht: Foris.

World Bank. 1994. *Staff Appraisal Report: Indonesia - Land Administration Project*. Washington D.C.: World Bank, Agriculture Operations Division, Country Department III, East Asia and Pacific Region.

Un análisis funcional de los derechos de propiedad, con referencias al caso de Indonesia^{*}

Franz y Keebet von Benda-Beckmann

1. Introducción

Durante los dos últimos siglos, los derechos y regímenes de propiedad han ocupado un lugar central en la teoría social y económica, además de tener una enorme carga política e ideológica, y vincularse a intensos conflictos, muchas veces violentos.

A su vez, las justificaciones de las teorías y políticas sobre los regímenes de propiedad han sido recargadas de matices ideológicos para mantener o cambiar la situación actual. Al orientarse hacia la acción y las relaciones de propiedad ideales, también han padecido de una fijación con el futuro y con la pregunta de cómo *deberían ser* los regímenes de propiedad. Por ello, al referirse a «los requisitos de una teoría política persuasiva sobre la propiedad», Reeve sugirió lo siguiente:

En primer lugar, debería tener una explicación coherente sobre la relación entre cualquier compromiso trascendente y las estructuras arquetípicas de propiedad. En segundo lugar, debería tomar en cuenta las circunstancias existentes: es decir, si la propiedad legítima es inconsistente con los arreglos vigentes, entonces debería especificar qué debe cambiarse y plantear propuestas plausibles para concretar el sistema ideal (1991: 111).

^{*} **Texto original:** Benda-Beckmann, F. y K. von. 1999. «A Functional Analysis of Property Rights, with Special Reference to Indonesia». En *Property Rights and Economic Development: Land and Natural Resources in Southeast Asia and Oceania*, editado por Meijl, Toon y F. von Benda-Beckmann, 15-56. London: Paul Kegan International.

Sin duda, aunque este pragmatismo y dirección teleológica en la formulación de teorías sobre las estructuras de propiedad son comprensibles y quizá inevitables, han obstaculizado la imparcialidad de las observaciones e investigaciones académicas. En efecto, los marcos analíticos, las filosofías sociales y las justificaciones ideológicas de los regímenes de propiedad, en todas las épocas y lugares, han estado estrechamente entrelazados.

En estas condiciones, el análisis minucioso y diferenciado de las interrelaciones entre tipos de derechos de propiedad y su desempeño económico ha sido sacrificado, al igual que el estudio de los usos ecológicamente sostenibles de los recursos —sin duda temas centrales en la teoría y práctica del desarrollo—.

Esta tendencia es a menudo reforzada por la predisposición a simplificar las relaciones de propiedad vigentes con la expectativa de que cualquier complejidad se reducirá de algún modo al nuevo y *adecuado* régimen de propiedad. Esto ha perjudicado los debates académicos sobre la propiedad y el desarrollo económico. Es también una de las razones por las que muchas políticas que buscaron cambiar los regímenes de propiedad reportan fracasos al ser comparadas con el logro de determinadas metas sociales y económicas.

En este artículo analizaremos algunos factores importantes para generar una teoría sobre la propiedad que ofrezca una comprensión más adecuada, en comparación a las convencionales, sobre la naturaleza y el funcionamiento de las relaciones de propiedad de la tierra y otros recursos naturales. Primero realizaremos un breve recuento histórico de los desarrollos políticos y académicos sobre la propiedad en las ex colonias durante los siglos XIX y XX, refiriéndonos sobre todo a la situación en Indonesia, a partir de los trabajos de investigación que realizamos en Sumatra Occidental y las Islas Molucas. Sobre esta base delinearemos nuestro propio enfoque analítico y señalaremos sus implicancias teóricas y metodológicas.

2. Historia de las políticas sobre propiedad

En la época del imperialismo europeo y la colonización, y con el apogeo de las teorías evolucionistas, la naturaleza de los derechos de propiedad de los colonizadores e indígenas fue un tema crucial. En las primeras confrontaciones entre los poderes europeos y las sociedades colonizadas, estas sufrieron la imposición de nuevas pretensiones en materia de soberanía y propiedad. Para esto resultaron útiles los presupuestos evolucionistas dominantes que sugerían un desarrollo linear que suponía pasar de derechos de propiedad comunales a derechos privados e individuales —presupuestos compartidos por académicos marxistas y no marxistas—. ¹

¹ Véanse Engels (1884), Morgan (1877) y Krader (1976) sobre Marx. Para un análisis crítico, Schott (1982).

La propiedad occidental, encarnada en las nociones legales e ideológicas de propiedad privada individual, era vista como el producto de un largo proceso evolutivo y civilizatorio para unos o de alienación para otros. Esto contrastaba dramáticamente con los diversos regímenes de propiedad comunal existentes en las sociedades colonizadas, los que fueron considerados arcaicos y caracterizados como comunismo primitivo. En los Estados coloniales, estos regímenes supuestamente arcaicos fueron tolerados en tanto no obstaculizaron la adquisición, mantenimiento y expansión del poder económico de las élites coloniales.

En los periodos de la historia colonial en los que la explotación económica se basaba principalmente en el comercio y la mano de obra barata, por lo general las vastas tierras con recursos naturales se dejaron en paz. Pero cuando los colonizadores se radicaron y establecieron plantaciones —iniciando la explotación de tierras y bosques— las políticas económicas requirieron un mayor control sobre los recursos naturales. Fue así que la soberanía y los derechos de propiedad fueron usualmente usurpados por los Estados coloniales bajo la noción de «dominio del Estado». En las Indias Orientales Neerlandesas, varias leyes agrarias y de propiedad en la década de 1870 marcaron estos nuevos desarrollos,² al punto que las llamadas «tierras baldías» (*woeste gronden*) fueron declaradas de dominio estatal. Solo se exceptuaron de esta usurpación los derechos tradicionales o consuetudinarios que se parecían a las nociones europeas del derecho privado de propiedad (véase Vollenhoven, 1919, Jacob 1945).

Los Estados independientes que sucedieron a las colonias europeas heredaron de estas el objetivo de lograr una producción óptima para el mercado con el fin de obtener ingresos económicos. Lograda la independencia y descolonización —y con una mayor valoración de la igualdad social y racial— se incluyó también la meta de una distribución más equitativa de la riqueza entre la población. Desde entonces, muchos gobiernos han intentado compensar al menos en parte las injusticias históricas que el colonialismo impuso a mucha gente en África, Asia y Latinoamérica. En Indonesia, este fue uno de los propósitos de la Ley Agraria Básica de 1960 que estableció límites a la extensión de la tierra que podían poseerse.

Sin embargo, estos procesos fueron en su mayoría paralizados —o al menos limitados— desde el exterior, bajo la influencia política de Europa y los Estados Unidos, así como del comercio internacional y las políticas de desarrollo. A nivel interno estos procesos también fueron obstaculizados por el surgimiento de élites económicas y políticas locales, adversas a la inestabilidad política y económica que la redistribución a gran escala puede ocasionar. En efecto, esta reasignación a gran

² Para desarrollos similares en otros países véase, por ejemplo, Lynch y Tabott (1995), Okoth-Ogendo (1984) y Coldham (1978) sobre Kenia; sobre Botswana, Peters (1987) y Werbner (1980); sobre Hawái, Lam (1985) y sobre Filipinas, Wiber (1993).

escala de derechos sobre los recursos naturales solía asociarse con el socialismo o el comunismo y con la inestabilidad política, por lo que desapareció de la agenda política oficial. Pese a ello se mantuvo cierta preocupación gubernamental sobre la regulación de la tierra. Esta no solo debía ser la base de la prosperidad general sino también sostener a los sectores económicamente vulnerables de la población (artículos 11 y 13 de la Ley Agraria Básica).

Desde entonces, la teoría y las políticas desarrollistas se han visto afectadas por las tensiones entre el uso productivo óptimo de los recursos (más el efecto chorreo) y la necesidad de una distribución más justa de la riqueza. En Indonesia, especialmente desde el derrocamiento del régimen de Sukarno y el inicio del gobierno del Nuevo Orden de Suharto en 1965, el crecimiento se transformó en el verdadero eje de las políticas de desarrollo económico y legal (véase Simbolon 1997 y 1999). Desde entonces, un número cada vez mayor de leyes y regulaciones aumentó la propiedad estatal y el control sobre los recursos naturales. Algunos hitos fueron la introducción de la Ley Forestal de 1967, las posibilidades de liberar tierras o derechos existentes para redistribuirlos a compañías (para)estatales o privadas para actividades de desarrollo económico (*penebasan tanah*), o la industria de la construcción y el negocio inmobiliario (*izin lokasi*).³

Como muchos gobiernos coloniales y post coloniales del Tercer Mundo, el de Indonesia desarrolló una política legal agraria que pretendía convertir derechos tradicionales o consuetudinarios *adat* a la tierra en nuevas categorías de derechos diseñadas principalmente bajo influencia de los sistemas jurídicos europeos (en este caso, el holandés). Se asumía que una reforma legal que lograra generar derechos de propiedad individuales que pudieran participar en el mercado contribuiría significativamente al crecimiento económico. Asimismo, en esta lógica, se debía brindar mayor seguridad jurídica, liberar a los propietarios individuales de las limitaciones comunales que les impedían convertirse en *homo economicus* (capaces y dispuestos a perseguir el camino de la maximización que la teoría económica les trazó) y proporcionar las bases para un sistema de garantías que permita obtener créditos productivos.⁴ Esta filosofía, inspirada en una combinación de ingeniería legal y presupuestos neoliberales, brindó legitimación científica para reestructurar a gran escala las leyes sobre la propiedad y uso de la tierra en muchos Estados coloniales y post coloniales. Este pensamiento todavía subyace en la política económica que el Banco Mundial defiende y promueve en todo el orbe.

³ Véase Löfer (1996) y Bachriadi *et. al.* (1997). Sobre políticas forestales, Peluso (1992).

⁴ Sobre un reciente «paradigma de recambio», véase Bruce, Migot-Adholla y Aherton (1994), quienes ofrecen muchas referencias. Debe notarse que esta publicación, auspiciada por el Banco Mundial, sugiere que, al menos en África, esta política debe ser abandonada y sustituida por un «paradigma adaptativo».

En gran medida, Indonesia comparte las experiencias de reformas sobre derechos de propiedad con muchos países del Tercer Mundo. El registro de tierras generalmente ha encontrado una fuerte oposición de parte de los agricultores, especialmente las mujeres. Por esta razón, la transformación del derecho de propiedad de la tierra y los programas de catastro y registro perduran como un «castillo de vanas ilusiones» (F. von Benda-Beckmann 1986) para la mayoría de la población rural fuera de Java. Los esfuerzos para acelerar el registro a través del PRONA (*Proyek Operasi Nasional Agraria*), un programa barato y amigable introducido en 1987, tampoco han logrado los resultados esperados. Sin duda existen quienes prefieren registrarse, por ejemplo, los funcionarios públicos o los inmigrantes, pues suelen estar al margen de las redes locales de propiedad y están libres de las limitaciones que estas suponen. No obstante, también tienen menor seguridad en relación a los derechos que podrían lograr bajo el derecho *adat*, y valoran más la mayor libertad y seguridad que les promete un título de propiedad individual bajo el derecho estatal.

Sin embargo, pocas veces este tipo de políticas alcanzan los objetivos oficiales.⁵ En efecto, los nuevos propietarios de estos derechos no necesariamente han logrado concretar grandes operaciones de crédito. Al parecer, el tamaño del patrimonio inmobiliario y la calidad de la tierra eran mucho más importantes que el tipo específico de derecho de propiedad. Tampoco hubo necesariamente un aumento en la seguridad jurídica, ni en el sentido de claridad ni en el de estabilidad de derechos. Por el contrario, en muchos casos la introducción de nuevos derechos contribuyó a la ya existente inseguridad jurídica al crear ambivalencias y espacios para la manipulación.

Esto ocurre porque cuando se transforman los derechos sobre la tierra, las formas jurídicas recién introducidas no sustituyen totalmente a las antiguas, sean estas consuetudinarias o reguladas por el Estado. Además, los sistemas jurídicos locales pueden ser en sí mismos plurales. Por ejemplo, en muchos sistemas *adat* coexisten antiguas y nuevas versiones de las relaciones sobre la propiedad, reflejando diferentes grados de individualización dentro de los complejos de propiedad comunal y de los distintos niveles de restricción para las transferencias de dominio. Además, a menudo han surgido versiones diferentes del derecho *adat* como consecuencia de, por un lado, las interpretaciones coloniales y estatales (*adatjuristenrecht*)⁶ y, por el otro, las visiones nativas locales (*adatvolkrecht*).⁷ Por lo tanto, versiones locales del derecho consuetudinario de propiedad coexisten con

⁵ Véase, para Ambon, F. Benda-Beckmann y Taale (1992); para el área Batak, Slaats y Portier (1981), y Simbolon 1997. Desarrollos similares han sido reportados desde diversos países africanos luego de la reforma agraria por Okoth-Ogendo (1984), Fisiy (1992) y Hitchcock (1980).

⁶ A través de la visión de juristas holandeses del *adat* como van Vollenhoven (1933).

⁷ Sobre las transformaciones de las ideas jurídicas locales, véase Vollenhoven (1909), Clammer (1973), F. y K. von Benda-Beckmann (1985), y Snyder (1981).

creaciones jurisprudenciales o doctrinales del mismo derecho.⁸ Asimismo, se ha llegado a generar toda una variedad de formas jurídicas híbridas a partir de la combinación de elementos de diferentes sistemas legales. Esta se produce cuando se pretende reemplazar antiguas formas jurídicas y las introducidas coexisten con las anteriores.⁹ Todas estas diferentes relaciones de propiedad continuaron influyendo en las formas en que la gente se comporta con la propiedad, al margen de estar o no reconocidas legalmente por el Estado. Desde 1995 el gobierno indonesio, en colaboración con el Banco Mundial, se ha dedicado a mejorar la legislación agraria y el sistema de registro, mediante un nuevo y masivo Programa de Administración de la Tierra.¹⁰ Queda por verse si este programa superará los problemas de regulación múltiple que hemos delineado.

En el pasado reciente, las preocupaciones ecológicas y ambientales se han vuelto prominentes, motivando debates sobre la relación entre ciertos tipos de derechos de propiedad y las formas más sostenibles de uso de los recursos naturales (véase Lele 1991). Las iniciativas desarrollistas y la intervención estatal se han extendido hacia los recursos naturales, los que hasta hace poco se mantuvieron relativamente intocados por la economía de mercado mundial y solo se sometían a demandas de explotación moderada por parte de la población local. Las mejoras en las vías de comunicación y en las tecnologías de extracción en años recientes han permitido nuevas y más intensas formas de extracción de recursos, impulsadas por el incremento de su demanda local, nacional e internacional. De este modo, recursos como las cuencas, los acuíferos, el fondo de los océanos, el espacio o los «comunes globales» (*global commons*; Vogler 1992) pueden explotarse cada vez más con fines económicos, militares y políticos. Por ello, la cuestión ambiental ha introducido una nueva fuente de tensión alrededor de los regímenes de propiedad. En estas circunstancias, la sostenibilidad en la explotación de los recursos naturales tiene que ponderarse con las preocupaciones por cuestiones tan diversas como la productividad óptima de los recursos, su justa distribución, los varios modos de explotación económica, las necesidades comerciales y de subsistencia, así como la seguridad social y las ganancias económicas.

De este modo, el sentido de los debates sobre la propiedad ha cambiado dramáticamente. El carácter descriptivo-etnográfico y analítico de la investigación y teoría antropológica inicial ha sido sustituido por el gran impacto normativo y teleológico de la ciencia económica y política. En efecto, antes los debates giraban en torno de la distinción entre derechos de propiedad individuales y comunales — con sus respectivos méritos—, o si las sociedades tradicionales tenían propiedad individual y qué implicaba esto para la evolución de la organización económica. Sin embargo, a partir del ensayo *The Tragedy of the Commons* de Hardin (1968), las discusiones sobre la propiedad se concentran en los méritos o deméritos

⁸ Cfr. K. von Benda Beckmann (1984), F. von Benda-Beckmann y Taale (1992, 1996).

⁹ Sobre Minangkabau, F. von Benda-Beckmann (1979).

¹⁰ Véase Banco Mundial (1994), Löffler (1996) y Slaats (1999).

económicos y ecológicos de las formas específicas de los derechos de propiedad. En particular, se estudian los regímenes de derechos colectivos o comunales para el manejo sostenible de recursos naturales como el agua y los bosques.¹¹ El atractivo académico, la orientación normativa y la afinidad con intereses políticos han hecho del debate sobre la propiedad comunal un discurso poderoso, casi hegemónico. En este contexto, la propiedad colectiva, al menos en gran parte del mundo de las ONG, dejó su papel de chivo expiatorio para asumir uno opuesto: el de comunidades locales —al margen de lo que eso signifique— que aparentan ser protectores «naturales» del medio ambiente. De este modo, hay varios intentos para aplicar el manejo comunal bajo el supuesto de que las comunidades locales están usualmente mejor equipadas que otras organizaciones para gestionar recursos acuíferos y forestales (IUCN 1984, Lynch y Talbott 1995).¹²

3. Hacia un enfoque analítico de las relaciones de propiedad: variación, capas y funciones

Los presupuestos que subyacen a estas teorías y políticas padecen de varios defectos. En primer lugar, los enfoques actuales son dominados por las categorías generales de propiedad individual privada, propiedad comunal o colectiva, propiedad estatal y recursos de acceso abierto, cada una de las cuales está conectada con funciones sociales y económicas específicas. Estas categorías no proporcionan un marco para una adecuada comprensión de la amplia variedad de derechos de propiedad existentes en diferentes sociedades.

En segundo lugar, las relaciones de propiedad se manifiestan en diferentes tipos de fenómenos sociales, a los que denominamos *capas* de organización social: nociones ideológicas y culturales, regulaciones legales, marcos institucionales, relaciones sociales de propiedad y en las prácticas. Muchos de los enfoques sobre la propiedad no prestan suficiente atención a la estructura de capas que esta tiene y la reducen a la simple oposición entre normas/ideologías y prácticas/realidad.

En tercer lugar, existe una tendencia a enfocarse de manera selectiva en una función económica específica atribuida a la propiedad, por ejemplo la producción y circulación *eficiente* de bienes. En los modelos económicos, esta función está más o menos inscrita de manera prescriptiva en el propio concepto y definición de la propiedad.¹³ Es también la fuerza que alimenta los intentos gubernamentales por

¹¹ Véase McCay y Acheson (1987), Berkes (1989), Ostrom (1990), Schlager y Ostrom (1992), Brouwer (1992), Spiertz y Wiber (1996) y muchos otros. Para un análisis de publicaciones recientes, véase Taylor (1998).

¹² Para algunas críticas de estos presupuestos, véase, entre otros, Ellen (1986), Persoon (1991), F. y K. von Benda-Beckmann y Brouwer (1995), K. von Benda-Beckmann (1997), Fisiy (1997).

¹³ En las recientes investigaciones sobre la economía del desarrollo o la «economía rural» (Hoff, Braverman y Stiglitz 1993), la fuerte orientación hacia la planificación ha dado

reestructurar los regímenes de propiedad para inducir el desarrollo económico. La consecuencia es que se niegan otras funciones sociales, políticas y religiosas así como las relaciones multifuncionales que genera.

Muchos de estos defectos pueden evitarse adoptando un enfoque funcional a las relaciones de propiedad. Este ofrece un marco analítico que presta suficiente atención a la variación de las relaciones empíricas de propiedad en las diferentes capas de la organización social y a sus características multifuncionales.

Para propósitos analíticos, la propiedad puede ser concebida como una función social.¹⁴ Por función nos referimos a una construcción teórica que delinea de modo abstracto una dimensión específica de la organización social y por tanto marca un campo analítico. En el sentido más general, la función de la propiedad concierne los modos en que las relaciones que los miembros de la sociedad establecen sobre los bienes reciben forma y significado. Empíricamente, la función de la propiedad se hace manifiesta en una amplia variedad de fenómenos sociales, en diferentes capas de la organización social, y con una gran variedad de funciones sociales, económicas y políticas.

La propiedad, en este sentido analítico, no es un tipo específico de derecho o relación, como el derecho de propiedad que regula el derecho civil. Es, por el contrario, un término que cubre y abarca una amplia variedad de formulaciones de esas relaciones, en diversas sociedades y también dentro de cada una. Varios autores han enfatizado que la propiedad es una relación social sancionada *entre personas* respecto de *objetos* materiales e inmateriales que se consideran de valor, y no entre personas y cosas.¹⁵ La metáfora del *conjunto de derechos* es frecuentemente utilizada para indicar: a) que la totalidad de derechos de propiedad puede concebirse como un paquete de formas más específicas de derechos de

lugar a un análisis más descriptivo-teórico de la organización económica. Las estrategias explicativas, sin embargo, siguen siendo funcionalistas y la percepción de las instituciones es estructurada por el modelo neo-clásico.

¹⁴ El concepto de función que empleamos es muy distinto del que tiene en los enfoques funcional y estructural-funcionalista. Nuestro enfoque está ampliamente influenciado por el *funcionalismo comparativo* de Goldschmidt (1966) y Leach (1961). Para exposiciones más detalladas de un enfoque funcional (y no funcionalista) de la propiedad y sus variantes empíricas, véase F. von Benda-Beckmann (1979, 1995). También hemos desarrollado un enfoque funcional y por capas para la seguridad social sobre la misma base metodológica, véase F. von Benda-Beckmann (1994b).

¹⁵ La propiedad concebida como una relación social fue por mucho tiempo el punto de partida para los antropólogos. Véase, por ejemplo, Goody (1962: 287), Gluckman (1972) y F. von Benda-Beckmann (1979). Sobre Derecho y Economía, véase Demsetz (1967), Furobotn y Pejovic (1972), Ellickson (1991).

propiedad; y/o b) que cualquiera de dichas formas específicas, como la propiedad privada individual, puede por sí misma considerarse como un conjunto.¹⁶

En la antropología social y legal, el enfoque de conjunto de derechos ha desencadenado posteriores elaboraciones de marcos analíticos útiles para la comparación intercultural y diacrónica. Y es que la confrontación con formas de organización social, económica y legal muy distintas a las de sus propias sociedades obligó a los antropólogos a desarrollar un lenguaje conceptual comparativo con el cual caracterizar y analizar sistemas nativos de derechos de propiedad de tribus africanas y asiáticas, sistemas jurídicos en pequeños pueblos o incluso los sistemas legales europeos. Luego de largos debates sobre en qué medida los conceptos de los sistemas jurídicos contemporáneos (o históricos, como el romano) podían resultar útiles para este papel, surgió un consenso de que lo que se necesitaba era un «sistema analítico comparativo», es decir, un conjunto de herramientas conceptuales y analíticas lo más neutrales posibles, para evitar lo que Bohannan llamó «traducciones al revés», es decir *forzar* ideas culturales y legales de origen africano o asiático en categorías jurídicas etnocéntricas europeas.¹⁷ Tales conceptos analíticos tienen que ser lo suficientemente amplios para ajustarse a una considerable variación en los fenómenos empíricos, indicando las propiedades que justifican tratarlos como «permutaciones de lo mismo» así como indicar las principales dimensiones en que varían.

Las relaciones de propiedad, en toda su diversidad intercultural, se expresan en lo que denominamos diferentes *capas* de organización social. Distinguimos cuatro: ideologías e ideales culturales, regulación normativa e institucional más concreta, relaciones sociales sobre la propiedad, y prácticas sociales. Estas capas son distinciones analíticas. Empíricamente son más difíciles de diferenciar ya que están usualmente entretejidas o interconectadas a través de los mismos fenómenos o prácticas sociales. La mayoría de enfoques sobre la propiedad no presta suficiente atención a esta estructura de capas, pues la conciben como una mezcla en la que las normas, relaciones sociales y prácticas sobre ella quedan empaquetadas en una institución que, por lo tanto, está relacionada con otras instituciones o actividades en la organización social y económica. Pero los enfoques institucionalistas dificultan el análisis de las interrelaciones entre normas, relaciones y prácticas sociales. A lo mucho, reducen las diferencias entre las capas a una disparidad entre lo que debe ser y lo que es. Pese a ello, lo que la propiedad es en estas cuatro capas

¹⁶ La metáfora del conjunto de derechos en la antropología legal comenzó con *Ancient Law* de Maine (1986 [1861]) y sus *Dissertations on Early Law and Custom* (1883), y ha sido popularizada por los antropólogos sociales y jurídicos para el análisis de instituciones legales como la propiedad o el matrimonio. Véase, por ejemplo, Gluckman (1972), Goody (1962), Leach (1961), Wiber (1993).

¹⁷ Véase Bohannan (1969), Nader (1969: 4), Allot, Epstein, Gluckman (1969), Gluckman (1969), Moore (1969a), Leach (1961), F. von Benda-Beckmann (1979). También Vollenhoven (1909).

puede ser distinto, y puede cambiar por muchas razones y a distintas velocidades.¹⁸ Aunque los elementos de las relaciones de propiedad en estas se llegan a interconectar en las prácticas sociales, tienen un carácter suficientemente independiente como para garantizar un análisis de sus interrelaciones mutuas. En lugar de buscar describir con exactitud las relaciones de propiedad en cada una de estas capas (es decir como institución, ideología, relación social o práctica) preferimos un punto de partida analítico que defina un campo de organización social que se llene empíricamente con relaciones de propiedad en todas las capas de organización social y que permita analizar sus interrelaciones.

En todas estas diversas capas, los aspectos funcionales de las relaciones de propiedad se manifiestan de dos maneras. En primer lugar, como *atributos normativos y funcionales* que expresan las funciones que la propiedad debería tener. Estos atributos son elementos centrales en las ideologías sobre la propiedad y en los marcos jurídico-institucionales. En segundo lugar, las relaciones de propiedad tienen una *importancia o sentido* social, económico, político o ecológico *reales*, aunque esto no les sea atribuido normativamente. Determinar con qué precisión se manifiestan los aspectos funcionales de la propiedad corresponde a una pregunta empírica, no analítica. En las ideologías, sistemas jurídicos, prácticas y relaciones sociales se les puede distinguir o entretrejer, armoniosamente integrados en relaciones multifuncionales, o destempladamente opuestos entre sí. Estos podrían variar de acuerdo con las diferentes dimensiones de la organización social, los espacios sociales y los grupos poblacionales.

En los debates académicos y políticos, la función de la propiedad para la *optimización del uso productivo* de los recursos es la más prominente. Por ello, en el pensamiento económico y las políticas de tenencia de la tierra, la generación de riqueza y ganancias se considera normalmente como la función más destacada y dominante de la propiedad (Demesetz 1967, Furobotn y Pejovic 1972). A los economistas les preocupa mucho encontrar formas de propiedad y mecanismos de intercambio que puedan conducir a una asignación de derechos que permita alcanzar estos objetivos.¹⁹

¹⁸ También las perspectivas estructural-funcionalistas sobre organización social y económica, incluyendo las antiguas nociones marxistas de base y superestructura, así como las concepciones neo marxistas de formaciones sociales de tres niveles, tienden a obscurecer la relevancia de las relaciones sociales como una capa de la organización social, que no se reducen a una «estructura» (normativa) ni a la «interacción/práctica». Por eso no aprecian que el derecho está presente tanto en la tipificación normativa de las relaciones de derechos como en las relaciones de propiedad reales (véase también Thompson (1978), Sugarman (1981) y F. von Benda-Beckmann [1995]).

¹⁹ Las teorías y políticas económicas, en particular, están selectivamente obsesionadas con la *eficiencia* en la asignación y explotación de recursos, y han hecho de esta función la única que define la propiedad. Estos modelos teóricos y políticos son estrechamente normativos en dos formas. La primera, esta definición excluye (o externaliza) otras

En la teoría económica, la propiedad individual y el libre mercado como mecanismos de distribución son elementos centrales que pueden conducir a la asignación óptima y económicamente eficiente. Pero en las ideologías y en las leyes se le puede atribuir también una función *social* a la propiedad, enfatizando que debería servir al bien común o ser distribuida equitativamente entre los miembros de una sociedad. Los atributos normativos y funcionales pueden incluso postular que la propiedad debe proveer seguridad social o garantizar la *continuidad social* de los grupos. La propiedad incluso puede adquirir un carácter *religioso*.

Por último, pero no menos importante, la autoridad legítima para controlar, asignar y explotar la propiedad es uno de los elementos más destacados del poder. A través de este se puede subordinar a la gente en todos los niveles de la organización sociopolítica. La propiedad tiene, por lo tanto, una *función política* pues se plantea casi como equivalente a la libertad política y puede determinar la ciudadanía y los derechos electorales.

Un acercamiento funcional, por tanto, provee una base para el análisis de la variación en las relaciones de propiedad y para comparar cómo y en qué medida las diferentes funciones sociales se integran o entretienen en las prácticas sociales y en las instituciones legales e interpretaciones culturales e ideológicas más generales.²⁰ En la siguiente sección analizaremos los problemas analíticos de la variación, las capas y las funciones y mostraremos la importancia de nuestro enfoque.

4. Variación en las relaciones de propiedad

Las relaciones de propiedad están conformadas por cuatro elementos —que pueden cambiar conforme al tiempo y espacio—: 1) las entidades sociales titulares de las relaciones de propiedad, 2) los objetos de las relaciones de propiedad, 3) las relaciones entre los titulares y otras personas respecto a los objetos, y 4) la dimensión temporal en las que se expresan las relaciones de propiedad.

4.1 Los titulares de la propiedad

Los entes sociales que pueden ser parte en una relación de propiedad podrían ser individuos, grupos de parientes, asociaciones, aldeas o incluso el Estado. En Indonesia, una categoría particularmente importante de grupos de titulares de propiedad son los linajes y otros grupos de herederos de diferente profundidad

funciones como posibles aspectos de los derechos de propiedad. La segunda, son normativas en el sentido que esta función ideal es usada como estándar para percibir y evaluar los usos de la propiedad o recursos y las leyes sobre las que se basan, por ejemplo el uso ecológicamente (in)sostenible de recursos. Véase F. von Benda-Beckmann (1995).

²⁰ Véase Leach (1961), Goldschmidt (1966) y F. von Benda-Beckmann (1979).

genealógica. Estos suponen relaciones comunales con unidad externa pero con varias formas de diferenciación interna. Así, lo que en las relaciones externas es todo un complejo de propiedad, por ejemplo la herencia de un linaje matrimonial en Minangkabau (*harato pusako*), puede ser internamente muy diferenciado a través de la asignación de derechos de sublinajes, la inclusión de nuevas propiedades en el patrimonio de un sublinaje mediante herencias, o la estratificación según el estatus social, por ejemplo, como descendiente del creador original del linaje de propiedad, como foráneo incorporado o como descendiente de antiguos esclavos.²¹

4.2 Los objetos de las relaciones de propiedad

Las construcciones de objetos de valor, materiales e inmateriales, muestran gran variación en la conceptualización del espacio, el nivel de abstracción o el origen de los bienes. Con respecto a la propiedad sobre los recursos naturales, la gente puede tener muy diferentes *geografías locales o populares* para concebir el ambiente al nivel más básico (Bohannan 1967) que subyace a sus modos de pensar sobre las relaciones entre organización social, espacio y ambiente. Las conceptualizaciones sobre el espacio que descansan en ciertos puntos —santuarios, pozos de agua, lugares sagrados, etc.— dan lugar a muy diferentes categorías de unidades de tierra respecto a las basadas en nociones cartográficas modernas (Bohannan 1967, Wilmsen 1990). Por ejemplo, los nómades, los agricultores itinerantes y las poblaciones sedentarias relacionan el ambiente físico de diferentes maneras a su organización social (van Dijk 1996). La tierra, en el sentido de toda la superficie terrestre, puede ser una sola categoría legal o puede ser parte de una categoría jurídica más amplia de propiedad inmueble. Puede o no abarcar el agua o los minerales del subsuelo, o bienes en la superficie como plantas, edificios, granjas, árboles, etc. Dependiendo de tales categorizaciones, la estructura espacial de derechos de propiedad puede ser simple (como en el sistema estatal) o extremadamente compleja, como en el derecho ambonés.²²

Las categorías legales sobre los recursos suelen estar basadas en propiedades físicas —tierra, agua, foresta (véase Buck 1989)—. Pero pueden también abstraerse de tales características y agrupar legalmente tipos relevantes de recursos en base a diferentes criterios derivados de funciones ecológicas o económicas reales o prescritas. Así, la tierra puede tener el estatus de tierra forestal (o bosque protegido, reserva natural, etc.) en el sentido de la Ley Forestal de Indonesia, incluso si apenas hay árboles.

Otra distinción básica entre tipos de propiedad está en la forma en la que los recursos eran originalmente adquiridos o creados. Este es un modelo dominante de

²¹ Véase F. von Benda-Beckmann (1979), F. y K. von Benda-Beckmann (1985).

²² Véase F. von Benda-Beckmann (1990), F. y K. von Benda-Beckmann (1994a), F. von Benda-Beckmann y Taale (1992, 1996).

categorización en los sistemas *adat*, donde la distinción legal más importante está entre la propiedad autoadquirida y la propiedad heredada.²³ Tales conceptualizaciones de las relaciones de propiedad son muy diferentes de las nociones occidentales, en cuyas categorías de propiedad los objetos se abstraen de los procesos de adquisición (Balbus 1977).

4.3 Relaciones de propiedad

La metáfora del conjunto de derechos es una herramienta útil para analizar los componentes de los derechos y obligaciones de la propiedad.²⁴ Al observar el *rango total de derechos* que involucran las relaciones de propiedad en todas las sociedades, es posible plantear una distinción entre dos grupos. Por un lado, los derechos a regular, supervisar, representar en relaciones hacia afuera y asignar los bienes. Por otro, los derechos a utilizar y explotar económicamente los objetos de la propiedad.

En los sistemas jurídicos estatales contemporáneos estas dimensiones se sistematizan en términos del derecho público y privado. En sociedades con organizaciones políticas menos jerárquicas que nuestro Estado y con sistemas jurídicos menos científicos, podría no existir esa nítida distinción entre el derecho público y privado. Pese a ello, se suelen distinguir los aspectos de la autoridad sociopolítica y los de uso y explotación.²⁵ Esta distinción no siempre corresponde a una división clara y mutuamente excluyente de derechos de propiedad en el sentido de lo público y lo privado. De hecho, muchos derechos tienen ambas dimensiones. Los derechos de control sociopolítico se confieren usualmente asociados a los cargos de autoridad sociopolítica que, de acuerdo a las teorías constitucionales de estos pueblos, representan a la comunidad. En las sociedades con organización estatal, estos derechos son integrados en la noción de soberanía.²⁶ Estos derechos pueden también construirse de una manera escalonada: con derechos supremos, pero en gran medida residuales conferidos a la más alta autoridad política (el Estado, la Corona, el Rey, el Jefe, el gobierno local); y con derechos provisionales

²³ Sobre Minangkabau, véase F. von Benda-Beckmann (1979), F. y K. von Benda-Beckmann (1985). Sobre Ambon, véase Holleman (1923), F. von Benda-Beckmann y Taale (1996). Sobre las sociedades africanas, véase Lloyd (1959) y Goody (1962).

²⁴ Para divisiones analíticas más diferenciadas sobre el conjunto, véase Wiber (1993), Schlaer y Ostrom (1992), F. von Benda-Beckmann (1995) y K. von Benda-Beckmann *et. al.* (1997). Uno de los análisis más sutiles de las relaciones de propiedad (o de recursos naturales) es el planteado por Pospisil en su estudio formal sobre la tenencia de la tierra y el agua de los Kapauku. Para hacerlo empleó la técnica del análisis componencial (1971: 273-339).

²⁵ Sobre esta distinción, véase Lloyd (1959), Gluckman (1972), Bruce (1988) y F. von Benda-Beckmann (1979:43). Algunos antropólogos hablan de soberanía y propiedad (Lloyd 1959: 112; Vanderlinden 1969). Gluckman (1972) llamó a estos dos niveles «patrimonios de administración» y «patrimonios de producción» (1972:89).

²⁶ Beitz (1991:243). Para Indonesia, ver el artículo 2 de la Ley Fundamental.

delegados a autoridades públicas de niveles inferiores en la organización política y administrativa. Los derechos de propiedad comunales o colectivos (supra individuales) en las sociedades del Tercer Mundo, en mayor o menor medida, tienen tanto aspectos públicos como privados (Vollenhoven 1919). Por ejemplo, en el derecho de propiedad Minangkabau, el complejo de propiedad heredado por los linajes también tiene carácter público en el sentido de que se le considera una unidad constituyente de la economía y política de los pueblos o aldeas. Por ello, en las relaciones externas es representado como un todo por las autoridades del linaje. Sin embargo, a nivel interno, los derechos a la propiedad heredada tienen características más afines al derecho privado.

En la mayoría de sociedades, hay uno o algunos *derechos maestros* que expresan el rango más completo de derechos que están incluidos en la categoría jurídica de propiedad. Por ejemplo, la propiedad privada en el derecho británico, o el *eigendom* en el derecho holandés. En el derecho tribal o de aldeas, categorías como la propiedad heredada o autoadquirida en el *adat* de Minangkabau pueden acercarse a nociones jurídicas europeas de propiedad, pero los derechos incluidos en ellas pueden también ser más o menos englobantes (MacCormack 1983). En la mayoría de sistemas jurídicos, los derechos de propiedad menores o condicionales pueden derivarse de los más inclusivos y transferirse a otros mediante arrendamientos o garantías. El titular de ese modo no pierde el derecho que define la categoría (propiedad, herencia), pero esta se vuelve residual, debido a que muchos o la mayoría de sus usos económicos son transferidos temporalmente.²⁷ Tales derechos menores de propiedad pueden derivarse no solo de derechos privados, sino incluso del derecho público. Por ejemplo, los gobiernos crean varias posiciones económicas protegidas legalmente a través de la entrega de licencias, cuotas o concesiones a individuos o compañías, que son también de naturaleza provisional. Esta *generosidad* estatal concedida ha sido denominada «la nueva propiedad».²⁸

Las relaciones de propiedad se caracterizan además por las condiciones y procedimientos por los que (sea completa o limitadamente) los derechos de propiedad pueden ser apropiados, adquiridos o mantenidos mediante transacciones específicas como compraventas, prendas, concesiones, herencias o inversiones. Hay una amplia variedad en relación a: a) el grado de validez o permisibilidad que se puede dar a ciertas formas de adquisición, mantenimiento o transferencia; b) los círculos de personas que pueden participar en tales transacciones; c) los procedimientos requeridos para establecer transferencias o formas de apropiación válidas, o para reconfirmar la validez de un derecho.

²⁷ Véase Goodenough (1951) y F. von Benda-Beckmann (1979:45). Residual y provisional son nociones relativas. Una relación de propiedad provisional lo es solo respecto de la relación residual de la cual se deriva, y es residual en sí misma en relación a derechos provisionales menores.

²⁸ Véase Reich (1964), Macpherson (1975) y MacNaughton (1996).

Finalmente, la noción de *derecho* es relativa y variable. Hay derechos de propiedad fuertes y débiles, que a su vez corresponden a obligaciones y mecanismos de sanción fuertes y débiles. Los derechos de propiedad pueden, a su vez, ser contingentes en relación a un estatus social específico o al cumplimiento de ciertos *deberes*. Este es el caso, especialmente, de las mujeres que no tienen un derecho independiente a la tierra sino uno derivado de la posición de su cónyuge.²⁹ Los derechos también pueden formularse como potenciales, en forma de principios, lo que puede requerir procesos de negociación y toma de decisiones en los cuales se transforman en derechos realmente otorgados o recibidos.³⁰

4.4 La dimensión temporal de las relaciones de propiedad y la herencia

Como todas las relaciones sociales, las de propiedad se establecen en el tiempo. Las nociones de tiempo, a su vez, son inherentes al sistema conceptual del que forman parte las relaciones de propiedad y las transferencias. Sin embargo, las nociones de tiempo difieren considerablemente a través de sociedades y sistemas jurídicos (véase Leach 1961 y Eliade 1966). Algunos derechos tienen límites de tiempo precisos y una duración específica forma parte del concepto. Por ejemplo, en sistemas rotativos de asignación del agua o uso de la tierra, el derecho a compartir el agua o el turno en los ciclos de cosecha son por definición limitados temporalmente (Ven 1994). La prenda también es, por definición, un derecho limitado en el tiempo, aunque en la práctica puede durar toda la vida o incluso más. El estatus legal de la propiedad autoadquirida en muchos sistemas jurídicos tradicionales en Asia y África se pierde con la muerte del titular. Por otro lado, la dimensión temporal es especialmente clara para derechos que dependen de condiciones específicas. Por ejemplo, los derechos de una mujer casada a cultivar la tierra que recibe de su esposo existen mientras siga casada (Berg 1995). Igualmente, en la agricultura itinerante un derecho a la tierra perdura mientras esta sea cultivada. Otros derechos que difícilmente tienen una dimensión temporal inherente, como la propiedad privada, con pocas excepciones, no dejan de serlo incluso si son transferidos o heredados.

Un aspecto importante de las normas y derechos de propiedad es el mantenimiento de relaciones más allá de la vida de los propietarios individuales.³¹ La continuidad de las relaciones de propiedad se logra mediante la herencia o transferencias similares, o adhiriéndolas a entidades como el Estado o linajes *que no mueren* y que se extienden más allá de la vida de sus miembros individuales. También varían las formas en que se establece la continuidad de las relaciones de propiedad más

²⁹ Cfr. Berg (1995) y K. von Benda-Beckmann *et al.* (1997).

³⁰ Sobre Minangkabau, véase K. von Benda-Beckmann (1984) y K. von Benda-Beckmann, Spiertz y F. von Benda-Beckmann (1997).

³¹ Fortes (1966:1), Goody (1962), F. von Benda-Beckmann (1979, 1994), y Goody, Thirsk y Thompson (1976).

allá de la existencia de sus titulares. Los sistemas jurídicos europeos e indonesios distinguen claramente entre derechos reales y derecho sucesorio precisando si la transferencia ocurre entre personas vivas o debido a la muerte. Sin embargo, esta distinción difícilmente se puede hacer en varios *adat* de Indonesia pues, en sus sistemas culturales y jurídicos de relaciones de propiedad, la dimensión diacrónica de la herencia es predominante.³² En esos casos, los derechos reales se conceptúan como derechos hereditarios.

4.5 La importancia de los cuatro elementos de las relaciones de propiedad

La distinción entre relaciones de propiedad públicas y privadas, o externas e internas, es útil para comprender formas de derechos de propiedad individuales o supra-individuales. Muchos autores que abordan la propiedad se preocupan principalmente por los derechos de propiedad a nivel de uso y explotación en el campo del *derecho privado*. Las autoridades (como el Estado) figuran en la esfera pública como una agencia que regula los derechos de propiedad de titulares privados, pero normalmente se dejan de lado las dimensiones dominiales de los derechos públicos.

Hablar de la propiedad exclusivamente en la esfera del derecho privado no solo hace difícil comparaciones adecuadas, sino que también conduce a la despolitización de las características de la propiedad. En todas las sociedades, esta es un medio importante para la adquisición de cargos de autoridad sociopolítica. Además, la autoridad legítima que controla, asigna y explota la propiedad es uno de los elementos más saltantes del ejercicio del poder dentro de una organización socio política. La «nueva propiedad», creada por los gobiernos estatales en forma de licencias, cuotas de producción o subsidios son buenos ejemplos de ello (Reich 1964). Aunque algunos académicos, especialmente neo marxistas, han enfatizado repetidas veces las conexiones del poder político y social con la propiedad individual, los aspectos del poder de los derechos de propiedad en el derecho público han sido descuidados en el análisis económico de la propiedad (véase Tigar y Levy 1977).

En las políticas legales coloniales, los derechos públicos a la propiedad de organizaciones sociopolíticas locales presentaron problemas particulares. Cuando los Estados coloniales asumieron soberanía generaron —en términos generales— dos formas de lidiar con las autoridades sociopolíticas locales, con serias consecuencias para la constelación existente de derechos de uso y explotación de la tierra.³³ La primera posición consistió en reivindicar que los nuevos derechos de soberanía implicaban que asumían por completo la autoridad pública, al menos para las llamadas tierras baldías en las que no existía ningún propietario privado.

³² Véase Derrett (1965). Sobre Minangkabau, véase F. von Benda Beckmann (1979).

³³ Véase también Vollenhoven (1919) y Bruce (1988).

La otra postura consistió en reconocer cierta autonomía sociopolítica, pero relegada a la esfera del «derecho privado» e interpretada como un elemento de la propiedad desde el derecho privado. Esto produjo serias consecuencias. Por ejemplo, muchos jefes africanos que antes tenían autoridad sociopolítica sobre grandes extensiones de territorio, aunque derechos de uso y explotación solo sobre su «propia tierra», pasaron súbitamente a ser considerados propietarios, bajo el derecho privado, del total del área tribal.³⁴

La reducción de la propiedad territorial a un sentido privado fomentó falsas comparaciones en las que la noción de «propiedad» del derecho privado y sus características de conjunto de derechos se contrastaban con la totalidad de derechos de autoridad sociopolítica, de uso y de explotación en las sociedades del Tercer Mundo. Sin embargo, en dichas comparaciones no se tomaba en cuenta las restricciones de derecho público que existían sobre los derechos privados de propiedad en los sistemas occidentales, pese a ser considerables. En efecto, si comparásemos los derechos de propiedad privada a la propiedad agraria en Holanda con todos los derechos de propiedad, incluidos los conferidos al Estado, no existiría tampoco la «propiedad privada individual» en dicho país, debido a las múltiples restricciones jurídicas de carácter público impuestas por el Estado. Por ello, este tipo de falsas comparaciones, inevitablemente sobredramatizaron las diferencias entre el alto grado de autonomía individual de la propiedad en el mundo occidental industrial y la naturaleza altamente comunal de las relaciones de propiedad en las sociedades del Tercer Mundo (véase Vanderlinden 1969).

El fracaso para ver las diferencias entre las relaciones de propiedad internas y externas también ha producido varios malentendidos en las sociedades locales de África y Asia. En la comparación académica, incluso en la aplicación del «derecho consuetudinario» en las colonias o Estados independientes del Tercer Mundo, la unidad externa fue traducida como propiedad grupal (o familiar) y los derechos de sus miembros a la propiedad se construyeron en términos de los conceptos jurídicos europeos de copropiedad. La interpretación de derechos de propiedad locales como comunales sobre la base implícita de las nociones jurídicas europeas de propiedad, o explícitamente como política en tiempos coloniales, en cierta medida *creó* la propiedad comunal y oscureció los derechos individuales en las sociedades locales.³⁵ La tendencia a trabajar con categorías mutuamente excluyentes (propiedad individual o comunal) contribuyó a sobredimensionar los elementos comunales en los sistemas tradicionales de propiedad y a la negación de los diversos tipos de derechos individuales en esos sistemas.

³⁴ Véase Snyder (1981). Sobre Minangkabau, véase F. von Benda-Beckmann (1979), K. von Benda-Beckmann (1984), y F. y K. von Benda-Beckmann (1985). Véase también Lam (1985) y Bruce (1988).

³⁵ Véase Vanderlinden (1969), Clammer (1973), F. y K. von Benda-Beckmann (1985) y Bruce (1988).

El descuido de la dimensión temporal de los derechos de propiedad y la disociación entre estos y la herencia también crearon serios problemas en las reformas sobre la tenencia de la tierra. A menudo no se notó que la propiedad era sobre todo heredada y que, incluso si las reformas legales la transformaban en propiedad individual, la herencia pronto reestructuraría la organización económica de manera considerable. Se hizo evidente que la capacidad continuada de dirigir el flujo de propiedad después de la muerte suele ser considerada más importante por la población rural que la introducción de formas de propiedad que permitan su libre transferibilidad en el mercado.³⁶

5. El carácter multifuncional y las varias capas de las relaciones de propiedad

Las relaciones de propiedad, en todas sus variantes y funciones transculturales e históricas, se ponen de manifiesto en diferentes capas de la organización social. Primero analizaremos las relaciones de propiedad en la esfera de la cultura y la ideología. Luego la regulación legal en un escenario plural y las relaciones de propiedad como relaciones sociales reales. Finalmente, abordaremos las prácticas de propiedad a través de las cuales se interrelacionan diferentes capas de organización social.

5.1 Ideología y cultura

Los derechos de propiedad son un elemento importante en las interpretaciones ideológicas o culturales. Atribuyen ciertas funciones a la propiedad al proponer qué es o debería ser, o para qué propósitos debería usarse y por qué. En la mayoría de sociedades no existe una ideología única sino diferentes, incluso competitivas. Por ejemplo, en Indonesia la ideología estatal en sí misma es una compleja mezcla de ingredientes, en la que se remarca el valor de la propiedad para el desarrollo económico y la modernización, así como sus funciones sociales y la preocupación por el bienestar de los pobres. Sin embargo, el aspecto del desarrollo económico es dominante. Por otro lado, las ideologías *adat* tienden usualmente a destacar que la propiedad sirve a las necesidades de la comunidad y deben equilibrar diferencias económicas. Tales ideologías han sido denominadas «pervivencias éticas» (Scott 1976), «economía del afecto» (Hyden 1980), o «cultura de la solidaridad» (Geertz 1963, Alexander y Alexander 1982). En estas ideologías, la propiedad puede ofrecer un máximo de seguridad social y funcionar como una reserva de respaldo a utilizarse en caso de necesidad y zozobra. En muchas de las sociedades rurales cuyas organizaciones sociales están construidas sobre la base del parentesco y la descendencia, la propiedad incluso busca proveer el material básico para la continuidad social de los grupos, más allá de la vida de los titulares de la propiedad individual y, por lo tanto, se conecta íntimamente con la función social de seguridad, la preservación de la propiedad legada por los ancestros y transmisible a

³⁶ Cfr. F. von Benda Beckmann (1979), Migot-Adholla *et al* (1993), Haan (1994).

las generaciones futuras, y el mantenimiento de la continuidad de los grupos o líneas de descendencia.³⁷ Usualmente estas funciones tienen un carácter religioso en el sentido de que la tierra es dada al hombre por Dios y por lo tanto el hombre tiene la obligación de cuidarla (véase Schott 1987).

5.2 Regulación legal y pluralismo jurídico

Las nociones culturales e ideológicas de las relaciones de propiedad también nutren conceptos legales, normas, derechos y obligaciones. Aunque los conceptos y normas jurídicas también tienen un carácter ideológico, tienden a ser más específicos en su definición del estatus de la propiedad de los recursos, así como de las consecuencias jurídicas en términos de derechos y obligaciones. Es usual que las nociones ideológicas —por ejemplo las referentes a la naturaleza de la propiedad o del libre mercado de bienes— difieran claramente del modo más específico en que se institucionalizan los derechos de propiedad y los mecanismos de transferencia en los sistemas jurídicos. El supuesto carácter absoluto de la propiedad en el derecho privado, por ejemplo, resulta ser un mito al ser comparado con las formas concretas de regulación que limitan considerablemente la autonomía de los propietarios.³⁸

En Indonesia, como en varios otros Estados del Tercer Mundo, el sistema jurídico es particularmente complejo porque coexisten múltiples construcciones normativas de derechos de propiedad (pluralismo jurídico).³⁹ El derecho estatal, el *adat* y el religioso, particularmente el Islam, eran y siguen siendo universos jurídicos claramente distinguibles. Además, como hemos mencionado, los sistemas jurídicos locales pueden ser plurales en sí mismos, con formas antiguas, nuevas o incluso híbridas. Las definiciones sobre derechos y relaciones de propiedad pueden duplicarse en relación a los cuatro elementos referidos anteriormente.

En primer lugar, las categorías relevantes sobre los objetos pueden definirse de manera diferente en distintos órdenes jurídicos. Así, la tierra, las aguas subterráneas, los recursos del subsuelo y la vegetación pueden ser tratados bajo categorías distintas en un sistema, o bajo una misma categoría en otro. En segundo

³⁷ En Minangkabau, como en muchas sociedades de Indonesia y África, el mantenimiento de la propiedad heredada por los linajes para las futuras generaciones es un elemento central del *adat*. Véase F. von Benda-Beckmann (1979). También Slaats y Portier (1981), Moore (1969b), De Bruijn y Dijk (1995).

³⁸ Observaciones similares pueden formularse sobre las definiciones del libre mercado caracterizado por la ausencia de regulación e intervención gubernamental (véase Seidman 1987). Lo mismo es cierto para las nociones ideológicas sobre la membresía a linajes formados por descendencia unilineal (Moore 1969b). Sobre las diferencias entre regulaciones legales e ideologías en el Perú, véase Huber (1991).

³⁹ Véase F. von Benda-Beckmann (1979, 1997). Para tratamientos sistemáticos de las preguntas conceptuales, véase Vanderlinden (1971), Griffiths (1986) y Merry (1988).

lugar, los sistemas legales pueden tener definiciones contradictorias sobre lo que consideran unidades de propiedad justas. Por ello, mientras el derecho estatal puede considerar ciertos recursos como tierra estatal o bosques estatales, estos mismos puede definirse como tierras del pueblo (*tanah ulayat*) o propiedad grupal heredada en los sistemas *adat*. Igualmente, lo que en el sistema *adat* es un uso legítimo de la tierra se considera una invasión ilegal bajo las normas estatales. En tercer lugar, existen diferencias en el carácter de las relaciones de propiedad y en los derechos y obligaciones concernientes al control, explotación, intercambio y otras formas de adquisición de los objetos apropiables. Así, los sistemas jurídicos estatales usualmente operan con esferas muy diferenciadas de relaciones jurídicas más simples en las que los aspectos de las relaciones sociales —propiedad, autoridad política, relaciones familiares— se regulan por separado. En cambio, en los sistemas *adat*, como en Minangkabau, las relaciones de propiedad están normalmente incrustadas en las relaciones políticas y de parentesco de los linajes y los miembros de las aldeas.⁴⁰ Finalmente, en los sistemas *adat*, islámico y estatal se generan múltiples formas sucesorias para que los derechos de propiedad continúen después de la muerte de sus titulares. También regulan de manera muy distinta el grado en el que los propietarios pueden dirigir el flujo de su propiedad luego de su muerte mediante testamentos y donaciones.⁴¹

Para algunas categorías específicas de objetos y derechos de propiedad, ciertas funciones económicas o ecológicas pueden ser definidas legalmente. Por ejemplo, la legislación forestal de Indonesia prescribe que ciertos recursos forestales sean como bosques protegidos, reservas naturales o bosques de recreación. La legislación ambiental, así como ciertas regulaciones *adat* (como el *sasi* en las Islas Molucas) también imponen algunas restricciones que buscan un uso sostenible del recurso por parte de los propietarios (F. y K. von Benda Beckmann y Brouwer 1995). De manera similar, aunque en un sentido negativo, se consideró que las *tierras baldías* (*woeste gronden*) estaban poco explotadas en términos capitalistas. De este modo, un estereotipo funcional negativo, opuesto a una propiedad orientada a la producción y el beneficio económico, recibió forma legal con consecuencias jurídicas considerables. Pero lo que para la ideología capitalista puede ser un estereotipo negativo podría ser positivo en la ideología y el derecho de los campesinos y habitantes del bosque. Además las tierras baldías no siempre suponen el desperdicio de recursos, que no se usen o no tengan importancia económica para la vida de la población rural: pueden ser importantes para la producción de subsistencia y usualmente juegan un rol en la seguridad social de la población local (Shiva 1989).

⁴⁰ Véase F. von Benda-Beckmann (1979) y K. von Benda-Beckmann (1984).

⁴¹ Véase Lev (1972) y F. von Benda-Beckmann (1979 y 1994).

La función social de seguridad implica un patrón de explotación que no apunta a realizar el potencial productivo total e inmediato de los bienes⁴² y se manifiesta en normas que limitan la transferibilidad. La propiedad del linaje, como el *harato pusako* en el *adat* de Minangkabau no puede ser transferida de manera permanente fuera del círculo de los futuros descendientes (F. von Benda Beckmann 1979). Aquí la dimensión temporal —es decir la continuidad *social* de los complejos de propiedad en conexión con la continuidad del grupo— es esencial y se acopla a la función de seguridad económica de sus miembros a largo plazo.⁴³

Las funciones religiosas también pueden estar directamente inscritas en las normas jurídicas. Ejemplos de esto los encontramos en los derechos de propiedad de los *chefs de terre* —o jefes de la tierra— en las sociedades del Oeste Africano que vigilan las relaciones espirituales entre la gente y sus tierras. A veces categorías específicas de propiedad tienen propósitos religiosos particulares, como los arbustos sagrados y los recursos hídricos, a los que pueden acceder solo ciertas personas o cuando ciertos rituales se llevan a cabo (Fisiy 1997). Por ejemplo, los aborígenes australianos van de un lugar sagrado a otro a lo largo del año, realizando rituales sobre el sueño para mantener el orden cósmico (Maddock 1986, Bell 1988).

Por otro lado, la función política puede expresarse en derechos al voto que dependen de la propiedad y se incorporan en la noción de soberanía, es decir, en la autoridad suprema estatal para ejercer el control sobre la población, la riqueza y los recursos de un territorio (Beitz 1991:243). En muchos sistemas *adat*, por ejemplo en el *adat pusako* de Minangkabau, las relaciones de propiedad están integradas en la autoridad política, parentesco y relaciones económicas, y por tanto no se diferencian mucho de estas.

Sin embargo, no necesariamente los derechos de propiedad y su regulación tienen inscritas funciones sociales, económicas o ecológicas. Así, la propiedad privada, es decir el derecho que según los economistas es el más adecuado para uso eficiente de los bienes, no implica ninguna función en absoluto. Lo que ocurre es que la mayoría de los sistemas jurídicos estatales logran que esa función sea posible. Por ello, permiten que los objetos de propiedad sean transferidos, pero no obligan a los dueños a hacerlo.

⁴² Sobre propiedad Minangkabau, véase F. von Benda-Beckmann (1979). También Chambers y Leach (1989), van de Ven (1994), Agarwal (1991, 1994) y Geisler (1995).

⁴³ Tales restricciones no sólo están relacionadas a unidades de parentesco. También podrían ser una unidad administrativa, por ejemplo una comunidad, una cooperativa, una institución religiosa (la *wakaf* en el derecho islámico) o, probablemente la más grande, el Estado.

5.3 La propiedad como relaciones sociales multifuncionales

En la cultura, la ideología y las regulaciones jurídicas, se define de manera general a los titulares, objetos y relaciones de la propiedad. Estas tipificaciones normativas de la propiedad como conjunto de derechos deben distinguirse de las relaciones sociales reales de los titulares concretos de propiedad (sean individuos, asociaciones o grupos sociales) y de los bienes concretos. El conjunto de derechos que la gente tiene en realidad en estas relaciones específicas son distintos de los tipos abstractos y generales de derechos de propiedad definidos normativamente.

Esta distinción es importante porque las relaciones de propiedad reales muestran la distribución de la propiedad entre personas o grupos determinados, que no pueden inferirse de las categorías jurídicas que regulan la propiedad y los derechos patrimoniales. Es importante también porque las interacciones de la gente podrían ser influenciadas por las normas jurídicas generales sobre la propiedad de un modo distinto a partir de la red de relaciones de propiedad reales en las que participan.

Las relaciones de propiedad son a menudo solo un aspecto de todo un tejido de relaciones sociales, de las que también forman parte las relaciones de parentesco, de vecindad, de autoridad política, dependencia económica o membresía en grupos religiosos.⁴⁴ Cuando esto ocurre, las relaciones de propiedad son multifuncionales. El carácter multifuncional y de *tejido de hebras múltiples* que llegan a tener las relaciones de propiedad en la regulación legal y en las relaciones reales puede ser muy variado. Así, en muchas sociedades de Indonesia, las relaciones de propiedad en el *adat* están estructuralmente integradas en —y por tanto no diferenciadas de— la autoridad política, el parentesco y las relaciones económicas. Esto también ocurre en las relaciones de propiedad reales. Pero también existen relaciones de propiedad menos complejas, que en lugar de tejidos serían hebras singulares, con personas que no están incorporadas en el sistema sociopolítico y económico de la aldea. Por otro lado, en los sistemas sociales y jurídicos en los que las concepciones legales sobre la propiedad y otras relaciones están altamente diferenciadas, muchas personas se encuentran, sin embargo, comprometidas en

⁴⁴ En la literatura antropológica del derecho, la fuente clásica es Maine (1861), quien planteó que «el derecho antiguo no distingue con nitidez entre el derecho de la cosas y la ley de las personas» (ver Goody 1962: 285, Gluckman 1972: 94). Como Gluckman ha enfatizado, en las sociedades tribales los derechos a la tierra son dependientes del estatus político y social de la gente (1972:78), mientras que en las sociedades occidentales este carácter incidental de las relaciones de propiedad se ha perdido, y las concepciones legales que definen las relaciones de propiedad están doctrinaria y estructuralmente divorciadas del derecho de las personas —el resultado de un proceso que Maine denominó el movimiento desde el estatus al contrato—. Estas características también estructuraron, en gran parte, la transferencia de la propiedad a través del tiempo mediante lo que se denominó «herencia posicional» (Hoebel 1954), es decir procesos en los que la herencia de la propiedad y la sucesión de cargos socio-políticos son idénticos.

tejidos relacionales. En efecto, los poderosos conglomerados económicos en Indonesia también se basan en redes en las que las relaciones de propiedad se entretejen estrechamente con relaciones de parentesco, amistad y adhesión política (Robison 1986).

5.4 Prácticas de propiedad

Las prácticas sociales sobre propiedad, sean pacíficas o conflictivas, ocurren en lugares y contextos diferentes (Giddens 1984). En general, pueden distinguirse dos tipos de prácticas que suceden en diversos lugares e involucran a distintos actores. El primer tipo corresponde a las (inter)acciones que versan principalmente sobre objetos y derechos de propiedad concretos. Son prácticas en las cuales las personas simplemente utilizan, transfieren, heredan o disputan derechos a recursos concretos. Estas son las prácticas sociales a las que se refieren los principios y normas en la regulación sobre la propiedad. Todas estas (inter)acciones contribuyen al mantenimiento y cambio de los derechos de propiedad como relaciones sociales reales. De manera indirecta, también aportan al mantenimiento del sistema legal de derechos de propiedad que se inscribe en estas relaciones.

El segundo tipo corresponde a los procesos sociales en los que los derechos de propiedad y su regulación se reproducen y cambian, o donde se explica, discute o disputa la naturaleza de los derechos de propiedad —como los parlamentos, universidades o medios de comunicación—. Estas prácticas son significativas para la reproducción y cambio de los tipos de relaciones de propiedad expresadas en normas jurídicas e ideologías, pero es usual que no mantengan o cambien directamente la constelación real de relaciones de propiedad específicas y concretas.

Aunque la mayoría de estas prácticas son ejemplos de la vida común y corriente, a menudo son conflictivas y podrían convertirse en objetos de disputa. Así, los derechos de propiedad y su regulación son objeto de conflicto social y al mismo tiempo el medio por el que este se expresa y por el que se racionalizan y justifican las demandas y decisiones.⁴⁵ Concentrarse en las disputas muestra la relevancia de las capas de la estructura del derecho, así como la distinción entre los lugares y contextos en los cuales el derecho opera particularmente bien. Al igual que en las prácticas cotidianas de propiedad, se pueden distinguir dos tipos de disputas que contribuyen diferencialmente al mantenimiento y cambio de las relaciones de propiedad.

⁴⁵ Véase Turk (1978), Spiertz (1991) y Vel (1992).

En primer lugar, las disputas podrían implicar desacuerdos sobre la correcta constelación de relaciones de derechos de propiedad. Así, los individuos o grupos —sean ciudadanos privados o agencias estatales— pueden disputar la validez de una transferencia de propiedad, el derecho a una propiedad heredada o su distribución, o el estatus legal de los objetos de propiedad como la propiedad autoadquirida o heredada.⁴⁶ Las disputas pueden también referirse a qué uso se debería dar a bienes sobre los que no existen otros debates a nivel de derechos. Por ejemplo, hay muchos conflictos sobre si determinados terrenos deben utilizarse para la agricultura comercial o la de subsistencia, la vivienda o entregarse al gobierno para sus instalaciones. Tales disputas pueden ocurrir en diferentes escenarios de interacción: disputas bilaterales, procesos de toma de decisiones en aldeas o en entidades administrativas, con participación de administradores, policías o jueces. Pero entre los actores están quienes tienen un interés directo en los objetos y relaciones de propiedad en disputa.

En segundo lugar, las disputas también pueden deberse a los desacuerdos sobre cuáles son los marcos legales e ideológicos apropiados. Por ejemplo, si el derecho estatal o el *adat* deberían regular la apropiación de la tierra en las aldeas o las herencias —en cuyo caso también entra a tallar el derecho islámico—. Esta clase de contiendas podría estar relativamente desconectada de las relaciones reales de propiedad porque los derechos de los principales actores que desencadenan las disputas —en los grupos políticos de presión, medios de comunicación, el parlamento o las facultades de derecho— no se ven necesariamente afectados directamente por el resultado. A menudo, sin embargo, pueden ser perturbados pues los conflictos sobre recursos concretos pueden también verificarse como disputas sobre el marco jurídico aplicable a casos concretos. Por ejemplo, en varias partes de Indonesia la cuestión es si la propiedad se debería transferir conforme al derecho islámico o al *adat*; y otros conflictos se supeditan a si resulta aplicable la Ley Agraria Básica o el *adat* a las transacciones sobre la tierra. Por ello, una parte puede afirmar, basándose en la ley estatal, que una plantación forestal se encuentra en tierra estatal, mientras que otra puede sostener en base al *adat* que los árboles se ubican en la tierra del clan. Esto ocurre a menudo entre los habitantes de Ambonese y Butonese, en la ciudad de Ambon (véase F. von Benda-Beckmann y Taale 1992).

A veces estos conflictos son utilizados como argumento *pars pro toto* para plantear la superioridad de posturas políticas o religiosas. Esto ocurría a menudo en las disputas por herencia en Minangkabau en la década de 1970, donde la aplicabilidad del derecho *adat* o islámico en casos propiedad autoadquirida no era muy relevante para la decisión concreta porque los marcos jurídicos alternativos daban más o

⁴⁶ Sobre estos conflictos hemos planteado varias explicaciones para los casos de Minangkabau y Ambon. Véase K. von Benda-Beckmann (1984) y F. von Benda-Beckmann (1979) para Minangkabau. Para un análisis comparativo sobre conflictos de propiedad en Minangkabau y Ambon, véase F. y K. von Benda-Beckmann (1994a).

menos el mismo resultado. Lo relevante era qué sistema debía imponerse en el conflicto político-ideológico más amplio. Si bien el resultado de una decisión en casos así tenía efectos directos sólo en las relaciones de propiedad entre las partes en conflicto —de acuerdo a la doctrina legal—, la decisión también contribuía a la reproducción o cambio de las configuraciones suprasituacionales sobre las relaciones sociales y las estructuras socio-jurídicas.⁴⁷

6. El valor de un enfoque funcional y de capas para analizar el derecho de propiedad

6.1 La relevancia de las capas

Todas estas prácticas sobre propiedad, ideologías y regulaciones, y la constelación de relaciones sociales de propiedad existentes, proporcionan un repertorio de recursos sociales a través de los cuales la gente puede racionalizar y justificar sus interpretaciones de las condiciones actuales del régimen de propiedad o sus reclamos por cambios. También limitan sus opciones de comportamiento e interacciones. Además, las situaciones de pluralidad legal proveen contextos particularmente complejos, abriendo oportunidades para construir relaciones de propiedad diferentes a través de referencias a diversas legitimaciones normativas para plantear demandas y contrademandas, y proporcionando diferentes caminos procedimentales para perseguirlas (K. von Benda-Beckmann 1981, 1984).⁴⁸ De este modo, el grado en que la gente está limitada por las normas disponibles y las relaciones de propiedad existentes varía considerablemente, al igual que la medida en que la gente y las organizaciones pueden movilizar con éxito las relaciones e instituciones jurídicas, o defenderse frente a terceros. Esto se debe a una variedad de factores políticos, económicos, sociales y psicológicos, y a diferencias y asimetrías de poder político y económico, la posición en las redes sociales, y las diferencias en conocimiento y destreza.⁴⁹

En el análisis de las prácticas de propiedad, conflictivas o no, la distinción entre relaciones de propiedad construidas legalmente y las constelaciones de relaciones

⁴⁷ F. von Benda-Beckmann (1979), F. y K. von Benda-Beckmann (1988). Moore (1977) ha analizado las disputas como «eventos de articulación», destacando que además de las decisiones sobre conflictos puntuales, los procesos de toma de decisiones también reproducen o cambian el conjunto de relaciones y legitimaciones legales con el que se asocian las partes en disputa y los responsables de tomar la decisión.

⁴⁸ En la Economía y la Ciencia Política, estas situaciones o procesos de cambio han merecido poca atención. La mayor parte de la literatura se refiere a los regímenes de propiedad y los derechos de propiedad como construidos por legisladores y jueces estatales y por la ciencia jurídica. Recientemente, algunos autores han prestado atención a los sistemas normativos no estatales o a procesos de regulación privada (Ellickson 1991).

⁴⁹ Véase Nader y Todd (1978), Moore (1977) y K. von Benda-Beckmann (1981).

de propiedad fácticas se vuelve particularmente relevante. Caracterizar las relaciones sociales en términos de hebras que conforman un tejido, o a lo largo de un continuo simplex-múltiple, se ha vuelto un elemento importante en muchos estudios en el Tercer Mundo y en sociedades occidentales. Diversos sociólogos, antropólogos y economistas han mostrado la relevancia explicativa de las diferencias en los *tejidos* de relaciones sociales para comprender la interacción social, ya sea que se refiera al acceso y uso de instituciones en disputa y sus estilos de toma de decisiones, o el grado de confianza de los empresarios respecto de los contratos formales y sobre cómo emplean el sistema judicial estatal para ejecutarlos.⁵⁰ De hecho, el tipo de relaciones sociales en el que participa la gente puede influir mucho más en su manera de vincularse con la propiedad que las normas sobre esta y los tipos de derechos. En efecto, en nuestro análisis comparativo de los regímenes de propiedad en Ambon y Minangkabau mostramos cómo los diferentes grados de integración y diferenciación entre relaciones de propiedad, parentesco, herencia y relaciones políticas explicaban considerablemente las diferencias en la formación y constelación de los grupos en disputa y la frecuencia con la que los pobladores recurrían a agencias externas de resolución de conflictos, aunque las normas *adat* sobre propiedad fuesen similares (F. von Benda-Beckmann 1994a).

La historia del registro de tierras de clanes amboneses (*dati*) en el siglo XIX, principalmente en pueblos cristianos, y otros fracasos más recientes en la promoción del registro brindan ejemplos ilustrativos. En lugar de aclarar y asegurar derechos de propiedad, el registro agregó incertidumbres legales e incrementó los niveles de litigiosidad (Holleman 1923). Los pueblos donde se ha registrado la propiedad de los clanes han tenido —contrariamente a las expectativas y convicciones de los administradores— muchos más litigios por tierras en cortes estatales que los pueblos donde no hubo tales registros (F. von Benda-Beckmann 1986). Además, las cargas financieras y administrativas que acompañaban al registro y las diferencias entre las categorías del derecho *adat* y el estatal resultaron ser un factor prohibitivo. También hay diferencias estructurales entre los tipos de categorías jurídicas, como la de propiedad (de tipo holandés) frente al *hak milik* por un lado, y los derechos de propiedad *perusah* (autoadquirido, cultivado) frente al *pusaka* (heredado) por el otro.

Pero el mayor problema no recae en la regulación de la propiedad y sus tipos de derechos (estatal o *adat*), sino principalmente en la constelación muy compleja de relaciones de propiedad fácticas entre una multitud de titulares de derechos

⁵⁰ El libro *Judicial Process among the Barotse* de Gluckman (1955) y el clásico estudio de Macaulay sobre los empresarios estadounidenses (1963) han motivado investigaciones empíricas y reflexiones teóricas. Bajo la etiqueta de «distancia relacional», este concepto también se ha vuelto un elemento metodológico y teórico prominente en los estudios de sociología jurídica y de análisis económico del derecho. Véase F. von Benda-Beckmann (1995) para mayores referencias.

(individuos y grupos de herederos de variada composición) y objetos diferenciados de propiedad (tierra, árboles individuales, grandes y pequeñas posesiones forestales). Por ello, también resulta problemática la ruptura de la función de seguridad social de la propiedad heredada cuando se transforma en *hak milik*. La gente, en particular las mujeres, notan que pueden perder mucho con los programas de registro. Este problema se extiende y no solo surge en Indonesia.⁵¹ Sus derechos consuetudinarios a menudo difíciles de traducir en derechos en la legislación nacional, suelen resultar perturbadores y por tanto rechazados.

No obstante, el registro no siempre genera más incertidumbre que los títulos consuetudinarios. En efecto, como Simbolón (1997) señala sobre Sumatra del Norte, existen casos en los que el registro brinda cierta protección frente la invasión de grandes compañías madereras que logran conseguir licencias para explotar bosques supuestamente *vacíos* y a quienes no les interesa reconocer los títulos *adat*. Frente a estos actores poderosos, que basan sus reclamos en el derecho estatal y rechazan el *adat*, solo hay una manera de combatirlos: con las armas de la propia legislación estatal.

La distinción entre los tipos legales y las relaciones de propiedad reales o fácticas también se vuelve relevante para el análisis de las funciones económicas o ecológicas reales de las relaciones de propiedad. Preguntas sobre si determinados tipos de derechos de propiedad podrían conducir a la concentración y acumulación de la propiedad por unos pocos,⁵² tener mayores o menores funciones para la seguridad económica,⁵³ o conducir a un uso más o menos sostenible de recursos, no se pueden responder sin distinguir entre tipos de derechos de propiedad y relaciones sociales de propiedad concretas. En la mayoría de textos sobre la relación entre la propiedad y el desarrollo económico o ecológico, sólo se considera que las *categorías de derechos de propiedad* afectan directamente la asignación de recursos o la sostenibilidad de los recursos naturales, mientras que normalmente no se toman en cuenta las relaciones de propiedad reales (Feder y Feeny 1993: 241). Desafortunadamente la mayoría de especulaciones sobre la *Tragedia de los comunes* carecen de esta distinción. Dichas especulaciones, basadas en el ensayo de Hardin (1968), asocian las formas de propiedad comunal y acceso abierto con la sobreexplotación y la degradación de recursos.

De manera apresurada, se han planteado inferencias a partir de construcciones normativas de derechos y categorías de propiedad sobre condiciones y cambios económicos y ecológicos, concibiendo a estos como consecuencia directa de las

⁵¹ Hay muchos ejemplos en todo el mundo en los que las mujeres, en la práctica, no pudieron obtener títulos de propiedad individual sobre la base de programas de registro de tierras. Véase Coldham (1978), K. von Benda-Beckmann (1991), Agarwal (1994), K. von Benda-Beckmann *et al.* (1997).

⁵² Véase Berry (1988), Bruce (1989), Sugarman (1981), Thompson (1993).

⁵³ Chambers y Leach (1989), F. von Benda-Beckmann (1990), van de Ven (1994).

categorías de propiedad. Pero lo que parece ser un producto de normas y construcciones normativas de derechos puede ser, en realidad, resultado del conjunto de relaciones de propiedad en el que participa la gente. Es decir, no es el tipo de derecho de propiedad el elemento crucial, sino más bien son factores como la escasez de la tierra, la presión demográfica, la ausencia de alternativas de ingresos, la inseguridad a largo plazo, la avaricia y el desdén por cualquier restricción impuesta legalmente los que contribuyen a la sobreexplotación. Desafortunadamente esto podría suceder al margen de que se cuente con propiedad privada, comunal o libre acceso.⁵⁴

Finalmente, la distinción entre tipos de derechos de propiedad y relaciones de derechos fácticas es también importante porque no se puede asumir que los factores que subyacen al desarrollo de las regulaciones sobre la propiedad son los mismos que explican la emergencia de constelaciones concretas de derechos de propiedad y diferencias de riqueza. Una regulación marco sobre la propiedad podría permanecer estable o cambiar en diferentes formas y a un ritmo distinto que las constelaciones de derechos concretos de la gente. El estudio de Renner (1929) sobre cambios en los sistemas de propiedad europeos —probablemente uno de los primeros y más importantes al respecto— muestra que en la transición de la pequeña producción de materia prima a la producción capitalista, ocurrieron importantes cambios en la constelación de relaciones de propiedad y sus funciones sociales, económicas y políticas (*Funktionwandel*), sin ningún cambio importante en la configuración legal de las relaciones de propiedad y trabajo (*Normwandel*).⁵⁵ Muchas investigaciones en economías rurales de países del Tercer Mundo han señalado derroteros similares.⁵⁶

En ese sentido, en Minangkabau ocurrieron significativos cambios en la constelación de derechos de propiedad reales sin ningún cambio significativo en las normas sobre derechos reales o sucesorios.⁵⁷ Igualmente, en Ambon, los cambios en la constelación de las relaciones concretas de propiedad, provocados por avances tecnológicos, nuevas formas de organización laboral y la creciente monetización de las relaciones de propiedad, condujeron a transformaciones significativas en la economía local sin generar —o requerir— cambios en las construcciones normativas sobre las relaciones de propiedad.⁵⁸

⁵⁴ Véase McCay y Acheson (1987), Peters (1987), Ostrom (1990), Schlager y Ostrom (1992) y muchos otros. Para publicaciones más recientes, véase Taylor (1998).

⁵⁵ Véase también Tigar y Levy (1977), Sugarman (1981), Thompson (1993), F. von Benda-Beckmann (1979).

⁵⁶ Véase Snyder (1977), F. von Benda-Beckmann (1979) y Moore (1986).

⁵⁷ Véase F. von Benda-Beckmann (1979) y F. y K. von Benda-Beckmann (1985).

⁵⁸ Véase F. von Benda-Beckmann (1990) y F. y K. von Benda-Beckmann (1994a).

6.2 La importancia de las funciones

Un análisis de la propiedad concentrado en sus aspectos económicos —especialmente si la función económica se asume en un sentido estrecho, habitual entre los economistas— pierde información crucial sobre por qué la gente actúa como lo hace y qué motivaciones tiene para sus actos. Por tanto, no es una buena base sobre la cual predecir posibles desarrollos. Esto ha motivado enormes decepciones y sorpresas pues la gente no parecía comportarse como los *homo economicus* que se suponía que eran. En cambio, tomar en cuenta las diferentes posibles funciones permite comprender mejor el tejido social que compone una sociedad. Esto conduce nuestra atención al hecho de que ciertas funciones podrían ser más importantes para los hombres que para las mujeres, para los viejos que para los jóvenes, e incluso para los pobres más que para los ricos. Y también nos permite entender que las categorías particulares de propiedad podrían servir al mismo tiempo para muchas funciones, y a través del tiempo algunas funciones podrían desaparecer mientras que otras hacerse más prominentes.

Algunos ejemplos provenientes de Ambon pueden ilustrar la importancia de la función de seguridad social de las relaciones de propiedad. Estas operan en una economía agraria flexible en la que se someten diversos recursos a la misma regulación de propiedad y tipos de derechos, pero tienen funciones económicas y sociales que divergen ampliamente (véase Brouwer 1996). Si bien algunos productos han sido comercializados por siglos, otros como el sagú se producen aún para la subsistencia y para mantener una reserva alimenticia en aras de la seguridad social presente o futura.⁵⁹ Mientras que para el caso de los cultivos comerciales el derecho *adat* facilita la producción orientada al mercado y la ganancia económica, en el caso de la explotación del sagú, la misma regulación tiene una importante función para la continuidad y seguridad social de los grupos de herederos (véase F. von Benda-Beckmann y Taale 1996). Además, la función de la seguridad social suele tener un valor distinto para mujeres y hombres. Por ejemplo, la tierra y su producción es un elemento importante en la red de ayuda mutua y obligaciones dentro de muchas sociedades rurales. Las mujeres usualmente no tienen acceso directo a la tierra, sino que dependen del esposo, padre o hermano. Y los derechos que poseen muchas veces conllevan obligaciones, por ejemplo, el cuidado de la familia, o proveer ciertos tipos de alimentos. Por ello, las mujeres suelen tener otra perspectiva sobre la propiedad y la eficiencia, basada en las diferentes prioridades en el uso de la tierra.

La función de continuidad social que tiene la propiedad heredada es especialmente importante porque, además de imponer obligaciones legales, infunde un sentido de responsabilidad para cuidarla y mantenerla. Esto es relevante para la tasa esperada de transferencias, pero también para el uso de los recursos pues busca protegerlos

⁵⁹ Véase F. von Benda-Beckmann (1990) y Brouwer (1996).

contra la sobreexplotación y degradación. Al mismo tiempo, puede ser un importante incentivo para la inversión productiva, motivada por consideraciones que trascienden el tiempo de vida de los individuos. Es interesante notar que estudios en los países africanos han mostrado que el poder de legar o acceder a propiedades heredadas es mucho más importante para el incremento de la inversión en la producción y el aumento de seguridad en la tenencia que, por ejemplo, la plena transferibilidad de derechos de propiedad. Ante la falta de incentivos y de seguridad a largo plazo, los derechos a la propiedad individual plena pueden más bien estimular la explotación oportunista a corto plazo, incluyendo la sobreexplotación ecológica.⁶⁰

Este aspecto puede haber perdido importancia donde los procesos de individualización creciente han debilitado las funciones sociales y económicas de las familias extensas o linajes, estimulados o no por políticas demográficas. Ciertamente pierde importancia donde los derechos de propiedad modernos son activamente —y a veces agresivamente— incentivados mediante programas de registro de tierras y su preferencia por la propiedad individual. Pero es raro que deje de tener relevancia por completo en cómo actúa la gente frente a la propiedad. Además, la población rural está muy consciente de los peligros que tales programas tienen para el cumplimiento de esta función vital. Del mismo modo, la función religiosa contenida en categorías jurídicas tales como fuentes de agua sagradas o arbustos sagrados podrían en la práctica también tener una función ecológica (véase Fisiy 1997).

Un enfoque funcional también permite considerar las funciones políticas de la propiedad, incluso en los sistemas jurídicos e ideológicos donde estas son explícitamente minimizadas o negadas. Las teorías marxistas más antiguas enfatizaban el poder que la propiedad brindaba a sus titulares sobre el trabajo —un elemento central en los sistemas de producción capitalista—. Aunque esto es correcto, se trata más específicamente del poder legítimo de controlar la propiedad, incluso si uno no es el propietario oficial sino solo un administrador o director de un complejo de propiedad cuya titularidad legal puede corresponder a otros. Pero esto también ocurre donde los derechos de propiedad oficiales son conferidos a organizaciones políticas como las aldeas o el Estado, y donde el poder sobre la propiedad se encuentra en manos de funcionarios estatales.⁶¹ En los Estados contemporáneos europeos, americanos y del Tercer Mundo, el surgimiento de «nuevas propiedades» (Reich 1964) que son concedidas por instituciones públicas como «liberalidades estatales» —usualmente para la limitación creciente de las nociones tradicionales de propiedad privada individual— demuestra el poder creciente de las agencias administrativas sobre la propiedad (véase también MacNaughton 1996).

⁶⁰ Véase Bruce, Migot-Adholla y Atherton (1994).

⁶¹ Tigar y Levy (1977) señalan que Renner (1929) había prestado muy poca atención a los aspectos públicos de los derechos de propiedad.

7. Conclusiones

Hemos tratado de mostrar que un enfoque funcional sobre la propiedad, que preste la debida atención a sus diferentes capas, provee un marco analítico muy útil para la descripción y análisis de las variaciones de los derechos de propiedad y su importancia en diversas sociedades. Esto evita que los investigadores trabajen con categorías demasiado simples y esquemáticas, y que reproduzcan supuestos apresurados y simples sobre la propiedad y sobre las prácticas y cambios socio-económicos.

No obstante, pese a que los derechos de propiedad pueden ser elementos importantes en la organización social, económica y política de las sociedades, no deberíamos caer en la tentación de explicaciones monocausales del cambio económico o ecológico. Otros aspectos políticos, económicos y socioculturales pueden tener una mayor influencia sobre lo que la gente hace con su propiedad que lo que se podría deducir desde los propios derechos de propiedad.

Estas observaciones no son solo relevantes para las investigaciones académicas, sino también para las políticas que se generen con algún énfasis en los derechos de propiedad —casi todas las políticas afectan, directa o indirectamente, la regulación de la propiedad y las relaciones sociales de propiedad—. En particular, esto debería tomarse en cuenta con mayor seriedad en los continuos intentos por regular y re-regular la organización económica y el uso de los recursos naturales a través de reformas de los derechos de propiedad sobre la tierra, agua y bosques.

Si bien la complejidad que se hace visible al usar este enfoque complica las grandes teorías —y podría no guiar directamente a quienes elaboran políticas en sus intentos por mantener o cambiar los regímenes actuales de propiedad—, puede proveer una sólida base para la generación más responsable de teorías y políticas de desarrollo.

8. Bibliografía

- Agarwal, B. 1991. "Social security and the family: Coping with seasonality and calamity in rural India." In *Social Security in Developing Countries*, edited by Ahmad, Dreze, Hills and Sen, 171-244. Oxford: Clarendon Press.
- Agarwal, B. 1994. *A Field of One's Own: Gender and Land Rights in South Asia*. Cambridge: Cambridge University Press;
- Ahmad, E., J. Drèze, J. Hills and A. Sen, eds. 1991. *Social Security in Developing Countries*. Oxford: Clarendon Press.

- Alexander, J. and F. 1982. "Shared poverty as ideology: Agrarian relationships in colonial Java." *Man* 17: 597-619.
- Allott, A. N., A. L. Epstein and M. Gluckman. 1969. "Introduction." In *Ideas and Procedures in African Customary Law*, edited by M. Gluckman, 1-81. Manchester: Manchester University Press.
- Asad, T., ed. 1973. *Anthropology and the Colonial Encounter*. Atlantic Highlands: Humanities Press.
- Bachriadi, D., E. Faryadi and B. Setiawan. 1997. *Reformasi agraria*. Jakarta: Universitas Indonesia.
- Bakker, J. I. H., ed. 1990. *The World Food Crisis: Food Security in Comparative Perspective*. Toronto: Canadian Scholars' Press.
- Balbus, I. 1977. "Commodity form and legal form: An essay on the 'relative autonomy' of the law." *Law & Society Review* 11: 571-588.
- Beitz, C.R. 1991. "Sovereignty and morality in international affairs." In *Political Theory Today*, edited by D. Held, 236-254. Oxford: Polity Press.
- Bell, D. 1988. "Aboriginal women and the recognition of customary law in Australia." In *Indigenous law and the State*, edited by B. W. Morse and G. R. Woodman, 297-313. Dordrecht: Foris Publications.
- Benda-Beckmann, F. von. 1979. *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationships Through Time in Minangkabau, West Sumatra*, The Hague: Martinus Nijhoff, Verhandelingen KITLV 86.
- . 1986. "Leegstaande luchtkastelen: over de pathologie van grondenrechtshervormingen in ontwikkelingslanden." *Recht in ontwikkeling: tien agrarisch-rechtelijke opstellen*, edited by W. Brussaard, 91-109. Deventer: Kluwer.
- . 1990. "Sago, law and food security on Ambon." In *The World Food Crisis: Food Security in Comparative Perspective*, edited by J. I. H. Bakker, 157-199. Toronto: Canadian Scholars' Press.
- . 1994. "Acts of last will in Indonesian local laws." *Transactions of the Jean Bodin Society for Comparative Institutional History* (Brussels) 62: 115-43.

- . 1995. "Anthropological approaches to property law and economics." *European Journal of Law and Economics* 2: 309-36.
- . 1997. "Citizens, strangers and indigenous peoples: Conceptual politics and legal pluralism." In *Natural Resources, Environment and Legal Pluralism*, special volume of *Law and Anthropology*: 9, edited by F. Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann and A. Hoekema, 1-42.
- Benda-Beckmann, F. von and K. von Benda-Beckmann. 1985. "Transformation and change in Minangkabau." In *Change and Continuity in Minangkabau*, edited by L. Thomas and F. von Benda-Beckmann, 235-278. Athens: Ohio University Press.
- . 1988. "Adat and religion in Minangkabau and Ambon." In Claessen and Moyer, eds, 1988, 195-212.
- . 1994a. "Property, politics and conflict: Ambon and Minangkabau compared." *Law & Society Review* 28: 589-607.
- . 1994b. "Coping with insecurity." In F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann and H. Marks, eds. 1994, 7-31.
- Benda-Beckmann, F. and K. and A. Brouwer. 1995. "Changing 'indigenous environmental law' in the Central Moluccas: Cormmunal regulation and privatization of Sasi." *Ekonesia* 2: 1-38.
- Benda-Beckmann, F. and K. and A. Hoekema, eds. 1997. *Natural Resources, Environment and Legal Pluralism*. Special Volume of *Law and Anthropology* 9.
- Benda-Beckmann, F. and K. and H. Marks, eds. 1994. *Coping with Insecurity: An "Underall" Perspective on Social Security in the Third World*. Special Issue of *Focaal* 22/23. Utrecht.
- Benda-Beckmann, F. von, and T. Taale. 1992. "The changing laws of hospitality: Guest labourers in the political economy of rural legal pluralism." In F. von Benda-Beckmann and Van der Velde, eds. 1992, 61-87.
- . 1996. "Land, trees and houses: Changing (un)certainities in property relationships on Ambon." In Mearns and Healey, eds. 1996, 39-63.
- Benda-Beckmann, F. von, and M. van der Velde, eds. 1992. *Law as a Resource in Agrarian Struggles*. Wageningen: Pudoc.

- Benda-Beckmann, K. von. 1981. "Forum shopping and shopping forums." *Journal of Legal Pluralism* 19: 117-159.
- . 1984. *The Broken Stairways to Consensus: Village Justice and State Courts in Minangkabau*. Dordrecht: Foris.
- . 1991. "Development, law and gender skewing: An examination of the impact of development on the socio-legal position of Indonesian women, with special reference to Minangkabau." *Journal of Legal Pluralism* 30/31: 87-120.
- . 1997. "Environmental protection and human rights of indigenous peoples: A tricky alliance." In F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann and Hoekema, eds. 1997, 304-323.
- Benda-Beckmann, K. von, M. de Bruijn, H. van Dijk, G. Hesselings, B. van Koppen and L. Rys. 1997. *Rights of Women to the Natural Resources Land and Water*. The Hague: Ministry of Development Cooperation.
- Benda-Beckmann, K. von, J. Spiertz and F. von Benda-Beckmann. 1997. "Contesting rights to water in Nepal irrigation: A legal anthropological perspective." In Brans, Haan, Nollkaemper and Rinzema, eds. 1997.
- Benda-Beckmann, K. von and F. Strijbosch, eds. 1986. *Anthropology of Law in the Netherlands*. Dordrecht: Foris.
- Berg, A. van den. 1995. *Land Right - Marriage Left: Women's Management of insecurity in North Cameroon*. Leiden: CNWS Publications.
- Bergh, G. van den. 1988. *Eigendom: grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*. Deventer: Kluwer.
- Berkes, F., ed. 1989. *Common Property Resources: Ecology and Community-based Sustainable Development*. London: Belhaven Press.
- Berry, S. 1988. "Concentration without privatization? Some consequences of changing patterns of rural land control." In Downs and Reyna, eds. 1988, 53-75.
- Bohannon, P. 1967. "Africa's land." In Dalton, ed. 1967, 51-60.
- . 1969. "Ethnography and comparison in legal anthropology." In Nader, ed. 1969, 401-418.

- Brans, E. H. P., E. de Haan, A. Nollkaemper and J. Rinzema, eds. 1997. *The Scarcity of Water: Emerging Legal and Policy Responses*. London: Kluwer International.
- Breemer, J. P. B. van den, H. T. van der Pas and J. Tieleman, eds. 1991. *The Social Dynamics of Economic Innovation*. Leiden: DSWO Press.
- Brouwer, A. 1996. "Natural resources, sustainability and social security: Simplifying discourses and the complexity of actual resource management in a Central Moluccan village." In Mearns and Healey, eds. 1996, 64-79.
- Brouwer, R. 1992. "The commons in Portugal: A story of static representations and dynamic social processes." In F. von Benda-Beckmann and van der Velde, eds. 1992, 127-148.
- Bruce, J. W. 1988. "A perspective on indigenous land tenure systems and land concentration." In Downs and Reyna, eds. 1988, 23-53.
- Bruce, J. W. and S. Migot-Adholla, eds. 1994. *Searching for Land Tenure Security in Africa*. Dubuque: Kendall and Hunt.
- Bruce, J. W. S. Migot-Adholla and J. Atherton. 1994. "The findings and their policy implications: Institutional adaptation or replacement." In Bruce and Migot-Adholla, eds. 1994, 251-265.
- Bruijn, M. de and H. van Dijk. 1995. *Arid Ways: Cultural Understandings of Insecurity in Fulbe Society, Central Mali*. Amsterdam: Thela Publishers.
- Bruijn, M. de, I. van Halsema and H. van den Hombergh, eds. 1997. *Gender and Land Use: Diversity in Environmental Practice*. Amsterdam: Thela Publishers.
- Brussaard, W. et al. 1986. *Recht in ontwikkeling: tien agrarisch-rechtelijke opstellen*. Deventer: Kluwer.
- Buck (Cox), S.J. 1989. "Multi-jurisdictional resources: Testing a typology for problem-structuring." In Berkes, ed. 1989, 127-147.
- Chambers, R. and M. Leach. 1989. "Trees as savings and security for the rural poor." *World Development* 17: 329-342.
- Claessen, H. and D. Moyer. eds. 1985. *Time Past, Time Present, Time Future*, Dordrecht: Foris.

- Clammer, J. 1973. "Colonialism and the perception of tradition in Fiji." In Asad, ed. 1973, 199-220.
- Coldham, S. 1978. "The effect of registration of title upon customary land rights in Kenya." *Journal of African Law* 22: 91-111.
- Dalton, G., ed. 1967. *Tribal and Peasant Economies*. Austin: University of Texas Press.
- Demsetz, H. 1967. "Toward a theory of property rights." *American Economic Review* 57: 347-359.
- Derrett, J. M. D., ed. 1965. *Studies in the Law of Succession in Nigeria*. London: Oxford University Press.
- Dijk, H. van. 1996. "Land tenure, territoriality, and ecological instability: A Sahelian case study." In Spiertz and Wiber, eds. 1996, 17-45.
- Downs, R. E. and S. P. Reyna, eds. 1988. *Land and Society in Contemporary Africa*. Hanover and London: University Press of New England.
- Eliade, M. 1966. *Kosmos und Geschichte - Der Mythos der ewigen Wiederkehr*. Reinbeck: Rowohlt.
- Ellen, R. 1986. "What Black Elk left unsaid: On the illusory images of green primitivism." *Anthropology Today* 2 (6): 8-12.
- Ellickson, R. C. 1991. *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Engels, F. 1884. *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats: im Anschluss an Lewis H. Morgan's Forschungen*, Zurich.
- Feder, G. and D. Feeny. 1993. "The theory of land tenure and property rights." In Hoff, Baverman and Stiglitz, eds. 1993, 240-258.
- Fisiy, C. 1992. *Power and Privilege in the Administration of Law: Land Reform and Social Differentiation in Cameroon*. Leiden: Africa Studies Centre.
- . 1997. "State dislocation of customary management systems: Land colonization on the slopes of Mount Oku, North-West Province of Cameroon." In F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Beckmann and Hoekema, eds. 1997, 124-45.

- Fortes, M. 1966. "Introduction." In Goody, ed. 1966.
- Fryer, B., A. Hunt, D. McBarnet and B. Moorhouse, eds. 1981. *Law, State and Society*. London: Croom Helm.
- Furobotn, E.G. and S. Pejovic. 1972. "Property rights and economic theory: A survey of recent literature." *Journal of Economic Literature* 10: 1137-1162.
- Geertz, C. 1963. *Agricultural Involution: The Process of Ecological Change in Indonesia*. Berkeley: University of California Press.
- Geisler, C. 1995. "Land and poverty in the United States: Insights and oversights." *Land Economics* 71(1): 16-34.
- Ghai, Y., R. Luckham and F. Snyder, eds. 1987 [1973]. *The Political Economy of Law: A Third World Reader*. Delhi/New York: Oxford University Press.
- Giddens, A. 1984. *The Constitution of Society*. Oxford: Polity Press.
- Gilissen, J., ed. 1971. *Le pluralisme juridique*. Brussels: Université libre de Bruxelles.
- Gluckman, M. 1969. "Concepts in the comparative study of tribal law." In Nader, ed. 1969, 349-400.
- , ed. 1969. *Ideas and Procedures in African Customary Law*. Manchester: Manchester University Press.
- . 1972. *The Ideas in Barotse Jurisprudence*. Manchester: Manchester University Press.
- . 1973 [1955], *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)*. Manchester: Manchester University Press, 2nd edition.
- Goldschmidt, W. 1966. *Comparative Functionalism*. Berkeley: University of California Press.
- Goody, J. 1962. *Death, Property and the Ancestors*. Stanford: Stanford University Press.
- , ed. 1966. *The Development Cycle in Domestic Groups*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Goody, J., J. Thirsk and E.P. Thompson, eds. 1976. *Family and Inheritance: Rural Society in Western Europe, 1200-1800*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Goodenough, W. H. 1951. *Property, Kin and Community on Truk*. New Haven: Yale University Press.
- Griffiths, J. 1986. "What is legal pluralism?" *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55.
- Haan, H. de. 1994. *In the Shadow of the Tree: Kinship, Property and Inheritance Among Farm Families*. Amsterdam: Het Spinhuis.
- Hamnett, I., ed. 1977. *Social Anthropology and Law*. London: Academic Press.
- Hardin, G. 1968. "The Tragedy of the Commons." *Science* 162: 1234-1248.
- Held, D., ed. 1991. *Political Theory Today*. Oxford: Polity Press.
- Hitchcock, R.K. 1980. "Tradition, social justice and land reform in Central Botswana." *Journal of African Law* 24: 1-34.
- Hoebel, E.A. 1954. *The Law of Primitive Man*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hoff, I. A., A. Braverman and J. E. Stiglitz, eds. 1993. *The Economics of Rural Organization: Theory, Practice, and Policy*. New York: Oxford University Press.
- Holleman, F. D. 1923. *Het adat-grondenrecht van Ambon en de Oeliasers*. Delft: Molukken Instituut.
- Huber, S. 1991. "The influence of land and labour laws and policy on the position of rural women in a coastal valley of Peru." *Journal of Legal Pluralism*, 30/31: 167-225.
- Hyden, G. 1980. *Beyond Ujamaa in Tanzania: Underdevelopment and an Uncaptured Peasantry*. London: Heinemann.
- IUCN. 1984. *Traditional Life-styles: Conservation and Rural Development*. Gland: Conunission on Ecology Papers 7.
- 's Jacob, E. H. 1945. *Landsdomein en Adatrecht*. Utrecht: Kemink en Zoon.

- Kamenka, E. and R. S. Neale, eds. 1975. *Feudalism, Capitalism and Beyond*. London: Edward Arnold.
- Krader, L. 1976. *Ethnologie und Anthropologie bei Marx*. Frankfurt: Ullstein.
- Lâm, M. 1985. "The imposition of Anglo-American land tenure laws on Hawaiians". *Journal of Legal Pluralism* 23: 103-128.
- Lampe, E. J., ed. 1987. *Grundrechte aus der Sicht der Sozial- und Verhaltenswissenschaften*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Leach, E. 1961. *Rethinking Anthropology*. London: The Athlone Press.
- Lele, S. M. 1991. "Sustainable development: A critical review." *World Development* 19: 607-621.
- Lev, D. 1972. *Islamic Courts in Indonesia*. Berkeley: University of California Press.
- Lloyd, P. C. 1959. "Some notes on the Yoruba rules of succession and on family property." *Journal of African Law* 3: 7-32.
- Leffler, U. 1996. *Land Tenure Development in Indonesia*. Eschbom: GTZ.
- Lynch, O. and Talbott. 1995. *Balancing Acts: Community-based Forest Management and National Law in Asia and the Pacific*. Washington: World Resources Institute.
- Macaulay, S. 1963. "Non-contractual relations in business: A preliminary study." *American Sociological Review* 28: 55-67.
- McCay, B. J. and J. M. Acheson. 1987. "Human ecology of the commons." In McCay and Acheson, eds. 1987, 1-35.
- McCay, B. J. and J. M. Acheson, eds. 1987. *The Question of the Commons: The Culture and Ecology of Communal Resources*. Tucson: University of Arizona Press.
- MacCormack, G. 1983. "Problems in the description of African systems of landholding." *Journal of Legal Pluralism* 2 (1): 1-14.
- McGrew, A., P. Lewis et al. 1992. *Global Politics: Globalization and the Nation State*. Cambridge: Polity Press.

- MacNaughton, A. 1996. "Seeing the forest and the trees: Indirectly regulating private woodlots in Eastern Canada." In Spiertz and Wiber, eds. 1996, 47-59.
- Macpherson, C. B. 1975. "Capitalism and the changing concept of property." In Kamenka and Neale, eds. 1975, 105-124.
- Maddock, K. 1986. "Asking for Utopia: A study in aboriginal land rights." In F. von Benda-Beckmann and Strijbosch, eds. 1986, 240-259.
- Maine, H. S. 1883. *Dissertations on Early Law and Custom*. London: Murray.
- . 1986 [1861]. *Ancient Law*. Tucson: University of Arizona Press.
- Mearns, D. and D. Healey, eds. 1996. *Remaking Maluku: Social Transformation in Eastern Indonesia*. Darwin: Northern Territory University.
- Merry, S. E. 1988. "Legal pluralism." *Law & Society Review* 22: 869-896.
- Migot-Adholla, S., P. B. Hazell, B. Blarel and F. Place. 1993. "Indigenous land rights systems in Sub-Saharan Africa: A constraint on productivity?" In Hoff, Braverman and Stiglitz, eds. 1993, 269-291.
- Moore, S. F. 1969a. "Comparative studies: Introduction." In Nader, ed. 1969, 337-348.
- . 1969b. "Descent and legal position." In Nader, ed. 1969, 374-400.
- . 1977. "Individual interests and organizational structures: Dispute settlement as "events of articulation." In Hanmett, ed. 1977, 77-112.
- . 1986. *Social Facts and Fabrications*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Morgan, L. H. 1877. *Ancient Society*. New York.
- Morse, B. W. and G. R. Woodman. 1988. *Indigenous Law and the State*. Dordrecht: Foris Publications.
- Nader, L. 1969. "Introduction." In Nader, ed. 1969, 1-11.
- Nader, L., ed. 1969. *Law in Culture and Society*. Chicago: Aldine.

- Nader, L. and H. Todd, eds. 1978. *The Disputing Process: Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press.
- Okoth-Ogendo, H. W. O. 1984. "Development and legal process in Kenya: An analysis of the role of law in rural development administration." *International Journal of the Sociology of Law* 12: 59-83.
- Ostrom, E. 1990. *Governing the Commons*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Peluso, N. L. 1992. *Rich Forests, Poor People: Resource Control and Resistance in Java*. Berkeley: University of California Press.
- Persoon, G. 1991. "Ecological balance and innovations: Cases from the forest." In Van den Breemer, Van der Pas and Tieleman, eds. 1991, 113-127.
- Peters, P. 1987. "The grazing lands of Botswana and the commons debate." In McCay and Acheson, eds. 1987, 171-194.
- Pospisil, L. 1971. *Anthropology of Law*. New York: Harper and Row.
- Reasons, C. and M. M. Rich, eds. 1978. *The Sociology of Law: A Conflict Perspective*, Toronto: Butterworth.
- Reich, C. 1964. "The new property." *Yale Law Review* 72: 734-87.
- Renner, K. 1929. *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*. Tiibingen.
- Reeve, A. 1991. "The theory of property: Beyond private versus common property." In Held, ed. 1991, 91-114.
- Robison, R. 1986. *Indonesia: The Rise of Capital*. Sydney: Allen and Unwin.
- Schlager, E. and E. Ostrom. 1992. "Property-rights regimes and natural resources: A conceptual analysis." *Land Economics* 68 (3): 249-62.
- Schott, R. 1982. "Main trends in German ethnological jurisprudence and legal ethnology." *Journal of Legal Pluralism* 20: 37-68.
- . 1987. "Personlichkeit, Familie, Eigentum." In Lampe, ed. 1987, 291-306.
- Scott, J. 1976. *The Moral Economy of the Peasant*. New Haven and London: Yale University Press.

- Seidman, R. B. 1987. "Contract law, the free market and state intervention." In Ghai, Luckham and Snyder, eds. (1987) [1973]: 438-449.
- Shiva, V. 1989. *Staying Alive: Women, Ecology and Development*. London: Zed Books.
- Simbolon, I. J. 1997. "Understanding women and land rights in the context of legal pluralism: The case of Toba Batak, Indonesia." In De Bruijn, Van Halsema and Van den Hombergh, eds. 1997, 69-86.
- Slaats, H. and M.K. Portier. 1981. *Grondenrecht en zijn -verwerking in de Karo Batakse dorpsamenleving: Een beschrijvende studie*. Nijmegen: Katholieke Universiteit Nijmegen.
- Snyder, F. 1977. "Land law and economic change in rural Senegal: Diola pledge transactions and disputes." in Hamnett, ed. 1977, 113-57.
- .1981. "Colonialism and legal form: The creation of 'customary law' in Senegal." *Journal of Legal Pluralism* 19: 49-90.
- Spiertz, H. L. I. 1991. "The transformation of traditional law: A tale of people's participation in irrigation management on Bali." *Landscape and Urban Planning* (20):189-96.
- Spiertz, J. and M. Wiber, eds. 1996. *The Role of Law in Natural Resource Management*. The Hague: Vuga.
- Sugarman, D. 1981. "Theory and practice in law and history: A prologue to the study of the relationship between law and economy from a socio-historical perspective." In Fryer, Hunt, McBarnet and Moorhouse, eds. 1981, 70-106.
- Taylor, M. 1998. "Governing natural resources." *Society and Natural Resources* 11: 251-58.
- Thompson, E. P. 1978. *The Poverty of Theory and Other Essays*. London: Merlin Press.
- . 1993. *Customs in Common*. New York: The New Press.
- Tigar, M. E., and M. R. Levy. 1977. *Law and the Rise of Capitalism*. New York and London: Monthly Review Press.

- Thomas, L., and F. von Benda-Beckmann, eds. 1985. *Change and Continuity in Minangkabau*. Athens: Ohio University Press.
- Turk, A. 1978. "Law as a weapon in social conflict." In Reasons and Rich, eds. 1978, 213-32.
- Vanderlinden, J. 1969. "Réflexions sur l'existence du concept de propriété immobilière individuelle dans les droits africains traditionnels." In Gluckman, ed. 1969, 236-51.
- . 1971. "Le pluralisme juridique: essai de synthese." In Gilissen, ed. 1971, 19-56.
- Vel, I. 1992. "Umbu Hapi versus Umbu Vincent: Legal pluralism as an arsenal in village combats." In F. von Benda-Beckmann and Van der Velde, eds. 1992, 23-43.
- Ven, J. van de. 1994. "Members only: Time-sharing rice fields and food security in a Sumatran valley." In F. von Benda-Beckmann, K. von Benda-Begkrmann and Marks, eds. 1994, 85-96.
- Vogler, J. 1992. "Regimes and the global corrnns: Space, atmosphere and oceans." In McGrew, Lewis *et al.* 1992, 118-37.
- Vollenhoven, C. van. 1909. *Miskeningen van het adatrecht*. Leiden: Brill.
- . 1919. *De Indonesier en zijn grond*. Leiden: Brill.
- . 1933. *Het Adatrecht van Nederlandsch-Indie, Deel III*, Leiden: Brill.
- Werbner, R. P. 1980. "The quasi-judicial and the experience of the absurd: Remaking land law in North-Eastern Botswana." *Journal of African Law* 24: 131-50.
- Wiber, M. G. 1993. *Politics, Property and Law in the Philippine Uplands, Waterloo*. Canada: Wilfried Laurier University Press.
- Wilmsen, E., ed. 1990. *We Are Here: Politics of Aboriginal Land Tenure*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- World Bank. 1994. *Staff Appraisal Report: Indonesia - Land Administration Project*. [Washington, DC]: Agriculture Operations Division, Country Department III, East Asia and Pacific Region [World Bank].

TERCERA PARTE

GLOBALIZACIÓN, MEDIO AMBIENTE Y PUEBLOS INDÍGENAS

En búsqueda del pluralismo jurídico: el poder de los paradigmas en un mundo global *

Anne Griffiths

1. Introducción

En septiembre de 2011 la *Commission on Legal Pluralism* cumplió treinta años y, como parte de las celebraciones, organizó su vigésimo quinto congreso en la Universidad de Cape Town (Sudáfrica). Durante sus tres décadas de existencia la Comisión se ha dedicado a promover una mejor comprensión del pluralismo jurídico en el mundo. Por ello, sus miembros han participado en diversos debates sobre qué es la pluralidad legal y cómo debe ser comprendida. Ya en el primer simposio de la *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, realizado en Bellagio, Italia, el año 1981, se discutió intensamente sobre si se podía denominar *derecho* a otras formas de regulación distintas de la estatal, y cómo debíamos identificar sus características.¹ Este tipo de debates siguen vigentes hoy en día.

En este artículo resalto los campos donde las contiendas sobre el derecho y el pluralismo jurídico son particularmente importantes. Por ello, no plantearé una explicación histórica sobre el desarrollo conceptual del pluralismo jurídico, lo cual ya fue abordado por diversos trabajos.² Tampoco espero cubrir exhaustivamente sus implicancias.³ Me interesa más bien resaltar varios ámbitos que revelan la naturaleza altamente móvil y contingente del derecho, a través de los modos en que

* **Texto original:** Griffiths, A. 2011. «Pursuing Legal Pluralism: The Power of Paradigms in a Global World». *Journal of Legal Pluralism* 64: 173-202.

¹ Se plantearon términos como derecho local, popular, consuetudinario, informal, derecho de los pueblos y derecho indígena, pero se señaló que no existe una caracterización consistente sobre la supuesta distinción entre derecho estatal y popular. Para mayor detalle sobre esta discusión, consúltese Allott y Woodman (1985: 13-20).

² Algunos textos clave al respecto son: Vanderlinde (1970, 1989), J. Griffiths (1986), Merry (1988), F. von Benda-Beckmann (1998), Woodman (1998), Tamanaha (1993) y A. Griffiths (2002).

³ Para ejemplos de lo que este campo abarca, véase Greenhouse (1998), Rouland (1994), Tie (1999), K. von Benda-Beckmann (2001), Roberts (2005), Michaels (2005), Berman (2007), A. Griffiths (2009a), Tamanaha (2008) y Twining (2009-2010).

este se espacializa, representando dimensiones polifacéticas del pluralismo jurídico que están en constante desarrollo. Ciertamente, esta mirada no concordará con otras visiones más tradicionales del pluralismo jurídico, que suelen plantearse en términos del paradigma centrado en el Estado.

En los últimos años se ha escudriñado el poder del derecho, en todas sus dimensiones, con el fin de comprender las formas que adopta y la influencia que tiene en los procesos de globalización. El creciente reconocimiento de la importancia de las formas transnacionales del derecho y de ordenamientos normativos derivados de fuentes diversas⁴ ha centrado la atención en el pluralismo jurídico en una época en la que el derecho y las instituciones jurídicas cruzan las fronteras locales, regionales y nacionales. En este interés, lo *local* se incorpora en —y moldea por— redes regionales, nacionales e internacionales de poder e información que se involucran cada vez más con discursos sobre los derechos humanos.

Como concepto, el pluralismo jurídico ha motivado muchas controversias,⁵ pues se le ha empleado de distintas formas, según los intereses de los diversos actores.⁶ Por ejemplo, ha sido invocado en amparo de nociones de autoridad y legitimidad, para favorecer o promover ciertos reclamos legales por encima de otros, o para validar y reconocer la existencia de formas alternativas o coexistentes de ordenamientos normativos dentro de un ámbito particular.

Todo esto plantea preguntas sobre quiénes tienen el poder de hacer o rehacer el derecho en sus varias manifestaciones y para beneficio de quiénes. Además, la forma de percibir el derecho depende de los modelos o paradigmas que se aplican para su reconocimiento, los que pueden variar según los diversos enfoques metodológicos y epistemológicos que los respaldan. Estos cumplen un rol crucial en la formulación de las nociones de jurisdicción, creación y adscripción de la autoridad vigente y afirmación de la legitimidad, las que a su vez condicionan el éxito o fracaso de las pretensiones que la gente y las instituciones persiguen. Al margen del nivel en que ocurran, la suerte de estas demandas depende de su grado de congruencia con los modelos jurídicos dominantes que se aplican pues deben cumplir con los estándares de dichos modelos para ser tomados en cuenta. En el

⁴ F. y K. von Benda-Beckmann y Griffiths (2009a, 2009b), Hellum *et. al.* (2010). Tales fuentes incluyen al Banco Mundial, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Salud, el Fondo Internacional Monetario, la Unión Africana así como movimientos religiosos.

⁵ Para un análisis de dichos debates, véase A. Griffiths (2002, 2009a).

⁶ Tales intereses han sido expresados en términos de los modelos legales débiles y fuertes que históricamente han dominado los debates sobre el pluralismo, representando «el producto de diferentes factores históricos, económicos y políticos que se han unido para crear diferentes tópicos de estudio a través del tiempo y del espacio» (A. Griffiths 2002: 289).

pasado, con el surgimiento del Estado-nación se volvió predominante un paradigma particular de derecho, conforme al cual el derecho estatal adquirió jurisdicción y asumió supremacía sobre otras formas de ordenamiento dentro de un espacio geográfico territorialmente limitado.⁷

Este modelo de derecho estatal ha sido cuestionado muchas veces, y actualmente necesita reformularse a la luz de lo que Sassen ha denominado «el cambio de época que llamamos globalización» (2008:2), que se refleja hoy en la transnacionalización de las relaciones personales, económicas, comunicativas y religiosas que generan condiciones de cambio legal constante. Tales procesos, en los que se imbrican los ámbitos de regulación local, nacional e internacional reconfiguran el derecho tanto dentro del Estado-nación como más allá de sus límites. Aunque el derecho siempre ha sido móvil y su globalización no es un fenómeno nuevo,⁸ existe una intensificación y densidad creciente en los flujos y patrones de interacción e interconectividad entre los Estados y las sociedades que constituyen la comunidad internacional del mundo moderno. Estas incorporan redes regionales y globales de actividad, instituciones y regímenes supralocales de gobernanza, así como movimientos sociales transnacionales y otras formas de asociación transnacional.

Los actores comprometidos en estas interacciones no solo incluyen a los Estados nacionales que operan como legisladores soberanos o en concierto con otros Estados en la construcción del derecho internacional, sino también organizaciones no gubernamentales nacionales o transnacionales, *mercaderes legales*,⁹ comunidades epistémicas,¹⁰ redes de autorregulación, autoridades tradicionales y religiosas, y comunidades locales.

Además, las actividades de estos actores oscilan ampliamente. Pueden ir desde negociar disputas por límites, la incorporación a la Unión Europea, o el financiamiento de la ayuda para el desarrollo, hasta participar en protestas antiglobalización, promover intereses y derechos de los indígenas y minorías étnicas, elaborar planes de trabajo para la gobernanza de industrias como el sector

⁷ Este modelo de derecho es mencionado a menudo como un paradigma positivista o de centralismo legal. Para mayor detalle sobre sus características, véase A. Griffiths (1997: 29-38).

⁸ F. von Benda-Beckmann *et. al.* (2005).

⁹ Son abogados que viajan por el mundo, usualmente en representación de gobiernos, organizaciones de desarrollo o estudios jurídicos transnacionales, con el objetivo de presentar su derecho a países que están en proceso de reforma legal. Véase Dezalay y Garth (1996). Sobre las implicancias que tales actividades tienen para el desarrollo de la justicia transnacional, véase Dezalay y Garth (2012).

¹⁰ Véase Wiber (2005), quien utiliza este término para referirse a una red de personas distribuidas en todo el mundo que comparten y promueven una forma particular de conocimiento. Véase también Haas (1992) y Maher (2002).

pesquero, o incluso el trabajo de líderes religiosos y tradicionales que manejan disputas entre sus vecinos. Lo que resulta claro es que todas las reivindicaciones y demandas invocadas implican espacio —sea físico, territorial, imaginado o simbólico— y que los espacios que habitan tienen múltiples capas.

Rastrear el pluralismo jurídico en estos contextos genera preguntas de escala y proyección sobre el rango y ámbito de la investigación, que además dependen de la postura teórica adoptada sobre la pluralidad legal. En efecto, lo que buscamos define lo que vemos.¹¹ Por tanto, cualquier análisis del pluralismo jurídico requiere ser explícito sobre: a) quiénes son los actores, b) los objetivos por los que se invoca el concepto, y c) las fuentes y enfoques metodológicos empleados.¹²

2. El reposicionamiento de la gobernanza: contextualizaciones multiespaciales del derecho

Una consecuencia de los procesos señalados es la redefinición del derecho internacional motivada por el aumento de problemas globales y el surgimiento de actores no estatales.¹³ Como resultado, este ya no puede «simplemente coordinar los intereses del Estado, sino que debe facilitar la cooperación estatal y no estatal en áreas como la intervención humanitaria, la promoción de la democracia y el

¹¹ Por ejemplo, el trabajo de Drummond (2006), analizado más adelante, desafía las grandes narrativas de derecho comparado al explorar las percepciones de localidad y comunidad que se construyen discursiva e históricamente a través de un estudio de prácticas matrimoniales en comunidades gitanas. Lo que ella representa como algo visible, sería invisible bajo un paradigma convencional de derecho comparado.

¹² Como aclara el informe para el 2009 del Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, dada la compleja constelación de factores en juego, no puede haber un paradigma único de derecho que sea aplicable a la regulación de los derechos humanos debido a que no existen prescripciones claras que puedan emplearse con una base universal (ICHRP 2009). Para un análisis de los derechos humanos que rechaza una postura holística o universalista a favor de una definición de cultura que resalte la «ficción sociológica, la taquigrafía referente al campo social desordenado de prácticas y creencias conectadas que se producen a partir de la acción social», véase Cowan *et al.* (2001:14). Véase también el trabajo de Goodale, quien observa que dada la diversidad y múltiples significados de los derechos humanos es importante prestar atención a «los diferentes espacios discursivos en los que se constituyen las redes transnacionales de derechos humanos» (2007: 24).

¹³ Esto se produce, por ejemplo, cuando los abogados seleccionan leyes de múltiples jurisdicciones para crear construcciones jurídicas transnacionales que les permiten atender las necesidades de sus clientes eludiendo las regulaciones nacionales diseñadas para tutelar los intereses públicos (McBarnet 2002). Esto genera preguntas sobre la ética y viabilidad de la responsabilidad social corporativa (McBarnet *et al.* 2007). También tiene implicancias en la entrega de ayuda a través de las agencias internacionales de desarrollo y ONG que adquieren un *estatus casi estatal*, y que pueden debilitar los órdenes jurídicos y políticos prevalecientes en los países receptores (Weilenmann 2009).

Estado de Derecho, así como la rendición de cuentas a nivel transnacional» (Koh 2002: 328). Por lo tanto, el derecho internacional se convierte en una forma de derecho transnacional que es toda una materia en sí misma pues «con el tiempo lo doméstico y lo internacional llegarán estar tan integrados que ya no se sabrá si caracterizar ciertos conceptos como de naturaleza local o global» (Koh 202: 238). Esto se debe a que en contextos donde los patrones de interacción jurídica global erosionan los límites entre el derecho doméstico y el internacional, entre los sistemas y prácticas foráneas y domésticas, o entre autoridades jurídicas internas y externas,¹⁴ no resulta sostenible la idea de un lugar único de soberanía encarnado en el Estado-nación, pese a que los Estados reclaman este poder no solo a nivel teórico o ideológico, sino también práctico.¹⁵

2.1 La etnografía multi-situada

Reconocer estas intersecciones requiere explorar cadenas de interacción que conectan actores locales y transnacionales en campos *multi-situados*. Tal enfoque permite mantener las perspectivas antropológica y sociocientífica para estudiar el derecho, cuyo compromiso con la etnografía los ha llevado a ampliar su alcance hasta convertirla en «multi-situada» o desterritorializada,¹⁶ lo que ha abierto nuevos horizontes de estudio (A. Griffiths 2009b). La investigación multisituada que hoy se necesita supone un panorama amplio que abarca no sólo diversos espacios no delimitados por los hitos territoriales o geográficos convencionales,¹⁷ sino también áreas como los «flujos de información» que abarcan la Internet y conferencias globales,¹⁸ o los medios de comunicación mundial,¹⁹ en plena expansión.

2.2 Una perspectiva sobre la migración

Un área donde la etnografía multi-situada es especialmente pertinente es la investigación sobre la migración y el seguimiento de las trayectorias de las vidas multisituadas de los migrantes. Esto se debe a que la transnacionalización del derecho a través de fronteras nacionales no es algo exclusivo de poderosos actores inter y transnacionales, sino también de inmigrantes ordinarios, empresarios y

¹⁴ Cfr. F. von Benda-Beckmann *et al.* (2005; 2009a; 2009b), y Hellum *et al.* (2010).

¹⁵ Para algunos ejemplos sobre cómo el Estado puede reclamar lo opuesto, y negar su propia soberanía para justificar ante sí mismo su fracaso en el cumplimiento de sus obligaciones con sus ciudadanos, véase Randeria (2003), quien analiza al «astuto» Estado de India y sus reclamos de impotencia ante las condiciones que impone el Banco Mundial para la ayuda al desarrollo.

¹⁶ Sobre la etnografía multisituada, véase Marcus (1995), y sobre la desterritorializada, véase Gupta y Ferguson (1992), Lefebvre (1979), Appadurai (1996, 2003), Merry (2006).

¹⁷ Cfr. Drummond (2006).

¹⁸ Cfr. Merry (2000:131).

¹⁹ Cfr. Eide (2010).

comerciantes que no pertenecen a la élite política e intelectual que predomina en los debates sobre la globalización del derecho.

Un aspecto que suele describir la literatura sobre migración es que los migrantes llevan consigo su derecho al nuevo país de residencia. Esto implica el derecho consuetudinario y religioso de su lugar de origen, así como (en cierta medida) el derecho estatal de sus propios países, pues este mantiene su relevancia para ellos luego de llegar a su nuevo *hogar*. Normalmente se percibe este derecho en oposición al del Estado nacional receptor, creando una serie de problemas para los políticos, abogados y los propios migrantes (Foblets 2005).

En estos procesos los migrantes son actores importantes en las reconfiguraciones dinámicas del derecho en las diferentes localidades donde actúan. Lo que sucede en una de ellas puede tener importantes implicancias en cómo se desarrolla el derecho en las demás. Sin embargo, los cambios pueden ocurrir a ritmos diferentes y tener resultados también distintos en función de las especificidades de las distintas localidades involucradas. Por ejemplo, Nuijten (2005) se concentra en la experiencia de migrantes que se desplazan entre La Canoa, una aldea rural al oeste de México, y los Estados Unidos. Al respecto, explora los valores normativos opuestos con los que se ven confrontados en su existencia transnacional y que, en el proceso de confrontación y reflexión, terminan por transformar sus identidades. En otro ejemplo, esta vez sobre familias transnacionales sirias y su derecho de familia, Rabo observa que explorar las intersecciones no debe entenderse solo en términos de distintos sistemas jurídicos o leyes que colisionan, pues requiere comprender cómo «la gente practica en realidad las relaciones de familia cruzando los límites nacionales» (2010: 31).²⁰ Desde otra perspectiva, la de una investigación etnográfica llevada a cabo en Alemania, Estados Unidos y Haití, Glick Schiller (2005) plantea una nueva categoría de ciudadanía para los inmigrantes: la «ciudadanía transfronteriza», que explícitamente considera sus vidas multisituadas.

2.3 Relaciones policéntricas

El resultado de incorporar estos enfoques al pluralismo jurídico genera una perspectiva «de arriba hacia abajo» o «de abajo hacia arriba» menos clara —es decir, deja atrás una orientación lineal y monocausal o monocéntrica—, que favorece una representación multidimensional y policéntrica de los procesos estudiados, capaz de abarcar redes de relaciones. Al explorar estas dimensiones, que algunos autores denominan *camino*s o *senderos*,²¹ hay una aceptación de que el conocimiento o la comprensión de estos dominios no es algo dado, sino que siempre es parcial y contingente. Este punto de vista concuerda con una forma

²⁰ Este coincide con Drummond (2006) en la crítica a los enfoques de derecho comparado que promueven grandes narrativas que operan para excluir otras visiones del derecho.

²¹ Cfr. Griffiths (2009b) y Greenhouse (2009).

interpretativa y reflexiva de antropología que explora cómo el conocimiento se produce y se representa.²² Esto porque el conocimiento «no es trascendental, sino que se ubica, negocia y forma parte de un proceso continuo... [que] atraviesa los dominios personal, profesional y cultural» (Narayan 1997: 37). Tal reflexividad en relación a la construcción del conocimiento y su aplicación puede contrastarse con las demandas de autenticidad y exclusividad que tiene el derecho bajo los modelos del positivismo y centralismo jurídico.

3. La contingencia del conocimiento: descifrando el derecho

Un ejemplo claro de cómo este tipo de enfoque desafía las perspectivas del derecho centradas en el Estado puede encontrarse en Drummond (2006). En su trabajo sobre el derecho de familia en la ciudad de Jerez en España, se refiere a su investigación como un «viaje» que forma parte de un «itinerario» (2006: 4). Se trata de una estrategia narrativa para ofrecer al lector diferentes puntos de orientación sobre el material etnográfico, planteando distintas perspectivas sobre el Estado, la cultura y el matrimonio, los cuales forman los tres capítulos del libro. Mediante esta presentación caleidoscópica, la autora busca mostrar «varias proyecciones del derecho» con mayor claridad. Esto permite que «algunos de los itinerarios del derecho (en el sentido tanto de agenda como de trayectoria)» puedan «emerger en un mundo tendiente a neutralizar lugares» (2006: 6).

Como resultado de este tipo de análisis, Drummond desafía las grandes narrativas del derecho comparado que adoptan una visión general y lineal del desarrollo jurídico en Europa, enfatizando «la convergencia y armonización de las tradiciones jurídicas» (2006:18). Esto ha supuesto interpretar la expansión del derecho secular de familia en toda Europa, con regímenes de divorcio sin culpa, como representantes de «la cúspide de una homogeneidad modernizadora» (2006: 86). Así, la «cultura y la práctica del derecho de familia en España» resulta «conforme con un modelo “moderno” único, occidental, y globalmente difundido» (2006: 47). Sin embargo, como Drummond señala, «tal interpretación de la historia del matrimonio en Europa occidental se ha escrito como si existiera solo una familia occidental sobre la que pudiera escribirse una única historia» (2006:188). En consecuencia, lo que se asume como universal, de hecho, representa «una exclusiva y extraordinariamente estrecha franja de la población europea» (2006:188).

Al concentrarse en el espacio y el lugar, representados por la ciudad de Jerez de la Frontera, Drummond explora qué constituye lo «local» a través del análisis de percepciones de localidad y comunidad que son discursiva e históricamente contruidos, en lugar de asumirlos como algo dado y que encima además dependen de las nociones estatales de territorialidad o jurisdicción. Este nuevo enfoque

²² Cfr. Clifford y Marcus (1986), Clifford (1988), Haraway (1991), Hastrup (1992), Marcus y Fisher (1989), Okely (1992), Ong (1996), Wolf (1996) y Yang (1996).

concuenda con un cambio en la percepción antropológica del espacio, que pasó de asumirlo como física o materialmente dado a estudiarlo en términos de las dimensiones espaciales de la cultura (Gupta y Ferguson 1997) a través del reconocimiento «de que todo comportamiento está situado en, y construido de, un espacio» (Low y Zúñiga 2003:1). De este modo, en el estudio de Drummond lo local no es sólo un lugar donde suceden las cosas, sino que representa «un sitio específico en el que las relaciones sociales se limitan y constituyen localmente, mientras que el sentido de lugar se relaciona con las experiencias y el mapa de representación de un lugar específico que han construido sus ocupantes» (Blomley 1994:112). Así, para ella el concepto de «lugar» es «la problemática analítica central del libro», que abarca tanto la ciudad real como la «ciudad metafórica de las reflexiones teóricas del libro» (2006: 4). Dichas reflexiones concuerdan con las observaciones de Lefebvre de que «el espacio no es un objeto científico separado de la ideología o la política, siempre ha sido político y estratégico» (1979:31). En este sentido, el estudio de Drummond, aunque situado en un espacio físico, representa una forma de etnografía desterritorializada.

4. Remapeando el pluralismo jurídico

Delinear así el espacio y lugar repercute en cómo se perciben el derecho y el pluralismo jurídico. En efecto, mediante acercamientos etnográficos para el estudio del derecho, basados en experiencias específicas, concretas y vividas, surgen otras narrativas que ofrecen un contrapunto a los análisis legales basados en una teoría jurídica abstracta.

Si bien en el mundo de los juristas ya se ha reconocido la necesidad de repensar la doctrina tradicional de las fuentes del derecho (Teubner 1997) ello no marca un nuevo desarrollo, pues tales desafíos a la doctrina desde hace mucho fueron articulados por académicos que consideran que el derecho estatal representa solo una forma de organización política que existe junto a otras organizaciones locales, territoriales, tribales, políticas y religiosas que tienen su propia forma de derecho. En muchos casos tales desafíos a la «doctrina tradicional» suponen un estudio del derecho desde abajo, explorando respuestas específicas a la globalización del derecho desde perspectivas locales. Estos suelen explorar las dimensiones espaciales y temporales de la globalización jurídica, rastreando el surgimiento, flujo e influencia de las formas jurídicas transnacionales en campos sociales de pequeña escala. Puede tratarse de niveles inferiores de administración estatal, aldeas o campos sociales que interconectan actores en distintos niveles de organización política. Tales estudios contribuyen a un cuerpo creciente de

investigaciones sobre la globalización del derecho en campos sociales o niveles de administración estatal que existen por debajo del ámbito nacional.²³

4.1 Reconfigurando los Estados: la ciudadanía

Un área en el que las perspectivas centradas en el Estado se han visto profundamente cuestionadas es el de la ciudadanía. A través de los años ha atraído una enorme atención, debido a la migración transnacional que comentamos anteriormente y al desplazamiento de personas desde sus países de origen debido a guerras o conflictos que los forzaron a refugiarse o asilarse políticamente. Al afrontar la clasificación de personas, la ciudadanía plantea preguntas sobre quiénes deben ser incluidos como ciudadanos en un Estado y a quiénes debe negarse dicha condición. El alcance del concepto de ciudadano es limitado por políticas implementadas en leyes formales, las que instruyen a las burocracias reguladoras cuáles son los criterios aplicables para concederla o denegarla (Morgan 2003).²⁴ Quienes no logran cumplir los criterios y permanecen en el Estado adquieren el estatus jurídico de «ilegal» y se exponen a la deportación y expulsión (De Genova 2002). Los criterios formales para la ciudadanía tienden a ser estrechos, basados en el país de nacimiento, del matrimonio, de la residencia oficial y así sucesivamente, por lo que han sido criticados (Coutin 2000).

Ha habido intentos para cambiar el *status quo* mediante la construcción de una categoría de *ciudadanía social* como paso dirigido al cuestionamiento y ampliación de las definiciones formales y legales de ciudadanía cuando se trata con personas indocumentadas dentro de un Estado-nación. Estos nuevos criterios incluyen el período de residencia *de facto*, compromiso o contribuciones con la comunidad local y nacimiento de hijos en el país, entre otros factores (Coutin 2000). No es extraño que quienes construyen tales categorías suelen ser antropólogos, sociólogos o investigadores sociolegales que tienen una perspectiva científico-social del derecho y sus relaciones con la sociedad, y que además buscan aplicar esta perspectiva para crear definiciones legales más inclusivas.

Otros ejemplos incluyen marcos regulatorios no reconocidos formalmente por el derecho estatal pero que gozan de legitimidad y autoridad frente a las comunidades que los aplican. Esto incluye, por ejemplo, las favelas en Brasil o los barrios de Colombia, que el derecho estatal consideraba hasta hace poco asentamientos ilegales. En los últimos años, en Colombia, se ha intentado reconocer y regularizar algunos de estos asentamientos bajo ciertas condiciones. Otro ejemplo es el de los Tribunales del Pueblo en Sudáfrica que aparecieron bajo el antiguo régimen del

²³ Véase Steward (2011) sobre las cadenas de gobernanza plural que moldean las construcciones de género en modos que conducen a una distribución desigual de los beneficios de la globalización.

²⁴ Sobre las complejidades en la determinación de preguntas de elección del derecho y ciudadanía dual, véase Foblets (2005).

apartheid sin un estatus legal formal, pero que eran usados por grupos locales para controlar y regular la vida en sus poblados.

4.2 Los pueblos indígenas: estrategias para el reconocimiento

Otra área de cuestionamiento en los últimos años ha sido el reconocimiento de los pueblos indígenas, sus sistemas jurídicos y sus derechos al autogobierno. Esto ha generado una constante atención a la investigación sobre el pluralismo jurídico que se ha ramificado hacia exploraciones sobre cómo se construye el concepto de indigeneidad en ámbitos locales, nacionales y transnacionales. Por ejemplo, Merry ha observado que «los grupos indígenas a menudo se autodefinen en términos desarrollados por el movimiento global de derechos de los pueblos indígenas y lo estipulado por el derecho estatal». Esto es importante porque «la normativa de la nación donde vive una comunidad indígena y la del orden internacional afectan la forma en que se presenta y los tipos de identidades que asume». Esto representa en parte «formas de acomodarse a los cambiantes marcos de poder y significado, nacionales y globales, en los que viven las comunidades» (Merry 2000: 127).

Es por ello que las primeras estrategias para el reconocimiento adoptaban medios diferentes. Así, por ejemplo, la estrategia del caso Mabo en Australia²⁵ buscaba conseguir que el sistema jurídico nacional reconociera el título originario, demostrando que las leyes indígenas, sus costumbres y tradiciones podían acomodarse dentro del paradigma del Common Law. Aunque el título alegado podía extinguirse de varias maneras, la decisión abrió el camino para que los grupos indígenas pudieran reivindicar grandes extensiones de sus tierras tradicionales siempre que pudiesen probar una conexión continua con estas. En cambio, los procedimientos WAI 262 en Nueva Zelanda²⁶, que abordaban el problema de la protección del folklore, sostenían, entre otras cosas, que la corona, al emitir varias leyes fundamentales sobre propiedad intelectual sin la debida consulta a los Maori, había incumplido sus obligaciones emanadas del tratado de Waitangi. De este modo, el punto de partida para los demandantes en estos procedimientos no era la taxonomía tradicional de los derechos de propiedad intelectual ni demostrar cómo las preocupaciones de los Maori Iwi podían acomodarse en la estructura heurística tradicional del derecho de propiedad, sino más bien el tratado de Waitangi, que sostenía que la corona había violado al no garantizar su derecho a la soberanía.

4.3 El Constitucionalismo Tribal: hacia una nueva forma de pluralismo

²⁵ *Mabo vs. Queensland [Nº 2]* (1992) 175 CLR 1. Para un análisis del caso, véase Sackville (2003).

²⁶ Para un análisis, véase Austin (2003).

En respuesta a las demandas y reivindicaciones de derechos planteadas por los pueblos indígenas, varios Estados como Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los Estados Unidos les han exigido que adopten una constitución escrita sobre las normas de membresía tribal, condicionando a ello su reconocimiento oficial.

Este requisito ha dado lugar al *Constitucionalismo tribal*, que genera una nueva distinción jurídica y política entre indigeneidad y pertenencia a una tribu (Gover 2010). Esto crea «una división jurisdiccional entre la categoría de individuos indígenas identificados por el Estado, y la categoría de miembros de tribu identificados por tribus oficialmente reconocidas» (Gover 2010: 1), lo que resulta un problema porque tales clasificaciones ocasionan que algunas «personas que son legalmente indígenas no sean miembros de ninguna tribu» mientras que «algunos miembros de tribu no calificarían legalmente como indígenas» (Gover 2010: 1).

Por otro lado, Gover identifica dos modelos de actuación de los Estados en su relación con los indígenas. El primero, basado en la raza, prioriza los ancestros indígenas, mientras que el segundo, basado en la nación, prioriza la membresía tribal. Debido a que ambos modelos se oponen, el efecto es que «o el auto-gobierno tribal se debilita por cómo el Estado trata a los indígenas que no son miembros de tribus, o existe un número alto y creciente de individuos indígenas que quedan al margen de la relación Estado-Indígenas debido a la mediación de las tribus» (2010: 10).

No obstante, sostiene Gover, el concepto de indigeneidad va más allá de un énfasis estrecho en la membresía tribal, pues mucha gente que no es miembro de las tribus es reconocida por estas y por otras comunidades indígenas. Esto no es tomado en cuenta por ningún modelo de reconocimiento: «ninguno reconoce el rol que juegan las comunidades indígenas en la construcción de la indigeneidad» (2010: 10). Luego de plantear esta perspectiva excluida, Gover propone la adopción de un concepto de reconocimiento «interindígena». Este ampliaría la categoría jurídica de «indigeneidad pública» más allá de los miembros de tribus oficialmente reconocidas para incluir «el concepto cultural [de indigeneidad] tal como surge de las prácticas de reconocimiento indígena» (2010: 10).

5. Traspasando las fronteras del Estado: invocaciones a la regulación transnacional

Definir conceptos de indigeneidad, en relación al reconocimiento de membresía entre grupos sociales y de derechos adscritos a ese estatus, implica configurar relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados. Esto no solo supone procesos internos de negociación localizados dentro de los territorios geográficos del Estado sino que puede también suponer apelar a formas transnacionales de gobernanza que podrían usarse para reconfigurar las negociaciones dentro de tales campos.

Por ejemplo, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)²⁷ brinda un instrumento internacional que estos pueden usar en la búsqueda de reconocimiento e implementación de estándares internacionales de derechos humanos, para legitimar sus demandas frente a los Estados. Al plantearse en términos del derecho internacional, la DNUDPI hace varias referencias a leyes, derechos humanos, tratados entre Estados y pueblos indígenas, derecho estatal y, sin distinciones, a las «leyes, tradiciones y costumbres» indígenas. De este modo, representa un avance significativo en el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, con reconocimiento de sus derechos colectivos, los que se distinguen del grueso del derecho internacional de derechos humanos (orientado hacia derechos individuales) y los derechos vinculados a las minorías. No obstante, la DNUDPI no es un tratado que establezca obligaciones internacionales para los Estados que dieron su consentimiento para su adopción. Aun así, ha brindado un mecanismo importante para el desarrollo de un sistema de gobernanza global y para la regulación internacional sobre los derechos humanos. Como ha señalado Wheatley, «las demandas de los grupos indígenas han sido importantes para el desarrollo de la *jurisprudencia* del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el derecho de las minorías a un “modo de vida” distinto)» (2009: 383).

Por tanto, la DNUDPI genera espacio para «la participación política en regímenes legales fuera del Estado» lo que «permite la posibilidad de captura del régimen (o al menos influencia) con la autoridad del sistema de derecho internacional, luego visto en conflicto con el sistema de derecho estatal» (Wheatley 2009: 383). Al apelar a normas desarrolladas fuera de los sistemas jurídicos estatales, los pueblos indígenas pueden desafiar las normas jurídicas dentro de sus propios sistemas jurídicos domésticos. Esto motiva el surgimiento de un pluralismo jurídico que requiere un «cambio en el pensamiento de los juristas del derecho internacional público». Estos deben dotar de sentido a las «nuevas complejidades» y tomar en cuenta la «gobernanza global y la relevancia de la democracia y la legitimidad democrática en el ejercicio de la autoridad política», incluyendo un reconocimiento de la vida social, económica y política de los pueblos indígenas (Wheatley 2009: 384).

Fuera de los Estados, los órganos que pueden usarse para promover la implementación de derechos humanos dentro de estos son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) que regulan el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Un caso reciente, *La comunidad de La Oroya vs Perú*,

²⁷ Aprobada por resolución de la Asamblea General, GA Res 61/295, adoptada el 13 de septiembre de 2007.

profundiza la relación entre la salud ambiental y los derechos humanos. Busca ampliar la responsabilidad estatal por la violación de los derechos humanos de una comunidad no indígena debido a la contaminación de su medio ambiente. Según observa Spieler, este caso es significativo porque «tiene el potencial de expandir el concepto de que la protección ambiental se vincula estrechamente con la promoción de los derechos humanos y su efectividad» (2010: 27).

Si la CIDH emite un informe a favor de los peticionarios —la gente de La Oroya— y el Estado peruano no logra subsanar los puntos que preocupan a la CIDH, esta podría remitir el caso a la CorteIDH. Si bien la Corte ha emitido sentencias sobre degradación ambiental, estas se han restringido hasta ahora a casos de comunidades indígenas y a la protección de sus derechos y territorios. Al abrir el alcance para el reconocimiento de la interrelación entre la salud ambiental y los derechos humanos en general, el caso tiene el potencial de encontrar responsable a un Estado por violaciones a derechos humanos en un campo más amplio. Esto podría incluir violaciones al derecho a la salud, vida o integridad personal de una comunidad, causado por la contaminación ambiental en un amplio rango de circunstancias, tales como la contaminación por pesticidas o la contaminación del aire en las ciudades (Spieler 2010: 23).

5.1 Las movilizaciones por el cambio legal: movimientos sociales y reforma constitucional

Movilizar para lograr cambios en los Estados no es algo que se restrinja a las luchas indígenas. Puede suponer una amplia movilización política en busca de reformas legales radicales como ocurre en varios países latinoamericanos (Houtzager 2005, Restrepo Amariles 2010).

Houtzager examina el impacto que tienen los movimientos sociales en el cuestionamiento de formas de exclusión sistemáticas y duraderas, centrando su análisis en el contexto de la lucha por la tierra vinculada al Movimiento de los Sin tierra (MST) en Brasil y su éxito. Este movimiento consiguió que el acceso a la tierra fuese más equitativo en algunas zonas de Brasil mediante la redefinición de los derechos de propiedad en la práctica, lo cual es analizado por Houtzager en términos de movilización jurídico-política a través del campo legal. Este campo está constituido por un amplio rango de actores e instituciones que incluyen jueces y órganos judiciales, estudios de abogados o abogados independientes, fiscales públicos, profesores de derecho, ONG y colegios de abogados. La movilización transcurre a través de múltiples campos que «integran la acción jurídica dentro de una movilización política más amplia, politizando las luchas antes de que se vuelvan jurídicas, y movilizandolas sofisticadas destrezas legales de diversos actores» (Houtzager 2005: 219). Adicionalmente, se consiguió el apoyo de otras instancias: «religiosas (a través del ala progresista de la Iglesia Católica y organizaciones pastorales), políticas (especialmente a través del Partido de los Trabajadores),

sindicales (a través de la *Central Unica dos Trabalhadores*), académicas, grupos de activismo internacional y varias ONG» (Houtzanger 2005: 225). Este respaldo se llegó a poner en movimiento debido a la transición a la democracia.

Lo que Houtzanger demuestra es cómo pueden generarse cambios jurídicos sustanciales «cuando la dinámica del movimiento social y el ámbito político convergen para alterar el campo jurídico» (2005: 220). Además, nos muestra que incluso cuando eso no ocurre puede lograrse un cambio a una escala más pequeña e incremental mediante la movilización a través de múltiples campos. En estos procesos las modalidades de cambio legal pueden cambiar. Así, en base al caso de ocupación de tierras *Pontal do Paranapanema*, Houtzager demuestra cómo la estrategia de ocupación de tierras del movimiento y la movilización jurídica pueden activar varias modalidades de cambio legal. En *Pontal do Paranapanema* eran visibles tres modalidades: «a) la ejecución estatal de una legalidad *de jure* que era ignorada en la práctica, 2) una innovación procesal significativa que aceleró el reloj judicial, y 3) un cambio en las fuentes del derecho y una reinterpretación de normas jurídicas sustanciales» (2005: 225).

Respaldar estos desarrollos significa reconocer que desde 1990 los esfuerzos para constitucionalizar el derecho han desempeñado un papel crítico para facilitar las modalidades judiciales de cambio legal. Tales esfuerzos se fortalecieron a través de redes de abogados progresistas, especialmente la Red Nacional de Abogados Populares, constituida formalmente en 1996. Su compromiso con el proceso de constitucionalización dentro del campo jurídico «cumplió un rol importante en la sincronización del ámbito del movimiento social y del campo jurídico» (Houtzager 2005: 237). En efecto, este habría cumplido «un papel sustancial para alterar una legalidad altamente excluyente al obligar a las autoridades públicas a implementar la legislación de reforma agraria existente, ayudar a crear e institucionalizar nuevas interpretaciones de la función social de la propiedad y una noción ampliada de desobediencia civil» (Houtzanger 2005: 238). Lo que resulta clave en este proceso es comprender la relación dialéctica existente entre el movimiento social y el campo jurídico, la cual ilumina cómo «las relaciones entre distintos ámbitos pueden alterar sus respectivas lógicas internas» para movilizar nuevas perspectivas sobre el derecho (Houtzager 2005: 223).

En relación a otras partes de América Latina, Restrepo Amariles comenta los cambios constitucionales recientes en Colombia (1991), Venezuela (1999) y Bolivia (2009), que enfatizan la soberanía popular como medio para refundar el Estado (Restrepo Amariles 2010). Bajo el impulso del movimiento neoconstitucionalista latinoamericano y su ala radical, las reformas constitucionales en estos países buscan institucionalizar la soberanía popular —basada en la legitimidad— por encima de la soberanía legal —basada en la legalidad, en la fundación, estructura y funcionamiento del Estado—. Esto supone establecer «poderes constituyentes originales» derivados del pueblo, la promoción

de una participación política activa y un énfasis en la justiciabilidad de los derechos constitucionales. Para este fin, y para incluir a las minorías y grupos históricamente excluidos en el proceso de reforma constitucional, Colombia estableció una asamblea constituyente. Esta derivó de un consenso nacional «que reclamaba para sí misma el poder constituyente original» y por tanto «el poder constitucional legítimo del Estado colombiano» (Restrepo Amariles 2010: 89). Así, según Restrepo Amariles, la asamblea constituyente se caracterizaba por su legitimidad más que por su legalidad debido a que era «un poder constituyente y no un poder constituido». Era «una fuente de derecho pues estaba construida sobre la soberanía popular» (2010: 89).

Venezuela llegó incluso más lejos que Colombia con estos mecanismos para la participación. En efecto, realizó un referéndum para determinar si debía establecerse o no una asamblea constituyente y, cuando esta concluyó su trabajo con un proyecto de constitución, este fue sometido a otro referéndum para su aprobación popular. De este modo, la Constitución venezolana «establecida por la soberanía del pueblo, en ejercicio de su poder constituyente»²⁸ estableció un orden institucional de dicho Estado que permitió la participación popular permanente a través de la creación de un nuevo poder electoral público. Este poder electoral independiente se estableció para posibilitar un control ciudadano de los abusos estatales. Para dicho fin se garantiza la expresión de la soberanía del pueblo «a través del voto, referéndum, consulta de opinión pública, revocación del mandato» y otros mecanismos así como «foros abiertos y encuentros ciudadanos cuyas decisiones son vinculantes» (Restrepo Amariles 2010: 98). Lo que resulta clave en este caso es el potencial para el fortalecimiento de las organizaciones de la sociedad civil y las redes sociales de cooperación sin la intermediación de los partidos políticos. El poder electoral promueve un vínculo directo entre ciudadanos y entre estos y el Estado.

Para fortalecer este tipo de participación la Constitución de Colombia proporciona otros mecanismos para asegurar la legitimidad en el funcionamiento estatal. Esto se logra mediante la justiciabilidad de los derechos fundamentales constitucionales lo que permite «actualizar más que simplemente proteger estos derechos» (Restrepo Amariles 2010: 104).²⁹ En este proceso la Corte Constitucional «ha empleado el control jurisdiccional no solo para decidir casos particulares, sino para avanzar la agenda social de la Constitución y promover cambios estructurales que eliminan amenazas permanentes a los derechos fundamentales» (Restrepo Amariles 2010: 110). Restrepo Amariles sostiene además que con la introducción de procesos constitucionales para la actualización de derechos fundamentales «el control

²⁸ Restrepo Amariles (2010: 95).

²⁹ Esto se hace mediante cuatro tipos diferentes de acciones constitucionales, la acción de cumplimiento (artículo 87), la acción popular (artículo 88), la acción grupal (artículo 88) y la acción de tutela (artículo 86). Para conocer más detalles, véase Restrepo Amariles (2010: 104-112).

constitucional se vuelve más que un instrumento de legalidad: se convierte en un medio que permite al Estado lograr legitimidad popular» (2010: 113). Esto ocurre especialmente porque los jueces constitucionales no solo protegen derechos de libertades negativas sino también derechos positivos, como el derecho a la vivienda, al trabajo y a la seguridad social que incrementan «el potencial legitimador del control constitucional» (2010: 113).

Estos procesos apuntalan nociones más amplias de legitimidad respecto a las políticas y acciones estatales, y también disponen una mayor participación popular en los asuntos de Estado a través del desarrollo de un concepto de soberanía popular.³⁰ De este modo, tales desarrollos representan cambios radicales en la interpretación jurídica y en la responsabilidad estatal que se expanden a través de las reformas constitucionales. Para tener éxito requieren acción política concertada y convergencia de intereses, así como la movilización de fuerzas que atraviesen múltiples campos sociales.

6. Mundos virtuales y espacios efímeros: nuevos horizontes sobre el derecho

Esta redefinición de cuestiones de autoridad y legitimidad respecto al derecho también surge en espacios que eluden los enfoques convencionales del análisis doctrinal. Un espacio de este tipo concierne a la Internet. Debido a su alcance global se ha discutido bastante sobre quién debería regularla, cómo hacerlo y con qué propósitos. Tales debates dan pie a enfoques rivales sobre las percepciones de lo que implican los «recursos comunes globales» en un mundo virtual (Bernstorff 2004, Dizon 2010, Paliwala 2010). Buena parte de la discusión se centra en el potencial para una gobernanza democrática y los modos en que puede ordenarse. Para Dizon los defectos de las teorías populares sobre la democracia y las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) —ya sean utópicas, distópicas o reforzadas— derivan del hecho de que «tienen una mirada muy limitada y singular de lo que es la democracia, dónde buscarla, y quiénes participan en su constitución». Por esta razón defiende la necesidad de «deconstruir y reimaginar el concepto mismo de democracia más allá de los presupuestos estadocéntricos y legal-centralistas». Propone hacer esto expandiendo el concepto «más allá de la regulación gubernamental y la actividad política», lo que permite abarcar «una experiencia de democracia más amplia pero aun así socialmente más íntima y detallada» (Dizon 2010: 7-9).

³⁰ Restrepo Amariles, sin embargo, cuestiona la visión planteada por el ala radical del movimiento neoconstitucionalista, referente a que la soberanía popular ha reemplazado a la soberanía legal que subyace al proyecto político moderno al producir una refundación alternativa del proyecto. Sostiene que esto último es, de hecho, «en esencia un modo de recuperar la fe en los ideales modernos... [mediante la creación de] un nuevo artefacto ideológico de pensamiento moderno que busca recuperar la fe en sí mismo» (2010: 124-125).

Un enfoque distinto es el adoptado por Paliwala, quien explora cómo la construcción que hace el ciberespacio de nuevas culturas de internet también transforma culturas económicas y regulatorias que compiten entre sí (Paliwala 2010). Por un lado, resalta el potencial del ciberespacio para la creación de un nuevo ambiente para un compromiso colaborativo, no capitalista y democrático que resulte emancipador para sus participantes o la *multitud*. Sin embargo, también resalta un enfoque opuesto que busca defender al Estado y los intereses de la propiedad mediante el empleo del poder del capital para desarrollar y controlar nuevos modos de regulación y producción con sus poderes incluyentes y excluyentes. El resultado son interpretaciones contradictorias de lo que representa el espacio virtual. De este modo, Baxi y otros como Klein y Rajan remarcan que lejos de ser emancipatoria, la Internet representa un nuevo modo tecnocientífico de producción que defiende nuevas formas de dominación (Baxi 2006, Klein 2005, Rajan 2006).

Desde otra perspectiva, Ali examina el discurso de las *fetuas* emitidas y difundidas a través de Internet y cómo afectan a las mujeres y las relaciones de género en una esfera transnacional (Ali 2011). Al analizar *fetuas* seleccionadas de tres sitios web se pregunta «si este campo creciente de comunicación refleja sitios discursivos emergentes para las musulmanas dentro de un espacio “virtual”, global, contrahegemónico y transnacional» (2011: 118). Su estudio revela cómo estos nuevos mecanismos de regulación del ciberespacio funcionan como un espacio musulmán global. Como tal, generan un discurso internacional que abarca un amplio espectro de normas que resaltan «la “irreprimible” pluralidad de la tradición islámica» (2011: 118). Ali también explica cómo estos sitios han permitido que las musulmanas planteen preguntas sobre sus vidas que «no habrían podido formular en un encuentro “cara a cara” por la naturaleza sensible y cuestionadora de la línea de investigación» (Ali 2011: 118). Así, ella resalta el potencial transformador de las *fetuas* de Internet y las implicancias que esto tiene para las normas transnacionales e internacionales de derecho de familia dentro de tradiciones jurídicas islámicas plurales. Su enfoque cuestiona las hegemonías existentes dentro de una tradición islámica que se predica en base a la etnicidad, escuelas de pensamiento jurídico y ubicaciones territoriales.

Asumir o dejar compromisos en espacios multi-situados y transnacionales plantea problemas sobre cómo estudiar un mundo en el que todo «está en cambio constante, el orden es transitorio, nada es independiente, todo se relaciona con todo lo demás, y ningún subsistema está necesariamente a cargo de manera continua» (Martin 1994: 250). Es un problema opuesto al de derivar el derecho y el orden de las demandas de soberanía y territorio de los Estados nacionales. Aunque los enfoques antropológicos y/o sociocientíficos del derecho han proporcionado visiones alternativas de pluralismo jurídico de aquellas basadas en marcos estadocéntricos, esto se ha logrado generalmente a través de estudios etnográficos y empíricos derivados de un énfasis en el «campo» como lugar de estudio. Lo que

esto implica ha cambiado con el tiempo, desde los estudios iniciales sobre la vida en aldeas a la etnografía multi-situada o desterritorializada comentada anteriormente. Además, sigue en constante reconceptualización y adaptación ante nuevos desafíos, por ejemplo, cómo llevar a cabo investigaciones donde no hay un «campo social» fácilmente perceptible. Esto es más evidente en momentos de reconstrucción e inestabilidad política, aunque no se limita a estas situaciones (Greenhouse, Mertz y Warren 2002).

Un ejemplo de los desafíos que esto plantea puede encontrarse en el estudio de Zabusky sobre el desarrollo de las misiones de ciencia espacial en Europa (Zabusky 2002). Al examinar los mundos de la ciencia a gran escala (*Big Science*) y la integración europea, Zabusky decidió estudiar el Departamento de Ciencia Espacial (SSD, por sus siglas en inglés), dentro del *European Space Research and Technology Centre* ubicado en Holanda, donde se lleva a cabo la mayor parte del trabajo científico y técnico. Zabusky identificó lo que consideraba un campo social de estudio manejable, donde los científicos de planta son responsables de coordinar los esfuerzos de otros científicos, ingenieros y técnicos de toda Europa en el diseño, desarrollo y manufactura de misiones espaciales de la Agencia Espacial Europea. Sin embargo, pronto notó que el SSD «no era un campo social relevante... incluso genuino para los científicos europeos» (2002: 125), por lo que reorientó su énfasis, dejando el SSD en sí mismo y pasando a las misiones espaciales. Pero esto también presentó dificultades porque no había un lugar central de toma de decisión en el cual concentrarse o un espacio tangible que se presentara a sí mismo para estudio.

En cambio, encontró redes virtuales efímeras, tales como las comisiones evaluadoras internacionales que «no existían en ningún lugar sino que aparecían solo en el momento en que se les convocaba mediante normas y regulaciones y por prácticas continuas de los participantes» (Zabusky 2002: 129). Para el personal que participaba en el desarrollo de la misión esto generaba un sentido de vulnerabilidad e incertidumbre en un mundo donde continuamente se creaban y deshacían «redes de personas en diferentes ubicaciones» trabajando «hacia un objetivo común», «en procesos de toma de decisión que continuamente ocurrían en diferentes formas, sometidos a centros de poder cambiantes que por turnos se disolvían y se reconstituían en otro lugar» (Zabusky 2002: 125). El problema para Zabusky era que estos procesos «parecían más definidos por el cambio constante que por estructuras definitivas y en cualquier momento las realidades políticas, económicas y organizacionales cambiaban», lo que desafiaba su capacidad para «centrar el objetivo en un lugar al que pudiera llamar el campo» de observación relevante (2002: 115). Estas experiencias plantearon preguntas sobre dónde estaba «Europa (como algo distinto a sus Estados nacionales constituyentes)», y sobre cómo identificar «la comunidad científica internacional» pues por definición estaba en todos lados (Zabusky 2002: 121). Sin embargo, ella seguía lidiando con estos procesos que veía como «vórtices crecientes» en los que nadie tenía control de sus

giros continuos, los que suponen «la construcción y destrucción de los centros» (Zabusky 2002: 113).

Al exponer y explorar estas dimensiones, Zabusky muestra cómo el avance y resultados de la ciencia espacial europea, lejos de ser resultado de la estabilidad política, de hecho resulta de «las experiencias de inestabilidad e incertidumbre que tienen los participantes en la medida que improvisan momentos de claridad en los que se puede realizar el trabajo» (2002: 114). Para los asociados que trabajan en la intersección de dos procesos transnacionales poderosos, como son la integración europea y la ciencia a gran escala, esta es una lucha cuesta arriba porque deben lidiar con misiones formuladas a la luz de fuerzas que a menudo se contradicen entre sí. Ellos deben «satisfacer los requerimientos profesionales o intelectuales» que exigen sus proyectos en el contexto de «los constantes cambios en las prioridades políticas, políticas organizacionales y reasignaciones económicas sobre las que tienen poco o ningún control» (Zabusky 2002: 114). Bajo tales circunstancias lo que queda claro es la naturaleza contingente y altamente móvil del mundo en el que las misiones europeas de ciencia espacial se realizan.³¹

7. Paradigmas inestables: el pluralismo jurídico y la movilización del poder

En este artículo he explorado formas de pluralismo jurídico que resaltan la contextualización multi-situada del derecho.

Dicha contextualización multi-situada ofrece una perspectiva sobre el pluralismo jurídico que resalta la naturaleza móvil y contingente del derecho y refleja un proceso continuo. Por tanto, desafía los análisis convencionales del derecho que se centran en, o derivan de, una perspectiva centrada en el Estado. Además, presenta los múltiples modos en que los ámbitos internacional, transnacional, nacional y local se intersectan entre sí de diversos modos, lo que debilita cualquier gran narrativa de la globalización y visión concomitante del derecho. Desplaza a esta última —que apuntala en la literatura sobre globalización los debates sobre una tendencia uniforme hacia la homogenización, o alternatively, a la fragmentación— al resaltar los modos en que los efectos de la globalización se revelan a sí mismos como altamente diferenciados en contextos específicos. Esto se logra a través de un análisis que parte de las complejas relaciones derivadas de las intersecciones entre formas transnacionales de derecho —como los derechos humanos y el derecho religioso— y órdenes jurídicos locales —como el derecho consuetudinario o tradicional— y que concluye rastreando la pluralidad de fuentes normativas dentro y más allá del Estado.

³¹ Véase Brumann (2012) sobre la importancia de comprometerse en una etnografía discursiva de la interacción al estudiar el campo del patrimonio de la humanidad.

La importancia de esta perspectiva del derecho es que reconstituye espacios para la acción y la redefinición de límites dentro de un ambiente ampliado en el que las fuentes estatales del derecho representan solo uno de varios elementos en juego. También revela la composición de las múltiples hebras del pluralismo jurídico estatal que son usadas para pactar alianzas cambiantes y afirmar bases transitorias de acción.³² Adicionalmente, visibiliza el potencial transformador del derecho que deriva de los nuevos tipos de espacios políticos y legales en formación y que eluden los límites del Estado territorial y de la doctrina legal tradicional. Tal enfoque replantea el análisis de instituciones y prácticas específicas —tanto públicas como privadas— «lejos de las lógicas nacionales históricamente formuladas» (Sassen 2008: 2). Esta visión es crítica para adquirir una comprensión adecuada de los procesos de globalización que, entre otras cosas, están «ocurriendo dentro de lo nacional y adquieren un alcance mucho mayor de lo que usualmente se reconoce» (Sassen 2008: 1).

Este tipo de análisis permite comprender mejor los modos en que se espacializa el derecho. Demuestra cómo la representación jurídica del espacio debe verse «como constituida por —y a su vez, constituida de— complejas visiones de la vida social y política que figuran en la ley, cargadas normativamente y a menudo rivales» (Blomley 1994: xi). En los forcejeos para dar sentido a la complejidad y ambigüedad de la vida social «los agentes legales —sean jueces, juristas, funcionarios o gente común— representan y evalúan el espacio de diferentes modos» (Blomley 1994: xi). Lo que se encuentra en primer plano bajo condiciones jurídicas plurales son las diversas y a menudo contradictorias nociones de espacios y límites que llegan a definirse. Al reconocer las diversas construcciones jurídicas que llegan a crearse, también se vuelven visibles «los múltiples campos para el ejercicio de la autoridad política, la localización de derechos y obligaciones, así como la creación de relaciones sociales e instituciones que se caracterizan por distintos grados de abstracción, diferentes temporalidades y connotaciones morales» (F. von Benda-Beckmann *et. al.* 2009b: 4).

Lo que surge a partir de estas perspectivas amplias sobre el derecho son los diferentes actores involucrados en los cuestionamientos sobre quiénes tienen el poder y la autoridad para generar derecho y construir su significado. Esto es pertinente especialmente en las constelaciones jurídicas plurales donde podría haber contiendas sobre cuál es el derecho *correcto* en contextos particulares. Las luchas que emergen bajo tales circunstancias a menudo reflejan relaciones de poder asimétricas entre las partes y entre los órdenes legales en juego. Esto afecta los

³² Merry y Woodman han planteado la necesidad de una investigación más exhaustiva de las implicancias del pluralismo legal estatal para examinar las demandas ideológicas del Estado-nación con el fin de lograr la uniformidad y coherencia jurídica que se emplean para construir una meta narrativa que cuestiona a *otras* formas de generar orden (Merry 1988, Woodman 1998). Los estudios sobre la gobernanza y la gobernabilidad han contribuido a dismantelar esta imagen (Griffiths 2009a, Zips y Weilenmann 2011).

modos en que se constituye y reconstruye la legitimidad del derecho. La razón es que el derecho tiene un papel importante en la creación, producción y vigencia de conceptos como *justicia*, *autoridad*, y *derechos*, y en ejemplificar las nociones de *legalidad* que pueden invocar diferentes actores sociales en la construcción de discursos hegemónicos y contrahegemónicos. Tales discursos no solo operan a nivel retórico o ideológico sino que pueden servir para reforzar el uso efectivo de la fuerza o violencia para lograr sus fines.³³

El reconocimiento y primacía de órdenes jurídicos en contienda todavía crea dilemas y querellas debido a la falta de consenso sobre cómo establecer las relaciones entre órdenes jurídicos rivales. Esto supone resolver cuestiones sobre las posibilidades y ventajas de su coexistencia o identificar las condiciones bajo las cuales un derecho adquiere supremacía sobre otro. En estas negociaciones el pluralismo jurídico ofrece un repertorio que los actores sociales pueden emplear para elaborar discursos de legitimación que les sirvan para promover y justificar múltiples formas de intervención, acción y generación de políticas en muchos campos. Esto ocurre bien se le utilice para ofrecer una forma de legitimidad superior derivada de demandas retóricas o bien se le movilice para propósitos más concretos e instrumentales. La comprensión de lo que estas dimensiones implican se deriva de la naturaleza polifacética del derecho apreciado bajo la óptica del pluralismo jurídico. Esta aproximación también enfatiza el grado en el que los campos jurídicos se incorporan a la formulación de demandas sociales y políticas más amplias, las que implican complejas negociaciones sobre el poder³⁴ que no podemos ignorar.

8. Bibliografía

Ali, S. S. 2010. "Behind the Cyberspace Veil: Online Fatwas on Women's Family Rights." In *From Transnational Relations to Transnational Laws: Northern European Laws at the Crossroads*, edited by A. Hellum, S. S. Ali and A. Griffiths. Aldershot (UK) and Burlington (USA): Ashgate.

Allott, A. and G. Woodman, eds. 1985. *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht (Netherlands) and Cinnaminson (USA): Foris Publications.

Appadurai, A. 1996. *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Public Worlds Series. Minneapolis: University of Minnesota Press.

³³ Véase Baxi (2009), Greenhouse (2009) y Nader (2009) sobre el poder del discurso legal en la denominada «guerra contra el terrorismo».

³⁴ Para un análisis de las múltiples dimensiones que incorpora el poder, véase F. von Benda-Beckmann *et. al.* (2009a: 2-6).

- . 2003. "Sovereignty without Territoriality: Notes of a Post-national Geography." In *The Anthropology of Space and Place: Locating Culture*, edited by S. M. Low and D. Lawrence-Zuniga. Oxford and Berlin: Blackwell Publishing and Carlton.
- Austin, G. W. 2003. "Re-treating Intellectual Property? The WAI 262 Proceeding and the Heuristics of Intellectual Property Law." *Cardozo J. Int'l & Comp. Law* 11: 333-363.
- Baxi, U. 2006. *The Future of Human Rights*. New Delhi: Oxford University Press.
- . 2009. "The Globalization of Fatwas Amidst the Terror Wars Against Pluralism." In *The Power of Law in a Transnational World; Anthropological Enquires*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths, 96-114. Oxford and New York: Berghahn Books.
- Benda-Beckmann, F. von. 1988. "Comment on Merry." *Law & Society Review* 22 (5): 897-901.
- Benda-Beckmann, F. and K. von and A. Griffiths, eds. 2005. *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- . 2009a. *The Power of Law in a Transnational World: Anthropological Enquires*. Oxford and New York: Berghahn Books.
- . 2009b. *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society*. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- Benda-Beckmann, Keebet von. 2001. "Legal Pluralism." *Tai Culture* VI (1/2): 18-40.
- Berman, P. S. 2007. "Global Legal Pluralism." *Southern California Law Review* 80 (6): 1155-1237.
- Bernstorff, J von, 2004. "The Structural Limitation of Network Governance: ICANN as a Case in Point." In *Transnational Governance and Constitutionalism*, edited by C. Joerges, I. J. Sand and G. Teubner. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Blomley, N. K. 1994. *Law, Space and the Geographies of Power*. New York: The Guilford Press.

- Brumann, C. 2012. *Multilateral Ethnography: Entering the World Heritage Arena*. Working Paper N° 136, Max Planck Institute for Social Anthropology Working Papers. Halle/Saale.
- Clifford J. and G. Marcus, eds. 1986. *Writing Culture*. Berkeley: University of California Press.
- Clifford J. 1988. *The Predicament of Culture: Twentieth Century Ethnography, Literature, and the Arts*. Cambridge: Harvard University Press.
- Coutin, S. 2000. *Legalizing Moves: Salvadoran Immigrants' Struggle for U.S. Residency*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Cowan J. A., M. Dembour and R. A. Wilson, eds. 2001. *Culture and Rights: Anthropological Perspectives*. Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- De Genova, N. P. 2002. "Migrant 'Illegality' and Deportability in Everyday Life." *Annual Review of Anthropology* 31: 419-47.
- Dezalay, Y. and Garth, G. 1996. *Dealing in Virtue: Commercial Arbitration and the Constructions of a Transnational Legal Order*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- . 2012. *Lawyers and the Construction of Transnational Law (Law, Development and Globalization)*. Oxon and New York: Routledge.
- Dizon, M. 2010. Participatory democracy and information and communications technology: A legal pluralist perspective. *European Journal of Law and Technology* 1 (3): 1-36.
- Drummond, S. G. 2006. *Mapping Marriage Law in Spanish Gitano Communities*. Vancouver: UBC Press.
- Eide, E. 2010. "Differing Standards of Free Expression: Clashing of Laws during the Cartoon Controversy." In *From Transnational Relations to Transnational Laws: Northern European Laws at the Crossroads*, edited by A. Hellum, S. S. Ali and A. Griffiths, 227-298. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- Foblets, M. C. 2005. "Mobility versus Law, Mobility in the Law? Judges in Europe are Confronted with the Thorny Question 'Which Law Applies to Litigants of Migrant Origin?'" In *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal*

Relations in a Contracting World, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths, 297-315. Aldershot and Burlington: Ashgate.

Glick Schiller, N. 2005. "Transborder Citizenship: An Outcome of Legal Pluralism within Transnational Social Fields." In *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths, 27-49. Aldershot and Burlington: Ashgate.

Goodale, M. 2007. "Introduction: Locating rights, envisioning law between the local and the global." In *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*, edited by M. Goodale and S. E. Merry, 1-38. Cambridge and New York: Cambridge University Press.

Gover, K. 2010. *Tribal Constitutionalism: States, Tribes and the Governance of Membership*. Oxford and New York: Oxford University Press.

Greenhouse, C. 1998. "Legal Pluralism and Cultural Difference: What is the Difference? A Response to Professor Woodman." *Journal of Legal Pluralism* 42: 61-72.

———. 2009. "The Military Order of 13 November 2001: An Ethnographic Reading." In *The Power of Law in a Transnational World; Anthropological Enquires*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths, 33-53. Oxford and New York: Berghahn Books.

Greenhouse, C., E. Mertz and K. B. Warren, eds. 2002. *Ethnography in Unstable Places: Everyday Lives in Contexts of Dramatic Political Change*. Durham and London: Duke University Press.

Griffiths, A. 1997. *In the Shadow of Marriage: Gender and Justice in an African Community*. London and Chicago: University of Chicago Press.

———. 2002. "Legal Pluralism." In *An Introduction to Law and Social Theory*, edited by R. Banakar and M. Travers, 289-310. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.

———. 2009a. "Anthropological Perspectives on Legal Pluralism and Governance in a Transnational World." In *Law and Anthropology: Current Legal Issues*, vol. 12, edited by M. Freeman and D. Napier, 164-186. Oxford: Oxford University Press.

———. 2009b. "Law, Space and Place: Reframing Comparative Law and Legal Anthropology." *Law & Social Inquiry* 34 (2):495-507.

- Griffiths, J. 1986. "What is Legal Pluralism?" *Journal of Legal Pluralism* 24:1-56
- Gupta, A. and J. Ferguson. 1992. "Beyond Culture: Space, Identity and the Politics of Difference." *Cultural Anthropology* 17:6-23.
- , eds. 1997. *Culture, Power Place: Explorations in Critical Anthropology*. Durham and London: Duke University Press.
- Haas, P. M. 1992. "Introduction: Epistemic communities and international policy coordination." *International Organization* 46 (1): 1-35
- Harraway, D. 1991. *Simians, Cyborgs and Women: The Reinvention of Nature*. New York: Routledge.
- Hastrup, K. 1992. 'Writing ethnography; state of the art.' In J. Okely and H. Calloway (eds.) *Anthropology and Autobiography*. London and New York: Routledge.
- Hellum, A., S. S. Ali and A. Griffiths, eds. 2010. *From Transnational Relations to Transnational Laws: Northern European Laws at the Crossroads*. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- Houtzager, P. P. 2005. "Movement of the Landless (MST) and Juridical Modalities of Legal Change in Brazil." In *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, edited by B. de Sousa Santos and C. A. Rodriguez, 218-240. Cambridge: Cambridge University Press.
- International Council for Human Rights Policy, 2009. *When Legal Worlds Overlap: Human Rights, State and Non-State Law*. Geneva: ICHRP.
- Klein, Ursula. 2005. "Introduction: Techno-scientific Productivity." *Perspectives on Sciences* 13 (2): 39-141.
- Koh, H.H. 2002. "Opening Remarks: Transnational Legal Process Illuminated." In *Transnational Legal Processes: Globalization and Power Disparities*, edited by M. Likosky, 327-332. London: Butterworths.
- Lefebvre, H. 1979. *The Production of Space*. Oxford: Blackwell.
- Low, S.M. and D. Lawrence-Zuniga, eds. 2003. *The Anthropology of Space and Place: Locating Culture*. Oxford and Berlin: Blackwell Publishing and Carlton.

- Maher, I. 2002. "Competition Law in the International Domain: Networks as a new form of governance." *Journal of Law and Society* 29 (1):111-136.
- Marcus, G. 1995. "Ethnography in/of the World System: The Emergence of Multi-Sited Ethnography." *Annual Review of Anthropology* 24: 95-117.
- Marcus, G. and M. J. Fischer, eds. 1989. *Anthropology as Cultural Critique*. Chicago: University of Chicago Press.
- Martin, E. 1994. *Flexible Bodies: Tracking Immunity in American Culture from the Days of Polio to the Age of AIDS*. Boston: Beacon.
- McBarnet, D. 2002. "Transnational Transactions: Legal Work, Cross Border Commerce and Global Regulation." In *Transnational Legal Processes: Globalization and Power Disparities*, edited by M. Likosky, 98-113. London: Butterworths.
- McBarnet, D., A. Voiculescu and T. Campbell, eds. 2007. *The new Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*. Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- Merry, S. E. 1988. "Legal Pluralism." *Law & Society Review* 22 (5):869-896.
- . 2000. "Crossing Boundaries: Ethnographies in the Twenty-First Century." *PoLAR* 23 (2): 127-133.
- . 2006. *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: University of Chicago Press.
- Michaels, R. 2005. "The Re-State-Ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism." *Wayne L. Review* 51: 1210-1254.
- Morgan, B. 2003. *Social Citizenship and the Shadow of Competition: The Bureaucratic Politics of Regulatory Justification*. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- Nader, L. 2009. "Law and the Frontiers of Illegality." In *The Power of Law in a Transnational World: Anthropological Enquire*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Oxford and New York: Berghahn Books.

- Narayan, K. 1997. "How Native is the 'Native' Anthropologist?" In *Situated Lives: Gender and Culture in Everyday Life*, edited by L. Lamphere, H. Ragone and P. Zavella. New York and London: Routledge.
- Nuitjen, M. 2005. "Transnational Migration and Re-Framing of Normative Values." In *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- Okely, J. 1992. "Anthropology and autobiography: Participatory experience and embodied knowledge." In *Anthropology and Autobiography*, edited by J. Okely and H. Calloway, 1-28. London and New York: Routledge.
- Ong, A. 1996. "Anthropology, China and modernities: the geopolitics of cultural knowledge." In *The Future of Anthropological Knowledge*, edited by H. L. Moore, 60-92. London and New York: Routledge.
- Paliwala, A. 2010. "Regulating Cyberspace: Modes of Production, Modes of Regulation and Modes of Resistance." In *From Transnational Relations to Transnational Laws: Northern European Laws at the Crossroads*, edited by A. Hellum, S. S. Ali and A. Griffiths, 229-250. Aldershot and Burlington: Ashgate
- Rabo, A. 2010. "Syrian Transnational Families and Family Law." In Hellum *et al.* 2010, 29-49.
- Rajan, K. S. 2006. *Biocapital: the Constitution of Postgenomic Life*. Durham: Duke University Press.
- Randeria, S. 2003. "Glocalization of Law, Environmental Justice, World Bank, NGOs and the Cunning State in India." *Current Sociology* 51: 307-330.
- Restrepo Amariles, D. 2010. *Legality and Legitimacy: The Legal and Political Philosophy of Popular Sovereignty in the New Latin American Constitutions*. Saarbrücken: Lambert Academic Publishing.
- Roberts, S. A. 2005. "After Government? On Representing Law without the State." *Modern Law Review* 68 (1): 1-24.
- Roulant, N. 1994. *Legal Anthropology* (trans. P. G. Planel). London: Athlone Press.
- Sackville, J. R. 2003. "The Legal Protection of Indigenous Culture in Australia." *Cardozo J. Int'l & Comp. Law* 11:711-745.

- Sassen, S. 2008. *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*. Princeton and Oxford: Princeton University Press.
- Spieler, P. 2010 The Le Oroya Case: The Relationship Between Environmental Degradation and Human Rights Violations. *Human Rights Brief* 18(1): 19-23.
- Stewart, A. 2011 *Gender, Law and Justice in a Global Market*. Cambridge and New York: Cambridge University Press.
- Tamanaha, B. Z. 1993. "The Folly of the 'Social Scientific' Theory of Legal Pluralism." *Journal of Law and Society* 192-217
- . 2008. "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global." *Sidney Law Review* 30: 375-411.
- Teubner, G., ed. 1997. *Global Law without a State*. Aldershot: Dartmouth.
- Tie, W. 1999. *Legal Pluralism: Toward a Multicultural Perception of Law*. Andershot and Brookfield: Ashgate.
- Twining, W. 2009-2010. "Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective." *Duke Journal of Comparative and International Law* 20: 473-517.
- Vanderlinden, J. 1970. "Le pluralisme juridique: Essai de Synthese." In *Le pluralisme juridique*, edited by J. Gilissen, 19-56. Brussels: l'Université Bruxelles.
- . 1989. "Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later." *Journal of Legal Pluralism* 28: 149-158.
- Weilenmann, M. 2009. "Project Law - a Power Instrument of Development Agencies: a Case Study from Burundi." In F. von Benda-Beckmann et al. 2009a, 156-175.
- Wheatley, S. 2009. "Indigenous Peoples and the Rights of Political Autonomy in an Age of Global Legal Pluralism." In *Law and Anthropology. Current Legal Issues* vol 12, edited by M. Freeman and D. Napier, 351-384. Oxford: Oxford University Press.
- Wiber, M. 2005. "Mobile Law and Globalisation: Epistemic Communities versus Community-Based Innovation in the Fisheries Sector." In *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, edited by

- F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths, 131-151. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- Wolf, D.L. 1996. "Situating Feminist Dilemmas in Fieldwork." In *Feminist Dilemmas in Fieldwork*, edited by D. L. Wolf. Boulder: Westview Press.
- Woodman, G. R. 1998. "Ideological Combat and Social Observations: Recent Debate about Legal Pluralism" *Journal of Legal Pluralism* 42: 21-59.
- Yang, M. 1996. "Tradition, travelling theory, anthropology and the discourse of modernity in China." In *The Future of Anthropological Knowledge*, edited by H. L. Moore. London and New York: Routledge.
- Zabusky, S. 2002. "Ethnography in/of Transnational Processes: Following Gyres in the Worlds of Big Science and European Integration." In *Ethnography in Unstable Places: Everyday Lives in Contexts of Dramatic Political Change*, edited by C. J. Greenhouse, E. Mertz and K.B Warren, 113-145. Durham and London: Duke University Press.
- Zips, W. and Weilenmann, M., eds. 2011. *The Governance of Legal Pluralism: Empirical Studies from Africa and Beyond*. Vienna and Berlin: Lit Verlag.

La protección del medio ambiente y de los pueblos indígenas: una alianza engañosa*

Keebet von Benda-Beckmann

1. Introducción

Durante la última década, los pueblos indígenas comenzaron a recibir una considerable atención en dos ámbitos de gran interés internacional: el de la defensa de los derechos humanos y el de la protección ambiental.

Así, por un lado, la comunidad internacional se vio obligada a tomar en serio los derechos de los pueblos indígenas, gracias a un obstinado y continuo activismo en derechos humanos por parte de las organizaciones indígenas y varias ONG que promueven los intereses de estos pueblos. La cuestión adquirió tal relevancia internacional que el año 1993 fue declarado como *Año de los Pueblos Indígenas*. Si bien las organizaciones indígenas terminaron desilusionadas por las acciones de la ONU y los gobiernos nacionales, se llegaron a dedicar algunos esfuerzos al tema. Por ejemplo, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993, recomendó que el Grupo de Trabajo sobre Población Indígena de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU continuase su trabajo sobre el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y exhortó a la Asamblea General a proclamar el decenio de los pueblos indígenas a partir de enero de 1994.¹ Sin duda es un tema en la agenda internacional, aunque no se sabe por cuánto tiempo se mantendrá ahí o si obtendrá mayor atención que la recibida.

* **Texto original:** Benda-Beckmann, K. von. 1997. «The Environmental Protection and Human Rights of Indigenous Peoples: A Tricky Alliance». En *Law & Anthropology* 9, editado por R. Kuppe y R. Potz, 302-323. The Hague: Kluwer Law International.

¹ Documento final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos Viena, 14 al 25 de Junio de 1993 UN Doc.A/CONF 157/23. Comparar con el borrador de la Declaración de Derechos de los Pueblos indígenas NU Doc E/CN4/Sub2/1994/ADD.1.

Por otro lado, los pueblos indígenas empezaron a concitar una notable atención en el mundo ecologista porque son considerados protectores del ambiente por excelencia. Su imagen de gente de los bosques que durante siglos ha vivido en armonía con su entorno ocupa un lugar destacado en los medios de comunicación, los cuales se apoyan en fotografías que ofrecen una idea de tradición, armonía, homogeneidad, paz y estabilidad. Por ello, Persoon comenta que «la conservación de la naturaleza y el estilo de vida indígenas son [vistos como] más o menos sinónimos» (1991: 115). Esto sugiere que, a diferencia de la sociedad moderna que se ha colocado en oposición a la naturaleza y se ha esforzado por someterla y controlarla, los indígenas siempre se han considerado parte de esta y meros administradores de la tierra donde viven. Pero esta es una visión estática e idealista.

Los defensores de los derechos humanos han asumido este argumento ecológico para fomentar el interés en los pueblos indígenas y abogar por su protección en la escena internacional. Por un lado, han enfatizado su valiosa contribución para mantener la ecología en buen estado, a la vez que han enfatizado que la opresión y discriminación que sufren no solo les causa un profundo sufrimiento, sino que también afecta el medio ambiente. En esta lógica, se entiende que los pueblos indígenas deben ser protegidos, no sólo por ser personas en continua opresión, sino además porque son los mejores protectores del medio ambiente. Sin duda esta estrategia ha sido fructífera en la escena internacional pues ha llamado mucho la atención y ha creado un sentimiento general de simpatía hacia ellos, en particular por la «gente de los bosques» que ha vivido allí desde tiempos inmemoriales (Stunnenberg 1993:217).

En contraste, se ha difundido muy poco que también existen pueblos indígenas viviendo en entornos semiáridos, cuya imagen es muy distinta. No es tan común ver fotos o películas de pastores que vivan en completa armonía con su entorno. En zonas semiáridas se les asocia generalmente con la explotación de los recursos naturales más allá de los límites de la sostenibilidad, aunque esto no siempre refleja la realidad (Bremner 1992:23). El hecho de que la degradación ecológica a menudo se deba a la invasión de extraños y a otras influencias externas, como la agricultura y el establecimiento de reservas naturales, logra una impresión menos vívida y duradera. Pero la falta de interés en hábitats distintos a la selva no solo es del público en general sino que, además, existen significativamente menos investigaciones que en los bosques de la selva tropical (Posey 1991: 64 y ss.).

El pesado e indiscriminado énfasis del rol ecológico de la «gente de la selva», y el enfoque estático que subyace a la afirmación de que han vivido de la misma manera desde tiempos inmemoriales, puede finalmente llevar a serias restricciones en sus vidas y hasta representar una grave amenaza a su situación. Por ejemplo, podría ocurrir que los pueblos indígenas estén solo protegidos en algún momento —si es que llegan a estarlo— mientras se les considere valiosos para el medio ambiente. Cualquier otra razón para su protección puede ser fácilmente olvidada si

los ambientalistas internacionales concluyen que los pueblos indígenas no son los celadores perfectos que se pensaba. Por ello, a los pueblos que aparentemente usan su ambiente de un modo insostenible —o de quienes se piense ello— les resultará más difícil convencer a sus gobiernos y a la comunidad internacional que esto no es necesariamente su culpa.²

No obstante, hay muy pocos pueblos indígenas que logran desarrollar un estilo de vida sostenible una vez que los avances tecnológicos y las oportunidades sociales y económicas entran en sus vidas (Persoon 1991). Para estos pueblos y quienes defienden sus derechos, será más difícil superar la decepción externa y convencer al mundo de que siempre han existido otros argumentos críticos para protegerlos. Una vez más serán las víctimas de las inquietudes primordiales de la comunidad internacional, de la ansiedad por el desarrollo, de su incorporación en la economía mundial, de la modernización y la democracia, las que en el pasado les han generado presión externa para cambiar y adaptarse. Ahora se ha añadido a la lista la preocupación por el cuidado del medio ambiente, pero es una constante que son siempre otros quienes definen los temas e imponen soluciones que son, por decir lo menos, cuestionables.

En este artículo exploro algunas de las posibles implicancias de los debates sobre los derechos humanos y la protección ambiental, prestando atención a cómo se llevan a cabo en sus principales ámbitos institucionales, y en relación con las muy diversas y delicadas situaciones en las que se encuentran numerosos pueblos indígenas.³ Comentaré cómo estos debates interrelacionados se refieren a los pueblos indígenas, para evaluar los peligros potenciales de esta conexión para los propios pueblos. Mi propósito no es negar que diversos pueblos indígenas vivan en armonía con su entorno o que en muchos casos se pueda aprender de ellos para cuidar el medio ambiente y usar benéficamente plantas y animales. Estoy muy lejos de ello. El punto es que su situación es más compleja de lo que ha sugerido el estereotipo de selváticos que aún cazan con arcos y flechas (Posey and Baleé 1989). En efecto, dicha imagen estática es profundamente engañosa (Helbling 1992).

Los pueblos indígenas han afrontado el cambio y la adaptación desde mucho antes de que se introdujeran tecnologías modernas (Posey 1992). Además, existe amplia evidencia de que varios han explotado su medio ambiente por encima de su

² Para un ejemplo preocupante, véase Anderson y Hubbert (1988:135).

³ Me concentro principalmente en la población rural indígena y no tanto en quienes han migrado a las ciudades porque el tema ambiental suele abordarse de manera más específica en zonas rurales y en bosques. No obstante, la situación de los indígenas urbanos a menudo es todavía más deprimente. Cómo su posición podría verse afectada por la cuestión ambiental en el debate sobre los derechos humanos, es una pregunta aún más complicada que para quienes viven en el campo y los bosques (véase, por ejemplo, Chisholm 1988, Sansón y Baines 1988).

sostenibilidad después de que surgieran esas tecnologías u oportunidades económicas y sociales. Algunos pueblos incluso han perdido gran parte de su cultura tradicional y el conocimiento del medio ambiente (Chapin 1991). Existen pocas razones para asumir que su conocimiento —a menudo considerable— podría ofrecer soluciones concretas y directamente aplicables a los problemas ambientales de entornos económicos, políticos y sociales rápidamente cambiantes. De hecho, la mayoría de indígenas no tiene una respuesta de corte ecológico a estos cambios (Persoon de 1991, véase también Helbling, 1991). Sin duda, en este punto no difieren demasiado de la ciencia moderna, que también ha tenido poco éxito en el desarrollo de medios de protección ambiental políticamente viables (Radwan 1991, iii).

La cuestión es si los derechos humanos de quienes ya no viven como sus antepasados están resguardados por el argumento que enfatiza la armonía con la naturaleza o si serán prescindibles al calor del debate entre los ambientalistas y los defensores de los derechos humanos.

Podríamos empezar preguntando si existen realmente razones para el pesimismo. Después de todo, ha habido esfuerzos importantes que apuntan a la defensa de los pueblos indígenas. Por ejemplo, el Convenio 107 de 1957 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, más aún, su sucesor, el Convenio 169 de 1989, prevén una considerable tutela jurídica de sus derechos. Asimismo, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en Viena aconsejó la adopción de una Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.^{*} Además, el Informe elaborado por el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías, José Martínez Cobo,⁴ ofreció un exhaustivo y serio estudio de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas— pese a que sus recomendaciones van más allá de lo que eventualmente aceptaría la ONU—. Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, en el párrafo 22, establece que:

Los pueblos indígenas y sus comunidades, y otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la gestión ambiental y desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible. (Van de Fliert 1994:190)

^{*} N.del T.: Esta fue finalmente aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, bajo el título *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Véase: <http://undesadspd.org/indigenouses/Portada/Declaraci%C3%B3n.aspx>

⁴ Estudio sobre el problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

El capítulo 26 del programa 21, aprobado por la sesión plenaria en Río el 14 de junio de 1992, ofrece un programa y una base para la acción que incide en la colaboración plena, el empoderamiento de los pueblos indígenas y la necesidad de establecer acuerdos para fortalecer su participación en la formulación y ejecución de políticas de gestión de los recursos naturales.

Sin embargo, pese a todo esto, la Declaración de Río apunta en un sentido muy distinto. Esta muestra, con sorprendente claridad, cómo los círculos ambientales conciben la defensa de los pueblos indígenas. Así, el párrafo 5 señala que:

Se debe promover condiciones apropiadas para que estos grupos puedan tener una participación económica en el uso de los bosques, realizar actividades económicas y mantener la identidad cultural y organización social, así como niveles adecuados de subsistencia y bienestar, a través de, entre otras cosas, *disposiciones sobre tenencia de la tierra que sirvan como incentivos para el manejo sostenible de los bosques*. (Fiert 1994, 188)⁵

Como puede verse, en este caso el tono es diferente y también la jerarquía de objetivos. Tal vez sí existen motivos para la sospecha y la cautela después de todo.

2. Los escenarios de los debates

El debate sobre el medio ambiente y los derechos humanos de los pueblos indígenas es extremadamente complejo pues se produce en distintos niveles y escenarios, además de contar con diversas constelaciones de actores.

A nivel internacional existen organizaciones interesadas en las cuestiones del medio ambiente y los derechos humanos. Hay cierta superposición en el personal entre estos dos tipos de organizaciones, pero la constelación de poder difiere.

El contexto ambientalista se compone de especialistas con formación en ciencias naturales, economía, ciencias sociales y derecho, así como políticos. El campo está dominado por expertos en economía y ciencias naturales, cuyo interés principal no suele estar en las formas de vida de los pueblos indígenas. En estos debates los especialistas en derechos humanos sólo siguen la pauta y plantean correcciones, pero no tienen el liderazgo.

En el contexto de los derechos humanos, dominado por abogados y políticos, todavía hay relativamente pocas personas con un conocimiento profundo sobre los pueblos indígenas o con una visión realista de la clase de vida que llevan y la

⁵ Cursiva añadida.

enorme variedad de situaciones socioeconómicas en que se encuentran. No obstante, suelen ser mucho más versados en la configuración institucional de la ONU, la OIT y otras organizaciones internacionales, así como instituciones de monitoreo de los diversos convenios en materia de derechos humanos.

Debido a que ningún grupo de expertos ha tenido mucho contacto directo con los pueblos indígenas, por lo general la información proviene de intermediarios que—por diversas razones, muchas veces comprensibles— no presentan una imagen realista de la vida de quienes dicen representar. Los intermediarios profesionales y semiprofesionales cumplen un papel importante en la esfera política nacional e internacional de los derechos humanos.

Por un lado, las ONG, por ejemplo, cuentan con expertos en cuestiones de derechos humanos y representantes de los pueblos indígenas. Su ámbito es el de los pueblos indígenas y en nombre de ellos se dirigen a organizaciones internacionales y gobiernos nacionales. Algunas ONG mantienen contacto muy cercano con la gente que representan, pero las redes de interacción no siempre son lo suficientemente estrechas como para permitir que las voces indígenas sean escuchadas. Sin duda, las ONG intermediarias están en una difícil situación. Por un lado se ven obligadas a seguir los argumentos de poderosas instituciones políticas, tanto a nivel internacional y nacional. Por el otro, deben legitimarse ante los grupos que representan y, para ellos, las vías y modales de la política internacional no siempre resultan comprensibles. Por lo general tienen muchos menos recursos y personal que las instituciones políticas con las que se enfrentan y tratan de convencer. Pero su fortaleza radica en el acceso a los propios pueblos indígenas mediante una relación inmediata. Por lo general tienen poca experiencia en temas ambientales, aunque con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, realizada en Río en 1992, este mejoró considerablemente.

Por otro lado, están las ONG ambientalistas, cuya población objetivo es muy diversa. Aquí la escena es dominada por ecólogos, botánicos, zoólogos y economistas, que a menudo carecen de los conocimientos —y a veces del interés— necesarios en cuestiones indígenas.

De manera regular los especialistas ambientales y los activistas de derechos humanos se encuentran en profundo desacuerdo sobre los cursos de acción que deben seguirse. Ejemplos conocidos de esto son los esfuerzos de Green Peace para que se prohíba todo tipo de caza de focas, mientras que las organizaciones Inuit de Groenlandia abogan por la caza limitada que ellos realizan. La Comisión Ballenera Internacional (CBI) mostró una posición más equilibrada de los distintos intereses al prohibir la caza comercial de ballenas, pero creando *de facto* una posición especial para los balleneros del pueblo Inuit (Stunnenberg 1993: 220). También hay numerosos ejemplos de la presión política de las ONG ambientalistas para

convertir grandes áreas de bosques tropicales en reservas naturales, sin preocuparse demasiado por los indígenas que viven ahí.

Es preciso recordar que tanto la Agenda 21 como la Declaración de Río sobre Bosques reflejan una preocupación por la precaria relación entre la tutela de los derechos humanos y los intereses ecológicos. Como mencioné antes, en dichos documentos se afirma en términos ligeramente diferentes que la identidad, la cultura y los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades y otras comunidades de habitantes de los bosques deben reconocerse y defenderse debidamente. Queda por verse qué ocurriría si esto llegara a contradecir (al menos en apariencia) la protección del medio ambiente. Volveré a este tema cuando aborde la participación y la autodeterminación indígena más adelante.

Las ONG llevan a cabo negociaciones con gobiernos, organizaciones internacionales y con comunidades locales de pueblos indígenas. El contexto del debate, por tanto, incluye instituciones estatales, pueblos indígenas y organizaciones intermediarias representativas. Para los derechos humanos, el gobierno nacional es el foco más importante de atención porque el Estado nacional tiene la principal responsabilidad de su implementación, y toda la construcción de derechos se basa en esto. La custodia ambiental también es asunto de los Estados, pero estos cada vez están más lejos de ser el único centro de interés, debido al consenso general en que los problemas no se detienen en las fronteras nacionales y que la industria privada tiene su propia responsabilidad. Además, existe una marcada separación entre las agencias encargadas de cuestiones ambientales y las que abordan tópicos indígenas en general, así como de derechos humanos en particular.

El contexto judicial debe mencionarse por separado porque está dominado por abogados y la forma de argumentación depende en gran medida de la legislación, el razonamiento legal y los procedimientos judiciales. En este contexto, los argumentos ambientalistas —incluso los de expertos ecologistas— sólo son aceptados si logran *traducirse* en una forma jurídica aceptable. Las ONG también desempeñan un papel mediador importante en este ámbito, respaldando las demandas indígenas y facilitando el acceso a los tribunales, así como proporcionando información de fondo necesaria para que los jueces puedan emitir decisiones fundamentadas. Sin embargo, el papel de los intermediarios dista de ser problemático, como Maddock muestra en relación al rol de los antropólogos como mediadores de la información incorporada en las demandas judiciales de los aborígenes australianos (1984, 1989).

Las ONG son también muy activas en la difusión de información, buscando el apoyo de la opinión pública. Suele ser un mundo de historias en blanco y negro y fotografías a color. Sus publicaciones son muy propicias para mantener la imagen estereotipada de la gente del bosque y pese a ello —o quizá por ello— se las

ingenian para conseguir el apoyo público necesario. Sin duda es negativo que las modernas técnicas de marketing requieran tales simplificaciones, pero lo que es peor es que tales imágenes adquieran carácter dominante entre los responsables políticos de las organizaciones internacionales, quienes deberían ser más exigentes e informarse de manera más fidedigna.

Por otro lado, el contexto de la ayuda al desarrollo, tanto multilateral como bilateral, es bastante complejo, abarcando desde la generación de políticas generales hasta proyectos concretos de desarrollo. Asimismo, los lobbies no solo vienen del lado de las ONG, el sector privado y los gobiernos nacionales. Dentro de estas organizaciones, los formuladores de políticas, planificadores de programas y encargados de proyectos suelen tener su propio conjunto de argumentos legítimos y, a menudo, puntos de vista muy distintos sobre la situación de los pueblos indígenas y qué se debe mejorar.

Los programas del Banco Mundial, los proyectos de las ONG de cooperación al desarrollo, incluso las iglesias (cfr. Bebbington 1992), así como las agencias estatales de ayuda para el desarrollo, constituyen instancias importantes para implementar la tutela del medio ambiente y los derechos humanos —en particular los derechos económicos, sociales y culturales—. Es en estos ámbitos en los que se desarrollan programas para la protección del medio ambiente y de los pueblos y sus culturas. A menudo las oficinas que se ocupan de estos temas funcionan aisladas entre sí y también tienen problemas jerárquicos. Un ejemplo de esto lo podemos observar en el Departamento de Cooperación para el Desarrollo de Holanda, que forma parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Este departamento tiene sus propios programas específicos para apoyar los derechos humanos y contribuir a la mitigación de la pobreza. Aunque la política general es que todos los programas deberían apuntalar los derechos humanos de alguna manera, la sección del Ministerio de Asuntos Exteriores responsable de garantizar que esto se cumpla tiene poco control efectivo por el escaso contacto entre secciones. Además, dentro del Departamento de Cooperación para el Desarrollo, las secciones con mayor interés en la promoción de los derechos humanos tienen una ubicación jerárquica baja. En consecuencia, tienen poca influencia en los programas de la cooperación internacional del Ministerio de Medio Ambiente que, por lo tanto, no se someten necesariamente a una evaluación sobre derechos humanos.⁶

Por último, existe otra dimensión de contraste. Por un lado, está el campo de la investigación científica con ecologistas, agrónomos, ingenieros forestales, economistas, botánicos, y zoólogos, quienes se centran en temas ambientales. Por otro lado, encontramos abogados de derechos humanos, científicos políticos, etc. Entre estos ámbitos existe escasa superposición de personal pues son pocos los

⁶ Para un análisis de las barreras internas y las jerarquías del Ministerio Holandés de Cooperación al Desarrollo en relación con el factor cultural, véase Niehof (1993: 7).

científicos versados en ambos campos —e.g., no son frecuentes los etno-biólogos o los antropólogos que conocen del mundo animal y de la fauna—. En cada escenario se realizan debates y se defienden puntos de vista políticos pero con diferentes énfasis e intensidad. A veces, las esferas se interrelacionan, los argumentos de una se toman en otra y pueden asumir un significado y legitimación diferentes. Es de suma importancia conocer la estructura de poder relativa de cada ámbito para evaluar adecuadamente el impacto de algunos de los argumentos y la jerarquía de los tópicos en discusión. Por ejemplo, durante la Conferencia de Río no solo había expertos en asuntos de ecología, sino también activistas de derechos humanos, académicos y políticos provenientes de diversos círculos y ONG internacionales. A la mayoría de las ONG se les negó el acceso a los debates y a la negociación oficial de los representantes del Estado. Por ello decidieron retirarse de la conferencia oficial y realizaron una paralela en su lugar, la que proclamó la Declaración de Kari-Oca y la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas (véase Terena 1994:181 y ss.). Para el evento oficial, las ONG tuvieron que depender de miembros de las delegaciones nacionales para plantear sus argumentos, por lo que tuvieron menor peso que si hubieran participado directamente.

En este contexto, el lobby ecológico era más poderoso que el de los derechos humanos, aunque este último logró introducir algunos párrafos en los documentos finales en materia de derechos de los pueblos indígenas, especialmente en el documento principal, la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Por ello, en los debates predominaron los argumentos sobre cuestiones ecológicas, pues era el tema de la conferencia, aunque esto se debe también a la constelación de asistentes a la conferencia, dominada por una audiencia interesada en el medio ambiente. Como señaló Walter Fernandes, «el problema básico en los debates ambientalistas [...] fue que todo giraba en torno a las plantas y animales y no en torno a las personas, por lo cual no se abordó la cuestión principal del control de los recursos».⁷ En cambio, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena (1993), las cuestiones ecológicas no cumplieron ningún papel de importancia. No obstante, a través del Informe Martínez Cobo y el lobby previo, el argumento ecológico ya había encontrado su camino en el ámbito internacional de los derechos humanos y había apuntalado las demandas por derechos indígenas.

3. Los derechos humanos en las políticas sobre protección ambiental y los pueblos indígenas

Los ambientalistas descubrieron que los indígenas vivían en armonía con su entorno, lo que permitiría a las futuras generaciones vivir aplicando formas específicas de manejo de recursos (Persoon 1991:114 y ss., citando a la IUCN

⁷ Esta declaración se preparó durante una conferencia técnica de la ONU sobre la experiencia práctica en Desarrollo Sostenible y en Autodesarrollo ambientalmente racional de los Pueblos Indígenas, en Santiago de Chile, mayo de 1992. Véase Egede (1992: 8).

1984). Incluso los ambientalistas más preocupados por cuestiones técnicas reconocen a los pueblos indígenas por su mantenimiento de la diversidad.

Además, los ambientalistas, entre otros, descubrieron que los indígenas poseen un enorme conocimiento de gran relevancia para la medicina moderna y la industria farmacéutica y que gradualmente se está convirtiendo en un gran negocio (Posey 1992:63). Todo esto llevó a pensar que los pueblos indígenas debían jugar un papel importante en la gestión sostenible de los recursos naturales, aunque no se logró un consenso sobre qué tipo de papel deberían asumir. Esta falta de acuerdo se debe, en parte, a los presupuestos estereotipados y los diferentes diagnósticos sobre las causas de la destrucción del medio ambiente, pero también a las divergencias entre las disciplinas sobre cómo cuidarlo mejor. En cierta medida, también tiene relación con la simple codicia.

No obstante, aunque el conocimiento indígena ha adquirido mayor valor para el mundo moderno, suele soslayarse que «incluso en las sociedades más pequeñas, las personas no conocen las mismas cosas» (Posey 1992:57), y que en diversos pueblos indígenas amazónicos con conocimientos especializados sobre el medio ambiente, existen tantos desacuerdos entre sus expertos como entre científicos modernos.

Muchos ambientalistas ven a los pueblos indígenas instrumentalmente y se preguntan qué podrían significar para el medio ambiente o cómo han contribuido a su destrucción. En esta perspectiva, los diagnósticos van desde echarles la culpa —rechazando cualquier responsabilidad de las naciones ricas por su consumismo exagerado o de la industria maderera— hasta eximirlos por completo de toda responsabilidad. En un punto medio están quienes son conscientes de que los pueblos indígenas solían practicar una gestión sostenible de los recursos naturales, pero ya no lo pueden hacer debido a presiones externas (Fernandes 1992:33 y ss.).

En la otra orilla, es decir, del lado de la defensa de los pueblos indígenas, pocos muestran la capacidad suficiente para replantear el debate y considerar qué pueden significar las medidas de tutela ambiental para estos pueblos. Las organizaciones indígenas se quejaron de esta falta de interés en la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas de la Conferencia de Kari-Oca, realizada entre el 25 y el 30 de mayo de 1992:

40. Deberá existir un control sobre los grupos ambientalistas que ejercen presión sobre los gobiernos para proteger nuestros territorios y las especies dentro de estos. En varios casos, los grupos ambientalistas están más preocupados por los animales que por los seres humanos. Hacemos un llamado para que los grupos indígenas establezcan pautas antes de permitir la entrada de grupos ambientalistas en sus territorios. 41. No deberán

crearse parques a expensas de los pueblos indígenas. No es posible separar a los pueblos indígenas de sus tierras.

59. Valoramos los esfuerzos para la protección de la biodiversidad, pero rechazamos ser incluidos como parte de una diversidad inerte que pretende mantenerse para efectos científicos y folclóricos. (Van de Fliert 1994, 184-185)

Al comentar los distintos tipos de medidas políticas propuestas, Gray distingue tres visiones diferentes sobre los roles que pueden asignarse a los pueblos indígenas en el cuidado del ambiente (1991:56 y ss.).

El enfoque dominante corresponde a lo que Gray denomina los «capitalistas verdes». Estos sostienen que la mejor manera de evitar que las industrias y los colonos invadan y destruyan los territorios indígenas es mediante un mercado rentable de productos forestales. La Declaración de Río sobre los Bosques entra en esta categoría, ya que enfatiza la apertura de mercados para los productos forestales no madereros y los beneficios económicos de los bosques. Pero esta forma de capitalismo puede convertirse en un tipo más reciente de explotación colonial pues tiene una preocupante similitud con el colonialismo (Posey 1992: 63). En efecto, nuevos valores de mercado se vienen creando, a menudo a costa de los pueblos indígenas —en lugar de a su favor— quienes sólo se enteran de lo entregado a las industrias cuando estas han asegurado firmemente sus derechos e intereses. Las discusiones sobre títulos jurídicamente ejecutables para una compensación se encuentran todavía en una etapa embrionaria y no se han cristalizado en propuestas concretas. Cuando esta regulación se promulgue, es posible que lo que quede de conocimiento comercializable haya perdido gran parte de su valor.

Un segundo enfoque es el de los «proteccionistas clásicos». Estos sostienen que la biodiversidad está mejor vigilada en territorios donde no se permite la presencia de ningún ser humano —excepto los guardianes—, mucho menos para vivir. De algún modo, estas reservas son una manera de afrontar el desastre ecológico. Sin embargo, tienden a ser también un desastre para los pueblos indígenas que viven en esos territorios y se ven amenazados con la expulsión, o con severas restricciones de uso de recursos, tal como Renard ha mostrado en el caso de Tailandia (1994). En estos modelos, la única salida es que los miembros de los pueblos indígenas se conviertan en guardias forestales o guías para los eco-turistas, como sucede a gran escala en Tailandia, y también en territorios amazónicos de Ecuador,⁸ Bolivia y México. Frente a un enfoque como este, se observa que la Carta de la Tierra tenía una buena razón para rechazar la denominada «expropiación ecológica».⁹

⁸ Comunicación personal de Tanja Taale, Fietje Huber y Arie Brouwer.

⁹ Véase Albert (1994: 46 y ss.) para una combinación de enfoques, con un notorio énfasis en el primero. Este usa términos como «expropiación ecológica» y «volviendo verde la expropiación» para indicar que el objetivo principal era no tanto la protección del medio

El tercer tipo es el llamado «enfoque socio-ecológico». Bajo esta óptica se considera a los pueblos indígenas como administradores del medio ambiente, por lo que merecen respeto en tanto se hacen cargo del cuidado ambiental. Su conocimiento y manejo de los recursos naturales debe considerarse seriamente y podrían contribuir a crear una ecología sostenible. El Capítulo 26 del Programa 21 y el párrafo 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo encajan en esta categoría —aunque la Declaración de Bosques, que es un producto más concreto de la Conferencia, tiende a la categoría uno, por su énfasis en la producción para el mercado—.

Un ejemplo interesante de la tercera categoría es el movimiento llamado la *Fundación Dhammaan* para la Conservación y el Desarrollo Rural. Bajo la dirección del monje budista Phra Pongsak, busca ofrecer una alternativa a las reservas nacionales cerradas y establecer áreas donde los pueblos indígenas puedan seguir viviendo, no sólo como guardias o guías (Renard 1994). Pero incluso liderar un movimiento conservacionista de los recursos naturales tiene sus riesgos: en diciembre de 1992 Phra Pongsak fue condenado por este tipo de actividad.

Por otro lado, también existen diferentes puntos de vista sobre la defensa de los pueblos indígenas que encuentran correspondencia, en cierta medida, con las tres perspectivas ecologistas indicadas en los párrafos precedentes (Gray 1991: 56 y ss.).

En primer lugar, existe lo que Gray denomina los «capitalistas pro-indígenas». Estos sostienen que los indígenas «necesitan dinero para sobrevivir y luchar por sus vidas y tierras; y la única manera de obtenerlo es acercándolos a los mercados y presentar nuevos productos selváticos atractivos para los consumidores del norte». Se puede observar que se trata de un claro paralelo al de los capitalistas verdes.

En segundo lugar están los «aislacionistas». Estos tienen un argumento similar al de los «conservacionistas clásicos de la naturaleza», en el sentido que abogan por «grandes extensiones de tierra en las que ellos [los pueblos indígenas] se pueden proteger del mundo exterior». Como puede notarse, ambos grupos abogan por la no interferencia del exterior, pero con una diferencia fundamental: mientras los conservacionistas clásicos de la naturaleza no toleran a los seres humanos en sus reservas, los aislacionistas reservan la tierra precisamente para los seres humanos. En este punto, Gray señala la interesante diferencia entre el pensamiento filosófico occidental dominante que aparta a los seres humanos de la naturaleza y la filosofía indígena que no hace distinción entre los seres humanos y su ambiente —los seres humanos son parte de su entorno y deben actuar conforme a ello—. Como se

ambiente, sino la explotación de minerales en áreas desprotegidas. Para volver esto aceptable, se introdujeron las zonas indígenas y las reservas ambientales.

aprecia, esta última muestra cercanía con la tradición occidental de los ecologistas sociales pues estos consideran que los pueblos indígenas y su entorno son parte del mismo mundo y no deben separarse.

El tercer punto de vista sobre los modos de salvaguardar los intereses de los pueblos indígenas lo formulan los «defensores de la autodeterminación». Estos plantean que «las voces de los pueblos indígenas son esenciales y es a través de su empoderamiento político, junto con derechos sobre la tierra y el control de los mercados, que se asegurará su futuro» (Gray 1991: 56). Nótese que esta última posición no corre totalmente en paralelo con los «ecologistas sociales», pues tiene bastante en común con los «capitalistas verdes». Sin embargo, ambos hacen hincapié en un punto crucial: que la vida, necesidades y opiniones de estos pueblos debe ser la base para todas las decisiones y no solo un factor en las decisiones ya tomadas por otros y en distintos niveles.

Es precisamente este aspecto, el de centrarse en quienes se verán directamente afectados por las medidas políticas, que hace que esta última posibilidad sea la más difícil, por lo que no es de extrañar que esté lejos de ser dominante. La jerarquía de enfoques también refleja una escala política en la que los economistas, científicos naturales y técnicos dominan sobre los científicos sociales, etno-biólogos y quienes defienden enfoques interdisciplinarios en los que las ciencias sociales y naturales juegan un papel equivalente. Los mensajes son demasiado complicados y los datos no son lo suficientemente «duros» como para que los planificadores de programas adopten el mismo enfoque. Por ello, mientras que el enfoque de los ecologistas sociales comparte, probablemente, más campos en común con los defensores de los derechos humanos que con los otros dos enfoques, tiene una posición marginal en los debates ambientales por lo que es poco lo que se puede esperar.

Es improbable que, cuando se trate de un punto decisivo, los capitalistas verdes hagan prevalecer la voz indígena. Un ejemplo ocurrido en el Ministerio Holandés de Cooperación para el Desarrollo puede ser ilustrativo. La política holandesa se considera a sí misma en la categoría de los ecologistas sociales. Sin embargo, en un informe del Ministerio, Blokland y van der Pol formularon la siguiente recomendación: «*En términos ideales*, antes de fijar una agenda de investigación, deberían acordarse objetivos explícitos, acomodando las prioridades establecidas a nivel de políticas así como los intereses de los agricultores e información científica sobre su viabilidad» (Blokland y van der Pol 1992: 79).¹⁰ Como puede verse, la recomendación se presenta con la advertencia «*ideal*», la que indica su reconocimiento de que la realidad puede ser muy diferente. En el mismo tipo de informes, se suelen presentar otras recomendaciones con mayor grado de confianza y más a tono con las exigencias de la cooperación para el desarrollo. Se entiende, por tanto, que incluso a los científicos les resulta difícil tomar en serio el diálogo,

¹⁰ Cursivas añadidas.

la cooperación plena en una etapa temprana, y los deseos y necesidades de las personas para quienes se diseñan los programas.

Cuando se trata de implementar políticas hay todavía menos razones para el optimismo. Un impedimento importante se encuentra en la propia constelación de actores de la cooperación para el desarrollo. En efecto, los donantes —sean países u organizaciones multinacionales— deben primero lidiar con las oficinas estatales de los países receptores antes de poder hacerlo con la población local (Niehof 1993:8; Viergever 1994: 105). Por lo tanto, casi siempre hay un período de negociación antes de que un proyecto llegue a discutirse con las personas a quienes está destinado. Pero además, las instituciones gubernamentales que se ocupan de las cuestiones indígenas suelen ser débiles, con escasos presupuestos, y carentes de conocimiento y experiencia antropológica. Asimismo, los gobiernos que dicen querer apoyar a los grupos indígenas a menudo están, al mismo tiempo —aunque a través de otras instituciones—, en conflicto con estas (Davis 1994:79 y ss.). Estas condiciones son poco propicias para la aplicación de una política de participación plena y equitativa desde el primer momento del diseño del proyecto. Otros principios y cuestiones de política se interponen en el camino y condenan al principio de autodeterminación a una posición subalterna en la jerarquía de prioridades.

El Banco Mundial también ha incluido en su política oficial, desde 1982, el involucramiento de la población local en sus proyectos. Como Plant describe en un documento de trabajo de la OIT, una revisión crítica de sus proyectos en 1987 reveló que sólo 3 de los 15 proyectos relativos a los pueblos indígenas, entonces todavía llamados tribales, «incluyeron alguna forma de participación tribal institucionalizada en el diseño del proyecto, la evaluación y su ejecución» (Plant 1991: 46, véase también Davis 1994: 79). En 1991 hubo otra revisión, de especial interés pues analizó en qué medida los programas ambientalistas incluían la participación de los pueblos indígenas en América Latina. Se detectó que solo los recientes «proyectos de segunda generación», que estaban en ese momento en la fase de identificación y preparación, incorporaban «el punto de vista de que la participación de la población indígena que vive en los bosques es parte integral de las estrategias regionales de gestión de recursos naturales en los ecosistemas frágiles» (Plant 1991: 46). Como se observa, llevar a la práctica la nueva línea política general formulada en 1984 tomará un plazo largo. Otra conclusión interesante de la evaluación de 1987 es que el Banco Mundial en ese entonces mantenía la visión popular de que pueblo tribal era el que vivía en las selvas tropicales en un relativo aislamiento y todavía mantenía un fuerte sentido de identidad cultural, y no quienes estaban más integrados al Estado y economía nacional. Esta opinión ha sido rechazada en la Directiva Operacional del Banco Mundial 4.20 de 1991: ahora afirma trabajar bajo el presupuesto de que existe una gran variedad de estilos de vida y un alto nivel de integración en el Estado nacional y el mercado mundial (Plant 1991:46, Davis 1994: 80). Otras agencias de la ONU,

a menudo en cooperación con la OIT, también han comenzado a establecer programas para la tenencia de tierras indígenas y el manejo de recursos naturales. El informe de la OIT sigue siendo principalmente un programa para el futuro y tal declaración debe tomarse como una mezcla de análisis científico y formulación de políticas. Queda por verse cómo el componente indígena formará parte de los proyectos de desarrollo y en qué medida estos se asociarán con la población local directamente afectada, en lugar de hacerlo con organizaciones intermediarias. Plant concluye que:

[A]ctualmente existe una tendencia a desarrollar proyectos específicos en beneficio de los pueblos indígenas, al punto que aumentan las consultas para diseñarlos con ellos y se conjugan operaciones muy complejas que involucran derechos territoriales y gestión de recursos. Esto representa un cambio importante frente a la primera generación de proyectos del Banco Mundial, que vio la protección de estos pueblos solo como un componente (a menudo menor o pobremente preparado y ejecutado) de grandes proyectos para la construcción de carreteras, operaciones mineras o hidroeléctricas, o la agricultura comercial. Para los proyectos recientes más innovadores son fundamentales el reconocimiento y protección de los derechos de propiedad y territorio. La protección legal es un aspecto vital, pero es vista como insuficiente en sí misma. La siguiente etapa es la estimulación de las actividades productivas y de gestión de recursos, que permiten a los pueblos involucrados lograr un uso cabal de los recursos que poseen, y también demostrar su importante contribución a la gestión sostenible de recursos ecológicamente frágiles. (Plant 1991:49, véase Davis 1994:79)

Nótese que el informe de Plant muestra una conexión entre las actividades productivas y la gestión sostenible de los recursos, que al final ubica a su enfoque tanto en la primera como en la tercera categoría.

Una de las características más interesantes del informe, que merece comentarse con cierto detalle, es que los argumentos desarrollados en el ámbito de los derechos humanos se han vuelto parte de la esfera ambiental: la cuestión de la participación es en gran medida resultado de las recientes discusiones sobre el derecho humano a la autodeterminación. Ha sido tomada por los ambientalistas que han llegado a darse cuenta de que sus programas sólo tienen visos de éxito si cuentan con el pleno compromiso y participación de la población local.

Sin embargo, el derecho humano a la libre determinación se utiliza principalmente como un instrumento para lograr la participación. Así, mientras para muchos el argumento de los derechos humanos añade legitimidad a su trabajo y ofrece mayor oportunidad de éxito, sólo unos pocos ecologistas lo ven como un fin en sí mismo. Los derechos a la tierra y los debates sobre el fortalecimiento de las organizaciones

representativas para empoderar políticamente a los pueblos indígenas contra la intervención gubernamental y la intrusión de la industria privada se han convertido en parte de las herramientas y discusiones ambientales, pero a menudo con el mismo sentido instrumental.

El gran énfasis en el desarrollo de las organizaciones intermediarias debe tomarse con cautela. Aunque puede vigorizar la posición de los pueblos indígenas en el ámbito nacional e internacional, podría convertirse en un sustituto conveniente — para algunos— a la muy difícil cooperación con la gente que realmente vive en el lugar. Por ejemplo, es mucho más conveniente para un donante cooperar con una institución bien organizada que con un grupo desorganizado de campesinos, habitantes de los bosques o nómades. Además, los donantes tienen una percepción generalizada de que las comunidades indígenas son homogéneas y esta es alimentada por las organizaciones intermediarias. Ello plantea una seria amenaza a la participación. Además, oscurece el hecho de que pueden haber distintas opiniones, necesidades e intereses entre hombres y mujeres, jóvenes y viejos, elite y gente común, y ricos y pobres. Cada quien puede asignar distintos valores a la tierra y bosques (Shiva 1988).

El tema de la participación también es particularmente importante y sensible porque pone de relieve que estas organizaciones son muy útiles en algunos niveles de operación —como en la negociación de los derechos políticos y de propiedad a nivel nacional y ante los tribunales—, pero pueden volverse un obstáculo para la participación local en otros niveles —en proyectos concretos de desarrollo, por ejemplo—. Esto ocurre cuando no se discute con la población local sobre sus anhelos o no se le toma en cuenta al diseñar u operar los emprendimientos.

Por otra parte, el ejemplo de Chittangong Hill Tracts en Bangladesh muestra los peligros que podrían surgir si las organizaciones intermediarias se vuelven muy fuertes y empiezan a reproducir los defectos de los propios gobiernos, tal como ocurre con la corrupción (Löffler 1992). De este modo, las organizaciones de la ONU y otras agencias de cooperación para el desarrollo se enfrentarán crecientemente a la difícil pregunta de si una organización que se presenta como representativa realmente lo es. Las respuestas dependerán en gran medida del nivel de operación. En efecto, para el desarrollo de proyectos concretos la participación y libre determinación pueden llegar a incluir una consulta muy cuidadosa a toda la gente afectada. Esto, por supuesto, requiere de cantidades sustanciales de tiempo, esfuerzo y dinero en los momentos adecuados.

4. La cuestión ecológica en las políticas sobre derechos humanos y los pueblos indígenas

Durante la última década los debates sobre derechos humanos se ha comenzado a prestar mayor atención a la posición de los pueblos indígenas. En sus ámbitos

nacionales, distintas organizaciones indígenas han logrado importantes avances. Por ejemplo, las instituciones de los pueblos indígenas y los Inuit en América Latina y del Norte, los maoríes en Nueva Zelanda y los aborígenes en Australia, han empezado a obtener logros sustanciales en las reivindicaciones de su autodeterminación y tierras. Al mismo tiempo, impulsaron y se beneficiaron de los debates sobre el reconocimiento de derechos humanos colectivos en el ámbito internacional.

En círculos internacionales la cuestión es muy debatida en el plano teórico, aunque es claro que detrás acechan problemas de poder político y soberanía. Este inconveniente gira en torno a la disputa teórica o filosófica sobre la naturaleza individual o colectiva de los derechos humanos. Aunque muchos teóricos de los derechos humanos siguen afirmando que estos solo corresponden a los individuos, parece que se está desarrollando un consenso en ámbitos políticos internacionales de que también pueden atribuirse a las colectividades. Sin embargo, todavía existe un gran desacuerdo sobre el contenido exacto y el alcance de derechos colectivos específicos, y la posibilidad de determinar quiénes son sus sujetos y destinatarios.

Los más sensibles son los derechos al territorio y a los recursos naturales, el derecho a expresar y desarrollar su propia cultura y el derecho a la libre determinación. El debate ha pasado por un proceso interesante. El derecho a la libre determinación, desarrollado para separarse de la opresión colonial, se ha vinculado a través del tiempo con argumentos ambientalistas. El supuesto subyacente parece ser que, debido a que los pueblos indígenas han vivido tradicionalmente de un modo sostenible, merecen determinar por sí mismos la continuación de su modo de vida tradicional. Así, mientras por un lado el argumento ambiental brinda legitimación adicional a la autodeterminación, por el otro perpetúa la imagen romántica.

Los derechos a la tierra fueron durante mucho tiempo el modo más concreto que tenían los pueblos indígenas para obtener cierto control sobre sus vidas. En varios países —latinoamericanos, Canadá, Nueva Zelanda, Noruega, Australia y los EE.UU— se ha empezado a otorgar derechos sobre tierras que no eran de propiedad privada. Sin embargo, muchos pueblos indígenas consideran incorrecto poner sus demandas en términos de propiedad, porque esa no es la forma en que conceptualizan su relación con el entorno. El concepto de tierra tuvo que ser ampliado para incluir la vegetación y los animales, el agua y el aire y todo lo que estaba bajo el suelo, aunque esto último está siendo fuertemente refutado por los gobiernos nacionales con un gran apoyo de los países occidentales.

Con el auge de la cuestión ambiental un nuevo concepto entró en escena: *el hábitat*, que incluye varios elementos que no encajaban bien en el concepto de tierra. Por ello en Bolivia, por ejemplo, los grupos indígenas han comenzado a plantear sus demandas en estos términos. Este cambio no se debe a un mayor

respeto por los pueblos indígenas o a un reconocimiento del hecho de que construyen su mundo de manera diferente. Es resultado, por completo, de los cambios en el mundo industrializado. En el pasado, los derechos solo podían reclamarse en términos de títulos de propiedad y tenencia, porque la tierra tenía un valor económico fundamental. Ahora, la palabra hábitat está ganando influencia porque responde a la importancia fundamental de la gestión sostenible de los recursos naturales. Hay sectores que quieren formular un derecho humano a un medio ambiente limpio y otros los aplauden por considerarlo coherente con la filosofía indígena. No obstante, es probable que los problemas de indeterminación eviten que algún mecanismo de ejecución de este tipo de derechos logre ser efectivo en un futuro cercano. También es difícil ver cómo este derecho podría obtener una alta prioridad en los escalafones más altos de las agencias de cooperación al desarrollo, por no hablar de las dificultades para diseñar una forma de ejecución legal adecuada.

Algunos países tratan de combinar los derechos humanos y las reivindicaciones de tierras con la protección ambiental, con el menor control estatal posible. De este modo, en algunas partes del Ecuador, los indígenas tienen la opción de reclamar un título individual por un área relativamente pequeña o derechos comunales sobre tierras tradicionales para áreas más vastas. Los derechos comunales se conceden sobre superficies que cubren veinte o más veces las posesiones individuales. No obstante, el uso del suelo se halla restringido. Quienes habitan tierras comunales pueden cultivar una pequeña parte, no toda el área, y deben dejar el resto del bosque intacto. Quienes solo están interesados en cuidar sus propios bienes pueden optar por un título individual, con el que tienen mayor libertad, pero siempre sobre terrenos de menor extensión. De este modo, el gobierno ecuatoriano combina la concesión de tenencia de tierras indígenas con la protección ambiental. Se espera que otorgar títulos a los indígenas detendrá la tala ilegal y la invasión de colonos. Mientras el gobierno no pueda controlar eficazmente los bosques tropicales del Amazonas por sí mismo y, en todo caso, dependa de los indígenas, esta disposición puede ser satisfactoria para ambas partes.

Pero el condicionamiento ambiental a los títulos de tierras comunales genera que estos sean potencialmente muy vulnerables. Las diferencias de opinión sobre cómo se gestiona mejor la selva entre grupos indígenas y los consultores estatales puede repentinamente convertirse en una amenaza a los derechos indígenas a la tierra. El peligro es mayor si observamos cómo las élites políticas y desarrollistas piensan sobre los pueblos indígenas. Como Posey (1992) ha señalado, en los círculos ecologistas normalmente no se conoce bien el grado de manipulación y el cuidado activo de la floresta que practican los indígenas y qué tan productivo puede ser eso para la preservación de la biodiversidad. Los expertos tienden a pensar que la mayor biodiversidad se obtiene dejando el bosque a las fuerzas de la naturaleza, y hemos visto cómo la principal imagen que se maneja de los indígenas es la de gente del bosque.

En cambio, para los pueblos indígenas que no viven en los bosques (o se piensa que no viven en ellos), resultará más difícil reclamar derechos tradicionales. Un ejemplo particularmente pernicioso de lo que puede resultar de esta imagen es la primera reacción del embajador de Bangladesh ante las Naciones Unidas frente al informe de la Comisión de Chittagong Hill Tracts, citado por Löffler (1991:34), «que la mayoría de los pueblos tribales de Chittagong Hill Tracts mantiene un estilo de vida nómada». Se dice que estas tribus rozan una gran cantidad de bosques vírgenes y como su «primitiva práctica agrícola es muy destructiva para el medio ambiente», el gobierno los ubica en «asentamientos». En este caso el argumento ambiental, además de aplicarse equivocadamente, se utiliza para forzar a dicho pueblo a un nuevo sistema de tenencia de tierras y, por tanto, se le niega su identidad cultural y social. Entonces, el argumento es compatible con la afirmación de que no hay pueblos indígenas en Bangladesh, aparte del propio pueblo de Bangladesh (entendido como un todo), a pesar de la Regulación de Chittagong Hill Tracts de 1900, que «define a las tribus como indígenas». Así, este pueblo resulta ser el más desfavorecido y la alianza entre los activistas de derechos humanos y las esferas ambientalistas pueden llegar a ponerse en contra de quienes busca proteger. La población de Hill Tract no es considerada bajo la categoría de indígena, entre otras razones porque se dice que no preserva el medio ambiente. Y debido a que lo «destruyen», se ven obligados a vivir en asentamientos (Löffler 1991:35). Se podría argumentar que, en cualquier caso, el gobierno de Bangladesh no tiene mayor capacidad para hacer algo por ella, que otros gobiernos son más benignos y que las agencias de desarrollo sin duda tendrían una posición diferente. Pero, los argumentos ambientales, a menos que se pruebe que se aplicaron incorrectamente, otorgan a la política una legitimidad que no se puede subestimar.

5. Conclusiones

Aún no se puede dar una respuesta concluyente a la pregunta de si la protección medioambiental, al final de cuentas, tiene más consecuencias positivas que negativas. Algunas conclusiones pueden esbozarse sobre los dilemas y puntos críticos que requieren especial atención.

La cuestión ambiental ha ayudado a que los gobiernos y la comunidad internacional tomen conciencia de la existencia de los pueblos indígenas, de su situación grave, y de su contribución potencial a la solución de los problemas ambientales globales. Esto ha contribuido a crear una actitud positiva, aunque estereotipada e idealista, hacia los «pueblos de la selva». Probablemente ha contribuido también a una imagen negativa de los pueblos indígenas que no han podido mantener una gestión sostenible de su entorno. Existe un peligro real de que las imágenes negativas lleguen a ser dominantes mientras las posibilidades de continuar una forma de vida sostenible se marchitan. De todos los interesados, es a los pueblos indígenas a quienes se echaría la culpa con mayor facilidad. Además, el

énfasis en el medio ambiente tiende a distraer la atención internacional que los indígenas pastores, campesinos, trabajadores sin tierra, peones y habitantes de tugurios también requieren.

La agenda ambiental también ha hecho que la industria tome conciencia del alto valor del conocimiento tradicional indígena, lo que ha dado lugar a graves formas de expropiación intelectual. Los intentos de desarrollar algún tipo de protección se encuentran todavía en un estado rudimentario y podrían llegar muy tarde para ayudar significativamente a los pueblos indígenas.

La crisis ambiental, además, ha posibilitado que la reivindicación de la tierra evolucione a la reivindicación del hábitat, que se aproxima más a las percepciones indígenas sobre su relación con el entorno que la noción de derecho a la tierra. Queda por verse, sin embargo, si la formulación de reclamaciones en términos de hábitat fortalecerá su posición legal. La preocupación por el ambiente también ha generado un condicionamiento al reconocimiento de sus derechos tradicionales a la tierra que los hace extremadamente vulnerables. La tendencia al condicionamiento de los títulos de propiedad puede llegar a ser más fuerte en la medida que se intensifiquen los problemas ambientales.

Asimismo, la protección del ambiente ha motivado que los donantes de ayuda para el desarrollo tomen mayor conciencia de la utilidad y necesidad de la participación de las comunidades locales, incluidos los pueblos indígenas, en las soluciones planteadas. Probablemente ha contribuido también a estimular los debates sobre el derecho humano a la libre determinación. Formular la participación en términos de autodeterminación ha adquirido mayor importancia para la elaboración de políticas, pero la ha hecho más sensible para los países receptores. En la práctica, la participación a menudo solo significa convencer a las autoridades nacionales y locales de las virtudes de un programa, mientras que todavía es escasa la plena participación de la población local en el diseño de los programas. Por lo general la constelación y organización de la cooperación al desarrollo no contribuye a fomentar la participación de base.

El creciente nivel de organización también ha demostrado ser crucial para el éxito de las reivindicaciones de tierras, para una mejor protección de los derechos humanos y para atraer la atención internacional. Sin embargo, una organización intermedia fuerte también supone cierto riesgo potencial pues las agencias donantes tienden a preferir la conveniencia de cooperar con estas instituciones, y más aún si están mejor organizadas. Esto podría convertirse en una excusa para no tratar directamente con la población local. Así, las mismas organizaciones que podrían ayudar a defender a estos pueblos y que reclaman su autodeterminación como un todo, pueden llegar a obstaculizar seriamente la autodeterminación y la participación en algunos momentos y decisiones cruciales. La diferencia entre los intereses de las élites indígenas y la gente común, hombres y mujeres, viejos y

jóvenes, se agudizará. Esto no es solo un asunto interno de los pueblos indígenas. Los organismos de cooperación y fuentes financieras contribuyen significativamente a la diferenciación interna, al no reconocer los múltiples valores, necesidades e intereses de sus integrantes.

A pesar de la afirmación de que los derechos humanos son universales, cuando se llevan a la práctica se tiende a organizarlos jerárquicamente. Esto se refiere, en particular, a aquellos derechos que requieren acciones por parte de gobiernos y organizaciones internacionales. Además, la jerarquía es diferente según el contexto. Por ejemplo, algunos países asiáticos destacan la prioridad del desarrollo social y económico sobre los derechos humanos civiles y políticos, al punto que presionaron con eficacia en la Conferencia de Viena de 1993. Algo similar puede ocurrir con la protección del medio ambiente. Mientras más urgente se vuelva la cuestión ambiental, más rígida podría ser la jerarquía de los argumentos de derechos humanos. En nombre de la protección del ambiente, teniendo en cuenta la legitimidad adicional si se formula como un derecho humano, los demás derechos podrían pasar a un segundo lugar. Considerando la constelación del personal y las relaciones de poder dentro de las organizaciones que afrontan temas ambientales, esto será difícil de evitar.

La destrucción del ambiente, por culpa o no de los pueblos indígenas, bien puede convertirse en un argumento con gran legitimidad para todo tipo de medidas represivas. Así, los pueblos indígenas y sus defensores tendrán que luchar en dos frentes. Será difícil probar que no se está destruyendo el bosque cuando en efecto está desapareciendo. Sin embargo, la desaparición, debido a la condicionalidad de los derechos indígenas a la tierra, podría tomarse como razón para negarles sus derechos tradicionales a la tierra.

En conclusión, en el mejor de los casos, la cuestión ambiental puede ser un aliado engañoso y, en el peor, puede llegar a ser un Caballo de Troya. El asunto requiere una cuidadosa reflexión y discusión crítica, tanto entre los miembros de los pueblos indígenas, como entre los organismos nacionales e internacionales que afectan sus vidas.

6. Bibliografía

- Albert, B. 1992. "Indian Lands, Environmental Policy and Military Geopolitics in the Development of the Brazilian Amazon. The Case of the Yanomami." *Development and Change* 23: 35-70.
- Anderson, R.S. and W. Huber. 1988. *The Hour of the Fox. Tropical Forests, the World Bank, and Indigenous People in Central India*. Seattle, London: University of Washington Press.

- Bebbington, A. 1992. "Searching for an 'Indigenous' Agricultural Development: Indian organizations and NGOs in the Central Andes of Ecuador". Unpublished Paper. Cambridge: Centre of Latin American Studies.
- Blokland, A. and F. van der Pol. 1992. "Conclusions and Recommendations." In *Sustainable Development in Semi-arid Sub-Saharan Africa. Poverty and Development; Analysis and Policy*, edited by A. Blokland and F. van der Staaij, 73-81. The Hague: Development Cooperation Information Department DVLIOS, Ministry of Foreign Affairs.
- Chapin, M. 1991. "Losing the way of the Great Father." *New Scientist* 131, no.1781, August 10, 1991:40-44.
- Chisholm, R. 1988. "Towards an aboriginal child placement principle: a view from New South Wales." In *Indigenous Law and the State*, edited by B. W. Morse and G. R. Woodman, 315-345. Dordrecht: Foris Publications.
- Chittagong Hill Tracts Commission. 1991. "*Life is not ours*": *Land and Human Rights in the Chittagong Hill Tracts, Bangladesh*.
- . 1992. *Idem, an update*.
- Cobo, J. M. 1986. "Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations." UN Doc. E/CNA/Sub.2/1986/7/AddA.
- Cremer, R. 1992. "Inheemse Volken en Biodiversiteit." *TribaalNieuws* 1992/6:5-9.
- Davis, S. 1994. "The World Bank and Indigenous Peoples." In *Indigenous Peoples and International Organisations*, edited by L. van de Fliert, 75-82. Nottingham: Spokesman.
- Donigi, P. 1994. *Indigenous or Aboriginal Rights to Property - A Papua New Guinea Perspective*. Utrecht: International Books.
- Egede, I. 1992. "Report of the United Nations Technical Conference on Practical Experience in the Realization of Sustainable and Environmentally Sound Self-Development of Indigenous Peoples." UN Doc. E/CNA/Sub.2/1992/31.
- Fernandes, Walter. 1992. "Practices of indigenous peoples in the conservation of natural resources and rehabilitation of the environment." Background Paper to the UN Technical Conference on Practical Experience in the Realization of Sustainable and Environmentally Sound Self-development of Indigenous Peoples. Santiago, Chile, 18-22 May 1992. UN Doc. E/CNA/Sub.2/1992/311Add. 1, 33-52.

- Fliert, L. van de. 1994. *Indigenous Peoples and International Organisations*. Nottingham: Spokesman.
- Gray, A. 1991. *Between the spice of life and the melting pot: biodiversity conservation and its impact on indigenous peoples*. IWGLA Document 70. Copenhagen: International Work Group for Indigenous Affairs.
- Helbling, J. 1991. "Einige Bemerkungen zur Ökologie tribaler Schwendbaugesellschaften." In *Ethnologie im Widerstreit: Kontroversen über Macht, Geschlecht, Geschlecht in fremden Kulturen*. Festschrift für Lorenz G. Leffler, edited by E. Berg, J. Lauth and A. Wimmer, 121-141. München: Trickster Verlag.
- International Labour Organization. 1957. "Convention No. 107 Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries." Adopted by the General Conference of the International Labour Organization at its Fortieth Session. Geneva, 26 June 1957.
- International Labour Organization. 1989. "Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries." Adopted by the General Conference of the International Labour Organization at its Seventy-sixth Session. Geneva, 27 June 1989.
- IUCN (International Union for the Conservation of Nature). 1984. "Traditional Life-styles, Conservation and Rural Development." Commission on Ecology Papers 7. Gland.
- Löffler, L. G. 1991. "Ecology and Human Rights. Two papers on the Chittagong Hill Tracts." Unpublished.
- Maddock, K. 1989. "Involved anthropologists." In *We are Here: Politics of Aboriginal Land Tenure*, edited by E. N. Wilmsen, 155-176. Berkeley: University of California Press.
- . 1986. "Asking for Utopia: a study in aboriginal land rights." In *Anthropology of Law in the Netherlands*, edited by K. von Benda-Beckmann and F. Strijbosch, 240-259. Dordrecht: Foris Publications.
- Martínez Cobo, L. 1986. "Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations." UN Doc. E/CNA/Sub.2/1986I71AddA.
- Niehof, A. 1993. "Development Cooperation as Intercultural Communication.

- Paper presented at the Unesco Conference on Development and Cultural Identity in Europe." June 10-12. Middelburg, the Netherlands.
- Persoon, G. 1991. "Ecological balance and innovations: cases from the forest." In *The Dynamics of Economic Innovation. Studies in Social Anthropology*, edited by P. M. van den Breemer, H. T. van der Pas and H. Tieleman, 113-127. Leiden: DSWO Press.
- Plant, R. 1991. "Land Rights for indigenous and tribal peoples in developing countries: a survey of law and policy issues, current activities, and proposals for an inter-agency programme for action." Working Paper. World Employment Programme. Geneva: ILO Office.
- Posey, D. A. 1992. "Ways and means of strengthening sustainable and environmentally sound self-development of indigenous peoples." Background paper to the UN Technical Conference on Practical Experience in the Realization of Sustainable and Environmentally Sound Self-development of Indigenous Peoples. Santiago, Chile, 18-22 May 1992. E/CNA/Sub.2/1992/31/Add.1, 53-68.
- Posey, D. A. and W. Balee, eds. 1989. "Resource Management in Amazonia: Indigenous and Folk Strategies." *Advances in Economic Botany*, vol.7. Bronx, New York: The New York Botanical Garden.
- Radwan, S. 1991. "Preface" to R. Plant, *Land Rights for indigenous and tribal peoples in developing countries; a survey of law and policy issues, current activities, and proposals for an inter-agency programme for action*. Working Paper, World Employment Programme. Geneva: ILO Office.
- Renard, R. 1994. "The monk, the Hmong, the forest, the cabbage, fire and water: Incongruities in Thailand opium replacement." In *Law and Society in Southeast Asia*, edited by D. Engel, L. Collier and F. Munger, 657-664. Special issue of the *Law & Society Review*, Vol.28/3.
- Samson, B. and P. Baines. 1988. "Aboriginal child placement in the urban context." In *Indigenous Law and the State*, edited by B. W. Morse and G. R. Woodman, 347-364. Dordrecht: Foris Publications.
- Shiva, Vandana. 1988. "Women of the Forest." In *Staying Alive: Women, Ecology and Survival in India*, edited by V. Shiva, 55-95. Delhi: Kali for Women; London: Zed Books.
- Stunnenberg, P. W. 1993. "'Inheems': stigma of status: een nieuwe categorie van

de Verenigde Naties?” *Internationale Spectator*, april 1993:217 -221.

Terena, M. 1994. “The Kari-Oca conference in Rio.” In *Indigenous Peoples and International Organisations*, edited by L. van de Fliert, 181-187. Nottingham: Spokesman.

United Nations Economic and Social Council. 1994. *Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. UN Doc. E/CNA/Sub.211994/21Add. 1.

United Nations World Conference on Human Rights. 1993. Final Document. Vienna Declaration and Programme Action. UN Doc. A/CONF. 157/23.

Viergever, M. 1994. “UNDP and the International Year of the World’s Indigenous Peoples.” In *Indigenous Peoples and International Organisations*, edited by L. van de Fliert, 104-107. Nottingham: Spokesman.

Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*

André Hoekema**

«Es necesaria la adopción y el cumplimiento de políticas de pluralismo jurídico por parte del Estado mediante las cuales se reconozca plena vigencia a los sistemas de derecho de los pueblos indígenas que coexisten diferenciados del derecho del Estado y se aplican en ámbitos determinados dentro del territorio del mismo».

—Declaración de Jaltepec de Cadayoc, 1995, núm. 4.¹

1. Modernidad y derecho indígena

Antes, en los años 50 y 60, las políticas de desarrollo de muchos países se orientaban a un concepto de modernidad que implicaba la abolición y represión total de otros sistemas de derecho y autoridad diferentes de los estatales. Se atacaba por todos los medios una visceral lealtad a comunidades y a un liderazgo no estatal que pudiera oponerse a las leyes y directivas nacionales. En lo político, las políticas de modernización del derecho y del Estado, se sustentaron en la idea de que había un progreso universal hacia un Estado y sociedad del tipo EE.UU. La guerra fría impulsó el temor de que las masas populares, despojadas de su arraigamiento tradicional por la descolonización o por programas poscoloniales de modernización económica, se dirigirían a movimientos extremistas (es decir, comunistas) (Höland 1993: 473). Por tanto, las políticas extranjeras de apoyo al desarrollo destacaban el fomento de cooperativas y otras comunidades modernas de base capaces de ofrecer

* El presente artículo fue publicado originalmente en español: Hoekema, A. 2002. «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario». *El Otro Derecho* 26/27: 63-98.

** Doctor en Derecho y Sociología, catedrático de Sociología del Derecho en la Universidad de Amsterdam. hoekema@jur.uva.nl. Este ensayo recoge parte de las ideas que expuso el autor en el Congreso de Americanistas del 7 al 12 de julio de 1997 en Quito, Ecuador.

¹ Ver Simposio Indolatinoamericano *Derecho indígena y autonomía*, Oaxaca, México, 1995.

cuadros alternativos integristas. Filosóficamente, se concibió el Estado como un «Estado liberal, unitario y monocultural, basado en el principio de derechos iguales para individuos iguales» (Sierra 1995: 244). O, como lo dice un investigador australiano: «La sociedad es nada más que un conjunto de individuos —ciudadanos aislados— y, puesto que el derecho no sólo puede sino también debe ocuparse de las relaciones entre el Estado y el ciudadano, no tiene por qué ocuparse de las diferentes identidades de los grupos en sí» (MacLachlan 1988: 368).

Seguramente eran aplaudidas, incluso fomentadas, en forma folclórica, las diferencias culturales siempre y cuando no interfirieran con los conceptos sobre el derecho y el Estado.

Varios factores han incidido en la eliminación de este concepto asimilacionista de la modernidad. La *modernidad* ahora, salvo en unos cuantos Estados con obstinada orientación neoliberal, conlleva el reconocimiento de que no se avanza sin la cooperación genuina con elementos de la sociedad civil. Se mencionan brevemente tres factores.

- a) Fracaso completo de las políticas de los gobiernos centrales. Reordenamiento de tierra, manejo sostenible de recursos forestales, reformas agrarias, programas sociales, suelen fracasar si se trazan como un proyecto centralizado, elaborado y dirigido desde un departamento y dictado en todos sus detalles. Bien documentados son fracasos en el ámbito de la reforma agraria. A menudo la finalidad de estas reformas era quitar la presunta confusión e inseguridad de la tenencia de tierra, dando títulos individuales a los campesinos. A ellos les incumbía, basados en la nueva seguridad legal, invertir capital y avanzar hasta la posición firme de un campesino próspero con actitudes estables no revolucionarias. Pero el resultado muchas veces era un aumento del caos y la inseguridad, hasta la destrucción de comunidades locales (Shipton 1988) Desde entonces, han sido redescubiertos los sistemas de tenencia de tierra comunal, es decir, el derecho local, el derecho indígena.²
- b) Particularmente la gestión sostenible de los recursos naturales debe ser una obra participativa. Después del cambio del clima político internacional en torno a la degradación masiva de los recursos naturales, surgió un

² Escribe un relator del Banco Mundial: «Los tradicionales sistemas de tenencia comunal de tierra en África originan considerable seguridad en cuanto a la tenencia de tierra cultivada a través de regulaciones consuetudinarias de propiedad comunal de tierra y conceden derechos a los miembros de la comunidad sobre el uso de la misma» (Cleaver 1993). Por supuesto, cada miembro de una comunidad indígena, incluso cada antropólogo de Derecho, sabe esto. Se necesitaron varias decenas de años y un gran daño humano, antes de que las políticas nacionales e internacionales de desarrollo lo supieran también.

movimiento bien fuerte de gestión participativa. Por ejemplo, en materia de *forest management* (gestión de recursos forestales) se manifiestan iniciativas en todas partes del mundo con el elemento común de que se comparta esta gestión entre oficiales estatales y líderes y grupos locales (Lynch y Talbott 1995). Es verdad, esta tendencia no se debe a una toma de conciencia de que las comunidades tengan derecho a ser diferentes dentro de la sociedad mayor, se debe a consideraciones y valoraciones de efectividad de conservación de recursos.

Particularmente en el área de gestión sostenible de recursos naturales se presentan escenas que provocan desconfianza. Se presenta el espectáculo de autoridades nacionales que, por razones políticas propias, desfiguran y hasta inventan esta racionalidad indígena local. Les gusta alabar profusamente la sabiduría local. Se habla de la invención de la tradición levantándola a formas míticas. Hace poco, abordando el tema de la regulación para la gestión de recursos naturales como por ejemplo una forma de pesca más ecologista, un catedrático indonesio de derecho aludió al pensamiento tradicional oriental y a la rica historia del gran número de las variadas comunidades étnicas de Indonesia. Ante la impotencia y el fracaso total de la legislación nacional y de las políticas del gobierno para frenar el deterioro medioambiental, este catedrático recurrió a lo que resta de la *sasi*, una forma comunal de tenencia de la tierra en las islas Molucas. Esta había sufrido cambios drásticos y, sin duda alguna, funcionaba muy distinto a lo trazado en fuentes escritas por funcionarios (holandeses) que, en lugar de realizar buenos trabajos antropológicos sobre terreno, tenían otros planes en mente. Pese a ello, el catedrático citó esas fuentes, elogió la eternidad de la *sasi* y le atribuyó características que nunca había tenido, o que ya habían dejado de existir.

Así representada e inventada, esta *tradición* logró proveer apoyo y dar rango de autoridad nacional a prácticas locales con el fin de llevar a cabo una eficaz gestión de los recursos naturales. El espíritu de la comunidad local, con sus reglas, instituciones y autoridades, nacidas tan orgánicamente, fue aplaudido en esta ocasión (Zerner, 1994: 111). De esta forma, la tradición es un mito. No conlleva compartir poderes con fundamento en el respeto mutuo del carácter distinto de varias comunidades. El aplauso para la sabiduría y la racionalidad locales puede volverse muy engañoso. Pero aun así, un fuerte acento en la gestión participativa aumenta la presión para injerir en las estructuras políticas y el orden legal imperantes y revisarlos drásticamente.

- c) La toma de conciencia indígena de su posición de marginación y la lucha por el territorio y la dignidad. Los pueblos indígenas lograron captar la atención de muchos líderes políticos, de la opinión pública, de órganos

internacionales, ONG, etc., articulando una presión social y moral muy fuerte.³ El resultado puede ser resumido a continuación: el modernismo de hoy exige el respeto mayor a las instituciones locales de autoridad y de derecho. Indirectamente la tendencia de una cooperación más equitativa entre el Estado y la sociedad civil abre espacios en pos de la conquista del reconocimiento formal de estas estructuras dentro del orden político y legal, en otras palabras, la modernidad de hoy reclama un pluralismo jurídico no sólo de hecho sino oficialmente reconocido.

Muchos países reconocen ahora que dentro de la reforma del Estado se contemple seriamente la necesidad «de transferir recursos y atribuciones a la sociedad: a comarcas, distritos, municipios y comunidades» (Iturralde y Krotz, 1996: 82);⁴ este aspecto haría parte de un cambio radical de las estructuras estatales y legales en casi todo el mundo, puesto que abre oportunidades para conquistar formas políticas y legales que van más allá de una mera descentralización del Estado y de su filosofía de agilizar los procesos administrativos; abre además oportunidades para avanzar hacia formas político-legales que encarnen una pluriethnicidad, una pluralidad de derecho y una autoridad genuina.

Pero no es lo mismo la devolución de poderes estatales a las entidades como distritos y municipios (descentralización) que devolver poderes estatales de una gama amplia a las comunidades indígenas, con base en un pacto social entre las capas dominantes del país y los pueblos étnicos o las comunidades diferenciadas, que les permita no sólo la preservación de su identidad sino también sus formas de autogobierno y de poder.

En el primer caso se ofrecen unas competencias de control y fiscalización, quizás competencias de participación en la toma de decisiones, a órganos y grupos civiles sin un cambio de la filosofía del Estado jerárquico ni de la filosofía de la nación, más o menos homogénea. Pero algunos países, entre los cuales resaltan algunos países latinoamericanos con su historia sangrienta de lucha entre varias facciones

³ La situación actual de los movimientos indígenas en los países latinoamericanos es el tema que expone el libro compilado por Asies, Haar y Hoekema, *El reto de la diversidad: pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, Amsterdam: Cedla, 2000.

⁴ Recientemente, funcionarios de la nueva república multiétnica de Sudáfrica, por ejemplo, comenzaron amplios estudios para desarrollar una filosofía política y una práctica de concertación entre el nivel centralizado, nacional, y los muchos líderes tradicionales que hasta ahora desempeñan oficios informales de autoridad política dentro de las varias comunidades étnicas surafricanas. También, en la nueva Eritrea en el noreste de África, en el anteproyecto de una nueva constitución se ofrece un lugar destacado a los líderes tradicionales. Antes, las autoridades tradicionales locales fueron discriminadas y atacadas como obstáculos mayores al orden y progreso nacional, así como a programas unitarios y centralizados de desarrollo.

de la población, han abandonado su proyecto de forjar una nación homogénea. Dichos países están dispuestos a crear un sistema de pluralidad de autoridad pública y de pluralismo jurídico formal del tipo igualitario. En la práctica política, no obstante, si se reconoce pluralismo jurídico, casi siempre se introduce la figura menos radical del pluralismo jurídico unitario en que se mantiene una relación de subordinación entre el Estado con su derecho nacional y el otro sistema.

Una excepción importante acerca de esta revalorización de derecho y autoridad autóctonos se da en países donde reina un neoliberalismo radical, el cual rechaza drásticamente la idea de que haya islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado, en manos de pueblos y autoridades que no se dejan mandar fácilmente desde las posiciones altas del Estado. El concepto de territorio indígena no sólo les da asco a los políticos por sugerir un Estado dentro del Estado (sugerencia completamente falsa) sino también por sugerir una pérdida considerable de oportunidades unilaterales de explotación económica de los recursos locales. Aunque no hay autonomía sin restricciones, sin mecanismos de articulación de intereses locales y nacionales, por ejemplo, para garantizar que los intereses nacionales en el caso necesario prevalezcan sobre los intereses locales, estos mecanismos no proporcionarán la misma facilidad con la que ahora entran empresarios y autoridades en zonas indígenas. Este temor, probablemente, explica la actitud del gobierno de Chile que hasta ahora mantiene una ley de aguas que quita al agua su carácter colectivo, su carácter fuera del mercado (Castro, 1996). También la política oficial chilena niega totalmente el derecho de las comunidades campesinas e indígenas que se está poniendo en la práctica durante siglos atrás; la misma tendencia neoliberal se manifiesta en el Perú.

2. Los conceptos sociales de derecho indígena, pluralismo jurídico y autonomía

Para agilizar el debate sobre propuestas de coordinación entre el derecho indígena y el orden legal nacional (e internacional) se necesita un aparato conceptual cuyo diseño sigue a continuación.

2.1 Desprecio terminológico del derecho indígena

Un concepto clave en los debates actuales sobre el derecho es el sentido y alcance del pluralismo jurídico, en particular del derecho indígena. Este derecho se incluye dentro de un gran grupo de *derechos*, tipos de derecho no estatales, que se resumen a menudo bajo el lema *folk law*, derecho informal y otros. Todos estos términos tienen un carácter ambiguo —hasta peyorativo—, ya que muchas veces se orientan a reafirmar la existencia de un derecho dominante, creado y sancionado por el Estado.

Particularmente el término derecho consuetudinario tiene rasgos negativos. Sugiere que su base de eficacia y validez reside en el visto bueno del Estado así como en la ideología jurídica dominante al derecho consuetudinario se le suele asignar, igualmente, un papel subordinado o subsidiario, puesto que es tomado en cuenta sólo cuando el derecho oficial deja un espacio abierto, por ejemplo, para ser aplicado de manera supletoria a las normas jurídicas estatales. De esa manera no es sustitutivo al orden legal dominante y no es reconocido como sistema de regulación y control con plena vigencia y autonomía para ejercerse dentro del territorio (Iturralde y Krotz 1996: 98). A menudo las regulaciones constitucionales que otorgan reconocimiento a normas y procedimientos indígenas (como el artículo 171 de la Constitución boliviana) no explican claramente si se trata de derecho complementario o sustitutivo. Por interpretación de la Corte Constitucional de Colombia la fórmula del Artículo 246 de la Constitución colombiana que confiere facultad jurisdiccional a autoridades indígenas, ha otorgado al derecho indígena un carácter más amplio, sustitutivo.

Del carácter meramente complementario del derecho consuetudinario uno debe desconfiar. Con toda razón líderes indígenas responden a los antropólogos de derecho (y a los políticos) lo siguiente: «Nuestra producción se llama artesanía, y la de ustedes es industria. Nuestra música es folklore y la de ustedes es arte, nuestras normas son costumbres y las de ustedes son derecho».⁵

2.2 Concepto social de derecho

Hay algunos investigadores que para definir lo que es derecho en su sentido social, optan por un concepto muy amplio según el cual es el conjunto de normas y prácticas morales y sociales que rigen la vida y las relaciones en los pueblos respectivos. Este concepto lleva a una dificultad grave, ¿cómo distinguir entonces el *derecho* de las costumbres, de la tradición, de las regularidades sociales y de las reglas de lengua y reglas morales que se presentan en la comunidad?

Otros prefieren enfocar el concepto alrededor de la presencia de autoridades sin *oficina* —no profesionalizadas— que tienen la competencia social de cuidar el orden social. De esa manera no se cubre el caso —relativamente raro ahora— de un pueblo tan poco diferenciado en sus instituciones que no se puede identificar a las personas que desempeñan el rol social de mantener orden. Orden hay, por supuesto, pero la vida social todavía no se ha diferenciado.

Otros autores combinan los dos aspectos del orden jurídico del derecho indígena, es decir, afirman que dentro de éste tanto el aspecto normativo como el de la

⁵ El autor mexicano Óscar Correas apuntó estas observaciones en un manuscrito preliminar a su artículo “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, publicado en la revista *Crítica Jurídica*, N° 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994.

tradición cultural juegan un papel determinante. La investigadora mexicana Carmen Cordero (1996: 3), verbigracia, conceptualiza este carácter dual, así: «el derecho consuetudinario se puede definir en una forma amplia como el conjunto de normas que rigen la vida y las relaciones en los pueblos y que la autoridad hacía o hace respetar u observar basándose en las costumbres jurídicas del pueblo, para evitar que al- guíen perturbe el orden público o la vida pacífica de la comunidad o cause perjuicio material». De acuerdo con la autora, y con otros doctrinantes como Correas (1994: 26), el concepto incluye y combina normas primarias y normas secundarias.

Dicho lo anterior, siguiendo las huellas de B. Tamanaha (1993, 1995), no es aconsejable tratar de combinar los dos aspectos, ya que fomenta la falsa sugerencia de que las autoridades siempre —por definición— se basan en «el derecho del pueblo» y expresan un sentimiento social y moral necesariamente común. Pero, sin sugerir que las autoridades indígenas suelen haber perdido sus lazos íntimos con su comunidad, hay que destacar que en todas las comunidades se presentan o se presentarán tensiones, conflictos entre el moral que inspira las normas promulgadas y aplicadas por las autoridades y la moral ejemplificada en las normas de conducta de los demás comuneros.⁶

Existe un dinamismo marcado dentro de las comunidades indígenas. Constantemente se deben inventar nuevas formas de coordinación y liderazgo, tales como la federación. Hace falta que los líderes antiguos y nuevos introduzcan nuevas reglas de conducta por ejemplo sobre la tala de bosques, aun en casos de uso doméstico, mostrando así conciencia de su tarea de mantener el uso sostenible de los recursos. A menudo hay una competencia grande entre autoridades tradicionales y autoridades del nuevo estilo, en torno a la facultad de emitir o garantizar normas de conducta para los miembros de la comunidad.

Lo mejor entonces, para fines comparativos, es definir el derecho en su sentido social como las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, cambiadas y mantenidas vigentes y sancionadas por los oficiales a quienes conforme a la normatividad pertinente se les otorgó el poder de ejecutar este cargo.⁷

⁶ Algunas situaciones que ilustran estas luchas internas pueden ser revisadas en los ejemplos investigados por Magdalena Gómez (en Chenaut y Sierra 1995: 193-219) como el caso de expulsión; otro ejemplo lo suministra el debate sobre la justificación de las normas que determinan la escasez de oportunidades para las mujeres indígenas de participar equitativamente en la gestión de la familia y de la política interna (Cfr. Simposio Indolatinoamericano de Jaltepec de Candayoc, 1995: 28-35).

⁷ Para evitar confusión quiero subrayar que todo esto se ciñe al discurso académico. Hay otros discursos bastante importantes. En el derecho internacional por ejemplo ya se prevé el reconocimiento de que pueblos indígenas —bajo condiciones determinadas— tienen su derecho propio y tienen el derecho colectivo de practicarlo dentro de su

Estas normas sí deben ser eficaces en el sentido de que se trata de una autoridad estable y no sólo presunta o usurpada. Al ser así funciona una institución que identifica, aplica y hace respetar normas de conducta. Pero no necesariamente son eficaces en el sentido de que reflejan automáticamente normas de conducta. Seguramente, si las autoridades no manejan normas que los comuneros estimen obligatorias, el derecho no tiene ninguna eficacia social, lo que me parece un caso límite. Normalmente parte de las normas emitidas o protegidas por autoridades no se cumplen en la práctica, mientras que otra parte se obedece regularmente. Por tanto, es mejor abrir espacio para estudios en que precisamente se investigue la relación entre el nivel de la normatividad en manos de la autoridad y el nivel de la conducta diaria de los demás comuneros, esto con el propósito de establecer qué tan eficaces son las normas consuetudinarias.

2.3 Pluralismo jurídico social

Con base en el concepto de derecho en su sentido social se puede pasar a definir pluralismo el jurídico en sus varias formas. Hay que distinguir el pluralismo jurídico social y el formal. Dentro del último, se distinguen dos tipos: el unitario y el igualitario.

La coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social no ha sido reconocida en el derecho oficial, salvo la posibilidad de que los jueces, en algunos casos, tomen en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de normas de *folk law* sin ser esto un mandato formal de parte del derecho estatal.

No obstante, esta práctica en los operadores jurídicos constituye una situación que de hecho existe en muchos países. Cuando hay reconocimiento por el Estado de la existencia de varios sistemas jurídicos, se entra en el ámbito del pluralismo jurídico formal.

2.4 Pluralismo jurídico formal unitario

territorio. No se dice exactamente a qué fenómenos se refieren con esta terminología. Al igual, en el discurso político, tal como el generado por la marcha por el territorio y la dignidad en Bolivia o la marcha semejante en Ecuador, se plantea su propio derecho indígena. Esto sirve para rechazar la tesis etnocentrista de que meramente el derecho nacional estatal incide en el orden social de la sociedad. Asimismo enfatiza la existencia de una comunidad distinta permeando todos los aspectos de la vida de sus integrantes, autorregulándose, que como tal merece reconocimiento como entidad pública dentro del Estado. Por supuesto en este uso polémico de los términos no hace falta profundizar la esencia del derecho indígena. Pero en el campo de las investigaciones sí es imprescindible una clarificación.

La coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social ha sido reconocida en el derecho estatal, incluso en la misma Constitución. Pero el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos.

La situación mencionada en la que se reconoce meramente un papel complementario al *derecho consuetudinario* cae bajo esta categoría. También la posibilidad de aplicación, sea excepcional o regular, por autoridades *de afuera*, de ciertas normas y costumbres indígenas en materias de carácter familiar y patrimonial o en delitos menores, normalmente depende de la indulgencia de determinadas leyes o actitudes especiales que tomen en consideración una parte de la cultura local en algunos ámbitos. Aquí se manifiesta un pluralismo jurídico débil, es decir, unitario. El Convenio 169 de la OIT está dentro de este límite.

Sin embargo, lo anterior no significa una autonomía del derecho indígena. El pluralismo jurídico unitario es fruto del deseo social de respetar algunos rasgos culturalmente distintos y de reconocer sus leyes o procedimientos. Muchas veces las políticas de reconocimiento del derecho indígena no van más allá de esta atención selectiva. Son políticas de compensación de las desventajas sufridas por quienes son miembros de un grupo marginado, minoritario. Se contempla generalmente la multiculturalidad en unas leyes pero no se reconoce la existencia y validez legal de todo un sistema de derecho indígena. No es que estas compensaciones no valgan, sino que no se equiparan al pluralismo jurídico en su sentido más maduro.

2.5 Pluralismo jurídico formal *igualitario*

En este caso, el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos. El derecho oficial en esta perspectiva del pluralismo jurídico reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional.

Entonces, reina una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho (Esteban Krotz, citado en Chenaut y Sierra 1995:351). El derecho indígena sustituye al derecho nacional en los ámbitos sociales donde su aplicabilidad es prevalente. Anteriormente, entre las elites y abogados se observaba que este tipo de pluralismo jurídico formal igualitario era un retroceso en la evolución política de la nación (Stavenhagen, 1990: 44, nota 9, citando a Aguirre Beltrán, 1981). Salvo en las elites de algunos Estados que confiesen un neoliberalismo radical, ya no mantienen esta idea de una evolución uniforme hacia una nación, una cultura y una sociedad homogénea.

Los dos tipos de pluralismo jurídico formal pueden complementarse, en el caso de que, aparte de la plena autonomía del derecho indígena (o de varios sistemas distintos indígenas) en la aplicación de las leyes y los reglamentos nacionales, se tome en consideración la cosmovisión y/o la cultura específica de uno de los partidos involucrados. El aspecto pluricultural debe reflejarse en todas las leyes y procedimientos (Simposio Indolatinoamericano 1995: 5 y 57).

2.6 Reglas y procedimientos legales federales

El carácter del pluralismo igualitario no se pierde cuando hay una reglamentación que fije límites para la vigencia del derecho indígena en el ámbito territorial o personal. Por ejemplo, es concebible una regulación que estipule que este derecho tiene vigencia solamente cuando se trata de dos personas miembros de la misma comunidad, mientras para conflictos mixtos entra en vigor el sistema nacional o un sistema de reglas especiales que no son reglas materiales sino sencillamente reglas de referencia que indican por cuál sistema pueden optar los operadores jurídicos. En el derecho occidental se llaman reglas del derecho privado internacional.

Es importante tener presente que todo sistema de pluralismo jurídico formal igualitario implica la existencia de reglas del tipo mencionado arriba, es decir, reglas que conciertan las competencias de dos o más derechos que convergen en el tratamiento de una situación. A condición de que estas reglas no puedan ser cambiadas unilateralmente por la autoridad nacional, no se le quita su carácter autónomo al derecho indígena.

Entonces, para instituir sistemas de pluralismo jurídico formal el tema de este escrito— hace falta reflexionar sobre la manera como se articulan los dos o más sistemas. Dado que las maneras de concertar tipos distintos de derecho normalmente revisten formas legales y políticas, vale la pena denominar este tipo de reglas de concertación como reglas y procedimientos legales federales.⁸

Estas reglas federales son reglas de derecho formal nacional que, en una situación de pluralismo jurídico formal, tienen la vocación de asegurar valor legal y definitivo (caso juzgado) a soluciones y decisiones producidas en, y tomadas según las normas y los procedimientos propios de los sistemas de derecho y autoridad indígenas. También establecen los ámbitos de competencia de los mismos y las normas de dirimir conflictos de competencia así como las instancias y los procedimientos de apelación.

⁸ En el derecho civil internacional se usa el nombre reglas de conflicto para indicar reglas que tienen una función igual.

Esto no quiere decir que solamente se reconozca derecho indígena en forma de una federalización del Estado en que todo el territorio nacional se halle dividido en departamentos, estados o provincias más o menos autónomos del mismo tipo y rango constitucional. Así son constituidos los Estados federales como Estados Unidos, México o Canadá. Se puede extender este concepto a la situación que instituye una nueva provincia como Nunavut en el norte de Canadá, que como entidad pública en ningún aspecto se distingue de las demás provincias, pero que al ser el territorio donde viven los Inuit, de hecho puede servir como modelo de otorgamiento de autonomía a los Inuit que son la población mayoritaria allí. Hay otras reconstrucciones federativas donde se reconocen territorios especiales otorgándoles un estatuto especial (*privilegiado* como dicen miembros reacios de la élite), bien sea por su carácter multiétnico como la Región Autónoma de la Costa Atlántica de Nicaragua (RAAN), o étnico como las comarcas de Panamá. La reglamentación que consagra este último tipo debe instituir autonomía y también incluir el concepto de reglas y procedimientos legales federales expuesto aquí.

Surge a continuación la pregunta central: ¿qué reglas federales promueven una autonomía política genuina que sirve a las necesidades de la comunidad entera. Para responder es necesario tratar el tema de la autonomía en sus variadas dimensiones.

3. El concepto de autonomía

Arriba se ha usado el concepto de autonomía de manera bastante indiscriminada. Hay varios ámbitos de autonomía, tales como la autonomía política, social, cultural, económica, etcétera.

La autonomía política, se entiende como una forma de encarnar el derecho de libre determinación que incumbe a los *pueblos*. Se refiere a la capacidad formalmente garantizada en manos de una comunidad, un territorio o ambos, de autogobernarse, de tener su propio gobierno y territorio, de autogestionarse y de administrar recursos según sus propias normas y criterios. (Iturralde y Krotz 1996:113). Esta capacidad puede ser ubicada dentro del orden político-legal internacional, es decir, se encuentra garantizada por el derecho internacional. Se trata de la soberanía de los Estados. Pero me restringiré a la *autonomía interna* (*home rule*) excluyendo los casos en los que los pueblos indígenas aspiren a la independencia total (secesión) del Estado. No se trata de negar la legitimidad de los intentos de conseguir independencia total, por la que luchan ciertos pueblos, pues prácticamente la gran mayoría de los pueblos indígenas optan justamente por la autonomía interna. Tampoco de abarcar la especial situación de aquellos pueblos que pugnan por tener autonomía por el mero hecho de que el territorio en que viven está situado fuera del territorio efectivamente controlado por el Estado nacional.

Hablar de la autonomía interna es hablar de todo el país, para parafrasear un dicho de un dirigente indígena de Bolivia, don José Guasebe, dirigente de la Central de los Pueblos Indígenas del Beni (CPIB). Es decir, la autonomía política interna implica la existencia de un régimen nacional político-legal de devolución de poderes legislativos, administrativos y jurisdiccionales en cuanto a un ámbito amplio de asuntos de vida, así como poderes de participación en la renta nacional y en la toma de decisiones nacionales o provinciales que afecten la vida de un grupo específico de individuos y/o de los habitantes de un territorio determinado.

Hay una gran diferencia en grado y alcance de los poderes en manos de las comunidades o territorios autónomos. Los dos casos extremos son:

- El caso en que están conferidos poderes legislativos meramente en algunos terrenos y/o limitándose a carteras menos importantes (poder legislativo limitado, por ejemplo, sin facultad de autogestionar recursos). En cuanto a los poderes administrativos limitados se refiere a la simple ejecución de políticas superiores y no tanto a las decisiones sobre el contenido de tales políticas.
- Otro caso es aquel en el cual se confieren poderes legislativos en muchos terrenos —incluyendo a veces las carteras más importantes—, y amplias facultades legislativas, administrativas, jurisdiccionales, financieras y otras.

Opino que un territorio o una etnia que solamente tiene el poder de participar en las modalidades de ejecución de políticas superiores, sin poder legislativo ni poder de (co)determinar las políticas mismas, no merece la calificación *autónomo*. Por ejemplo, aunque se adoptan políticas de participación popular para forjar la modernización del Estado y de la sociedad entera, estas políticas de descentralización no implican reconocimiento de autoridad pública en manos de pueblos indígenas. Fácilmente se pueden imaginar los conflictos entre las políticas oficiales y las políticas inspiradas y basadas en una cosmovisión e intereses muy diferentes, impulsadas por las entidades de base indígenas o campesinas. Particularmente, existe este riesgo cuando la participación popular se concibe meramente como medio para agilizar procesos de gestión o ejecución de políticas trazadas en los ministerios nacionales o por las burocracias municipales, sin competencia formal para poder incidir también en la toma de decisiones máximas, es decir, sobre las líneas generales de las políticas y su elaboración; una participación popular así suele fracasar por estar restringida a detalles ejecutivos de las mismas que son dictadas en otro sitio (Depew 1994).

Evidentemente, hay una escala de situaciones muy diferentes que impide trazar una línea exacta entre modelos que no merecen el nombre de autonomía política y los que sí lo merecen.

Con una autonomía política (del tipo amplio) se presenta para los habitantes del territorio étnico una gama de oportunidades de autogobernarse en asuntos importantes como las maneras de seleccionar a los dirigentes, de vivir y recuperar sus valores, de promoción y estudio del idioma, etcétera. Normalmente implica autonomía cultural y social. Sin embargo, es posible que a la autonomía política le falte reconocer un dominio pleno o suficiente sobre recursos o sobre la educación o la salud. Hay que destacar que no hay autonomía política amplia sin economía propia, sin influencia decisiva en la educación básica, sin facultad de decidir libremente qué tipo de medicamentos a preferir. En fin, la autonomía política suele promover autonomía en otros ámbitos, pero mucho depende del grado o alcance de la autonomía concedida y de su efectividad.

3.1 Tres conceptos de autonomía política

En los debates a menudo se confunden tres conceptos de la autonomía política formal, efectiva y propia. Veamos:

- La autonomía política formal se refiere al régimen político-legal esbozado antes. Básicamente se investiga por vía de estudios jurídicos comparativos.
- La autonomía política efectiva responde a la pregunta ¿hasta qué punto se cumplen las normas de devolución de poderes que definen las competencias mutuas de las instituciones estatales —en sus entes territoriales— y las que pertenecen al territorio o comunidad autónoma? Muchas veces las atribuciones autónomas no se cumplen en la práctica; el Estado sigue otorgando concesiones forestales en la zona autónoma de RAAN (Nicaragua) aunque la Constitución y la ley orgánica dicen que queda prohibida esta actuación (Acosta 1996, Anaya y Crider 1996).
- La autonomía política propia o genuina es aquella que se justifica al plantear el tema de la autonomía plena o del autogobierno, se la suele defender alegando que ésta contribuirá al desarrollo sano del pueblo o del territorio involucrado (Simposio Indolatinoamericano 1995: 27). Entonces se plantea la difícil y decisiva cuestión de ¿para qué y para quiénes sirve esta autonomía política formal y (supongamos) efectiva? ¿Cómo se manifiesta este desarrollo? Claramente implica un aporte importante a las necesidades de la comunidad tales como son definidas en un proceso de consulta y toma de decisiones libre dentro de las comunidades involucradas. Se trata de un proceso de libre determinación del valor y desarrollo de las instituciones, metas y políticas de la comunidad, así como de sus relaciones con la sociedad mayor y el mundo internacional.

La autonomía política pública y étnica

Según el tipo de reglas federales se distinguen dos maneras diferentes de plasmar la autonomía política: la autonomía pública y la autonomía étnica.

a) Autonomía pública (gobierno público) o autonomía *etno-nacionalista*⁹

El Estado ha conferido poderes legislativos, administrativos o judiciales a órganos locales con base en el concepto de la soberanía estatal legal. El Estado se reserva la competencia de anular esta transferencia y de retomar los poderes conferidos. También suele reservarse la competencia exclusiva de dictar leyes plenamente válidas referentes a asuntos dentro de la competencia local, o de dirimir conflictos de competencia entre las dos jurisdicciones, por ejemplo, la descentralización del Estado por medio de la Ley de Participación Popular en Bolivia.

Esta autonomía suele implicar algún grado de pluralismo legal unitario, aunque no necesariamente. Es concebible una descentralización del Estado sin reconocimiento de la presencia, con validez legal, de otro derecho ni de una otra institución de autoridad. Lo más decisivo es que no se concibe la sociedad como una *federación* de comunidades distintas. Particularmente, cuando hay una región mixta, donde viven miembros de varias comunidades, indígenas y no indígenas, es difícil reconocer el otro derecho y la otra autoridad. ¿El derecho de quién? ¿La autoridad de qué tipo de comunidad? Así es la situación en RAAN y RAAS en la Costa Atlántica de Nicaragua o en el altiplano del Ecuador o Bolivia.

Para complicar más lo dicho, dentro del régimen constitucional de RAAN y RAAS se otorga validez legal al derecho indígena de unas comunidades dentro del territorio autónomo, con este ejemplo se ilustra un sistema de autoridad pública con elementos de una autoridad étnica.

Normalmente, el autogobierno público no contiene garantías especiales para que no se limiten unilateralmente las atribuciones del territorio en cuestión. Se trata de una concesión y no se dan reglas que exigen negociaciones equitativas entre las capas sociales involucradas para fijar o cambiar competencias mutuas. Pero hay casos de un gobierno público dentro de un sistema federal (Nunavut, en Canadá) en el cual todas las partes federales (las demás provincias) están bien protegidas contra un cambio unilateral (o contra un cambio dominado por solo una de estas partes) de las estructuras políticas. Las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, en Nicaragua, son otro ejemplo. No es autonomía étnica, pero como autonomía pública no se suprime (legalmente) con la misma facilidad con la que se suelen modificar las leyes nacionales. Entonces, hay casos de autogobierno público que efectivamente se acercan a la categoría siguiente, la autonomía étnica. No obstante esta excepción, el tipo *público* se calificaría como una autonomía limitada.

⁹ Sierra (1995: 245).

b) Autonomía étnica: sistema de pluralismo jurídico formal igualitario

Ésta reconoce la existencia de comunidades distintas de índole étnica dentro de la sociedad nacional que, como tal, tienen el derecho de desarrollar su propio sistema de instituciones, entre otros su derecho propio, como una parte diferente pero de igual valor al orden político-legal del país. La transferencia de poderes afirma la situación social donde existen dos o más sistemas de derecho y de autoridad legítimos. Este reconocimiento legalmente no puede ser revocado ni delimitado fácilmente. Se basa en el reconocimiento de que existe un sector social diferenciado del resto de la sociedad nacional que, en vista de su situación débil y/o su historia, con debida razón reclama y obtiene el derecho colectivo de tener un espacio propio dentro del orden político-legal (Roldán, 1996: 54). En este tipo de autonomía, para reajustar las relaciones *federativas* se necesita una consulta especial de toda la población según un procedimiento especial. En este procedimiento se encuentran, o deben encontrarse, garantías para prevenir una toma de decisiones con una mayoría sencilla u otras maneras de subordinar fácilmente el territorio o pueblo autónomo.

En este modelo podemos calificar la autonomía política como profunda. Un pluralismo jurídico igualitario implica la autonomía profunda. El otro pluralismo jurídico formal puede manifestarse sin régimen coexistente de autonomía política, o, en otro caso, con la autonomía política limitada.

Con fundamento en este aparato conceptual se abordarán situaciones clave en las que se impone la cuestión de cómo plasmar un pluralismo jurídico al nivel legal y político nacional. Se distinguen tres campos importantes y decisivos de intercambio de normas y procedimientos diversos a nivel penal, civil y administrativo. Revisémoslos brevemente.

4. Reconocimiento del derecho penal y del poder jurisdiccional indígena, su concertación con el derecho nacional

Abordando primero el derecho penal indígena (término etnocentrista, aunque cómodo) se observa que, entre otras, la Constitución Boliviana en su artículo 171 reconoce una administración de justicia indígena por las «autoridades naturales». Hasta ahora no se ha dado seguimiento al mandato constitucional de promulgar una ley de concertación de los dos niveles y tipos de administración de justicia. Autoridades públicas bolivianas y expertos privados están ponderando sobre cómo instituir el pluralismo jurídico en materia penal. En vista de las diferencias a menudo grandes entre uno y otro sistema, no hay soluciones sencillas. En un encuentro en Cochabamba sobre «Prevención de conflictos y solución en comunidades indígenas» (1995), se dieron a conocer algunas prácticas ambiguas de parte de las autoridades policiales nacionales y departamentales. Durante años la

policía oficial y los juzgados oficiales no han hecho presencia en gran parte del territorio boliviano, debiendo las comunidades autorregularse, lo que hacen con eficacia; por ejemplo, apoyadas en comités de vecinos, asambleas generales y otras formas de organización comunitaria han venido resolviendo los conflictos de intereses entre las personas. Entonces, existe un derecho local de hecho, un pluralismo jurídico social en la materia penal. Pero de vez en cuando, la policía entra en el local del comité y detiene a sus miembros por haber usurpado poderes públicos que no tienen y por haber privado a los comuneros de sus bienes o de su libertad ilícitamente.

Una autonomía sin poder jurisdiccional no vale. Con razón las constituciones de Bolivia y de Colombia otorgan esta facultad de decir justicia, aunque las maneras de concertación y de articulación entre una(s) jurisdicción(es) indígena(s) y la nacional se ha tardado.

No hablamos de una autonomía ilimitada, una especie de independencia. Esto no es posible ni viable dentro de una sociedad íntegra. En ningún sistema federativo existe esta independencia absoluta en torno a materias como la administración de justicia. Ni los pueblos indígenas la reclaman. Nuestra perspectiva va más en el sentido de lo expresado en la Declaración del Servicio del Pueblo Mixe, que enfatizando por un lado el debido respeto a la naturaleza propia de su ordenamiento jurídico, y opinando por otro lado «que en esos casos los mismos indígenas debemos hacer el esfuerzo de ir adecuando todas nuestras normas y sanciones al pleno respeto de los derechos inherentes a la naturaleza humana, pues creemos que éste debe ser el marco al que deben ceñirse todos los ordenamientos jurídicos» (Servicios del Pueblo Mixe 1995: 25), logra armonizar los dos sistemas normativos.

Esta última toma de posición Mixe parece representar un punto de vista común entre los comentaristas indígenas. Abre espacio para la autocrítica del sistema de justicia y normatividad. En el Simposio Indolatinoamericano sobre Derecho Indígena y Autonomía (1995), se discutió la posición sociojurídica de la mujer. Varias participantes hicieron hincapié en su insatisfacción por la desigualdad existente entre hombres y mujeres en cuanto a la participación en la vida política interna y en la vida familiar. Se criticaron ciertas prácticas y aspectos de la normatividad vigente, pero no es claro aún cómo promover y garantizar un espacio para esta autocrítica.

¿Por qué no dejarlo a la comunidad involucrada? Dejarlo a la comunidad presentaría un privilegio demasiado grande, ya que hasta los Estados mismos se encuentran bajo un sistema internacional de tutela en torno a los derechos humanos. Suscitaría la sospecha infundada de que las comunidades indígenas quieren una independencia en lugar de una autonomía.

Sabemos que la sociedad mayor no aceptaría poderes legislativos y judiciales en manos de comunidades distintas sin sistemas de concertación de estos poderes y de los principios estimados como básicos en el país entero.¹⁰ Además, hay problemas bastante graves en cuanto a la aplicación de unos tipos de penas. Sirve al interés de todas las comunidades étnicas saber mostrar que la autonomía no implica el sometimiento de las mujeres u otros miembros de la comunidad.

Sobre todo lo visto, se tienen dos conclusiones:

- a) Es necesario plasmar reglas y procedimientos federales, coordinando los dos o más sistemas de justicia.
- b) Dentro de este cuadro se necesita un sistema de tutela jurídica superior y decisiva por vía de la cual las decisiones locales pueden ser sometidas a la prueba en lo que se refiere a su compatibilidad con normas de un rango superior.

Surge entonces la cuestión de cómo llevar a cabo la *comprobación* de prácticas públicas o privadas a la luz de principios rectores de una gran envergadura (del tipo derechos humanos básicos). ¿Cómo se puede legitimar una tutela estatal en favor de individuos de las comunidades involucradas? En Colombia desde hace varios años ya se está practicando tal tutela,¹¹ por vía de los jueces y de la Corte Constitucional. Cada individuo colombiano puede recurrir a instancias especiales buscando protección contra decisiones de las autoridades locales que presuntamente violaban sus derechos humanos, consagrados en la Constitución. De la misma forma, con la creación de la comisión estatal de derechos humanos en México, las personas que se sienten afectadas por decisiones locales recurren a esta autoridad (Simposio Indolatinoamericano: 34; también Magdalena Gómez, en Chenaut y Sierra 1995). De esta forma queda un poder apreciable de control en manos de abogados y jueces no indígenas. Estos, aun siendo partidarios del concepto de la pluriétnicidad y pluriculturalidad de la nación, incluso de su orden legal, dictan y determinan el alcance de la autonomía unilateralmente y quizás sin tener en cuenta la esencia de esta autonomía local.

Hay que colocar este problema dentro de su marco apropiado. En muchos países ni siquiera hay un mínimo de reconocimiento para dar espacio a un funcionamiento independiente de órganos e instituciones indígenas. Al contrario, los tribunales ordinarios, tanto como sus empleados y los abogados, manifiestan por regla general

¹⁰ En Australia, en el famoso caso Mabo sobre el reconocimiento de derechos territoriales de los aborígenes, los jueces estipulan que un reconocimiento debe quedarse dentro de los sketal legal principales (principios básicos) del orden legal nacional. Ver Butt y Eagleson, (1993).

¹¹ Sobre el impacto de la jurisprudencia de la Corte colombiana en cuanto a la posición legal y social de los pueblos indígenas, consúltese a Esther Sánchez (1998).

una ignorancia —hasta desprecio— por los culturalmente diferentes, por ser procedimientos y reglas de la justicia penal indígena.

Tal vez se deba a que, hablando de la administración de justicia, en lugares con una marcada presencia de población indígena, la mayoría de las personas sometidas a juicios penales y por tanto a penas de prisión, procede de los pueblos locales aborígenes. La «justicia blanca»¹² y la justicia local chocan dramáticamente en lo que afecta a procedimientos y visiones generales sobre objetivos y formas de sancionar. Esta situación no sólo requiere un cambio institucional sino también trabajos educativos continuos, como el que realizó, por ejemplo, la antropóloga colombiana Esther Sánchez (1992),¹³ autora que participó en una obra de teatro, que puso en escena la confusión fundamental entre los conceptos indígenas sobre la comunidad, el crimen y el castigo, y los del Estado colombiano.

Tomando en cuenta esta relación de desequilibrio entre ambas jurisdicciones, el sistema colombiano ofrece tanto un reconocimiento explícito de una administración de justicia en manos de los cabildos indígenas como un sistema de tutela adecuado de los derechos, constituyendo esto un gran paso adelante, tanto más que la Corte cuando ha ponderado casos en los que surgen conflictos sobre la naturaleza y el alcance de la jurisdicción indígena, ha observado estrictamente un concepto de autonomía indígena amplia.

Aunque los mecanismos de protección y vigilancia de la justicia indígena pueden ocasionar un abuso grave y hasta represión indirecta del espacio libre de una jurisdicción indígena, es imprescindible aceptar una forma de tutela pero todo depende del método jurídico, de los criterios y las actitudes del personal profesional que asume la tutela.

Para instituir estos límites de una manera prometedora, permitiendo el desarrollo de una autonomía genuina, tenemos que impugnar toda cláusula —encontrada en muchas constituciones— según la cual las autoridades locales tienen todas las facultades en tal o cual materia «siempre y cuando no contravengan las leyes nacionales (o las leyes de la república) ni la constitución».

Esta fórmula debe ser rechazada enérgicamente. Con esta fórmula no se reconoce el pluralismo jurídico; al contrario, dice que solamente cuando lo tolera el orden legal nacional, se aceptaría la normatividad local. Eso no significa autonomía. A lo sumo conforma un sistema de pluralismo jurídico unitario. Igualaría a la situación

¹² En un video titulado *White Justice* se da una imagen intensa de la alienación que sufren los inuit de una comunidad nórdica (en la provincia de Quebec) a consecuencia de la «justicia blanca» de los canadienses. El video fue producido en 1987 por Informa Action. Es distribuido por Cinema Guild, 1697 Broadway, New York, NY 10019, tel. 246 5522, fax. 246 552.

¹³ Aquí también cabe mencionar a la antropóloga mexicana Magdalena Gómez.

colonial en que se aceptaba el otro derecho siempre y cuando no fuera repugnante para la gente civilizada británica u holandesa. El meollo de la cuestión es precisamente el reconocimiento de sistemas distintos, hasta contrarios, de derecho y de autoridad. La OIT en su Convenio 169, artículos 8 y 9, desafortunadamente, no va más allá de este tipo de pluralismo jurídico unitario.

La Corte Constitucional de Colombia, interpretando este tipo de fórmula limitadora, dice que «resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales», pues «de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico».

La Corte nos ha enfrentado con el problema, por ejemplo, del conflicto que se presenta entre una pena impuesta por la comunidad a un comunero para que haga trabajos obligatorios en el servicio de la comunidad y el concepto de trabajo forzado defendido por la Constitución.¹⁴ El método adoptado por la Corte de Colombia no significa automáticamente que esta pena comunitaria sea inválida. Vamos a examinarlo.

Profundizando el tema de la tutela contra prácticas violadoras de los derechos humanos, es interesante destacar el método que usa la Corte Constitucional de Colombia. Más adelante se tratará el mismo caso del cual se tomó la fórmula de interpretación «siempre y cuando no contravengan...». Su método de contraponer los intereses autónomos de las regiones, de posibilitar la práctica de su autonomía y la realización de los intereses de individuos dentro de esas comunidades parece adecuado. Aunque en el caso presentado a continuación, también hay elementos débiles en el razonamiento.

El caso es el siguiente (Sentencia T -349, 8 de agosto 1996)¹⁵. Un exdirigente indígena en estado de embriaguez mató a un comunero. Fue capturado por los auxiliares locales del cabildo local. Se le encerró en el calabozo de la localidad. Se escapó una semana después y se entregó a la Fiscalía colombiana. La Fiscalía inició una investigación y, mientras tanto, el Cabildo Mayor Único de Risaralda le comunicó que éste había sido condenado a ocho años de cárcel. Un mes después la asamblea general de la comunidad resolvió aumentar la condena a 20 años de cárcel. Supuestamente el sindicado fue una persona que durante su cargo de

¹⁴ Así dice por ejemplo la Constitución mexicana: “Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento” (Artículo 5).

¹⁵ Ciro Angarita entra en un análisis profundo de las sentencias de la Corte referentes a pueblos indígenas en una ponencia presentada al seminario de expertos “Régimen constitucional y pueblos indígenas en países de Latinoamérica (1995, Colombia). Las ponencias fueron publicadas en Coama, 1996. Consultar también a Ciro Angarita *et al.* (1995). Sobre las prácticas de la tutela y sus efectos sobre la autonomía indígena, ver también a Esther Sánchez, 1998.

dirigente se comportó muy mal; hubo más acusaciones. El defensor de oficio sugirió interponer tutela, la que efectivamente fue interpuesta por el acusado.

Es de anotar que la sentencia de la Corte se restringe a casos, como el del objeto de este fallo, en los que la comunidad juzga comportamientos de sus miembros (a diferencia de casos en los que se ven involucrados miembros de otras comunidades indígenas distintas o de la sociedad *blanca*, y casos *mixtos*, que quizás necesiten otros principios limitadores). Se debe tener presente esta restricción del alcance del fallo.

Los siguientes comentarios se restringirán a dos puntos, uno sobre el método que usa la Corte —método sano en opinión del autor—, y otro sobre el resultado menos convincente.

- a) La Corte aborda ampliamente el principio constitucional de la protección a la diversidad cultural, consagrada en la Constitución colombiana en los artículos 10, 70, 171 y 176, entre otros. Con toda justificación alega que, para determinar el contenido de este principio, hay que tomar en consideración que los elementos sociales conforman una cultura, o mejor dicho, una etnia. Luego de tratar dos condiciones —una subjetiva (la auto identificación) y una objetiva (características objetivas tales como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas)— se deduce «como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por tanto, la de minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía». Una conclusión feliz con fundamento en un razonamiento antropológico sano. De esta forma se evita la práctica común, pero nefasta, de evaluar una decisión local directamente a la luz de una lista de derechos humanos y otros principios básicos del orden legal nacional. Entre esta lista de derechos y la evaluación de la decisión local, según la Corte, se interpone el peso del principio de la maximización de la autonomía indígena. Cualquier que sea el resultado de examen de la decisión local, el método es sano. Este fallo colombiano conforma el primero en todo el mundo en que se muestra este método. Su difusión a gran escala puede ayudar a ampliar las experiencias en otros ordenamientos con pluralismo jurídico.
- b) El segundo punto se refiere al resultado, particularmente al método de buscar principios a través de los cuales se pueda determinar «cuáles son los límites que la Constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades indígenas» al juzgar la conducta de uno de sus miembros. Hay que determinar estos principios antes de poder comprobar, en el caso objeto de revisión, si fueron sobrepasados estos límites.

El método es escrutar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos adoptados por el Estado de Colombia, que además cuenten con un amplio sustento internacional. De este escrutinio, según la Corte, se deducen tres principios intangibles: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Aunque en la tutela se alegó por ejemplo tortura durante la semana en el calabozo, la Corte no hizo caso de esta alegación.

Aparte de estos derechos humanos *clásicos*, la Corte reconstruyó otro principio limitativo, con fundamento en el Artículo 246 de la Constitución que reconoce la autonomía indígena de dictar justicia, salvaguardando la legalidad en el procedimiento, la legalidad de los delitos y de las penas. Aceptado este principio, se deducen varios principios más concretos. Uno es el del debido proceso, parte del cual es un derecho de defensa. Otra vez, a la luz de las tesis del acusado, invocando este principio, la Corte repitió su punto de partida bien sano: «dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta».

Con fundamento en un razonamiento antropológico, la Corte no concedió tutela por violación del derecho al debido proceso, a una defensa, etcétera. Pero, según la Corte, el principio de la legalidad conduce también a la exigencia de que las actuaciones de las autoridades sean previsibles.

El acusado tiene que tener «un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades». Lo que era previsible para el actor, dice la Corte, después de citar estudios antropológicos sobre el ordenamiento jurídico de la comunidad, es que se impusiera una sanción de alrededor de tres años de trabajo forzado dentro de la comunidad y de cepo. Así era la práctica. La otra opción bien conocida por todos era la remisión de un caso a la justicia ordinaria. Pero nunca se podría prever la imposición de una sanción completamente extraña a su ordenamiento jurídico: «una pena privativa de la libertad que debía cumplir en una cárcel *blanca*».

No es que la Corte juzgue que la duración imprevisible de la pena en sí ya signifique una violación del principio de la legalidad, «ya que la duración de la sanción sí puede ser objeto de modificaciones, según las costumbres de la comunidad». Hace énfasis en la previsibilidad del tipo de pena. De acuerdo con esto, la Corte decidió conceder tutela (restringiéndose al asunto del tipo de pena) y le otorgó a la comunidad la facultad de decidir «si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales o si, por el contrario prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria».

Otra vez la Corte obra con prudencia y claramente está tratando de respetar en lo posible la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos (expresión que se usa en el fallo mismo). Pero no parece convincente la idea de que la Constitución colombiana consagre el principio de la legalidad en este sentido. La frase del artículo 246 C, «las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos», hace referencia a la existencia del derecho indígena, es decir, a un orden social típico que se manifiesta, entre otras, en maneras más o menos constantes de concebir, tipificar y definir actos que deben ser reprimidos colectivamente (*delitos*) así como maneras más o menos constantes de procesarlos. En otras palabras, el artículo simplemente dice: se reconoce el derecho indígena. Desde este punto de vista hay que subrayar que no es el elemento de constancia o durabilidad lo que es decisivo, simplemente se reconoce la cuestión de la existencia de un derecho indígena.

No obstante hay que considerar un caso límite, como es aquel en el cual hay tanta variedad de prácticas jurisdiccionales que hacen prácticamente imposible identificar las prácticas de mantenimiento del orden jurídico. De igual manera, no siempre es fácil identificar qué prácticas sociales conforman el derecho indígena. Se abre acá el debate sobre los fenómenos que cuentan como indicadores de esta existencia.

El artículo 246 C se refiere a esta existencia del derecho indígena y basta. Esta fórmula al efecto se encuentra en otras constituciones, así como en muchas leyes. Con esta fórmula el constituyente no indica principios limitadores, sino solamente indica que las normas y los procedimientos son los de la comunidad involucrada. Podríamos levantar la cuestión de cómo afirmar que cualquier tipo de normas y procedimientos es *propio*. Faltando procedimientos formales de emitir normas, tenemos que dejar la respuesta a la comunidad misma. No hay otra solución. La comunidad misma es una entidad dinámica. Quizás quieren modificar sus normas y prácticas de manera abrupta, hasta adaptarse a principios y tipos de pena no indígenas. ¿Quién juzgaría si este cambio se basa en el deseo genuino común o sólo expresa políticas partidarias de la elite local? Parece prudente, por ejemplo, que la Corte no entre en la cuestión de si una pena de duración más larga que de costumbre justifica una intervención.

La conclusión es que a partir del artículo 246 C no se puede deducir nada en cuanto al tipo del principio de la legalidad. Pero es concebible que una Corte opine que la autonomía de las autoridades locales indígenas no debe extenderse sin límites (salvo los tres derechos humanos intangibles). Ninguna autoridad de ninguna parte de la sociedad, libre y caprichosamente, puede desviarse de sus políticas estándares. En las sociedades de tipo occidental el principio de la no-arbitrariedad de las decisiones públicas es de conocimiento general. No cabe espacio para profundizar en este principio ni para discutir su aplicabilidad en sistemas de reglas

federativas. Pero obviamente, con esto introducimos una categoría de límites, de principios limitadores, menos universales que los derechos del tipo que prohíben la tortura y el derecho a la vida.

Estos principios no quedan consagrados claramente en la Constitución y aunque fuera el caso, simplemente no formarían parte de la lista de principios limitadores a la autonomía indígena. Entonces, se necesita un razonamiento muy especial para sustentar la vigencia de este principio de la legalidad, en el sentido ya restringido que asumió la Corte.

La conclusión del tratamiento del caso colombiano es que la tutela, tal y como se practica por la Corte, tiene rasgos muy positivos. No hay que comprobar simplemente los actos locales a la luz de una gran fila de principios supuestamente universales o por lo menos básicos dentro del orden legal nacional. Y los principios y las normas nacionales posiblemente no son ajenos a la práctica local. Cabe subrayar el gran valor constitucional de la autonomía indígena y luego balancearlo contra unos cuantos intereses individuales transcendentales, y por lo demás se debe dejar en paz la normatividad indígena.

También —en este caso— se manifiesta un elemento débil, el de *inventar* sin sustento propio un principio presuntamente básico de *legalidad* de los actos públicos de autoridad del resguardo. Aunque el resultado complace, no ocurre lo mismo con el fundamento en el que se basa.

Terminando el tema, cabe preguntarse ¿qué tipo de Corte puede actuar respetando el principio de autonomía del derecho de los pueblos indígenas?, o ¿de qué tipo debe ser el tribunal o la Corte que tenga por cargo dirimir conflictos de competencia entre dos o más sistemas de derecho, que no simplemente tienen una relación de subordinación pero se equivalen en su validez? Dejar la tarea en manos de los juzgados ordinarios no es una solución muy satisfactoria. Los jueces ordinarios no suelen interesarse mucho en sistemas de derecho que desconocen. Entonces, mejor instituir un juzgado especial. Ya la Corte Constitucional de Colombia ha avanzado en la dirección de una Corte especial de este tipo. No obstante, una estructura legal verdaderamente pluralista e igualitaria exige una entidad que pueda contar con la confianza de todas las comunidades involucradas. El nombramiento de jueces debe organizarse de tal manera que también expertos indígenas puedan entrar en la Corte, o por lo menos que personas de afuera pero de confianza para las comunidades indígenas participen en las sesiones y decisiones de estas instancias judiciales. Todo esto sin desmedro de una gran calidad profesional jurídica.

5. Derecho civil, tenencia de tierra y recursos comunales en el orden legal nacional

Ya que la tierra con sus recursos constituye un conjunto de elementos de importancia vital para la vida social indígena, tenemos que prestar atención especial al régimen de derecho local pertinente. Se hará dentro de un reclamo más amplio. Como dicen los autores del informe *La Amazonia: economía indígena y mercado* de 1996: «Los pueblos indígenas no pueden alcanzar un desarrollo propio si no tienen control colectivo sobre su territorio y sus recursos». La lucha por este control ha venido marcando todos los movimientos indígenas en los últimos quince años. Ahora, suponiendo la disposición de los grupos sociales dominantes a otorgar un grado de control del territorio y los recursos —por lo menos de los renovables— a comunidades locales, se discutirán maneras de concertar los dos derechos de *propiedad*.

Para entrar en el tema tenemos que conocer con mayor profundidad los rasgos de este derecho indígena referentes a la tenencia de tierra, al uso de los recursos naturales y de otros recursos, y tratar de revisar su congruencia, comprender sus sentidos y posibles formas de concertación respecto a las formas positivas del derecho civil preponderantes en la sociedad. Varias preguntas surgen al respecto: ¿cómo se concierta este derecho con los conceptos de propiedad, usufructo, prenda, alienabilidad, etcétera, del orden legal dominante de índole occidental que manifiesta principios y valores completamente diferentes? Las maneras de concertación que se pueden incluir en el caso de que no haya reconocimiento formal ¿favorecen o bloquean un desarrollo propio y genuino de las instituciones indígenas, particularmente de aquellas que regulan su economía?

Cada pueblo indígena tiene su derecho civil. El término *civil* se presta a una confusión grave. Dentro del mismo sistema de tenencia de recursos se encuentran reglas que designan a las autoridades una función de control y distribución de recursos, función que, en países occidentales, se encargaría a una autoridad pública.

Este derecho civil precisamente no tiene *código*, pero funciona como un sistema de derecho, en el sentido expuesto antes.

Se pueden estudiar las normas, los conceptos, valores y procedimientos a través de los cuales se otorgan derechos a la comunidad indígena sobre el control, uso, aprovechamiento o la administración de los recursos naturales ubicados en su territorio, bien para que dichas facultades las ejerzan miembros de la propia comunidad o personas extrañas. Hay que diferenciar entre varios tipos de recursos: el monte alrededor de la comunidad, los frutales, las chacras, el agua, las zonas con plantas medicinales y recursos minerales, entre otros. Se deben estudiar las maneras en que se distribuyen los ingresos o los productos de las chacras, de la

caza o de la pesca. Se puede estudiar cómo está regulada la herencia, las normas y los procedimientos para resolver conflictos sobre linderos; también las reglas mediante las cuales se regulan asuntos como la compra-venta de tierras o recursos, el préstamo y otros.

Existe por otro lado el derecho indígena familiar y personal. Hasta la fecha solamente en unos países se transparenta un reconocimiento formal de la validez y obligatoriedad de este derecho. Los decretos supremos que instituyen territorios indígenas en Bolivia (la Ley INRA1615) así como la nueva Ley Forestal, se refieren a este derecho: «La distribución y redistribución para el uso y aprovechamiento individual y familiar al interior de las tierras comunitarias de origen y comunales tituladas colectivamente se regirán por las reglas de la comunidad, de acuerdo a sus normas y costumbres».

Asimismo, los cabildos indígenas colombianos se autogobiernan con su propio derecho civil. En Canadá, el James Bay and Northern Quebec Agreement otorga plena validez al sistema comunal de tenencia de recursos de los Crees y los Inuit. En la Costa Atlántica de Nicaragua, el sistema de autonomía también reconoce el derecho civil local. Por supuesto, en muchas comunidades se aplican reglas propias en cuanto al acceso, la distribución, el usufructo, etc., de las tierras y otros recursos. Pero hablamos de un reconocimiento formal, ordenado además por el Convenio 169 de la OIT y ley nacional en algunos países.

Aunque hay algunos ejemplos de tipos (modestos) de reconocimiento, hace falta por un lado un conocimiento amplio de los rasgos de la tenencia de tierra y de los recursos comunales y, por otro, una reflexión profunda sobre la manera de concertar la vigencia de este derecho con la vigencia de reglas y conceptos civiles en el derecho nacional. ¿Cómo reconocer el otro concepto de propiedad? Así se pondría la cuestión central en una forma sumaria. Claro que el término de propiedad no conviene a los intereses de las colectividades indígenas.

Lamentablemente son escasos los estudios realizados para conocer mejor estos sistemas de derecho. No obstante, están los supervisados por Miguel Chase-Sardi en Paraguay, editados por Cerec y Gaia (1992 y 1993), el libro de Alberto Wray y otros (1993), los libros e informes de los antropólogos del Instituto Colombiano de Antropología (Perafán y otros), el trabajo de Urteaga (1992), de Mayén en Guatemala, así como el de Cordero de Durand (1995).

No es fácil armonizar y vincular dos o más sistemas de derecho en cuanto a la disposición de recursos ni evaluar si la coordinación existente impide o favorece un desarrollo genuino económico e institucional de las comunidades involucradas.

¹⁶ Ley del servicio nacional de reforma agraria (Ley 1715 de 18 de octubre de 1996). Gaceta oficial de Bolivia, año XXXVI, N° 1954, La Paz.

Antes de enumerar unas experiencias neurálgicas al respecto, será útil precisar una vez más el aparato conceptual, esta vez referente a la tenencia de tierra comunal.

Lo que resumí antes sobre un derecho civil indígena apunta a la existencia social de un sistema de distribución de derechos y privilegios en torno a la tierra y los recursos. Generalmente este sistema se denomina régimen social de propiedad, o propiedad como fenómeno social. *Propiedad* en este sentido no tiene nada que ver con el concepto excesivamente individualista de la propiedad generalmente elaborado en la jurisprudencia occidental de tradición europea continental o anglosajona, por lo que es mejor evitar el término *propiedad*. Es preferible denominar estos fenómenos como régimen social de disposición de bienes importantes.

Cada régimen social de disposición de bienes importantes incluye: un conjunto de reglas, principios, procedimientos de decisión y de solución de conflictos que determinan quiénes tienen control y acceso legítimo a los medios de supervivencia y a los medios de producción. Igualmente, determinan cómo se pueden adquirir y transferir estos recursos por vía de herencia, asignación (atribución), intercambio o trueque, compra y venta u otras formas de ceder el uso o disfrute (y otras funciones) de los recursos (así F. von Benda-Beckmann 1995).

Hemos caracterizado este régimen de disposición como una institución social. Cada sociedad, tanto la occidental como la del otro tipo, tiene tal institución. Prevalece en comunidades indígenas y generalmente en comunidades campesinas un régimen con rasgos específicos: la tenencia de tierra y recursos es comunal. En inglés se propone el término *community based* (Bruce 1996, Lynch y Talbott 1995).

La tenencia de tierra comunal como institución social conforma un régimen social de disposición de bienes importantes que, en cuanto a tierra y recursos naturales, definen derechos de control socio-políticos (*públicos*) conferidos a las autoridades de la comunidad así como derechos de uso, transferencia, etcétera (*privados*) en manos de grupos (familia, clan, linaje, otras corporaciones) e individuos. (M. Colchester 1995: 6).

Tiene las características siguientes:

- a) Se fundamenta en la visión de que los intereses de la comunidad prevalecen sobre los intereses individuales. No son negados los derechos individuales. Sin embargo, este régimen no es tan individualista como el de Occidente, que parte de una importancia grande del concepto de propiedad privada.

- b) Se funda en el concepto de territorio implicando una relación especial entre, por un lado, la comunidad y sus miembros y, por otro, la tierra y los demás recursos. La cosmovisión imperante define la identidad de los miembros de la comunidad de tal manera que incluye una relación de guardián del medio ambiente.
- c) Se sienta en la inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de la tierra. Este principio excluye una transformación total de elementos del territorio en bienes mercantiles.

El principio reto de este concepto es la comunidad entera y sus necesidades. Las obligaciones y los derechos de cada uno se ejercen bajo la suposición de que sirven no sólo a los intereses individuales o familiares sino también a los intereses comunes. Funcionan a la larga como un conjunto de bienes «embargados con una hipoteca social». No existe la teoría jurisprudencial de que las obligaciones morales de los individuos deben especificarse de antemano en reglas formales bien detalladas. No implica en absoluto el acceso libre a los recursos.

Existen recursos como la tierra con vocación agropecuaria que están controlados y manejados bajo este régimen. También existen recursos como el agua o el bosque agreste que conforman objeto de propiedad común, es decir, propiedad en manos de un grupo sin mostrar elementos de derechos de familias, corporaciones o particulares.

Con Bruce (1996), hay que distinguir esta propiedad común que no es semejante a, si no suele formar parte de, un sistema de tenencia de tierra comunal. Bruce define la propiedad como el derecho a la tierra —y a otros— recursos conferido a un grupo, pero con el límite de que sobre tales recursos no pueden ejercerse derechos de dominio individual, pues por su naturaleza estos recursos no pueden ser divididos fácilmente entre particulares (como el agua, la fauna o los peces), o que al dividirse, conllevan costos bastante altos. Por tanto, la posesión de la tierra y de sus recursos, en el contexto de las comunidades indígenas, implica sólo un sistema de tenencia comunal.

Muchas veces se definen recursos de este tipo como recursos de cuyo uso no se excluye fácilmente a las personas. Tampoco es un régimen de libre acceso. Al contrario, la comunidad normalmente excluye a foráneos del uso y disfrute de estos recursos y solamente los acepta bajo condiciones muy especiales. Internamente se encuentran definidas reglas sobre el orden y los usos permitidos de los recursos colectivos por parte de los integrantes de la comunidad.

La convivencia entre sistemas de disposición de bienes

Teniendo en cuenta los conceptos previos se abordarán unos puntos neurálgicos sobre la convivencia entre pueblos que mantienen esta institución de tenencia de tierra comunal y la sociedad circundante con instituciones distintas y muchas veces opresivas. He aquí dos casos diferentes.

Por un lado se discute la cuestión de qué sucederá con una comunidad con tenencia de recursos comunal en el caso de que no se le reconozca su derecho o se haga tal reconocimiento de manera precaria. La modernidad de ayer reclamó la abolición y opresión total de estos sistemas *colectivos*. Autoridades nacionales muchas veces han sumergido a estos pueblos en una situación de desprotección, anulando sus instituciones y abriendo espacios para reemplazarlas por títulos de propiedad individual occidental. Aún en situaciones en las que se han otorgado ciertos títulos a las comunidades, éstos estuvieron restringidos, por ejemplo, a pequeñas parcelas, y otros se entregaron a manos privadas, condiciones que «casi, con seguridad, conducirán a un empobrecimiento de la economía del dueño de la parcela, de la economía local y de la propia cultura indígena» (Amazonia 1996: 272).

Hasta la fecha élites nacionales que se plantean maneras de reparar la falta absoluta de derechos territoriales indígenas suelen encontrar soluciones dañosas al asunto, cortando un territorio ancestral en parcelas individuales limitadas y declarando todo el resto del territorio como propiedad pública, de dominio estatal. Aunque estas decisiones contravienen directamente el Convenio 169 de la OIT, ley nacional en algunos países, permite estas prácticas hasta la fecha. Ya se señalaron países en que un neoliberalismo radical conlleva la abolición de todos o muchos sistemas de tenencia comunal quitándole el carácter de inalienabilidad como ocurre en Perú con la tierra y en Chile con el agua.

Por otro lado, surge la preocupación sobre las condiciones favorables a un desarrollo genuino económico, en el caso de comunidades indígenas que quieren comercializar sus productos o bienes al mercado nacional o internacional.

Entre las condiciones básicas se halla la del reconocimiento del derecho indígena a complementar los vacíos jurídicos, estableciendo *reglas federales* para solucionar los conflictos entre los dos derechos. También se necesita plasmar legalmente nuevas figuras jurídicas que permitan —por lo menos formalmente— una vinculación armónica.

Solamente si hay reconocimiento de gran parte de los conceptos, las normas y los procedimientos locales indígenas, se abre la posibilidad de que actores indígenas que se relacionan con el mundo de afuera no sean forzados a organizarse en formas legales ajenas o a someterse a normas que desconocen o que implícitamente desprecian a sus propios conceptos y normas. El hecho de tener que adaptarse a un

sistema de derecho ajeno suele producir desventajas enormes para las comunidades indígenas. De esta manera suelen imponerse condiciones de desigualdad grave entre ellos y los demás.

Por ejemplo, surge el problema de cómo encontrar formas jurídicas que cubran empresas y regímenes de tenencia comunal basados en esos conceptos. La ley nacional sobre la libertad de asociación u otros semejantes, no suele abarcar este tipo especial de estructuras de cooperación colectiva. Una mezcla de disposiciones legales esparcidas aquí y allá supone el riesgo de una existencia legal muy frágil de la recién nacida entidad cooperativa. Entonces existe la necesidad de que se promulguen estatutos especiales para otras asociaciones, para asuntos acerca de la responsabilidad, y para estructuras en favor de la toma de decisiones. Sólo cuando existen tales estatutos especiales para la representación y la organización locales, estas organizaciones pueden evadir la tendencia de los juzgados del derecho comercial convencionales de forzar estas *curiosas* entidades cooperativas en el molde del derecho civil vigente (compárese Alberto Wray 1993: 56/57). Particularmente Bruce (1996) trató con gran profundidad este tema.

Asombrosamente, en el valioso informe *Amazonia: economía indígena y mercado* (Coica y Oxfam América 1996) no se menciona esta condición institucional. En este informe que se basa en estudios de casos de empresas e iniciativas de comercialización por parte de comunidades de la Amazonia, se plantean ampliamente las condiciones básicas para mejorar las oportunidades y para el éxito de estas iniciativas. Son iniciativas que se dirigen al mercado nacional e internacional. La mayoría de las observaciones se encaminan a factores micro y macroeconómicos del tipo capacidad de gestión empresarial, ejecución de un estudio de diagnóstico y planificación, disponibilidad de recursos y capital, rotación del capital, condiciones del mercado nacional y global, y otros por el estilo. También se trata de la viabilidad sociocultural y ecológica de las iniciativas, así como de la viabilidad política. Dentro de este último marco están mencionados dos problemas que merecen atención por su carácter jurídico.

El problema de obtener capital ajeno (crédito) cuya obtención conlleva grandes dificultades ya que normalmente no existe una solución sencilla en cuanto a cómo ofrecer una prenda aceptable como garantía del préstamo. Bancos agrarios suelen negar las condiciones de las comunidades indígenas y no aceptan otras formas de crédito a las conocidas. Así nos informa un representante de RAAN (Nicaragua) sobre las políticas nefastas del Banco Nacional (Simposio Indolatinoamericano 1995, «Sigue la mentalidad colonizadora», p. 18).

La solución estándar, la hipoteca, conduce a la pérdida de tierra y no es apta para las necesidades locales. Además, el reconocimiento formal de una «propiedad colectiva» indígena entrañaría en muchos casos, que ésta sería inalienable y no arrendable, y tampoco podría servir de fianza, lo cual es conforme a los deseos y

las necesidades de la comunidad de quedarse con su territorio. De esta manera, el territorio queda aislado de la vida económica de la sociedad, factor favorable para el mantenimiento de la relación vital con el territorio, pero a la vez factor negativo si las comunidades quieren ir más allá de una economía de subsistencia vinculándose con la sociedad entera.

Pero hay maneras de superar este obstáculo. El informe sobre la Amazonia no profundiza en las soluciones, aunque sí sugiere preguntas y posibilidades:

- Formas de crédito especializadas, a lo mejor, proporcionadas por el Fondo Indígena.
- Prevé un papel para las ONG para que inventen «arreglos innovadores o novedosos» (Amazonia 1996: 252).

Dicho informe sobre la Amazonia desilusiona un tanto pues, aparte de ser muy completo y valioso, no evalúa algunos arreglos innovadores que ya han sido puestos en práctica. De todos modos se necesitan urgentemente estudios sobre estas experiencias de arreglos de ofrecer prendas que no arriesguen el control de los recursos de la comunidad.

Otra manera de reconocer dentro del orden jurídico nacional las finanzas creadas conforme al derecho indígena fue abordada en el informe de Raúl Arango sobre una nueva Ley de Tierra boliviana (Arango 1994).

Una —y únicamente una— de las posibilidades estriba en facilitar una forma de arrendamiento de la tierra bajo el control de una asamblea general de la comunidad, poniendo a disposición la cosecha como fianza para conseguir un préstamo.

Otro de los problemas que se vislumbra en este contexto es el de seguridad de recursos y sistemas de tenencia de tierra. En el informe *Amazonia: economía indígena y mercado*, esta discusión enfoca la necesidad de tener el título de un territorio vasto, sin el cual no hay una base para un desarrollo económico sostenible en sentido ecológico. Ya se explicó que sin título solamente los pueblos muy aislados pueden sobrevivir. Los demás serán arrinconados cada vez más a un territorio pobre con la constante amenaza de ser privados de sus derechos. Nadie esperaría una economía sostenible bajo estas condiciones. Eso dice el informe, con toda razón.

Pero hay otro tema que no aborda. En la literatura sobre el desarrollo siempre surge el debate sobre estímulos necesarios para arrancar un desarrollo económico. La seguridad de la tenencia de tierra siempre cuenta entre las condiciones primarias para tal propósito. Normalmente, hasta hace poco se equiparaba al reclamo de otorgar títulos privados occidentales, ahora los expertos han cambiado sus consejos. Como ya se expuso, la seguridad de disposición de recursos y de los

frutos de una actividad económica se garantiza también mediante sistemas de tenencia de tierra comunal con tal de que éstos tengan un espacio garantizado para su funcionamiento y no sean marginados.

En este sentido son políticas muy negativas (en términos del fomento de una autonomía genuina indígena) las que conllevan la abolición de *propiedad* comunal y del carácter de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras comunitarias de origen (Perú, Chile, México entre otros). Afortunadamente, en unos países se avanza en otra dirección más positiva en cuanto al pluralismo jurídico y en cuanto a condiciones favorables para un desarrollo genuino.

El rumbo más positivo en este sentido, sin duda alguna, es hacia la adopción de «un nuevo tipo de propiedad, diferente al concepto romanista de propiedad privada», que tiene su lugar dentro de otros conceptos de *propiedad* privada, pública, de patrimonio y otras (Arango 1994: 35). Sin esta renovación del código civil nacional imperante, esquemas de otorgar derechos especiales a comunidades o pueblos enteros fracasarán muy probablemente debido a la resistencia de jueces y abogados, y por mera ignorancia.

6. Derecho administrativo: formas de participar en las políticas nacionales

El asunto de que se puede colocar dentro del ámbito, no muy preciso del derecho administrativo la cuestión de organizar sistemas de participación de las comunidades y de los pueblos locales en la elaboración de políticas provinciales y nacionales y en la ejecución de las políticas nacionales, resulta también problemático.

Especialmente la participación en temas de sanidad y educación, pero también en el manejo de los recursos naturales, en el marco del derecho internacional, encarnado en, entre otras, el Convenio 169 de la OIT, y en otros esquemas nacionales para la devolución de competencias estatales a las comunidades indígenas, ha sido contemplada a través de mecanismos de coparticipación que conceden facilidades consultivas o codecisivas a los cuerpos locales participantes en los circuitos políticos encargados de formular políticas. El interrogante entonces es si los órganos comunes (u otras entidades sociales políticamente distintas que disponen de una base jurídica) creados para la toma de decisiones aumentan las posibilidades para una nueva cooperación entre el Estado y los pueblos indígenas.

Dicha pregunta es el título de un informe del autor en el que analiza la evidencia empírica de los efectos positivos y negativos de determinadas maneras para implementar tales órganos, y se pregunta en qué medida tales órganos fomentan o entorpecen la autonomía local (Hoekema, 1994).

Particularmente la malograda vinculación entre los racionales conocimientos profesionales nacionales de estilo occidental y los conocimientos locales derivados de otras fuentes y contruidos según métodos y principios diferentes, plantea problemas arduos. Amenaza con reducir la participación local a un nivel donde funcione meramente como medio apropiado para una elaboración más eficaz de la política nacional.

Suponiendo que se otorgue el derecho de coparticipar en las decisiones sobre la gestión de ciertos sistemas de salud, educación y justicia, entonces ¿cómo organizar una verdadera influencia de la gente local en la definición de sus propias necesidades y en el manejo de los fondos y de la infraestructura pertinente? Un autor canadiense, Robert C. Depew, ha tratado este tema ampliamente en *First Nations Organizations: an Analytical Framework* (Informe para el Ministerio Canadiense de Asuntos Indios y Desarrollo del Norte, julio 1994).

A partir de las experiencias en Canadá, este autor plantea por ejemplo que en estos sistemas de coparticipación no existe verdadera influencia indígena. Si sólo se decide sobre los planes operativos sin, al mismo tiempo, influenciar en las decisiones *políticas*, es decir las decisiones sobre la composición personal de la autoridad máxima y sobre las políticas generales incluyendo el presupuesto anual, la coparticipación no significa una influencia decisiva.

Se aplican estas tesis a un asunto urgente, el asunto de cómo combinar los estatutos de un territorio: como territorio indígena y al mismo tiempo parque nacional o área protegida. Semejante situación se produce en Bolivia, en el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure (Tipnis) entre otros. En Honduras también se debate mucho esta combinación y no se espera un gran beneficio para los habitantes, en estos casos «reconocen derechos pero a la vez abren espacio para apropiarse de los recursos naturales de los Pueblos Indígenas» (Simposio Indolatinoamericano 1995: 58).

Este problema tiene rasgos generales que se dan en muchos países. Aunque en la Cumbre de Río de Janeiro ha sido reconocido por primera vez el papel importante de los pueblos indígenas en la conservación de la naturaleza, en la práctica de las relaciones políticas-legales no se han desarrollado sistemas de planificación y manejo de la biodiversidad en que los habitantes indígenas tengan una voz influyente y hasta decisiva.

Es fácil imaginar conflictos en cuanto al *uso racional* de los recursos, a asuntos de ecoturismo, a la conservación de la biodiversidad, a la comercialización de algunas especies de madera. También se pueden imaginar opiniones muy diferentes acerca de las condiciones bajo las cuales se permita introducir en un área protegida la explotación o la exploración minera, las obras viales y similares. ¿Quién decidirá sobre estos asuntos? Es posible, por ejemplo, que un Ministerio de Desarrollo

Sostenible y Medio Ambiente (así se llama en Bolivia) pierda la pelea política entre los intereses de desarrollo económico y los de la conservación de la biodiversidad. Supongamos que se concede el ingreso de petroleros, o el otorgamiento de concesiones forestales en un parque nacional a empresas de afuera, sean nacionales o internacionales, entonces ¿qué competencia queda en manos del gobierno indígena para poder contrarrestar esta decisión?

Un sistema de coparticipación igualitaria sería una meta razonable. Pero es sabido que no hay coparticipación seria sin reconocimiento previo de la autoridad plena del gobierno de un territorio —con derecho a vetar planes de manejo y de impuestos unilateralmente tomados por el Ministerio—. (Este sistema debería completarse con un sistema de arbitraje por personas neutras en el caso que no se llegue a un consenso.)

Algunos anteproyectos de leyes o marcos normativos adoptados por países suramericanos han establecido el deber de las autoridades estatales de integrar a los habitantes de un área protegida, un parque nacional, etc., en la gestión y fiscalización de los planes generales de manejo. Sin embargo, estos tipos de reglamentación suponen varias desventajas graves:

- No especifican de qué tipo de derecho se trata (ser consultado o participar en la toma de decisiones);
- Ni sobre qué asuntos (¿solamente asuntos de ejecución y gestión dentro del marco de los programas elaborados y promulgados por otras autoridades?);
- No ofrecen garantías legales y políticas que permitan a las autoridades locales influir en la toma de decisiones desde una posición equitativa, desde una posición firme e igual a la de los demás participantes.

7. Observación final

Aunque ni la lucha social ni el desarrollo del derecho internacional han producido resultados definitivos en cuanto al problema de un reconocimiento pleno de una jurisdicción indígena plena, es hora de dedicarse de manera sostenida, coordinada y durable a estudiar las experiencias que varios pueblos indígenas ya tienen con la articulación de dos o más sistemas de autoridad, derecho, instituciones sociales y cultura.

Esta articulación, claro está, se manifiesta en primer lugar en el nivel de las actitudes y los encuentros diarios entre personas de las varias comunidades del

país. En segundo lugar, se desarrolla donde se ejercen prácticas sociales y culturales que mantienen una convivencia pacífica entre varias comunidades. Pero para relaciones más durables y estables se necesita la introducción de modelos políticos y legales que instituyan nuevas relaciones. Lo que pasa en torno al autogobierno en los ámbitos de vida social mencionados arriba, solamente sirve como ejemplo de las piedras en el camino hacia un pluralismo jurídico formal igualitario.

Aparte de las luchas sociales adaptadas a la situación concreta de cada territorio y país, es preciso producir, comparar e intercambiar las experiencias con las muy diversas maneras de concertar el derecho y la autoridad indígena con el nacional. Por tanto, se ha querido abordar el tema de la evaluación de varios sistemas políticos y legales que dotan de un grado determinado de *autonomía* a ciertas comunidades indígenas. Para esta finalidad se ha abordado el concepto de autonomía, aunque fuera sólo para contrastar descentralización del Estado y autonomía política. Un intercambio intenso de este tipo de experiencias, dentro de un cuadro comparativo, servirá para contribuir a una reestructuración de las relaciones sociales de una sociedad y de su estructura estatal abriendo espacios para una convivencia verdadera entre los varios componentes relativamente distintos de esa sociedad.

8. Bibliografía

- Acosta, M. L. 1996. "La comunidad de Awastingni demanda a Nicaragua ante la OEA." *Revista del Caribe Nicaragüense*, Junio-Septiembre 1996, 24-36.
- . 1996. *Amazonía: economía indígena y mercado: los desafíos del desarrollo autónomo*. Quito, Coica: Oxfam América.
- Anaya, S. J. and S. T. Crider. 1996. "Indigenous Peoples, The Environment, and Commercial Forestry in Developing Countries: The Case of Awas Tingi, Nicaragua." *Human Rights Quarterly* 18, 345-368.
- Angarita, C. et al, eds. 1995. *Derecho, etnias y ecología*. Santafé de Bogotá: Presidencia de la República – Colciencias.
- Arango Ochoa, R. 1994. *Reforma de la Constitución Política de Bolivia en relación con los Pueblos Indígenas. Propuesta de Articulado sobre Comunidades de Pueblos Indígenas para el Anteproyecto de Ley de Tierras*. Informe de Misión. Santafé de Bogotá: Organización Internacional del Trabajo.

- Assies, W., G. van der Haar and A. J. Hoekema, eds. 2000. *The Challenge of Diversity. Indigenous peoples and reform of the State in Latin America*. Amsterdam: Thela Publishers.
- Benda-Beckmann, F. von. 1995. "Anthropological Approaches to Property Law and Economics." *European Journal of Law and Economics* 2, 309-337.
- Bruce, J. W. 1996. *Legal Bases for the Management of Forests Resources as Common Property*. Land Tenure Center and Department of Forestry, University of Wisconsin-Madison, S. J.
- Butt, P. and R. Eagleson. 1993. *MABO - What the High Court Said*. Sydney: The Federation Press.
- Castro Lucic, M. 1996. *Water, rights and culture in the Andes of north of Chile. An approach from juridic anthropology*. Paper presented at the Conference of the Commission on Folk Law and Legal Pluralism. Accra, Ghana.
- Cerec, Gaia Foundation. 1992. *Derechos territoriales indígenas y ecología*. Bogotá, Londres.
- . 1993. *Reconocimiento y demarcación de territorios indígenas en la Amazonia*. Bogotá, Londres.
- Chase-Sardi, M. 1987. *Derecho consuetudinario chamacoco*. Asunción: RP Ediciones.
- . 1990. *El derecho consuetudinario indígena y su bibliografía antropológica en el Paraguay*, Asunción, Paraguay. Biblioteca Paraguaya de Antropología. Asunción: Universidad Católica.
- . 1992. *El precio de la sangre. Tugüy Ñeë Repy. Estudio de la cultura y el control social entre los Avá-Guaraní*. Biblioteca Paraguaya de Antropología. Asunción: Universidad Católica.
- Chenaut, V. y M. T. Sierra, eds. 1995. *Pueblos indígenas ante el derecho*. México: Ciesas, Cemca.
- Chico, R. 1994. *Una expresión de pluralismo jurídico*. Cochabamba: Centro de Asesoramiento Legal y Desarrollo Social.
- Cleaver, K. M. 1993. *A Strategy to Develop Agriculture in Sub-Saharan Africa and a Focus for the World Bank*. Washington, D.C.: The World Bank Technical Paper No. 203.

- Coama. 1996. *Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*. Memorias del Seminario Internacional de Expertos sobre Régimen Constitucional y Pueblos Indígenas en países de Latinoamérica. Villa de Leyva, Colombia, July 17-22, 1996.
- Colchester, M. 1995. "Some dilemmas in asserting indigenous intellectual property rights." *Indigenous Affairs* 4, 5-8.
- Cordero Avendaño de Durand, C. 1995 [1977]. *Contribución al estudio del derecho consuetudinario Triqui*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- . 1996. *El derecho consuetudinario*. Mexico: Colloquium on Indigenous Peoples Rights organized by the Congress of the Union and the Federal Government in Oaxaca, February 16-18, 1995.
- Correas, O. 1994. "La Teoría General del Derecho frente al derecho indígena." *Crítica Jurídica* 14, 15-32.
- Depew, R. C. 1994. *First Nations Organizations: An Analytic Framework*. Ottawa, Ontario: Department of Indian Affairs and Northern Development.
- Gómez, M. 1995. *Derechos indígenas: lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*. Xochimilco, México: Instituto Nacional Indigenista.
- Hoekema, A. J. 1996. *Algunas reflexiones sobre modernidad y el derecho de hoy, o cómo instituir un pluralismo legal*. Amsterdam: Universidad de Amsterdam, Facultad de Derecho, Depto. de Sociología y Antropología del Derecho.
- . 1994. "Do joint decision-making boards enhance chances for a new partnership between the state and indigenous peoples?" In *Indigenous Peoples' Experiences with Self-government*, edited by Assies, W. J. and A. J. Hoekema, 177-194. Copenhagen: IWGIA.
- . 1995. *Imágenes de autonomía: documentación audiovisual de experiencias con la autonomía de los pueblos indígenas. Los logros y fracasos en cuanto al reconocimiento de autonomía a los pueblos indígenas bolivianos*. Amsterdam: Universidad de Amsterdam, Facultad de Derecho, Departamento Sociología y Antropología del Derecho.
- Höland, A. 1993. "Évolution du droit en Europe centrale et orientale: assiste-t-on à una renaissance du Law and Development?" *Droit et Société* 25, 467-488.

- Iturralde, D. and E. Krotz, comps. 1996. *Desarrollo indígena: pobreza, democracia y sustentabilidad*. Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, La Paz.
- Lynch, O. J. and K. Talbott. 1995. *Balancing acts: Community-based Forest Management and National Law in Asia and the Pacific*. Baltimore: World Resource Institute.
- Marinissen, J. 1995. *Legislación boliviana y pueblos indígenas: Inventario y análisis en la perspectiva de las demandas indígenas*. Santa Cruz: SNV-Cejis.
- Mayen, G. 1995. *Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*. Ciudad de Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales.
- McLachlan, C. 1988. "The recognition of aboriginal customary law: pluralism beyond the colonial paradigm." *International and comparative Law Quarterly* 37, 368-386.
- Ordóñez Cifuentes, J. E. R. 1996. *La cuestión étnico-nacional y derechos humanos: El etnocidio, los problemas de la definición conceptual*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Perafán Simmonds, C. C. 1995. *Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule*. Santafé de Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología - Colcultura.
- Perafán Simmonds, C. C. et al. 1996. *Sistemas jurídicos Tukano, Chami, Guambiano y Sikuani*. Bogotá: Colciencias - Ican.
- Roldán, R. 1996. "Anotaciones sobre la legalidad y reconocimiento de los derechos territoriales indígenas en los países amazónicos." In *Informe del seminario de expertos sobre las experiencias prácticas con respecto a los derechos y reivindicaciones relativos a tierras indígenas*. United Nations. Document E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/6/Add. 1, 1996, 25-37.
- Sánchez Botero, E., ed. 1992. *Antropología jurídica*. Santafé de Bogotá: Sociedad Antropológica de Colombia.
- . 1998. *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho.

- Servicios del Pueblo Mixe A.C. 1995. Contribuciones a la discusión sobre “Autonomía y derecho indígena”, Simposio Indolatinoamericano. October 23-27, 1995, Jaltepec de Candayoc, Mixe.
- Shipton, P. 1988. “The Kenyan Land Tenure Reform: Misunderstandings in the public creation of private property.” In *Land and Society in Contemporary Africa*, edited by Downs, R. E. and S. P. Reyna, 91-135. Hanover and London: University Press of New England.
- Sierra, M. T. 1995. “Indian Rights and Customary Law in Mexico: A study of the Nahuas in the Sierra de Puebla.” *Law & Society Review* 29 (2): 227-254.
- Simposio Indolatinoamericano 1995. *Derecho Indígena y Autonomía*. October 23-27, 1995. Jaltepec de Candayoc, Mixe, Oaxaca, México.
- Stavenhagen, R. and D. Iturralde, eds. 1990. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México.
- Tamanaha, B. 1995. “An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law.” *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (4): 501-535.
- . 1993. “The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism.” *Journal of Law and Society* 20 (2): 192-217.
- Urteaga Crovetto, P. 1992. *El sistema jurídico y la cultura aborígen. El caso del grupo étnico Aguaruna del Alto Mayo*. Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Wray, A. et al. 1993. *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*. Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Zerner, C. 1994. “Through a green lense: the Construction of customary environmental law and community in Indonesia’s Maluku islands.” *Law & Society Review* 5: 1079-1122.

CUARTA PARTE

INTERLEGALIDAD, GOBERNANZA Y CONFLICTO

Forum Shopping y Shopping Forums: la resolución de conflictos entre los minangkabau de Sumatra Occidental, Indonesia*

Keebet von Benda-Beckmann**

1. Introducción

Son varias las instituciones que manejan conflictos en las aldeas minangkabau de Sumatra Occidental, Indonesia.¹ Algunas derivan su legitimación del *adat* —el sistema indígena minangkabau de normas y costumbres—,² y otras del sistema jurídico nacional estatal —antes colonial—. Las instituciones *adat* funcionan solo a nivel local, principalmente en las aldeas, aunque tienen presencia en zonas urbanas.

* **Texto original:** Benda-Beckmann, K. von. 1981. «Forum Shopping and Shopping Forums: Dispute Processing in a Minangkabau Village in West Sumatra». *Journal of Legal Pluralism* 19: 117-159.

* Quiero agradecer a Franz von Benda-Beckmann, John Griffiths, J.F. Holleman, Karen Portier, Emile van Rouveroy van Nieuwaal, Heran Slaats, Fons Srijbosch y Lynn Thomas por sus importantes comentarios. Por supuesto, mantengo la plena responsabilidad por este artículo. El trabajo de campo que sirvió de base a este artículo se llevó a cabo entre 1974 y 1975 en Sumatra Occidental, gracias a una beca otorgada por el *Stiftung Studienkreis für Internationale Begegnung und Auslands-studien*, y fue realizado junto a F. von Benda-Beckmann (véase F. von Benda-Beckmann 1979).

¹ En su estudio sobre los conflictos minangkabau, Nancy Tanner (1969, 1970, 1971) también prestó atención a la existencia de una «variedad de potenciales agentes y ordenamientos aptos para la resolución de disputas... [que proporcionan] un contexto en el que los litigantes pueden involucrarse en considerables maniobras y búsqueda de aliados como parte de sus estrategias de confrontación» (1969: 24). Sin embargo, ella analizó cómo los minangkabau usaban los tres cuerpos de normas sustantivas que tenían a su disposición, y no el tema que nos concierne en este artículo, que consiste en cómo la gente maniobra y busca aliados. Tanner explícitamente dejó esta cuestión abierta (1969: 67; véase también 1971: 97-99).

Para una visión general de las distintas instituciones legales en Indonesia véase Ter Haar (1948), Gautama y Hornick (1972) y Hooker (1975).

² Un significado más general de *adat* es cultura, en su sentido más amplio.

Algunas instituciones estatales también operan a nivel local, como la alcaldía, el Consejo de aldea y el representante de la Oficina de Asuntos Religiosos, mientras que otras actúan a nivel distrital como los tribunales estatales, los islámicos o la fiscalía. Además, otras como la policía y el agente ejercen su autoridad a nivel subdistrital. Esta superposición conduce, inevitablemente, a que se desaten conflictos entre ellas, aunque no todas posean competencias oficialmente delegadas sobre un mismo asunto. Así, los campos jurisdiccionales de estas instituciones se superponen, razón por lo cual los litigantes minangkabau pueden escoger entre ellos.

En analogía al Derecho Internacional Privado, me referiré en esta oportunidad al *forum shopping*, es decir, a la búsqueda de un foro por conveniencia, cuando los litigantes pueden escoger entre diferentes instituciones y basan su elección en el resultado que esperan del conflicto, al margen de que sus expectativas sean infundadas o genéricas.

Existe, sin embargo, el otro lado del problema. No solo las partes escogen foros, sino que las instituciones involucradas usan las controversias para sus propios fines, principalmente de política local. Estas instituciones y sus autoridades y operadores tienen muchas veces intereses distintos a los de las partes y usan el procesamiento de conflictos para perseguirlos. De modo que, junto a los litigantes que realizan el denominado *forum shopping*, o la búsqueda de foros por conveniencia, también existen *shopping forums*, o foros que buscan su conveniencia, preocupados por procesar y manipular controversias de las que esperan obtener ventaja política o eludir las pugnas que podrían amenazar sus intereses.³ De hecho, manipular conflictos parece ser el pasatiempo favorito de muchas autoridades en estos foros.

En este artículo describiré primero la variedad de instituciones que tienen algún rol en el procesamiento de conflictos en Minangkabau junto con un panorama etnográfico general. Luego ilustraré el proceso bilateral de búsqueda por conveniencia a través del estudio de un caso extendido, en el que detallo las ramificaciones sociales de un litigio puntual.

La jurisdicción de un foro depende, en principio, de la naturaleza de la controversia. No obstante, debido a que esta tiene varios aspectos, la manera en que se define puede ser un medio para fijar la jurisdicción y practicar el *forum shopping*, tanto para las partes como para las autoridades. Una vez que la jurisdicción queda establecida, los operadores compiten por promover su foro,

³ Para una descripción de elecciones estratégicas similares, véase Gulliver (1963) y (1973). Los litigantes Arusha escogían entre tres instituciones tradicionales: grupo de edad, composición y linaje. En el caso de los Minangkabau no existe una preferencia clara. Todo depende de la ocasión.

principalmente, con argumentos procesales. Explicaré por qué prefieren este tipo de argumento antes que debatir sobre cuestiones de fondo relacionadas al conflicto mismo, y sugeriré que esto se relaciona con la estructura sociopolítica y los principios de toma de decisión en la vida de la aldea. Otra cuestión que abordaré es si existen límites para la manipulación y el *forum shopping*. Aunque las instituciones de la aldea y sus autoridades se encuentran comprometidas de manera activa en el procesamiento de las controversias, raramente y con gran dificultad se consigue una solución final en este nivel institucional. No obstante, si estas se despreocupasen sistemáticamente de los intereses de las partes, al final los pobladores dejarían de solicitar sus servicios y la búsqueda de foros se detendría pronto. ¿Por qué entonces los pobladores todavía utilizan las instituciones de la aldea? Consideraré, en particular, el grado en el que los tribunales estatales funcionan como alternativa a las instituciones de la aldea y plantearé que esto es así solo hasta cierto punto. Los líderes de la aldea desempeñan un rol tan importante en los procedimientos judiciales que difícilmente pueden ser soslayados por las partes. Los tribunales estatales, con su interpretación del derecho *adat*, contribuyen a mantener el control y la manipulación de los conflictos que practican las autoridades de la aldea, y por lo tanto promueven el *forum shopping* y su manejo estratégico.

2. Información etnográfica general⁴

El pueblo Minangkabau de la costa occidental de Sumatra, Indonesia, suma aproximadamente tres millones de personas, de las cuales el 86% vive en aldeas.⁵ Habitan una zona predominantemente agrícola. El principal cultivo de subsistencia es el arroz, sembrado tanto en terrenos con riego como en secanos, mientras que el café, la canela, la nuez moscada y el ají son cultivos comerciales. Algunas aldeas se especializan en artesanías como el tejido, la confección de canastas, bordado, orfebrería o similares. En Bukit Hijau, donde llevé a cabo mi trabajo de campo, no había ninguna especialización, aunque algunos pobladores se dedicaban al comercio en pequeña escala y ciertas mujeres elaboraban canastas y bordados para

⁴ Sobre la historia de Minangkabau, véase Dobbin (1975, 1977), Josselin de Jong (1951, 1975), Joustra (1923), Rooij (1890), Westenek (1912, 1916, 1918a y b) y Willinick (1909). Se puede encontrar información de campo más reciente en F. von Benda-Beckmann (1979), Kahn (1975, 1976), Kato (1977), Mochtar Naim (1973, 1974), Scholtz (1977), Tanner (1969, 1970, 1971) y Thomas (1977). He cambiado el nombre de la aldea donde llevé a cabo la mayor parte de mi trabajo de campo por obvias razones.

⁵ Esto fue en 1974, cuando realicé mi trabajo de campo, cfr. F. von Benda-Beckmann (1979: 3). Durante los años sesenta esta figura era más o menos la misma, véase Tanner (1969: 21). Existen pocas razones para creer que esto haya cambiado en los últimos seis años.

la venta.⁶ La mayoría de aldeas tenían varios estanques de peces y, aunque el pescado es generalmente destinado al consumo familiar, también se vendía en poca cantidad.

La aldea o *nagari* es el nivel más bajo de la administración estatal. Usualmente comprende varios caseríos y a menudo tiene una población considerable. Bukit Hijau es una aldea bastante grande, con alrededor de diez mil habitantes. Pero el *nagari* es también una aldea-república en el sentido del *adat*. Fuera de la ocasional y poco rígida estructura de federaciones de aldeas (*lareh*), en el pasado fue la unidad territorial políticamente autónoma por excelencia.

2.1 Período precolonial

En tiempos precoloniales la vida de la aldea se regía por el *adat*. Y aunque los minangkabau se volvieron musulmanes en el siglo XVI, las normas del derecho islámico se aceptaban como estándares para las relaciones sociales y el comportamiento personal solo muy limitadamente (Taufik Abdullah 1966, Dobbin 1977). Además, el núcleo de la organización política y social minangkabau —el principio de descendencia matrilineal y el mantenimiento de la propiedad por grupos de descendencia matrilineal— no cambió con la influencia islámica.

Cada poblador se incorpora, sobre la base de la matrifiliación, en diversos grupos generalmente basados en la descendencia matrilineal. La unidad política y social básica en Bukit Hijau (véase el diagrama 1) se denomina *buah gadang*.⁷ Sus miembros comparten propiedad común heredada (*harato pusako*) —principalmente tierra— y son liderados por un *panghulu*. Se reconocen 100 cargos de *panghulus* de acuerdo al *adat* de la aldea, pero solo unos 20 se encuentran actualmente ocupados. Los *buah gadang* están agrupados en dos jerarquías de autoridad y toma de decisión, formando dos esferas de competencia sociopolítica. Primero, de acuerdo con el principio del *pusako* (herencia común matrilineal), los *buah gadang* se agrupan en los *suku pusako*, o simplemente *suku*, liderados por un *panghulu suku*. En Bukit Hijau hay nueve *suku pusako*. La membresía común *suku* presupone descendencia común matrilineal, aunque un ancestro común no siempre puede ser rastreado para todo *buah gadang* de un *suku pusako*. El *suku* es exógamo. Cuando

⁶ Dobbin (1977: 29) informa que Bukit Hijau solía ser famosa por la pólvora y por un tipo de canela aromática que se vendía a los barcos americanos desde más o menos 1790. Según refiere el mismo autor (1977: 30), varias fuentes como Nihuis (1824) y Korthals (1834) destacan la excepcional calidad del café de Bukit Hijau hacia inicios del siglo XIX. Pero esto había cambiado. Durante el período de nuestra investigación era extraña la siembra de café salvo para el consumo privado y, hasta donde conozco, había solo un huerto de canela sembrado solo uno o dos años antes de que llegáramos.

⁷ Otros términos usados en la literatura sobre Minangkabau referente a este grupo: *buah paruik*, *paruik*, *famil*, *kaum*. Cfr. F. von Benda-Beckmann (1979: 61), Josselin de Jong (1951: 49).

un *buah gadang* se extingue, otro dentro del *suku pusako* debería heredar la tierra y los títulos de las autoridades del linaje. El segundo principio de acuerdo al cual se agrupan los *buah gadang* es el *adat*, usado aquí en el sentido restringido de gobierno *nagari*. Estos grupos son denominados *hindu*, de los cuales existen doce en Bukit Hijau. La afiliación política *hindu* cruza las divisiones *pusako*. Cada *hindu* tiene tres autoridades: un *panghulu hindu*, que a la vez es *panghulu* de su propio *buah gadang*, un *juaro adat* que es un operador ejecutivo⁸ y un *anak mudo*, que es usado como mensajero entre aquellos cuya tarea es citar la leyenda de la aldea (*tambo*) en las ceremonias. En los niveles más bajos de autoridad, incluyendo el *buah gadang*, las dos esferas tienen encargados en común y no están separados. Estos son el *mamak* o jefe del sub linaje, y el *panghulu* o jefe del linaje. Sobre el nivel del *buah gadang* se dividen en dos jerarquías: la jerarquía del *suku pusako*, que se preocupa principalmente de la administración de las tierras y de los títulos de las autoridades del linaje, y la jerarquía *hindu adat*, que se ocupa del gobierno de la aldea.⁹

Además de las estructuras *adat* y *pusako*, hay una estructura pre colonial más en Bukit Hijau, que se basa en principios territoriales. Se trata de la estructura *buek* de los barrios,¹⁰ los cuales tienen sus propias regulaciones, *buek perbuatan*,¹¹ sobre instalaciones comunes, como el mantenimiento del *surau* —casas de solteros, convertidas luego en casas de oración— y ayuda mutua en asuntos cotidianos. Los representantes de cada sub linaje forman el *urang sabuek* que decide sobre los

⁸ El *juaro adat* es la autoridad *adat* responsable del orden en la aldea, a menudo se le comparaba con un general. Posiblemente en tiempos pre coloniales lideró guerras entre aldeas. Los *juaro adat* tienen su propio consejo, el *rapat juaro adat*. Durante mi investigación asistí a uno de sus encuentros y no me enteré de otro.

⁹ En teoría la situación es más compleja, cfr. F. von Benda-Beckmann (1979: 64). Para procedimientos de resolución de conflictos, los otros niveles ya no parecen cumplir función alguna. Por ello los he dejado fuera de mi diagrama.

¹⁰ La estructura *buek* antecede a la fundación del *nagari*, posiblemente es la forma más antigua de estructura supra *buah gadang*. Es probable que haya sido usada como la base para el sistema *sidang*, un intento por establecer una teocracia durante la era *Padri* a inicios del siglo XIX. Véase también Dobbin (1977: 30). Varios *buek* se unieron para formar un *sidang*, el centro del cual era la mezquita, al punto que sus responsables lo gobernaban. Con el paso del tiempo este sistema *sidang* fue «adatizado» e integrado en el sistema *adat*. Las autoridades *Angku* o *Tuangku* son consideradas ahora tanto *adat* como islámicas y usualmente dirigen los procesos de toma de decisión *buek*.

¹¹ El término *buek perbuatan* o *perbuatan* se emplea normalmente para las regulaciones, pero a veces para indicar el barrio mismo. *Umpuek* puede ser usado como un equivalente de *buek* o para denotar una parte del *buek*. La palabra *kampung* es a veces usada para referirse a un conglomerado de casas de mismo *suku pusako* y, en un sentido más amplio, como sinónimo de *umpuek* o *buek*. Cfr. F. y K. von Benda-Beckmann (1978: 12), F. von Benda-Beckmann (1979: 79). Aquí usaré simplemente el término barrio y cuando sea necesario, entre paréntesis, el término *minangkabau* usado para el caso específico.

asuntos del *buek*, requiriéndose la participación de todos sus miembros para tomar decisiones importantes.

Diagrama N° 1
Instituciones de resolución de conflictos en Minangkabau

Niveles de conflicto	Niveles de institución								
	Aldea			Sub Distrito		Distrito			
	Tipo de conflictos			Tipo de conflictos					
	Adat (en sentido estricto)	Pusako	Buek	Todo tipo de conflictos	Hacer problemas	Todo tipo de conflictos	Delitos	Demandas civiles o denuncias penales	
Nagari (aldea)	Consejo Adat (+ jefe)			Consejo de la aldea	Policía / Jefe militar	Funcionario del Sub Distrito	Fiscal público	Corte estatal	
Hindu / suku pusako	Panghulu hindu	Pahghulu suku	Buek (+angku)	Consejo de Sección de la Aldea (+ Jefe de la Sección de la Aldea)					
	Juaro adat (anak mudo)								
Buah gadang (linaje)	Panghulu								
Kaum (sub linaje)									
Tipo de institución:	Instituciones adat				Instituciones estatales				

La autoridad más alta para los tres sistemas es el Consejo Adat, que actualmente comprende a los representantes de los 12 *hindu*, sean *panghulu* o *juaro adat*.¹²

Dos principios yacen en el corazón del proceso de tomar decisiones entre los minangkabau, expresados en el siguiente proverbio *adat* (véase R. M. Dt. Rajo Panghulu 1971: 80):

Kamanakan barajo ka mamak
mamak barajo ka panghulu

¹² El *Angku* o *Tuangku* de cada *sidang* son a veces considerados miembros del Consejo Adat. En el caso descrito más adelante, sin embargo, el *Angku* definitivamente no era tratado como miembro. Cfr. F. and K. von Benda-Beckmann (1978: 12).

panghulu barajo ka mupakat
mupakat barajo kapado alua
alua barajo kapado mungkin dan patuik
patui dan mungkin barajo kapado bana
bana itulah nan manjadi rajo

Cuya traducción al español sería:

El kamanakan se somete al mamak
el mamak se somete al panghulu
el panghulu se somete al mupakat
el mupakat se somete al poder del razonamiento
el poder del razonamiento se somete a lo que es posible y apropiado
lo que es apropiado y posible se somete a la verdad
la máxima autoridad es la verdad [la que se vuelve rey]

Los principios tienen carácter jerárquico. En el proceso de toma de decisiones la gente se somete a su *mamak*, que a su vez se somete a su *panghulu*, tal como indican las dos primeras líneas del proverbio. De acuerdo a otro proverbio, las decisiones deben tomarse al nivel más bajo posible y, solo si eso no es posible, el asunto debe subir hasta que se vuelva una materia *nagari* y el Consejo Adat maneje el caso. «*Bajanjang naiek-- batanggo turun*»: debes subir y bajar la escalera. Pero las decisiones deben a su vez tener el consentimiento de todas las personas involucradas hasta el nivel más bajo. El *mamak* o *panghulu* del grupo donde se toma la decisión conduce las deliberaciones y el camino hacia el siguiente nivel, de ser necesario. Y en este punto, debe ser seguido por sus miembros. Complementando este principio jerárquico, para que cada decisión sea válida debe ser tomada unánimemente por todos los miembros de la institución que maneja el asunto. Siempre se requiere *mupakat* (véase F. von Benda-Beckmann 1979: 88). Más adelante retomaré estos principios.

2.2 Períodos colonial y post colonial

Bukit Hijau y su organización política recibieron influencia de la administración colonial desde inicios del siglo XIX, al igual que de los posteriores gobiernos nacional y provincial. Los Países Bajos, que habían establecido puestos de comercio en algunos lugares de la costa a mediados del siglo XVII, conquistaron la zona alta Padang, el centro de Minangkabau, entre 1822 y 1837. Las instituciones judiciales de las aldeas fueron reconocidas oficialmente por el gobierno holandés durante el primer período de la administración colonial.

Hasta la década del setenta del siglo XIX los delitos eran oficialmente juzgados por las autoridades *adat* (Kahn 1976: 86; Taufic Abdullah 1971: 6). Sin embargo, desde 1837 los administradores europeos manejaron los conflictos relacionados al

orden público, *politiekazen* (Couperus 1882: 64). Debido a que muchas disputas sobre tierras y herencias implicaban violencia, ejercieron una influencia considerable en la administración de justicia. De este modo, entre 1874 y 1935 la administración de justicia en la aldea no fue reconocida oficialmente, pese a que en la práctica nunca desapareció. En 1935 fue oficialmente restaurada, pero siempre era posible apelar a un tribunal estatal.¹³ Por lo tanto, la «justicia de la aldea», *dorpsjustitie*, se impartió por instituciones *adat* y por la administración local cuya composición ha atravesado diversos cambios antes y después de la independencia de Indonesia.¹⁴

La regulación provincial vigente durante nuestro trabajo de campo, SK GUB 015/GSB/1968, disponía un alcalde, *Wali Negeri*, nombrado por el jefe del distrito, un consejo de representantes, *Dewan Perwakilan Rakyat Nagary* (DPRN), electo mediante elecciones generales, y el Consejo de Aldea, *Kerapatan Nagari*, presidido por el alcalde. El DPRN fue derogado en 1975 y sus funciones fueron asumidas por el Consejo de Aldea, que pasó a asesorar al alcalde.¹⁵ La aldea se subdivide además en secciones de aldea, *orong*, cada una con un jefe de sección, *Wali Orong*, y un consejo de sección, con funciones similares a las del *buek*, concretamente en asuntos de vecindad. Las fronteras de estos dos tipos de barrios se superponen parcialmente y el jefe de sección usualmente es también un miembro importante del *buek*.

El Consejo de Aldea, presidido por el alcalde, cumple entre otras funciones la de órgano mediador, *hakim perdamaian*, en los conflictos. Para esta labor de mediación se divide en tres secciones: una sección *adat*, una religiosa y una general. En la práctica el alcalde decide todos los conflictos enviados al Consejo de aldea solamente con los jefes de sección. Estas disputas usualmente se refieren a cuestiones del *adat*, a veces no conectadas necesariamente con problemas de orden público.

¹³ Art. 3a, *Reglement op de Rechterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie in Nederlands Indie*, Staatsblad 1935 – 102.

¹⁴ El *Inlandse Gemeenteordonnantie Buitengewesten* de 1938 permitía al Consejo de la aldea, *perwakilan negeri*, regular e incluso imponer una detención de máximo tres días o multas de hasta 10 Hfl. Si había una corte *adat*, esta podía castigar de acuerdo al *adat*. Véase Sihobing y Sjamsulbahri 1975. Esta situación no cambió hasta después de la independencia. Hacia Maklumat 20 – 1946 se iban a llevar a cabo elecciones generales para elegir al gobierno *nagari*: el alcalde, *Wali Negeri*, y el consejo de representantes de la aldea, el *Dewan Perwakilan Nagari*. Durante el período Sukarno la administración provincial cambió las estructuras de gobierno de la aldea en varias oportunidades. A veces se escogían modelos que se basaban en principios occidentales. Véase Iskandar Kemal 1964.

¹⁵ *Surat Keterangan Gubernur Sumatera Barat* 155 y 156/GSB/1974.

El Consejo de aldea debía actuar supuestamente conforme al *adat* local, por ejemplo observando sus principios para tomar decisiones. En los hechos decidía los casos que le remitían más bien de manera autoritaria. Los asuntos sobre cuestiones religiosas son resueltos a menudo en las casas de oración por los líderes religiosos. El registrador de matrimonios, divorcios y matrimonios reiterados de la aldea (*Pembantu Pegawai Pencatat nikah Thalak Rujuk*, P3NTR) se encarga de los asuntos conyugales (F. von Benda-Beckmann 1979: 129). De acuerdo a la administración mantenida en el municipio de la aldea, el Consejo de aldea decide unos diez conflictos al año (véase la Tabla N° 1). Es imposible ponderar cuántos casos son manejados por el alcalde de manera informal.

El gobierno *adat* y los brazos locales de la administración estatal funcionan codo a codo. El poder de los líderes *adat* se ha debilitado en forma creciente y muchos cargos de *panghulu* se encuentran vacantes debido al decaimiento del prestigio del puesto y a las riñas al interior de los *buah gadang* entre sub linajes rivales.¹⁶ Sin embargo, las estructuras *adat* todavía existen y sus líderes aún tienen suficiente poder como para que la administración local no sea viable sin ellos. Por otro lado, las instituciones de la administración local, cuya mayoría de miembros por lo general también son líderes *adat* o islámicos, son lo suficientemente fuertes como para que el gobierno *adat* no pueda operar sin su cooperación.

Encima del nivel de la aldea hay todavía más instituciones a las que los litigantes minangkabau pueden presentar sus casos. Cada distrito en Sumatra Occidental, con 70 u 80 aldeas en su seno, tiene un juzgado, *Pengadilan Negeri*, que es el nivel más bajo en la estructura jerárquica del sistema judicial estatal. La apelación (*banding*) se mantiene como posibilidad ante la Corte Superior, *Pengadilan Tinggi*, en la ciudad de Padang y la casación (*Kasasi*) ante la Corte Suprema, *Mahkamah Agung*, en la ciudad de Jakarta.¹⁷ Los jueces son abogados que idealmente cuentan con el grado universitario completo, *Sarjana Hukum*. Los juzgados de menor jerarquía aún tienen varios jueces que solo cuentan con un grado administrativo técnico o primer grado de derecho, *Sarjana Muda*. En la universidad, los abogados se capacitan principalmente en el derecho nacional, de origen occidental. Cada estudiante debe seguir un curso sobre derecho *adat*, pero este no abarca más que algunos principios generales. Debido a que muchos jueces fueron a estudiar fuera de minangkabau, no recibieron capacitación en derecho *adat* minangkabau durante sus estudios universitarios. Sin embargo, la mayoría de ellos son étnicamente minangkabau y crecieron en Sumatra Occidental y por lo tanto fueron socializados ahí, aunque generalmente no en una aldea. De modo que tienen alguna noción del

¹⁶ Para un análisis de los cambios en la fuerza y autoridad del *panghulu* en el siglo XIX, bajo la influencia colonial, véase Taufk Abdullah (1971: 6) y Kahn (1975: 88 y ss). Sobre el rol de la autoridad del *panghulu* en el período pre-Pandi, véase Dobbin (1975: 80 y ss).

¹⁷ *Undang2 tentang ketentuan2 Pokok keuasaan Kehakiman*, ley N° 14 de 1970. Véase Damian y Hornick (1972), Hooker (1975) sobre el desarrollo del sistema judicial.

adat minangkabau y aprenden sobre derecho *adat* cuando actúan como jueces. Todos los jueces, incluyendo aquellos que no son minangkabau, hablan y entienden el idioma local con fluidez. El lenguaje hablado en los tribunales minangkabau es principalmente el minangkabau, pero el lenguaje escrito, incluyendo los registros tomados durante las sesiones en las que se habla el minangkabau, es indonesio o, a veces, una mezcla de ambos.

Tabla N° 1
Carga procesal, Consejo de Aldea, 1973-julio 1975*

Tipo de conflicto	N° casos	Relación entre las partes				Resultado		
		Intra linaje	FaB vs Ch	Barrio	Inter suku	Resuelto	No resuelto	No precisa
Sawah (campo húmedo de arroz)	12	10	0	1	1	5	6	1
Huerto	2	1	0	1	0	1	1	0
Estanque de peces	3	3	0	0	1	0	2	1
Surau (Casa de hombres)	1	1	0	0	0	0	1	0
Acuerdos sobre terrenos	4	3	1	0	0	2	1	1
Tierra Ulayat***	1	0	0	1	1	1	0	0
Wakaf (donación piadosa)	1	0	0	0	0	0	1	0
Impreciso	3	3	0	0	0	2	0	1
N° total de casos**	27	21	2	3	2	11	12	4

* El total de conflictos registrados fue de 22. El número real de conflictos manejados por el Consejo de la Aldea debe haber sido considerablemente mayor, considerando la cantidad de propuestas de solución. En 1973 el número más alto fue 13, pero solo se registraron 7 casos; en 1974 el número más alto fue de 10, pero solo se registraron 5 casos.

** Algunos conflictos implicaban más de un tópico, lo que explica la diferencia entre el número total de conflictos registrados (22) y el total de casos (27).

*** Tierra no pertenece al *pusako* de un *suku* particular, sino a la comunidad en su conjunto. Cf. F. von Benda-Beckmann (1979: 139 y ss).

Los expedientes de tres juzgados muestran que de todos los casos civiles, el 86% se decide conforme al derecho *adat*, el resto son demandas de bancos por deudas

pendientes, las que se deciden en base a las leyes estatales (véase la tabla 2, también F. von Benda-Beckmann 1979: 293). En estas condiciones, pocas veces se hace referencia al derecho escrito.¹⁸ Casi todos los casos en la esfera *adat* versan sobre tierras o casas de los linajes (casas construidas en dichas tierras). Por contraste, las pretensiones usualmente no involucran al derecho *adat*, excepto poquísimos casos de adopción y casos en que se pide ser declarado heredero forzoso o el *wali* de un niño.

Tabla N° 2

**Carga procesal según los archivos de los juzgados en
Bukittinggi (1968-1974), Batusangkar (1969-1974) y
Payakumbuh (1968-1974)**

A. Conflictos civiles (casos contenciosos)

	Bukittinggi	Batusangkar	Payakumbuh	Total
Tipo de conflicto				
Casa / Tienda	55	10	6	71
Tierra y/o pusako	157	114	61	332
Transacciones sobre la tierra	86	53	30	169
Otras transacciones	7	4	3	14
Gelar*	0	5	1	6
Pancaharian**	12	7	12	31
Herencia	59	31	24	114
Distribución (pembagian)	12	7	4	23
Divorcio	2	1	1	4
Deudas	68	16	18	102
Total***	272	141	86	499
Características de las partes				

¹⁸ Sin embargo, en zonas urbanas algunos principios del derecho holandés, como el principio de la *bona fide*, son ocasionalmente empleados en el juzgamiento. Estos son incorporados en el derecho *adat*, como un desarrollo moderno, en vez de ser usados en un contexto de derecho occidental. Véase F. von Benda-Beckmann (1979: 307).

Banco	47	12	12	71
Representado por el <i>mamak kepala waris</i>	100	110	47	257
Disposición sin juzgamiento final				
Arreglo amistoso	44	18	11	73
Desistimientos	39	27	4	70

* Derecho a usar un título particular

* Propiedad autoadquirida

*** Algunos casos involucraban más de una pretensión, lo que explica la diferencia entre el número total de casos y el total de las materias

Tabla N° 2 (continuación)

B. Peticiones (pemohonan) (casos no contenciosos)

	Bukittinggi	Batusangkar	Payakumbuh	Total
Tipo de conflicto				
Cambio de nombre	5	3	0	8
Adopción	16	2	3	21
Nacionalidad	7	0	1	8
Declaración como heredero / <i>wali</i>	29	25	10	64
Jubilación	3	31	13	47
Otro	4	5	14	23
Total*	65	44	33	142

* Algunos casos involucraban más de una cuestión, lo que explica la diferencia entre el número total de casos y el total de asuntos litigiosos

Debido a que muchos casos tienen algún grado de violencia, pueden presentarse ante los juzgados como demanda civil o como denuncia penal. En los casos penales el fiscal parece resolver conflictos extraoficialmente, aunque no sé con qué frecuencia lo hace. El derecho penal que se aplica oficialmente en los juzgados es el occidental, basado en el derecho penal francés u holandés.¹⁹ El derecho procesal es también occidental, modelado a partir del derecho holandés, pero con algunas simplificaciones y adaptaciones a la situación particular de Indonesia.²⁰

Los juzgados estatales no aplican el derecho islámico, lo que se deja a los tribunales religiosos, *Pengadilan Agama*, que principalmente manejan asuntos matrimoniales. Según mis observaciones, el 78% de carga de casos de estos tribunales está formado por demandas que solicitan declarar válido un matrimonio no registrado previamente. Muy pocos casos sobre propiedad eran decididos por los tribunales religiosos (véase F. von Benda-Beckmann 1979: 1928).²¹

Además de las cortes, hay otras autoridades estatales a las que los litigantes pueden recurrir: la policía, el comandante del ejército, la autoridad sub distrital y los oficiales de la Oficina de Asuntos Religiosos.

3. El estanque de peces de *Batu Panjang*

Quisiera ahora ilustrar las actividades de *forum shopping* y de *shopping forums* con un caso típico. He observado muchos otros ejemplos durante mi investigación. El que ahora presento no había concluido aún cuando dejé la aldea, pero el mismo hecho de que no se hubiera logrado ningún consenso hace que el caso sea representativo porque en las disputas aldeanas más comunes es muy difícil alcanzar el consenso para resolverlos, especialmente en el Consejo Adat pero también en los otros foros.

¹⁹ No incluí casos penales en mi investigación sistemática en las cortes estatales, sino que me concentré en las causas civiles, por lo que los dejaré fuera de mi análisis. Para consultar estadísticas referentes a la carga procesal en materia penal de un *Pengadilan Negeri*, véase Tanner (1971: 235 y ss).

²⁰ *Rechtsreglement Buitengewesten* de 1927. En otra publicación planeo abordar los problemas que surgen del dualismo entre el derecho procesal occidental y el derecho sustantivo *adat* en los juzgados civiles en Minangkabau. En uno de los tres juzgados estudiados los casos civiles eran normalmente manejados por una sala de tres jueces, aunque no es extraño que durante algunas sesiones solo uno o dos estuvieran presentes. Las otras dos cortes, más pequeñas, actuaban usualmente con un solo juez y apenas ocasionalmente con una sala de tres jueces. Estas últimas tuvieron varios jueces sin el grado de abogado requerido, mientras que la primera solo tuvo un juez sin dicho grado.

²¹ En los años 1960 entre un tercio y la mitad de la carga procesal estaba compuesta por casos de divorcio. Véase Tanner (1971: 230).

Un día Katik Basa²² y un joven pariente, Rajo Putiah, se acercaron al presidente del Consejo Adat y se quejaron de que el barrio les estaba aplicando el ostracismo. Ya no se sentían «como gente de Bukit Hijau, sino más bien como si fuesen extraños». Ocurría que en el barrio Batu Panjan había un conflicto sobre un estanque de peces que originalmente había pertenecido al sub linaje de Katik Basa. El barrio necesitaba dinero para reparar su casa de oración y había decidido que el estanque de Katik, que se ubicaba cerca a dicha casa de oración, debía ampliarse y que se debía vender los peces en beneficio del barrio. El estanque había sido de uso comunal desde 1950. Pero ahora el barrio lo quería para sí completamente para ampliarlo en una parte de los terrenos aledaños en los que el sub linaje de Katik Basa había plantado treinta árboles de plátano, dos de naranja y cuatro de clavo de olor. Dt. Andiko Rajo,²³ *panghulu* de un linaje diferente dentro del *suku pusako* de Katik Basa, había dado su consentimiento para la ampliación. Él se había sentido con autoridad para disponer del estanque debido a que el puesto de *panghulu* del linaje de Katik Basa estaba vacante y él era el *panghulu* emparentado más cercano. Pero Katik Basa se negó a cooperar debido a que él, como jefe de su sub linaje, no había sido formalmente consultado sobre el estanque.

Fue aparentemente por instigación de Dt. Andiko Rajo que el líder del barrio, Angku Duo,²⁴ fue a quejarse ante el alcalde por el comportamiento de Katik Basa. El alcalde sugirió que deberían acudir a la policía. El comisario del sub distrito encontró que se había configurado una violación del orden público y recluyó por tres noches a Katik Basa y Rajo Putiah. Fueron liberados bajo la promesa de que se abstendrían de generar más problemas. El comandante de la policía envió un oficio al alcalde, con copia al presidente del Consejo Adat, indicando que el problema debía ser manejado «dentro de la familia y de acuerdo al *adat* de la aldea». El alcalde, sin embargo, no entregó la copia al presidente del Consejo Adat, debido a que en su opinión el Consejo de aldea —es decir, él mismo— debía mediar en el conflicto. Pero el presidente del Consejo Adat, al ser también funcionario de informaciones del sub distrito, cuya oficina estaba al lado de la policía, se las ingenió para obtener una copia del oficio. Luego visitó a Dt. Rajo Panghulu, un *panghulu* mayor y muy respetado miembro del Consejo Adat, que a menudo actuaba como su consejero. En una reunión secreta, a la que se me permitió asistir, decidieron que el Consejo Adat debía manejar el caso. Dt. Rajo Panghulu sugirió que este devolviera el asunto al barrio para que lo solucione. Si no lo lograba, recién entonces el Consejo Adat debía intervenir.

²² He cambiado los nombres de los participantes y títulos por otros ficticios.

²³ El título de un *panghulu* consiste de al menos dos componentes: el título *Datuek* (Ind.: *Datuk*), generalmente abreviado como “Dt.”, que indica el cargo de líder de linaje (*panghulu* o *panongkek* [“asistente panghulu”]) y otro que pertenece al elenco de títulos que es propiedad del linaje.

²⁴ *Angku Duo* es un título (*gala*, Ind. *gelar*) y también es el término formal con el que uno debe dirigirse a alguien en ese cargo.

Un mes más tarde, nueve miembros del Consejo Adat sesionaron para decidir qué hacer. Hubo cierta discusión sobre el motivo de su reunión: ¿era porque se les había ordenado desde arriba o porque se les había pedido desde abajo? Para todos era claro que la razón para asumir el caso era que la policía le había solicitado que lo hiciera. Luego de esta aclaración se acordó que las partes fueran escuchadas. Una semana después hubo otra sesión en la que participaron Angku Duo y otro miembro del barrio, Malano Gadang, Katik Basa, el propietario del terreno adyacente al de Katik Basa al otro lado del estanque, dos *panghulu* de barrio, y el jefe de la sección, así como once miembros del consejo. Dt. Kuniang no asistió en esta oportunidad, «porque no se había entregado ninguna señal oficial»,²⁵ refiriéndose a la remisión formal a la jurisdicción del Consejo Adat. Él, por lo tanto, consideraba que el Consejo Adat no tenía jurisdicción sobre el caso. Los dos *panghulu* de barrio permanecieron durante toda la sesión y participaron libremente en las discusiones. A Angku Duo y su compañero, así como a Katik Basa y su vecino, se les pidió que salieran del lugar y volvieran por turnos para responder a las preguntas del Consejo.

Angku Duo y Malano Gadang fueron escuchados primero. Angku Duo se mantuvo en silencio la mayor parte del tiempo, mientras que Malano Gadang respondió las preguntas que les planteó el presidente. Declaró que habían tenido un problema por el estanque, pero que el barrio (*umpuek*) ya lo había solucionado. Presionado sobre el ostracismo alegado, negó que Katik Basa hubiera sido excluido del barrio (*buek perbuatan*).²⁶ Aunque este ya había intentado tres veces reunirse con Katik Basa, nunca se había presentado. Por lo tanto, aún no se había conseguido unanimidad sobre ninguna medida contra este. Malano Gadang también explicó por qué el barrio había acudido a la policía y señaló que esta había «devuelto el asunto al lugar de donde provino» (*kumbali kapado asa mulonyo*). Cuando el presidente preguntó a Malano Gadang qué había querido decir la policía con esto, él dudo y no logró dar una respuesta. Una breve discusión se encendió en el Consejo sobre el significado de «el lugar de donde provino». ¿Significaba «de vuelta a quien pertenecía el estanque cuando el conflicto empezó (*persengketaan*)» o «al inicio mismo»? Es decir, ¿se refería a la época en que Katik Basa intentó evitar la ampliación y por tanto quería decir que el estanque debía volver al barrio? ¿O quiso decir que el estanque debería ser para Katik Basa, debido a que le perteneció antes de que el barrio lo pidiera? Esta pregunta fue planteada muchas veces en el curso del proceso, pero nunca llegó a contestarse de manera unívoca.

La segunda persona en ser escuchada fue el jefe de sección, quien explicó que la policía había sido llamada debido a que Katik Basa había «hecho problemas» y que

²⁵ De acuerdo al *adat* las partes tienen que indicar su deseo expreso de someterse a la jurisdicción de una autoridad o institución *adat*, a nivel del linaje o superior, entregando una seña, *tando*.

²⁶ Véase la nota 11 sobre el significado de *umpuek* y *buek perbuatan*.

había regresado el asunto al barrio, el cual debía solucionarlo de un modo en que Katik Basa no sufriera ninguna desventaja:

- ¿Eso significa que el estanque ha sido retornado a Katik Basa?— preguntó el presidente del consejo.
- Sí... ¡No! —respondió el jefe de sección— El estanque ha sido transferido al barrio. Pero todavía es de propiedad de Katik Basa (*hak milik*).²⁷ El estanque ya había sido usado por el *kampung*,²⁸ por lo que el barrio dictó una regulación (*perbuatan*) transfiriendo el estanque del *kampung* al barrio.
- ¿Quién tomó el pescado y lo llevó a la casa de oración y quién recibió lo recaudado?— preguntó Dt. Rajo Panghulu, llevando este punto un poco más lejos.

Malano Gadang comenzó a explicar que el pescado había sido atrapado por los miembros del *suku* de Katik Basa, pero Dt. Putiah lo cortó y dijo:

- Si hay tres cocinas (en un *kampung*) todas deberían ser tomadas en cuenta. ¿Dejaste de lado a Katik Basa [cuándo tomaste la decisión]?
- Sí— respondió Malano Gadang, por lo que fue reprendido severamente.

No debieron haber excluido a Katik Basa, no si se trataba de pagar una compensación, menos aún para tomar decisiones. En un intento por aclarar el problema de los derechos que diversas personas tenían sobre el estanque, alguien planteó la pregunta de si el agua del estanque pertenece al dueño del mismo. Dt. Panghulu Rajo citó un proverbio, según el cual el agua pertenece al dueño de la tierra sobre la cual corre, pero algunos consideraban que el agua corriente era una materia distinta al agua de un estanque. Nadie realmente tomó en cuenta el argumento y la discusión derivó en un intercambio de comentarios y preguntas más generales, como alguien que preguntó por qué su pareja no estaba presente. Después de un momento, el presidente dio un nuevo impulso a la reunión al sugerir que Angku Duo, Malano Gadang y el jefe de sección habían proporcionado ya suficiente información. Angku Duo declaró enfáticamente que Katik Basa no había sido excluido por el barrio. Luego de dicha declaración final se le pidió a él y a su acompañante que se retirasen. Sin embargo, el jefe de sección permaneció en el lugar.

Katik Basa y Rajo Putiah habían entrado al cuarto mientras el jefe de sección estaba siendo interrogado y escucharon en silencio la discusión. El presidente los

²⁷ La expresión usada aquí era *hak milik*, un término general que significa «propiedad», utilizada usualmente por la administración pública y las cortes estatales, pero no con frecuencia por líderes *adat*. Véase F. von Benda Beckmann (1979: 351 y ss).

²⁸ El término *Kampung* se utilizaba aquí en el sentido de conglomerado de casas. *Vid supra* nota 11.

invitó a dar su versión de lo ocurrido y así lo hicieron. Según explicaron, el estanque y los peces pertenecían a su *suku pusako*. El barrio tenía un derecho a pedirlo, por supuesto, si necesitaba fondos para la casa de oración. Y era evidente que Katik Basa, como buen miembro del barrio, se encontraba preparado para cederlo. El punto no era si él no reconoció el derecho del barrio, sino que este no había procedido adecuadamente. Debía haberse realizado una sesión oficial (*sidang*), invitando oficialmente a todos los miembros del barrio (*diundang*). Aunque otros lo habían sido, este no era su caso por lo que no asistió a las reuniones. El barrio había tomado la decisión de ampliar el estanque sin él, pero con el consentimiento de Dt. Andiko Rajo. El problema era que este no tenía derecho a ello pues era de un linaje diferente. Cuando los peces fueron capturados y llevados a la casa de oración, Katik Basa no interfirió, pero cuando vinieron a ampliar su estanque trató de evitarlo. La gente llamó a la policía y lo detuvieron por varias noches. «Ahora, todo esto pasó antes de que el problema (*soal*) empezara», dijo. Mientras estuvo detenido, el barrio se había reunido para decidir excluirlo, aunque recién se enteró de ello cuando nadie fue a comer y beber con él cuando preparó una cena comunal después de su última cosecha.²⁹

Después de la declaración de Katik Basa la discusión giró alrededor de la pregunta de quién debía manejar el problema. Pronto quedó claro que los representantes del barrio se negaban a cooperar más en los procedimientos: no brindaban información útil, insistiendo en que el problema era un asunto barrial y que este podía manejarlo perfectamente bien. Dt. Andiko Rajo ni siquiera se había presentado a la reunión del consejo pues estuvo «enfermo», según dijo, lo que a menudo es señal de que uno prefiere no asistir —aunque también se suele decir que no se asiste por la lluvia—.

El Consejo Adat decidió que todavía no tenía suficiente información para decidir el caso y, por lo tanto, debía ir al barrio a dar un vistazo. El consejo se realizó una semana después, pero no asistieron todos los miembros, solo el presidente, Dt. Panghulu Rajo, dos *juaro adat*, Dt. Ketek, que era amigo del alcalde y probablemente había sido enviado por este para ver qué pasaba, y yo. Dt. Putiah, que había reprendido a Angku Duo por dejar de lado a Katik Basa y que en esa ocasión enfatizó que el Consejo Adat solo se había reunido debido a que la policía lo había ordenado así, no asistió «porque no podía caminar mucho», lo que era

²⁹ Katik Basa habla aquí como representante de su sub linaje. La comida es preparada por las mujeres de su sub linaje la noche anterior a la cosecha. Los hombres y los esposos de las mujeres ayudaron en cortar el arroz y realizar la trilla, un trabajo exclusivamente masculino. Las mujeres también cortan, ventilan y secan el arroz luego de que los hombres lo han trillado. La comida se sirve normalmente alrededor de las 11:30, cuando concluye la mayor parte de la trilla. Katik Basa podría o no haber participado en la cosecha. Su presencia o ausencia no era discutida y no era importante para el hecho en cuestión, debido a que él hablaba por su sub linaje como grupo. Si se hubiera pensado que podía ser excluido, su presencia hubiera sido poco probable.

aparentemente otra forma amable de decir que se sentía incómodo con la participación del Consejo Adat.

En Batu Panjang el pequeño grupo se dispersó. El presidente hizo un esbozo del estanque y las casas alrededor, mientras los demás conversaron con la gente que se encontraba allí. Katik Basa y Rajo Putiah, aunque estuvieron presentes, se mantuvieron en silencio la mayor parte del tiempo. Una de las razones para echar un vistazo al barrio era que Dt. Andiko Rajo había planteado en el ínterin que el estanque era propiedad *pusako* de su linaje. Pero luego retiró tal afirmación cuando quedó claro que la tierra de su linaje no estaba adyacente al estanque, por lo que su dicho resultó improbable.

Pero luego algo más ocurrió. Detrás de la pugna por el estanque de peces empezó a rondar otro conflicto sobre el cargo de *panghulu* del linaje al que Katik Basa pertenecía. Él, como jefe de su sub linaje, había planteado que le correspondía dicho cargo, pero otros linajes habían cuestionado esto, sin que se hubiera encontrado una solución. Katik Basa parecía haber usado el estanque de peces como un caso de prueba: aclarando los derechos de su sub linaje al estanque esperaba ampliar su reclamo hacia el cargo vacante de *panghulu*. Pero Dt. Andiko Rajo no estaba interesado en otro *panghulu* en su *suku*, pues mientras no lo hubiera él podía representar extraoficialmente al otro linaje, como había tratado de hacer en este caso. Todo esto se aclaró en las breves charlas que siempre son parte importante de los procedimientos de resolución de controversias. La información se reúne en conversaciones aparentemente no estructuradas, a menudo a través de intermediarios.

Después todos regresaron al municipio de la aldea donde se esperaba que el *panghulu* del barrio diera mayor información para poder encontrar una solución. Dt. Andiko Rajo no se presentó tampoco esta vez y el *panghulu* del barrio sabotó exitosamente la sesión. Ellos plantearon innumerables proverbios *adat*, pero ninguna información concreta. El presidente hizo lo que pudo para conseguir su cooperación, enfatizando que él «no quería respuestas [*jawab*] —que es lo que los juzgados estatales piden— sino simplemente información y explicaciones (*bahan, keterangan*)», y que «el Consejo Adat solo quería “dar consejo” (*memberi anjuran perdamaian*), mas no decidir». Pero fue en vano. Ellos simplemente eludieron cualquier pregunta, dando respuestas que no calzaban con lo preguntado. Dt. Malano, un *panghulu* de barrio, dijo:

- ¿Qué quieren? Tenemos el ingreso de Katik Basa [a la policía]. Mientras exista un asunto vinculado al *adat*, este será enviado al *hindu*.
- ¿Qué es lo que los miembros del barrio piensan del conflicto?— preguntó el presidente.
- Eso depende de ellos, no podemos decidir eso— respondió Dt. Malano.

- De acuerdo a nuestros hallazgos Katik Basa no parece haber sido excluido. ¿Qué hay sobre eso?— señaló Dt. Putiah, intentando obtener algo más de información sobre el ostracismo.

Ante esto, Dt. Indo Basa, un *panghulu* de barrio de un *suku pusako* distinto al de Katik Basa respondió:

- Es derecho y responsabilidad de Dt. Malano y Dt. Andiko mediar en ese asunto. Es su *suku*.

De manera gradual todos se fueron tranquilizando. Finalmente, Rajo Putiah, el pariente de Katik Basa, trajo té y plátano frito luego de lo cual Dt. Putiah intentó una vez más continuar con la discusión, pero sin éxito. El presidente puso fin a la sesión:

- Debido a que Dt. Andiko Rajo no está presente, no se puede esperar mayor información, me parece que deberíamos terminar ahora.

La solución final a la que el Consejo Adat llegó fue tan astuta como insustancial. Decidió que, debido a que el conflicto involucraba un asunto del barrio, debería «ser devuelto a su fuente (*kapado asa mulonyo*), para que se resuelva según las regulaciones del barrio, sin excluir a nadie». Al decidir esto formalmente, el Consejo Adat se lavó las manos. Claramente esto no resolvía nada y todo el mundo lo sabía. Cuando conversé sobre el caso con Dt. Panghulu Rajo, se rió y dijo que el caso no había sido resuelto aún, que todavía habría más líos, pero ese era problema del barrio. En efecto, la pugna todavía se mantenía en el aire cuando Franz y yo nos retiramos del lugar varios meses después.³⁰

4. Comentarios

Diversos aspectos del caso bajo análisis estaban estrechamente vinculados:

- a) El problema del cargo de *panghulu* en el linaje de Katik Basa. Esta disputa se mantenía en el nivel del linaje, pero eventualmente podía evolucionar hacia un conflicto en el que el *suku* tuviera jurisdicción.
- b) La cuestión brevemente planteada sobre la propiedad del estanque de peces era un asunto *pusako* que también involucraba al *suku*.
- c) La determinación del derecho del barrio a pedir el estanque, lo que era materia de este nivel de organización.

³⁰ Cuando visité Bukit Hijau en septiembre de 1980 Dt. Rajo Panghulu nos contó que el lío había concluido debido a que Katik Basa había fallecido dos años antes.

- d) La controversia sobre quién tenía que dar su consentimiento era también un tópico *pusako* y por lo tanto un problema *suku* finalmente.
- e) Cuando Katik Basa no cooperó con el barrio, este decidió (o no) excluirlo de sus actividades. Esto se convirtió en motivo de preocupación del Consejo Adat porque determinar si el barrio tenía justificación o no para hacerlo era una cuestión *adat*.
- f) Cualquier problema potencialmente grave es una eventualidad que involucra al alcalde y a la policía.

¿Cómo es que las partes escogían un foro entre estas instituciones? El barrio, a través de su representante Angku Duo, había participado desde un inicio en esta elección. Cuando Katik Basa no estuvo de acuerdo con el barrio, Angku Duo acudió al alcalde y la policía, actuando como parte. Pero cuando el Consejo Adat empezó a intervenir, el barrio compitió con este como una institución de resolución de conflictos, e intentó atraer nuevamente la controversia hacia su competencia. Sus miembros enfatizaron que el estanque era parte de las instalaciones del barrio. Usaban cualquier argumento disponible que buscara establecer que el Consejo Adat no tenía jurisdicción y observaban que por su parte ellos no trataban de usurpar la jurisdicción de otros. No daban ninguna información sobre el asunto *hindu* o del *suku*, porque eso hubiera hecho pensar que querían asumir tales competencias. Así, los miembros del barrio se movieron de un lado a otro entre el rol de parte y el de foro competente.

El alcalde siguió el juego muy ingeniosamente al manejar el caso como si se tratase de alguien que «causa problemas», una cuestión de la que él y la policía se encargan. Él prácticamente ignoró los otros elementos del conflicto y se abstuvo de involucrarse más. Pese a que se rehusó a entregar la copia del oficio de la policía al Consejo Adat, asumiendo la postura de que el conflicto debería haber ido más bien al Consejo de la Aldea, en realidad no se esforzó por derivar el conflicto hacia este foro.

El comisario, que era nuevo en el puesto, estaba interesado en dar una buena impresión ante los líderes locales de la aldea. Mantuvo detenidos tres noches a Katik Basa y Rajo Putiah, para asegurarse de que se abstendrían de «causar problemas», pero no resolvió el caso, sino que lo remitió de vuelta a la aldea para que se resolviese conforme al *adat* local. De ese modo, se había mostrado como un buen guardián del orden público, por un lado, y, por otro, como una persona respetuosa del *adat* local en vez de un oficial de policía autoritario.

Katik Basa solo empezó su búsqueda de un foro de conveniencia cuando se enfrentó al barrio, al alcalde y a la policía. El *panghulu* más cercano en su *suku*, Dt.

Andiko Rajo, había tomado partido por el barrio, de modo que por ese lado no se podía esperar ninguna ayuda. Cuando se sintió excluido por el barrio, tuvo una buena razón para acudir ante el presidente del Consejo Adat, el principal opositor del alcalde en la política de la aldea, esperando conseguir su respaldo. El ostracismo es un asunto *adat* muy serio y el presidente lo asumió de inmediato, viendo una oportunidad para obtener un beneficio político frente al alcalde, que había ignorado el *adat* y había enviado a Angku Duo a la policía en lugar del Consejo Adat.

Dentro del Consejo Adat no existía una posición unívoca sobre si debía asumir o no el caso. Todos se daban cuenta de que la principal razón para hacerlo era el oficio de la policía. Esto fue enfatizado por varios miembros, mientras que el presidente y Dt. Panghulu Rajo enfatizaban el carácter *adat* de la controversia, proporcionando por tanto una base *adat* para que el consejo se involucrara. Un miembro se abstuvo desde la primera sesión pues era muy amigo del alcalde y también presidente de la sección *adat* del Consejo de la Aldea. Según él, el Consejo Adat no tenía nada que ver en el asunto, debido a que no se le había entregado ninguna señal oficial, por lo que el barrio debía manejar el conflicto tal como lo había indicado la policía.

Hasta ahí, la búsqueda mutua de conveniencia entre foros y litigantes (el *forum shopping* y los *shopping forums*) se había desarrollado sobre todo en base a términos de jurisdicción. Todos los involucrados se preocupaban por enfatizar este aspecto del conflicto que justificaba la participación de un foro en lugar de otro. Pero una vez que la jurisdicción fue asumida, la competencia entre operadores se expresó en términos diferentes. Todo lo que hacía un agente era escudriñado, cada error anotado. Esto en sí mismo no es muy notable, pero sí el tipo de crítica empleada en esta contienda: los argumentos se referían al proceso *adat* y difícilmente a normas de derecho sustantivo. Por ejemplo:

Katik Basa le dijo a los representantes del barrio: «Claro que pueden tener mi estanque de peces, pero deben pedirlo apropiadamente».

El presidente del Consejo Adat reprochó al alcalde por aconsejar al barrio que acudiera a la policía, pues consideraba que esto iba contra el *adat*.

El anciano Dt. Putiah criticó severamente al barrio por haber excluido a Katik Basa de las discusiones.

Cuando se discutió el ostracismo en el Consejo Adat, la gente del barrio dijo: «Aún no hemos tomado una decisión, porque Katik Basa no acudió a las reuniones. Su crítica [la de Dt. Putiah] no tiene fundamento».

Katik Basa no se había presentado a las reuniones del barrio porque no «sabía» de ellas. Obviamente que sí sabía, solo que no había sido invitado formalmente.³¹

El barrio criticó a Dt. Panghulu Rajo por acudir a Batu Panjang, debido a que ningún miembro de su *suku* vivía en el *buek* y por tanto no tenía nada que hacer ahí.³²

El alcalde reprendió al presidente del Consejo Adat por ir a Batu Panjang sin su consentimiento. Ni siquiera los jueces estatales podían hacerlo.

El alcalde también criticó al presidente por tratar de imponer su decisión personal, en vez de deliberar hasta alcanzar un consenso.

El Consejo Adat tomó una decisión procesal cuando reenvió el caso de regreso al *buek*. Dt. Kuniang incluso dijo que esto era más de lo que debía haber hecho pues no se le había entregado ninguna señal oficial que simbolice el sometimiento formal a la jurisdicción del Consejo.

Podría continuar brindando ejemplos, pero creo que el punto ha quedado suficientemente claro. Cuando se analiza y pondera el comportamiento de una autoridad o funcionario, esto suele hacerse en términos procesales, planteándose opiniones e interpretaciones muy detalladas. En cambio, las referencias al derecho sustantivo se hacen en forma de proverbios *adat*, los cuales normalmente tienen significados ambiguos, y como contraargumentos casi siempre se plantean interpretaciones distintas de los mismos proverbios. Por otro lado, los operadores parecen evitar cuidadosamente discutir las normas del derecho sustantivo. Solo en dos ocasiones durante la segunda sesión del Consejo Adat se empezó a desarrollar un debate puntual sobre el derecho sustantivo.

Por un lado, cuando el Consejo interrogó a los miembros del *buek*, les preguntó por hechos y se intentó analizarlos, pero sin adelantar ninguna opinión sobre los

³¹ La palabra *tahu* se usa para referirse solamente al conocimiento oficial, al reconocimiento formal. Debido a que, en opinión de Katik Basa, no había sido adecuadamente invitado a una sesión para la que se requería una participación formal, él dijo que no sabía de la reunión. No hay duda de que en realidad sí estaba al tanto de que esta se iba a producir porque en los barrios es muy difícil que estos eventos importantes se mantengan en secreto. Una invitación apropiada le hubiera sido entregada por el mismo Angku Duo, o por otro miembro importante del barrio, y con un discurso formal. En muchos procedimientos de los juzgados se puede encontrar la expresión de que algo se realizó «*tampa setahu dan seizin*», del demandante. Esto significa que el demandante no ha sabido algo de manera oficial y formal o no ha dado su consentimiento, al margen de que en los hechos sí estuviera al tanto. Los jueces tienden a tomar las palabras en su sentido general y quieren saber si en realidad el demandante sabía. Véase Logemann (1924: 129) y F. von Benda-Beckmann (1979: 193).

³² Este argumento también tiene se relaciona a la cuestión de la jurisdicción. El barrio dejó en claro que en su opinión se trataba de un asunto *suku* y no *adat*, y por lo tanto el Consejo Adat no tenía jurisdicción. Por eso no se esperaba que Dt. Panghulu Rajo, como miembro del Consejo Adat, viniese a Batu Panjang.

derechos sustantivos de las partes. Sin embargo, los miembros del *buek*, que en ese momento actuaban sin duda como partes, explicaron y justificaron su comportamiento en términos de derechos sustantivos. Según explicaron, debido a que el *buek* tenía derecho a exigir un estanque para propósitos comunales y que Katik Basa se había rehusado a cooperar, podían capturar los peces y ampliar el estanque sin su cooperación. Por un instante pareció que el Consejo Adat aceptaría dicho argumento, pero luego la discusión fue recortada. En un momento posterior de la sesión, los miembros del *buek* cambiaron roles, pasando de actuar como parte a actuar como institución y desde ese momento se negaron a exponer en términos de derecho sustantivo o incluso hablar sobre lo ocurrido. En cambio, plantearon todos los argumentos posibles para sostener que el Consejo Adat no debía involucrarse más. Al final de la sesión los dos *panghulu* que representaban al *buek* no mostraban la voluntad necesaria para discutir el conflicto apropiadamente. Dejaron claro que se consideraban un foro en contienda y no una parte del caso.

Por otro lado, el segundo episodio en el que se evaluó la conducta en términos de derecho sustantivo fue cuando el presidente de la sesión habló sobre los varios derechos que las personas y grupos involucrados tenían sobre el estanque. Pero la discusión cambió rápidamente de normas sustantivas a problemas procesales, tales como si todas las «cocinas» debían participar en el proceso de toma de decisión. Katik Basa, quien había invocado al Consejo Adat, estaba más interesado en que se analice el conflicto e insistió durante algún tiempo sobre sus derechos sustantivos, pero ningún operador o autoridad hizo suyo sus argumentos, mientras que las cuestiones procesales eran discutidas de forma muy elaborada.

Es poco probable que el análisis de los hechos del caso se hubiera producido sin que los participantes tuvieran ciertas normas sustantivas en mente. En realidad, estas normas eran conocidas por todos en general, al igual que las procesales. Sin embargo, el punto es que esas normas sustantivas no eran usadas abiertamente para evaluar los hechos y conductas, mientras que las normas procesales sí lo eran constantemente. Se citaban proverbios que contenían principios tanto de derecho sustantivo como de derecho procesal, pero se hacía con un propósito distinto. Cada vez que se les invocaba, la tensión bajaba y la amenaza de una confrontación abierta parecía desvanecerse. Todos podían estar de acuerdo en que tal o cual proverbio era referido en forma apropiada y que debía ser aplicado al caso particular, sin tener que estar de acuerdo o en desacuerdo con la interpretación de quien lo citaba. Estos principios eran bien conocidos y aceptados por todos en el nivel abstracto en el que se les presentaba. El desacuerdo aparecía en relación a la interpretación concreta y eso era evitado cuidadosamente. Citar proverbios tiene un efecto bastante tranquilizador, pues es una apelación al sentido de pertenencia conjunta, lo que es un cambio bienvenido frente a la tensión por la obvia desunión que genera el conflicto. También expresa una esperanza de que se pueda encontrar una solución, pese a lo profundo que pudiera ser el desacuerdo.

5. El procedimiento *adat* como marco para la política local

Para entender la preocupación sobre las normas procesales y la falta de voluntad para analizar normas sustantivas, debemos primero acercarnos a la organización política *adat* y la distribución de autoridad, respecto de la cual el procedimiento y la jurisdicción pueden considerarse como la dimensión jurídica. La organización política de una aldea minangkabau descansa sobre un balance delicado, cuyas escalas son los dos principios de toma de decisión que han sido mencionados anteriormente: decisión por unanimidad y liderazgo por autoridades jerárquicamente clasificadas.

El principio jerárquico brinda una cadena de autoridad investida en cargos. Las soluciones a los problemas deben encontrarse en el nivel más bajo de autoridad, y si no se encuentra una solución el caso debe subir, peldaño a peldaño, hasta resolverlo. En relación a los conflictos entre miembros de un linaje, sus autoridades *adat* actúan exclusivamente como foro de resolución y deben permanecer imparciales. Si no pueden solucionarlo, usualmente significa que una de las partes no está de acuerdo con su propuesta. Cuando el conflicto sube un nivel, la autoridad encontrará incentivos para favorecer a la parte que estará de acuerdo con su solución, aunque idealmente debería permanecer imparcial y simplemente llevar el problema ante un foro superior más inclusivo. Si las partes no pertenecen al mismo linaje, las autoridades y operadores de ambos linajes actúan como un foro de manera conjunta. Pero si el conflicto alcanza un grado superior más inclusivo, cada operador actuará como representante del miembro de su linaje, y por lo tanto como parte en sí mismo. Esta estructura dual de roles, con la posibilidad de cambiarlos —del cual el barrio de nuestro caso es un buen ejemplo— se halla implícito en la estructura del procedimiento *adat*.

El otro principio, el de la decisión por unanimidad, tiene un sentido igualitario y por tanto se cruza con el primero. Las decisiones deben tomarse en un proceso de deliberación conjunta que continúa hasta que se consigue la unanimidad.

Todos los participantes —sean miembros de un linaje o sub linaje, así como los representantes del *buah gadang* en un grado superior— tienen en principio igual voz. En la ideología minangkabau este principio se basa en el hecho de que los diferentes linajes fundaron originalmente el *nagari* sobre la base de la igualdad. Ningún linaje debería tener por tanto una posición más alta que otro.³³ Los problemas internos de los linajes, principalmente asuntos *pusako*, son propios de ellos. Las instituciones superiores del *adat* solo tienen la autoridad que los linajes les conceden. Es necesario fomentar un gobierno en común y las decisiones

³³ Esto es cierto para los linajes iniciales, no para los «recién llegados», que tienen un estatus en cierta forma inferior. Cf. F. von Benda-Beckmann (1979: 63-64).

solamente pueden tomarse con el consentimiento de los linajes involucrados —una demanda observada escrupulosamente cuando están en juego asuntos del linaje—.

Por lo tanto, la gente trataba de evitar el desarrollo de jerarquías absolutas; al menos, los linajes intentaban preservar su propia autonomía, la que también se aseguraba económicamente mediante la propiedad grupal. Se requería una organización más amplia, por supuesto, pero cuando las esferas de competencia sociopolítica eran diferentes y se confiaban a diferentes instituciones, estas se mantenían en un equilibrio más o menos igualitario aunque estuvieran estructuradas internamente de manera jerárquica. El Consejo Adat era la autoridad máxima, pero solo podía asumir jurisdicción después de que las autoridades inferiores habían tenido la posibilidad de resolver un problema, y cuando las partes oficialmente le habían presentado el caso entregándole una señal (*tando*), o un objeto de propiedad familiar, normalmente un anillo o un kris [daga indonesia]. A menos que ambas partes se hubieran presentado formalmente al Consejo, este no tenía competencia para manejar el caso. Si una parte continuaba rehusándose a remitir el caso al Consejo Adat, este podía eventualmente castigarlo con una especie de ostracismo.

El hecho de que los principios son comprensibles dentro del contexto tradicional minangkabau no explica por qué todavía la gente se adhiere a ellos. El gobierno colonial estableció un sistema de gobierno local basado en principios de autoridad *adat*, pero en un marco diferente. En efecto, restó autoridad política y jurisdiccional formal a los operadores del *adat*, restringiendo por tanto su esfera de influencia. También estableció tribunales estatales —lo que abordaré más adelante— otorgando a los pobladores un foro alternativo de resolución de conflictos. No obstante, esta restricción de la autoridad tradicional y la provisión de una alternativa no derivaron en una ruptura total de la jurisdicción *adat* porque esta se basaba principalmente en el parentesco, que a su vez se sustentaba en relaciones políticas y económicas. Por ello, los pobladores seguían ventilando sus disputas ante los operadores *adat* y no les importaba que estos no estuvieran oficialmente reconocidos por la administración local (véase Guyt 1934: 127).

Debido a que la administración colonial había asumido la mayoría de funciones de gobierno, el campo de acción de los líderes del *adat* se fue restringiendo cada vez más en materia de conflictos. Por lo tanto, manejarlos se convirtió en un instrumento importante en la lucha por el poder local. Debido a que el *adat* es la única fuente de legitimación del poder de estos líderes, no tenían otra opción más que continuamente repetir sus principios como base legal para su actividad y legitimación local. Esto no era difícil pues el principio de «deliberación colectiva hasta alcanzar un consenso» no había sido atacado desde fuera del sistema *adat* sino que, por el contrario, fue elevado por Sukarno como principio de la

democracia indonesia y forma parte importante de la ideología estatal.³⁴ Por lo tanto, los ideales nacionales de corte político y social no plantearon un cambio, sino que reforzaron los principios locales de toma de decisión para resolver contiendas. No quiero sugerir que el modo en que se toman las decisiones en las instituciones de la aldea no haya sufrido cambio alguno, pero estos cambios no afectan mi planteamiento de que la argumentación se lleva a cabo sobre todo en términos de jurisdicción y procedimiento.³⁵

Es en el campo de la resolución de conflictos que los líderes *adat* todavía ejercen poder. Por lo tanto, las disputas jurisdiccionales entre instituciones y autoridades son la expresión legal de la lucha por el poder.³⁶ Debido a los principios *adat* de toma de decisión y a que el poder se encuentra en cuestión, casi nunca las instituciones o funcionarios individuales tienen interés en discutir los conflictos a la luz de normas sustantivas. La razón es que interpretar normas sustantivas y aplicarlas a los hechos del caso se acerca mucho a imponer una opinión sobre cómo debe resolverse un caso,³⁷ y quien actúe así podría ser considerado autoritario. Además, debido a que la solución final es siempre resultado de una negociación en la que uno toma y otro da, y nunca una aplicación clara de normas definitivas, podría debilitar la posición negociadora de una autoridad u operador si este hiciera, de manera prematura, planteamientos sustantivos sobre una posible solución. Por ello, a cada autoridad le interesa asumir un punto de vista definitivo lo más tarde posible en el proceso de toma de decisión.

Es claro entonces que a los líderes *adat* no les interesa enfatizar normas sustantivas mientras que la contienda pueda conducirse en otros términos, sino que tienen muchas razones para escudriñar cuestiones procesales de manera minuciosa. Considerando el principio básico de que los criterios más importantes para que una decisión sea válida son la unanimidad y la representatividad, se vuelve crucial la observancia estricta de las normas procesales que los expresan. Criticar a otros en

³⁴ Van den Steenhoven (1973: 693), Kosnoe (1969), Damian y Hornick (1972: 498), F. y K. von Benda-Beckman (1980: 49), Hooker (1975: 296). El mismo principio de toma de decisión se conoce bajo diferentes términos en la mayoría de sociedades a lo largo de Indonesia. Bajo el de *musyawarah*, de origen árabe pero referente a una institución indonesia, se elevó a máxima de la ideología estatal con Sukarno, como uno de los elementos del *Panca Sila*, los cinco principios de la sociedad indonesia.

³⁵ Ter Haar informó ya en 1929 que los procedimientos en las instituciones superiores del *adat* estaban fuertemente influenciadas por los procedimientos de las cortes estatales (véase también K. y F. von Benda-Beckmann 1980: 139). Por ejemplo, las frases usadas por el presidente al inicio del interrogatorio a las partes eran literalmente las mismas que se emplean en las cortes estatales cuando se interrogan testigos. Por razones de espacio no puedo profundizar este asunto en el presente artículo.

³⁶ Este es el caso no solo entre operadores tradicionales sino también entre estos y el Consejo de la Aldea, que se reúne para mediar en los conflictos por el *Surat Keterangan Gubermur Sumatera Barat* 015/GSB/1968 y 115/GSB/1975.

³⁷ Véase Tanner (1971) sobre otros ejemplos de conflictos en Minangkabau.

términos procesales es una manera efectiva de competir por el poder. Por otro lado, esto también evita una abierta contienda por el poder, lo que violaría los dos principios de manera muy obvia. Uno protege sus propios intereses estructurales mientras que da la impresión de adherirse estrictamente a las tradiciones del estilo de vida minangkabau y sin comprometerse con alguna opinión sobre la contienda propiamente dicha. Para las autoridades y operadores que se encuentran en una posición ambigua, sea como parte en conflicto o institución con jurisdicción (por ejemplo los miembros del *buek* en nuestro caso), los argumentos procesales resultan particularmente atractivos porque dejan abierta la posibilidad de actuar posteriormente como foro. En cambio, quienes participan exclusivamente como partes, como Katik Basa, tienen poco interés en ampliar el análisis de los procedimientos, pues lo que quieren es una solución al problema. Pero debido a que es posible esperar distintas soluciones de los diferentes foros, estas personas deben participar en las discusiones sobre la jurisdicción y procedimiento para conseguir que la autoridad de su preferencia se involucre. Es por ello que Katik Basa enfatizó haber padecido ostracismo, pues de esa forma invocó y trató de radicar la jurisdicción del Consejo Adat, proporcionando a este fuero un argumento procesal contra la competencia que reclamaba el barrio.

Por lo tanto, el procesamiento de conflictos en la aldea minangkabau se caracteriza por la competencia por el poder entre los operadores involucrados y se lleva a cabo en términos de argumentos procesales y jurisdiccionales. Es importante notar que no solo hay competencia entre las instituciones o autoridades individuales, sino también dentro de las instituciones pues estas no son organizaciones homogéneas, como por ejemplo el Consejo Adat. Esto se debe en parte al hecho de que varios foros se superponen en cuanto a las personas. Así, algunos operadores son miembros del Consejo de la Aldea y también del Consejo Adat, otros son *panghulu suku* y también *panghulu hindu*. Debido a que solo un 20% de los *panghulu* están ocupados, es casi imposible evitar la superposición de su personal. El resultado es que dentro del Consejo Adat existen varias facciones, cada una centrada alrededor de una persona influyente, pero cambiando su composición exacta ante cada conflicto o incluso en cada sesión. En el caso del estanque de peces una facción estaba formada por Dt. Rajo Panghulu, junto con el presidente, mientras que otra consistía en Dt. Kuniang y Dt. Ketek, dos amigos del alcalde. Ninguno de ellos era muy influyente en la política local de la aldea. Dt. Kuniang se mantuvo alejado después de la primera sesión, prefiriendo identificarse con el Consejo de la Aldea, del cual era miembro.

No todos los miembros del consejo se vuelven parte de una facción. Dt. Putiah, un influyente político de la aldea, en este caso decidió actuar no como el centro de una facción sino como intermediario entre ellas. No le gustaba que el Consejo Adat se involucrara y se alejó todo lo posible, pero sin lavarse las manos por completo. Las personas que se mantienen entre facciones y son respetadas y confiables debido a anteriores arreglos exitosos cumplen un papel importante en la unificación de foros

y, por lo tanto, en la resolución de los litigios. Ellos participan en muchos debates, que se realizan por las noches en las casas de otros operadores y en pequeños círculos de tres a cinco personas. Durante estas sesiones conversan mucho sobre el procedimiento, pero también se sienten libres para dar su opinión sobre el conflicto en sí mismo. Cuando se hace evidente que las opiniones de varias autoridades están muy divididas y no se puede alcanzar ningún acuerdo sin una confrontación abierta, la sesión concluye rápidamente y es seguida por nuevas negociaciones en reuniones pequeñas o, si una solución inmediata no es absolutamente necesaria, el asunto se deja abierto hasta que ocurra algo que haga posible o requiera una solución. La mediación exitosa en estos casos genera tanto prestigio como la mediación en las etapas públicas del conflicto. Estos intermediarios filtran información y posturas de una facción a otra, evitando una confrontación abierta. Actúan como mediadores, no tanto entre partes, sino entre autoridades y operadores de los foros.

Pero como he señalado, la mediación exitosa entre las partes y entre las instituciones y los operadores que compiten no es cosa fácil. Muchas sesiones se levantan porque no se puede alcanzar ningún consenso. No obstante, el significado institucional de las actividades de resolución de conflictos no debería juzgarse ponderando si la cotienda se soluciona exitosamente en términos sustantivos. Tomemos el caso del estanque de peces. El Consejo Adat no pudo alcanzar un consenso y no resolvió el problema en sí mismo, pero envió el caso de regreso al barrio para que sea decidido ahí. Sin embargo, lo hizo solo después de reprender al barrio por haber excluido a Katik Basa de las deliberaciones. El Consejo dejó claro que no se encontraba dispuesto a tolerar abusos graves contra los principios *adat* y que, si el barrio seguía haciéndolo, intervendría otra vez y tomaría una decisión. En otras palabras, el Consejo Adat dio al barrio otra oportunidad para ejercer su autonomía, al mismo tiempo que le indicaba sus límites.³⁸ De modo que la negativa del Consejo Adat a decidir la controversia en términos sustantivos no significa que, en general, hubiese fracasado como una institución de resolución de conflictos. Por el contrario, muestra cómo los operadores manejan el dilema entre, por un lado, las dificultades de llegar a un acuerdo cuando muchas personas con diferentes opiniones e intereses están involucradas y, por otro lado, la necesidad de controlar los *faux pas* o desatinos de las instituciones de menor jerarquía. Ciertamente, no pretendo sugerir que las partes involucradas, o incluso las autoridades, veían el caso del estanque de peces bajo una luz positiva. Pero este puede darnos una pista para entender por qué el sistema de resolución de conflictos de la aldea sigue existiendo, y por qué el Consejo Adat es todavía recurrido pese a que a menudo no puede dar una solución final a las disputas. Aunque la mayoría de decisiones se

³⁸ Sobre una decisión comparable de un Consejo Adat, véase Tanner (1971: 136). En su análisis del caso ella menciona el rol del procedimiento en el proceso de resolución de conflictos (1971: 141 y ss).

toman en los niveles más bajos, el Consejo Adat controla la observancia de los principios *adat*.³⁹

6. Alternativas y límites al *forum shopping* o búsqueda de foros por conveniencia

Los juzgados estatales son una alternativa al procesamiento de contiendas dentro de las aldeas. Mediante su sola disponibilidad, conforman una amenaza a la autoridad de las instituciones de la aldea y proporcionan un control sobre la excesiva manipulación de los conflictos. Los pobladores saben perfectamente que dichos juzgados emiten decisiones que pueden ejecutarse y desautorizar arreglos locales previos. No se trata de alternativas solo teóricas, pues los pobladores emplean estos juzgados en el *forum shopping* que realizan, demostrando la relatividad de la resolución de conflictos en la aldea.⁴⁰

Por lo tanto, mientras que las instituciones en la aldea tienen que competir con los tribunales estatales en adición a las otras instituciones rivales locales, aquellos no necesitan competir con las instituciones aldeanas. Los jueces siempre preguntan a las partes si las instituciones locales han tratado de resolver el caso. Si no es así, procuran persuadir a las partes para que regresen y traten de resolverlo en la aldea. Los tribunales estatales incluso están empoderados para exigir una decisión del «mediador de la aldea» (*hakim perdamaian*), pero casi nunca reenvían la controversia a la aldea contra el deseo de las partes. Los jueces se dan cuenta de que hay pocas posibilidades de lograr una mediación exitosa si las partes no están de acuerdo en buscar una solución. Además, casi todos los casos ya han pasado una serie de intentos infructuosos de resolución local.

Como hemos visto, encontrar una solución al conflicto en la aldea no es asunto fácil. Surge entonces la pregunta de si no sería más expeditivo para los aldeanos acudir directamente a los juzgados estatales, conseguir una decisión y exigir su aplicación, en vez de atravesar los largos y estresantes procedimientos locales sin ninguna seguridad de que se conseguirá una solución. Por supuesto, no siempre interesa a las partes que su disputa se resuelva rápidamente, pues algunas partes

³⁹ Galanter (1981) presta especial atención a lo que denomina el «flujo centrífugo de las señales jurídicas». No es el número real de decisiones lo que genera la importancia de una institución jurídica, sino las señales por las que deja claro lo que hará, por lo que los casos deberían serle remitidos. Esto influye enormemente en las estrategias de negociación de las partes, incluso si no acuden ante tal institución.

⁴⁰ En el período entre 1968-1975, dieciséis casos se remitieron a las cortes estatales desde la aldea donde vivimos. Podría parecer que no es mucho, pero se debe tomar en cuenta que las disputas eran fundamentalmente entre linajes o sub linajes y que por lo tanto involucraban entre dos a treinta personas por cada lado. Este número era el más alto en las aldeas de Sumatra Occidental en términos absolutos y cercano al tope en relación al número de habitantes.

salen ganando con un procedimiento largo, en la aldea o en algún otro lugar, porque mientras tanto obtienen el beneficio material de la propiedad en discordia. Estas agotarán todas las posibilidades de búsqueda de foros por conveniencia en la aldea y entonces quizá acudirán a un juzgado estatal para posponer una decisión final. Pero otras partes tienen interés en un procedimiento más corto. ¿Por qué estas personas acuden a las instituciones de la aldea y no directamente a los tribunales estatales? Por una razón: hacerlo es caro y arriesgado, además de que toma mucho tiempo. A los aldeanos les parece difícil calcular sus posibilidades, por lo que los altos costos hacen que todo sea más riesgoso. Tienden a considerar a los tribunales estatales como distantes y atemorizantes. Las partes a menudo sienten como si hubieran perdido toda influencia en su caso una vez que este es remitido a un juzgado. Esto ocurre especialmente cuando encargan su defensa a un representante. Quienes tienen un interés en el conflicto pasan a ocupar un rol pasivo, mientras que el control es tomado por quienes no están directamente involucrados, como los jueces y mandatarios.⁴¹ Los jueces, según afirman los aldeanos, no entienden el *adat* y son corruptos (aunque ellos mismos valoran al *adat*, sobre todo cuando sirve a sus propios intereses, mientras que lo evitan si los amenaza).

Los factores mencionados no parecen suficientes para explicar el uso continuado de las instituciones de la aldea. Mis observaciones sobre la conducta en casos de contiendas en Bukit Hijau sugieren que al menos parte de la explicación debe buscarse en el control social existente en la aldea, que es lo suficientemente fuerte como para evitar que los pobladores eleven sus controversias directamente a los juzgados estatales. Pero, ¿qué tipo de control social podría ser este? Parte de la respuesta puede inferirse de las estadísticas de los juzgados. Según los registros existentes,⁴² al parecer solo el 11.4% de las controversias sobre la propiedad del *pusako* (linaje) son entre parientes de un *kaum* (sub linaje). El resto son conflictos entre diferentes *kaum* del mismo *suku* o entre *kaum* de diferentes *suku*.⁴³ A primera vista, estos datos respaldan la conocida propuesta teórica de que mientras las relaciones entre las partes son más múltiples y permanentes, la solución a una contienda se buscará en un nivel relativamente bajo e informal de resolución de disputas.⁴⁴

⁴¹ Lo que ocurre aquí tiene una similitud sorprendente con lo que Christie describe en los casos penales: conflictos que son de «propiedad» de las personas en litigio les son arrebatados por profesionales que no están involucrados emocionalmente (1978: 295-297). En otras partes de Indonesia, donde los jueces pertenecen a distintos grupos étnicos al de las partes y no hablan el idioma local, se dice que este es un rasgo incluso más notable de las disputas ante las cortes estatales.

⁴² Esta investigación comprende la carga procesal de los tribunales en Bukit tinggi y Payakumbuh entre 1968 y 1974, y Batu Sangkar entre 1967 y 1974 (véase la tabla 2).

⁴³ Véase también F. von Benda-Beckmann (1979: 307).

⁴⁴ Gluckman (1955), Kuper (1971), Gessner (1976), Black (1976).

Sin embargo, la poca «distancia relacional»⁴⁵ no permite explicar los mecanismos particulares por los que el procesamiento de controversias se mantiene dentro de la aldea. Estos mecanismos no se basan tanto en la multiplexidad de la relación entre las partes sino más bien en el control del procesamiento de conflictos por los operadores del *adat* y, en particular, por el constante reforzamiento de este control por parte de los tribunales estatales. En efecto, la gente sí acude directamente a dichas instancias estatales. Las mujeres se presentan en los juzgados todos los días para demandar por parcelas de arrozales. Esos motivos de queja no son amparados por los jueces pues de acuerdo al *adat* —según su interpretación— solo los representantes oficiales de un linaje o sub linaje, los *makak kepala waris*, pueden presentar una demanda sobre la propiedad de estas corporaciones.⁴⁶ Por ello, los casos en los que los *mamak* comparecen como representantes constituyen una parte importante del total de causas que llegan a los juzgados. Es así que en el 51.5% del total de demandas —fuera de las solicitudes— al menos una de las partes era un *mamak kepala waris*. Incluso si no consideramos los expedientes en los que participa algún banco, el porcentaje sube a 60% (véase la tabla 2). A las mujeres se les dice que ellas no pueden demandar a nombre de sus familias pues su *mamak* debería hacerlo. Si ellas responden que su *mamak* se niega a demandar, se les replica que pueden demandar a su *mamak* o regresar a casa. Usualmente se van a casa, pues se requiere mucho coraje para enfrentarse a su *mamak*, y porque no es a él a quien buscan demandar en primer lugar. Incluso si pudieran ganar, eso no les devolvería su parcela de tierra.

Los *mamak* mismos, por otro lado, a menudo no quieren acudir a los tribunales estatales por la ambigüedad de su posición tanto como parte y como autoridad con capacidad para decidir. Usualmente no tienen un interés económico directo en la tierra en litigio y pueden tener razones políticas para no querer acudir a los juzgados. Incluso pueden considerar que el involucramiento de un juzgado es una contravención a su jurisdicción. Por lo tanto, la política de los juzgados de oír solo al *mamak kepala waris* refuerza el control sobre las disputas que estos tienen. Así, el considerable número de personas, principalmente mujeres, que quisiera ir directamente a una corte estatal no puede hacerlo.

El control que las autoridades *adat* tienen sobre los conflictos se fortalece posteriormente por el papel que desempeñan en los procedimientos ante los juzgados. Muchos juicios se refieren a acuerdos sobre la tierra, los que se deciden a partir de las evidencias brindadas por los testigos. Estas controversias son las más importantes en el 33.86% de todas las demandas.⁴⁷ Los minangkabau casi nunca

⁴⁵ Véase Black (1976), Griffiths, próximamente.

⁴⁶ Para una crítica formulada tempranamente a esta interpretación, véase Korn (1941: 302).

⁴⁷ El porcentaje es probablemente más alto porque las transacciones sobre la tierra pueden jugar un rol central aunque no se mencionen en los expedientes como la materia principal.

tienen evidencia documental de una transacción pues tradicionalmente estas se hacían frente a testigos; si versaban sobre tierras, ante el *mamak* del linaje que poseía la tierra adyacente.⁴⁸ Aunque parece haber una disminución en el uso de testigos, pese a ello las transacciones normalmente no se registran por escrito. Incluso los jueces me contaron que cuando existe algún documento están seguros de que algo está mal. En la mayoría de casos el único modo de probar la existencia de la transacción es proporcionando testigos, por lo que las partes dependen de las autoridades *adat* inclusive si acuden a un juzgado.

Hay otra razón por la cual los operadores *adat* cumplen un papel importante en los juicios que llegan a los juzgados. El resultado de muchos litigios depende de las relaciones de parentesco entre un difunto y las partes. Las autoridades *adat* son por definición expertos en este tipo de conocimiento, que incluye el detalle de la historia del *suku pusako* e *hindu* de cada uno, así como la historia del *nagari* y su constitución como un todo (véase F. von Benda-Beckmann 1979: 134). El porcentaje exacto de casos en los que este tipo de información resultaba esencial no puede inferirse de los registros existentes. Sin embargo, el 73.27% de todas las demandas se relaciona con tierra o *pusako*, o ambos. Considerando que la mayoría de las decisiones que leímos implicaban de hecho este tipo de información, es claro que también en esta materia las autoridades *adat* son muy importantes.

Finalmente, las disputas pueden a menudo decidirse solo en base a evidencia circunstancial que supone inferencias a partir de cómo alguien se comportó en ciertos roles durante banquetes, ceremonias y similares. Para entender estos distintos papeles y funciones, los jueces estatales necesitan la evidencia que los expertos locales ofrecen sobre el *adat* específico de una aldea. Estos peritos también son, por definición, operadores del *adat*. Las mujeres, a pesar de que se dice que conocen bien el *adat* local, no son consideradas expertas ni escuchadas como tales.

Entonces, los líderes *adat* juegan un papel decisivo en muchos procedimientos ante la justicia estatal. Son plenamente conscientes de este rol, al igual que los aldeanos. Ambos saben que es poco probable que los operadores *adat* cooperen en los juzgados cuando han sido soslayados. Por lo tanto, los tribunales estatales son una alternativa real solo hasta cierto punto frente a las instituciones de la aldea. Sus propias demandas procedimentales tienden a preservar los viejos patrones sociales y legales de la aldea.

⁴⁸ Sobre la función del jefe de la aldea en Toeloengagoeng, Java, como testigo de transacciones sobre la tierra, véase F.D. Holleman (1920: 393-398). A partir del trabajo de Holleman se puede encontrar un análisis más general sobre la función de los testigos en Logemann (1924: 114 y ss).

7. Corolario

Este artículo ha descrito cómo las partes en conflicto escogen estratégicamente entre las distintas instituciones de resolución de disputas en una aldea minangkabau (*forum shopping*) y cómo las instituciones, a su vez, buscan captar estratégicamente estos conflictos (*shopping forums*). Esta búsqueda recíproca se procesa, en primer lugar, en términos de argumentos sobre la jurisdicción porque dependiendo de qué aspecto del litigio se enfatiza, otra autoridad podría asumir competencia sobre el caso. Una vez que se ha establecido la jurisdicción, todo lo que ocurre o ha ocurrido en el caso es evaluado en términos de normas procesales. A partir de esa etapa y al igual que las partes, los operadores discuten principalmente en términos de procedimiento, en particular cuando tienen un papel ambiguo como parte o institución. He explicado que esto es una consecuencia de la estructura sociopolítica de la aldea y también de los principios *adat* de toma de decisión que reflejan dicha estructura. Las decisiones deben tomarse de manera unánime y ser aceptadas por todos los involucrados. No obstante, es difícil alcanzar consensos. Muchas controversias se mantienen sin resolver debido a las manipulaciones de las autoridades de la aldea. Pero existen límites a esta manipulación, que en la aldea son establecidos principalmente por el Consejo Adat, el cual, aunque raramente resuelve las disputas, controla a las otras instituciones de la aldea. Los juzgados estatales también fijan límites a la manipulación procesal y jurisdiccional en esta, pero tienen una función doble y contradictoria. Por un lado los aldeanos siempre pueden ir a estos juzgados, que tienen el poder de tomar decisiones y ejecutarlas. Esto ha debilitado a la autoridad de las instituciones de la aldea. Por otro lado, los juzgados no funcionan como una alternativa real pues, además de ser impredecibles y costosos, sus requerimientos procesales tienden a reforzar las actividades y manipulación de conflictos en la aldea. Así, los líderes de esta juegan un rol decisivo en los procedimientos de los juzgados y por lo tanto no pueden ser soslayados fácilmente por los pobladores.

8. Bibliografía

Benda-Beckmann, F. von. 1979. *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationships Through Time in Minangkabau, West Sumatra*. Den Haag: Martinus Nijhoff.

Benda-Beckmann, K. and F. von. 1978. "Residence in a Hinangkabáu Nagári." *Indonesia Circle* 15.

———. 1980. "Rechtspraak in Indonesie: Traditionele en Westerse Waarden in Historisch Perspectief." In *Indonesie Toen en nu*, edited by R. Kamerling. Amsterdam: Intermediair.

Black, D. 1976. *The Behavior of Law*. New York: Academic Press.

- Christie, N. 1978. "Conflicts as Property." In *The Sociology of Law: A Conflict Perspective*, edited by Reasons and Rich. Toronto: Butterworth.
- Couperus, F. E. 1882. *Het Rechtswezen op Sumatra's Westkust*. Leiden: P. Somerwil.
- Damian, E. and R. H. Hornick. 1972. "Indonesia's Formal Legal System: an Introduction." *American Journal of Comparative Law* 20.
- Dobbin, C. 1975. "The Exercise of Authority in Minangkabau in the late Eighteenth Century." In *Pre-Colonial State Systems in South East Asia*, edited by A. Reid and L. Castles. Monographs of the Malayan Branch of the Royal Asiatic Society 6, Kuala Lumpur.
- . 1977. "Economic Change in Minangkabau as a Factor in the Rise of the Padri Movement, 1784-1830." *Indonesia* 23.
- Galanter, M. 1981. "Justice in Many Rooms." *Journal of Legal Pluralism* 19.
- Gautama, S. and R. N. 1972. *An Introduction to Indonesian Law: Unity in Diversity*. Bandung: Alumni.
- Gessner, V. 1976. *Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Gluckman, M. 1955. *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*. Manchester: Manchester University Press.
- Griffiths, J. 1984. "The division of labor in social control." In *Toward a General Theory of Social Control*, edited by D. Black, 37-70. New York: Academic Press.
- Gulliver, P. H. 1963. *Social Control in an African Society*. Boston: Boston University Press.
- . 1973. "Negotiations as Dispute Settlement" *Law & Society Review* 7.
- Guyt, H. 1934. "Kerapatan-adat." *Indisch Tijdschrift voor het Recht* 140.
- Haar, B. ter. 1929. "Western Influence on the Law for the Native Population." In *The Effect of Western Influence on Native Civilizations in the Malay Archipelago*, edited by B. Schrieke. Weltevreden: G. Kolff & Co.

———. 1948. *Adat Law in Indonesia*. New York: Institute of Pacific Relations.

Holleman, F. D. 1920. "Adatrecht van de afdeeling Toeloengagoeng." *Indisch Tijdschrift voor het Recht* 112.

Hooker, M.B. 1975. *Legal Pluralism: an Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press.

Josse1in de Jong, P. E. 1951. *Minangkabau and Negri Sembilan: Socio-Political Structure in Indonesia*. Leiden: IJdo.

———. 1975. *Social Organization of Minangkabau*. Leiden: Instituut voor Culturele Anthropologie en Sociologie der Niet-Westerse Volken.

Joustra, M. 1923. *Minangkabau*. 2nd. ed. Gravenhage: M. Nijhoff.

Kahn, J. 1975. "Economic Scale and the Cycle of Petty Commodity Production in West Sumatra." In *Marxist Analyses and Social Anthropology*, edited by M. Bloch. London: Malaby Press.

———. 1976. "Tradition, Matriliney and Change among the Minangkabau of Indonesia." *Bijdragen tot de Taal- Land-en Volkenkunde* 132.

Kato, T. 1977. *Social Change in a Centrifugal Society: the Minangkabau of West Sumatra*. University Microfilms International: Ann Harbor.

Kema1, I. 1964. *Sekitar Pemerintahan Nagari Minangkabau dan Perkembangannya*. Padang: Pertjetakan Daerah Sumatera Barat.

Koesnoe, M. 1969. *Musyawaraheen Wijze van Volksbesluitvorming volgens Adatrecht*. Publikaties over Adatrecht, vol. 1. Nijmegen: Instituut voor Volksrecht, Universiteit van Nijmegen.

Korn, V. C. 1941. "De Vrouwelijke Mama in de Minangkabausche Familie." *Bijdragen tot de Taa1-, Land-en Volkenkunde* 100.

Kuper, A. 1971. "Council Structure and Decision Making." In *Councils in Action*, edited by A. Richards and A. Kuper. Cambridge: Cambridge University Press.

Logemann, J. H. A. 1924. "De Beteekenis der Indonesische Getuigen." *Adatrechtbundel* 23.

- Naim, M. 1973. *Penghulu di Minangkabau*. Working Papers, n. 14. Singapore: Department of Sociology, University of Singapore.
- . 1974. *Merantau: Minangkabau Voluntary Migration*. Singapore: University of Singapore.
- Rajo Ranghulu, R.M. Dt. 1971. *Minangkabau: Sedjarah Ringkas dan: Adatnja*. Padang: Sri Dharma
- Rooij, J.A.F. de. 1890. “De Positie der Volkshoofden in een Gedeelte der Padangsche Bovenlanden.” *Indische Gids* 12.
- Scholz, U. 1977. *Minangkabau: Die Argarstruktur in West-Sumatra und Moglichkeiten ihrer Entwicklung*. Giessener Geographische Schriften, Heft 41. Giessen: Selbstverlag des Geographischen Instituts der Justus Liebig Universitat.
- Sihombing, H. and Sjamsulbahri. 1975. *Peraturan Perundangan Tentang Pemerintahan Nagari / Desa di Sumatera Barat*. Padang: Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Andalas.
- Steenhoven, G. van den. 1973. “Musyawarah in Karo-Land.” *Law & Society Review* 7.
- Tanner, N. 1969. “Disputing and Dispute Settlement in Minangkabau.” *Indonesia* 8.
- . 1970. “Disputing and the Genesis of Legal Principles: Examples from Minangkabau.” *South Western Journal of Anthropology* 26.
- . 1971. *Minangkabau Disputes*. PhD. Thesis. University of California, Berkeley.
- Abdullah, T. 1972. “Modernization in the Minangkabau World.” In *Culture and Politics in Indonesia*, edited by C. Holt. Ithaca, N.Y.: Cornell University Press.
- Thomas, L. L. 1977. *Kinship Categories in a Minangkabau Village*. PhD. Thesis. University of California, Riverside.
- Westenenk, L.G. 1913. “Opstellen over Minangkabau”. *Tijdschrift voor Indische Taa1- Land- en Vo1kenkunde* 55.

- . 1916. “Opstellen over Minangkabau”. *Tijdschrift voor Indische Taal- Land- en Volkenkunde* 57.
- . 1918a. “De Minangkabausche Nagari”. *Mededeelingen van het Bureau voor de Bestuurszaken der Buitenbezittingen, bewerkt door het Encyclopaedisch Bureau, aflevering* 17 (3th. ed.). Weltevreden: Boekhandel Visser & Co.
- . 1918b. “De Inlandsche Bestuurshoofden ter Sumatra's Westkust.” *Koloniaal Tijdschrift* 2.
- Willinck, G. D. 1909. *Het Rechtsleven bij de Minangkabausche Maleiers*. Leiden: E. J. Brill.

Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal^{*}

André J. Hoekema^{**}

1. Introducción

El reconocimiento estatal del derecho y la justicia local, así como la existencia de interlegalidad son fenómenos centrales presentes en los debates actuales de la Teoría del Derecho. Déjenme explicarlo. Quien se interese en el pluralismo jurídico, lo hace también en la *interlegalidad*, es decir, el proceso social de interpenetración de varios espacios legales en un mismo espacio geográfico. Por ejemplo, el derecho indígena y el estatal conviven en un mismo espacio geográfico, produciendo una justicia mixta e híbrida. Asimismo, quien se interese en la interlegalidad notará rápidamente sus efectos en años recientes, respecto de los pueblos indígenas: han conquistado una posición de importancia superando su apreciación marginal. Varios pueblos ahora gozan, por lo menos formalmente, de derechos importantes como a practicar su propia justicia comunal, a sus formas organizativas distintas, a la tenencia comunal de su territorio y el de consulta previa y de buena fe sobre las políticas nacionales relevantes, entre otros.

Cuando un nuevo régimen político y legal se implemente, las relaciones entre el mundo indígena y la sociedad mayor también cambiarán, incluyendo incluso procesos de interlegalidad. La nueva relación entre estos dos mundos, el mundo indígena y el de la sociedad mayor, será menos desigual o explotadora y provocará nuevas maneras de orientarse a otro modelo de sociedad en el que se producirá su transformación como comunidad y sociedad mayor, respectivamente.

Es probable que en muchas comunidades locales las relaciones entre éstas y las autoridades estatales se vuelvan más intensas y menos antagonistas, pero también será posible encontrar líderes de otras comunidades que querrán liberarse de la

^{*} El presente artículo fue publicado originalmente en español: Hoekema, A. 2011. «Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal». *Foro Jurídico* 12: 174-179.

^{**} Doctor en Derecho y Sociología, catedrático de Sociología del Derecho en la Universidad de Amsterdam.

presión asimilista de parte de la sociedad mayor. Estos líderes actualmente se sienten amparados de rechazar algunas prácticas occidentales que se introdujeron furtivamente en tiempos pasados, y se sienten lo suficiente seguros de recuperar (y a lo mejor inventar) libremente prácticas tradicionales. Sea como fuere, los procesos de interlegalidad post reconocimiento tienen otra cara a la que caracterizó estos procesos en tiempos en que las instituciones indígenas no tenían ninguna forma de reconocimiento y las comunidades indígenas no tenían ningún medio legal de defenderse ante la opresión o por lo menos la asimilación (como fue su situación durante siglos). La nueva cara de procesos de interlegalidad (que podremos identificar como *inter-políticos*) merece estudios empíricos detallados.

Afortunadamente, ahora sí tenemos (algunos) estudios empíricos. Procesos de interlegalidad post reconocimiento se encuentran descritos en algunos estudios de casos en el Perú y en México sobre la convivencia de dos mundos: las comunidades indígenas y la sociedad mayor. En estos estudios se plantea una cuestión central: cuáles son los cambios legales y políticos, dentro de estas comunidades, que pueden atribuirse al reconocimiento formal de sus prácticas e instituciones locales. Los estudios que se citan fueron resumidos en ponencias presentadas en una mesa de trabajo en el Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU) realizado en Lima (Pontificia Universidad Católica del Perú, agosto 2010). Estas ponencias correspondieron a: Emmanuelle Piccoli, «Justicia mixta en Cajamarca (Perú): análisis etnológico de un pluralismo práctico»; Todd A. Eisenstadt, «Usos y costumbres *and* *postelectoral* conflicts in Oaxaca, Mexico, 1995-2004»; Irene Ramos Urrutia, «El reconocimiento del derecho a la autonomía organizativa de los pueblos indígenas, representantes formales de los pueblos indígenas de la Amazonía Peruana (Comunidades nativas): entre jueces de paz, notarios y registradores públicos»; Marcela Torres Wong, «Codificación de normas indígenas en una comunidad Awajun de Datem del Marañón: estrategias de defensa territorial y redefinición de identidades».¹

Voy a esbozar el contenido de estas ponencias teniendo en cuenta su relación con el concepto de interlegalidad y el reconocimiento oficial de la experiencia referida, para posteriormente sumar algunos temas más teóricos.

2. Descripción breve de los estudios

El estudio de Piccoli trata sobre la manera en que las rondas campesinas de los andes del Perú (en una provincia del departamento de Cajamarca), reconocidas legalmente como órgano de justicia local, cooperan con autoridades nacionales, particularmente con la policía nacional. Algunos ronderos sospechan que la policía

¹ De Emmanuelle Piccoli también se consulta su artículo «Las rondas campesinas y su reconocimiento estatal, dificultades y contradicciones de un encuentro: un enfoque antropológico sobre el caso de Cajamarca, Perú» en *Nueva Antropología*, Ciudad de México, XXII, núm. 71, julio- diciembre de 2009: pp. 93-113.

quiere controlar su actuación y temen perder su independencia. Pero en esta provincia la mayoría de los ronderos valora el apoyo y el conocimiento legal de algunos policías. A partir de este nuevo patrón de relaciones cooperativas, se produce una justicia mixta (interlegalidad). Aunque en la ponencia el énfasis es el nivel local, que es el espacio donde nace esta justicia mixta, se vislumbra que por el lado estatal la justicia está cambiando también, mezclándose con elementos de la escena local.

En segundo lugar, Eisenstadt describe cómo en el estado mexicano de Oaxaca, en municipios mayormente indígenas, se han reconocido maneras tradicionales de designar alcaldes, concejales, entre otras autoridades. Este reconocimiento tradicional es por *usos y costumbres*. Ello ha significado que formalmente el papel de los partidos políticos en los asuntos de gobernación municipal, hasta hace poco dominante, fue disminuido. Desde el año 1995, se procede por asambleas comunales y/o por vía de concejos de ancianos sin acudir a elecciones formales con votos (oficialmente) secretos. El autor nos muestra que el reconocimiento de los usos y costumbres no solo fue por respeto del mundo indígena sino también por el interés del partido que ha dominado México por mucho tiempo, el PRI (Partido Revolucionario Institucional), de bloquear el ingreso oficial de otros partidos en elecciones municipales. No vamos a profundizar y juzgar el contexto político federal y estatal aunque se muestre como un factor importante. El autor destaca si esta reforma ha disminuido o no los conflictos post electorales que suelen azotar los municipios. Dentro de este cuadro amplio, podemos escoger meramente un aspecto puntual. Uno de los impactos de la introducción oficial de estos métodos tradicionales, con sus asambleas o consejos de ancianos (entre otros), es que en algunos municipios las asambleas no permiten la participación de mujeres. Los procesos tradicionales no son necesariamente un milagro de equidad e igualdad. El autor describe los conflictos que lleva esta antigua práctica y, en especial, describe las movilizaciones y disturbios de parte de mujeres en una municipalidad. Parece que el hecho de consagrar una posición oficial para prácticas políticas locales abre espacio para debates internos críticos en las comunidades mismas, en particular sobre derechos humanos individuales. Podría ser que se cambien las maneras tradicionales, tomando prestado elementos del derecho estatal, por ejemplo el concepto de igualdad de género en asuntos políticos. Entonces, estaríamos ante una nueva expresión de la interlegalidad.

El tercer estudio, de Ramos, nos muestra claramente cómo el reconocimiento oficial de las formas organizativas locales puede ser desnaturalizado y aniquilado cuando se implementan mal. Para conseguir el estatus de tener existencia legal y gozar de personería legal —crucial para poder defenderse como comunidades contra todo tipo de usurpaciones de sus tierras e imposición de modelos organizativos inadecuados— se exigen tantas formalidades y requisitos que prácticamente se imposibilita la obtención de tal estatus. No solo se necesitan un sinnúmero de declaraciones que conllevan a un alto costo en transporte y un fuerte

pago en tarifas emitidos por entidades estatales y por notarios y/o jueces de paz, sino que también las comunidades tienen que registrar varios de los documentos en Registros Públicos, donde los registradores regularmente son ignorantes o despreciativos de las realidades comunales y exigen trámites imposibles.

En este caso, sí hay reconocimiento de instituciones indígenas pero para muchas comunidades existen solamente en papel. En esta situación, mi cuestión central sobre impactos del reconocimiento no tiene sentido porque no hay reconocimiento, sino lo que hay es meramente obstaculización. Agrego que, en los casos en que algunas comunidades finalmente han logrado obtener el nuevo estatus, tendríamos que investigar qué pasa localmente ya que para obtener su nuevo estatus se han visto coaccionados a aceptar normas y procedimientos ajenos (por ejemplo, de nombrar autoridades y de autogobernarse, lo que no coinciden con las prácticas locales).

El cuarto estudio de caso retoma el tema de interlegalidad pero dentro de un contexto diferente. En comunidades muy alejadas de los Awajun en la Amazonia del Perú (es el caso de la comunidad nativa de Atahualpa), el Estado quiere tener más presencia e instituye un juez de paz. Las comunidades están en pleno proceso de *reconstrucción étnica*² y saben muy bien que no solo ya por años tienen personalidad jurídica y derechos oficiales sobre sus tierras, sino también que tienen el respaldo del Tratado 169 de la Organización Internacional del Trabajo (tratado vigente en el Perú desde el año 1994) que les otorga derechos territoriales, así como el derecho de practicar su justicia comunal propia. Saben que hay que defenderse urgentemente contra la amenaza de las empresas mineras multinacionales y otras industrias extractivas que ingresan a la Amazonía con concesiones del Estado en negación flagrante de los derechos locales. Entonces deciden aceptar la nueva figura de un juez de paz y transformarlo en un órgano local, con vocación de aplicar las leyes awajun y rechazar las «leyes mestizas». Además, los líderes promueven debates sobre sus propias leyes y en algunos casos plantean la necesidad de adoptar otras prácticas más relacionadas con el derecho occidental. La autora enfatiza el deseo de los líderes, orientado a tender puentes entre el sistema normativo awajun y el sistema normativo occidental. Es más, ellos quieren transformar algunas de sus leyes en formas escritas («codificación»). El caso nos proporciona un proceso clarísimo de interlegalidad. Pero estos eventos internos no se pueden atribuir sencillamente a un reconocimiento oficial y bien destacado del derecho de esta comunidad de practicar su propia justicia comunal. Al contrario, el proceso de interlegalidad ha sido provocado por la imposición de una figura estatal, el juez de paz, quien no obstante su posición de ser una persona local, tiene que aplicar una normatividad ajena: «las leyes mestizas». No obstante, presumo que la actitud de los líderes manifiesta una autoestima y una confianza en

² En términos del autor de la ponencia: «estrategias de defensa territorial, socio-económica y cultural en conjunción con redefinición de identidades».

sí mismo que probablemente han sido fortalecidos por el hecho de que la comunidad durante muchos años ya tiene algunos derechos oficiales. Sin este respaldo (quizás mayormente simbólico), posiblemente los líderes a lo mejor no se habrían atrevido a transformar un juez de paz en un órgano local. Dentro de los muchos factores que llevan a los dirigentes a apropiarse de la figura del juez de paz, está el hecho de ya tener un reconocimiento oficial (parcial).³

3. Cuadro teórico

Este es el momento para explicar mejor el cuadro de conceptos que quiero manejar para posicionar los cuatro casos presentados con el tema de pluralismo jurídico, resaltando el concepto de interlegalidad y el fenómeno reciente de un reconocimiento oficial de instituciones indígenas.

Manejar el concepto de interlegalidad es la manera de evitar una visión demasiado *pura*, aislada y estática de comunidades distintas (y también de las sociedades mayores con las que se relacionan). Si bien desde antes de las recientes políticas de otorgar a estas comunidades el derecho colectivo de desarrollar sus instituciones de manera parcialmente autónoma ya existían intercambios entre la sociedad mayor y estas comunidades distintas, es con el actuar de las mismas comunidades que se ha desarrollado esa interlegalidad. Aún en tiempos actuales, existe una gran discriminación y opresión de parte de la sociedad dominante, pero varios de estos pueblos indígenas han sabido defenderse. Una manera de defenderse es la práctica de una apropiación activa de instituciones ajenas, por ejemplo, la apropiación del concepto de *cabildo* y algunos elementos de su práctica organizativa en Colombia. Escribo «algunos elementos» de su práctica, porque en un proceso de apropiación no se copia fielmente una institución ajena, sino se toma una figura ajena, como el juez de paz en el Perú, y se transforma esta figura en un órgano que cabe dentro de la cosmovisión, la justicia comunal, «las leyes propias», el modo de vivir juntos y las aspiraciones políticas de la comunidad indígena (el caso de la comunidad nativa de Atahualpa). Entonces, la interpenetración entre espacios de derecho no es solamente la imposición total y completa de instituciones ajenas a las comunidades minoritarias. También hay apropiación activa desde abajo, transformando la penetración en algo valuable para la comunidad local.

Otro tema es que la interpenetración de conceptos y elementos jurídicos también se manifiesta en la sociedad dominante y sus instituciones. Ya existen varios estudios empíricos en los que se manifiesta la manera en que jueces, burócratas, oficiales del Estado o policías muchas veces adoptan procedimientos, maneras de probar los hechos, hasta valores y normas de las sociedades minoritarias: interlegalidad al revés.

³ Estas últimas reflexiones son mías, y además puramente hipotéticas, no son tomadas de la ponencia.

El tema de mi ensayo es conocer si los procesos de interlegalidad cambian a consecuencia de eventos que ocurren en la sociedad mayor, es decir, a consecuencia de un reconocimiento oficial de instituciones locales entre los cuales la justicia y el derecho comunal son un ejemplo. Cabe tener presente que con el hecho de reconocimiento hemos entrado en la situación de un pluralismo jurídico oficial/legal. Decisiones de autoridades tradicionales que dirimen conflictos y sancionan delitos obtienen validez legal dentro del orden legal nacional, como si fueran decisiones de (otros) juzgados oficiales. Así es el caso de las rondas campesinas en el Perú (Piccoli). Asimismo, los alcaldes y concejales nombrados por «usos y costumbres» en Oaxaca formalmente tienen las mismas competencias y posición como alcaldes elegidos por elecciones tipo occidentales.

En estas condiciones, es empíricamente probable que procesos de interlegalidad sigan otros caminos y obtengan otro dinamismo, como se ve claramente en el caso de las rondas. Pero, casi no tenemos conocimientos empíricos sobre la manera en que se conforman las relaciones jurídicas y políticas entre los dos mundos diferentes cuando por primera vez en la historia los dos tienen un rango igualitario —o menos jerárquico— en la organización legal y política del Estado. La cuestión clave entonces es: ¿qué pasa en aquellas comunidades particulares respecto a sus relaciones locales, dentro y fuera de su justicia comunal, al momento de haber conseguido un grado de autonomía oficial en su administración de justicia y organización política? En el caso de Eisenstadt, observamos nuevas movilizaciones locales atribuidas al nuevo régimen de reconocimiento de instituciones políticas indígenas (o supuestamente indígenas). En el caso de Piccoli, florecen relaciones cooperativas entre los representantes de las jurisdicciones oficiales, estatales y comunales, aunque de parte de la policía oficial es más la dedicación de una persona policía que una actitud que represente todo la institución. Se trata hipotéticamente de eventos, de cambios atribuibles al hecho de un reconocimiento oficial de instituciones de comunidades particulares. Ahora, entonces, podríamos felicitarnos: ya tenemos estudios empíricos que nos informan y explican cómo pensar teóricamente la nueva vida de las comunidades indígenas después del hecho de haber conseguido una posición reconocida dentro del orden legal y político del Estado nacional.

4. Cuestión sobre el método

Metodológicamente, surge una cuestión básica. Se trata de impactos locales atribuibles al hecho de un reconocimiento, pero ¿qué rasgos tiene este hecho?, ¿de qué aspectos empíricos estamos hablando?, ¿n

o se trata solamente de algunos actos solemnes en un parlamento? Quizás estos actos nunca tengan seguimiento, pueden ser algo meramente formal, un suceso en un mundo irreal, de papel, entonces tendremos que definir este hecho en términos de lo que pasa concretamente en la práctica. Por ejemplo, cabe definir si sigue o si

se termina la práctica de la fiscalía al arrestar (o amenazar hacerlo) a los ronderos por usurpación de funciones cuando están resolviendo conflictos y, según el caso, están coaccionando a un comunero a hacer trabajos comunitarios y pagar una multa. Admito que la consagración oficial de un reconocimiento también tiene un nivel simbólico hasta sin cumplimiento alguno: el reconocimiento implica que ahora la comunidad y sus autoridades tengan una posición oficial, equivalente al de las demás autoridades estatales. Aun cuando no haya cumplimiento, el mero acto legal de reconocer podría dar satisfacción a los comuneros después de siglos de rechazo. Este avance simbólico también puede fomentar cambios que tienen su origen por ejemplo en un sentimiento de orgullo de ser respetado como pueblo indígena distinto, en pie de igualdad con los mestizos y blancos. Si es así, se puede esperar nuevas maneras de dirigirse a la opinión pública o de negociar con órganos del Estado. Internamente a base de este orgullo y un sentimiento de tener más seguridad como pueblo distinto, quizás los líderes se atrevan a abrir (más) el debate sobre sus propias leyes, sus políticas de género, su manera de sancionar brujos o brujas, su visión sobre una economía más comunal y solidaria y menos individualista.

5. Reglas internas del conflicto

Dentro de este orden de ideas cabe desarrollar el tema de las reglas formales y/o prácticas (informales) que regulan —casi siempre impuestas desde arriba— la coordinación entre las nuevas competencias locales y el orden legal y político nacional. Conocemos las fórmulas constitucionales en el caso peruano: «Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas tienen competencias jurisdiccionales siempre que no violen los derechos fundamentales de la personas» (artículo 149 de la Constitución peruana). Otro ejemplo, los jueces de paz pueden resolver conflictos de manera bastante informal pero oficialmente dentro de los límites que las leyes y la Constitución establecen, como nos cuenta Torres. El tema de los límites, formalidades y condiciones del otorgamiento de derechos propios es muy importante. Estas condiciones tienen la tendencia de reducir drásticamente las nuevas competencias locales. Piccoli nos da cuenta de la aplicación del artículo 7 de la Ley N° 27908 en el Perú, artículo que establece que las Rondas Campesinas puedan resolver conflictos. Según algunas interpretaciones, implica que no tienen competencia en materia de delitos. Esta distinción entre conflictos, por ejemplo, de naturaleza *civil* (para usar terminología occidental) y delitos o conflictos de materia *penal* no tiene sustento en las comunidades. En tal caso, una regla de coordinación puede tener efectos graves dentro de la comunidad. La resolución de conflictos civiles, por ejemplo, no conlleva riesgo, pero en caso de *delito* (o hechos que se pueden interpretar como aquellos que tienen carácter de delito en el sentido del Derecho Penal nacional) tienen el riesgo palpable que partes insatisfechas con la resolución del delito denuncien a las autoridades locales ante la fiscalía oficial (por usurpación

de funciones) y que la fiscalía arreste a esas autoridades, continuando patrones anteriores al nuevo régimen.

Yo suelo llamar estas reglas de coordinación «reglas de conflicto internas» por tratarse de conflictos dentro de dos —y más— jurisdicciones de entidades sociales particulares en el mismo Estado.⁴ La cuestión central de este grupo de ponencias ahora puede ser especificado como sigue: ¿qué cambios y eventos, localmente, pueden atribuirse a las reglas de conflicto internas? Supongo, por ejemplo que, en el caso discutido por Piccoli, la posibilidad de una denuncia ante la fiscalía (en caso de delitos) —o por lo menos la ambigüedad de los conceptos en la Ley N° 27908—, ha motivado a los ronderos a querer colaborar pacíficamente con autoridades estatales y con la policía en particular. Por lo demás, las reglas de conflicto en este caso no son tan estrictas que completamente bloquean el ejercicio de una justicia propia (semi)autónoma. Esto sienta la base de una justicia comunal legítima en dos sentidos: bajo una legitimidad local y también bajo una legitimidad nacional (por lo menos hablando formalmente, dentro del orden legal). De esta forma, suficientemente respaldadas, las autoridades locales tienen más motivos para coordinar con la policía nacional. Los ronderos, por lo menos en esta provincia, aprecian el trabajo de algunos policías y aceptan el desarrollo de un sistema que los integre para resolver conflictos juntos. El trabajo conjunto entre la policía y las rondas se manifiesta en una larga lista de actividades coordinadas, entre las cuales se incluyen el tomar parte en las asambleas en que se trata el conflicto y se delibera sobre las medidas a tomar para su resolución, incluyendo sanciones en caso de delitos. Así, en las asambleas de las rondas se suele invitar a la policía como también se invita a otras autoridades oficiales. La cooperación se vuelve tensa, hasta vislumbrarse un dialogo intercultural. El policía que ha inducido la cooperación quiere «entender la justicia rondera y entrar en diálogo con los ronderos» (como en la ponencia de Piccoli). Claro que tal relación horizontal e igualitaria tiene rasgos muy aptos para fomentar interlegalidad mutua, no solo un proceso de acercamiento de las comunidades locales a algunos elementos del funcionamiento y de las normas de la justicia estatal —que sea forzada, inevitable o estratégicamente aceptada por los ronderos o sencillamente aceptada como una buena solución— sino también un proceso de acercamiento de los modos de funcionamiento de la policía (¿quizás también la fiscalía?) a las prácticas locales, inclusive a aspectos comunales de percibir relaciones sociales y de gestionarla convivencia.

⁴ La terminología reglas de conflicto internas sirve para distinguir estas reglas de las reglas de conflicto en el derecho privado internacional en que se trata de relaciones jurídicas internacionales (e.g., contratos internacionales) y del problema de resolver qué derecho es aplicable, el derecho nacional o aquel de uno u otro Estado. En el caso del derecho indígena se trata de reglas que señalan en qué circunstancias el derecho local se aplica y la decisión tiene validez legal y cuándo los elementos del derecho nacional tienen primacía.

Aparte del tema de conflictos civiles y penales y la Ley N° 27908 en el caso de ronderos, encontramos otro tipo de reglas de conflicto. Hay convenios entre autoridades estatales de varios niveles y las autoridades locales. En los convenios se reglamentan modelos de libros de actas de los ronderos, maneras de validación y monitoreo de estos libros, se estipulan o repiten límites a las actividades de las Rondas (respetar las leyes del Estado, por ejemplo). Parece un conjunto muy estricto, un intento de encapsular las rondas y prácticamente acabar con sus competencias consagradas en la Constitución. La realidad no es tan clara. De parte de las autoridades, estos convenios son pasados por alto y algunos policías adoptan actitudes más abiertas. En la práctica, entonces, las reglas de conflicto mencionados en los convenios parecen no bloquear un desarrollo más o menos libre de la justicia local.

Regresemos nuevamente a la ponencia de Ramos, donde se enfatiza el concepto de reglas de conflicto. Se trata del artículo 89 de la Constitución peruana, donde se establece que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. En un reglamento oficial se enumera un sinnúmero de trámites y requisitos que son casi insuperables en la práctica. Como punto final existe el requisito de inscribirse como comunidad (nativa) en un registro público. Los registradores tienen que exigir un estatuto de las comunidades «el cual consagra su autonomía económica y administrativa, así como los derechos y obligaciones de sus miembros y las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento» (Código Civil 1984, artículo 137). En los estatutos debe presentarse un número exagerado de detalles que no son compatibles con el funcionamiento consuetudinario de las instituciones tradicionales de gobierno de las comunidades. Esto, irónicamente, no es la conclusión de un antropólogo, una ONG, un defensor del pueblo, sino la de un funcionario público competente: el Superintendente Nacional de los Registros Públicos. Aunque se admite el problema, en la práctica no se ha cambiado mucho. Siguen los registradores requiriendo detalles absurdos. Por ejemplo, existen casos donde se ha rechazado la inscripción de estatutos en los que no se había especificado el tiempo de duración de la comunidad ni «las normas para disolución y liquidación de la comunidad nativa y las relativas al destino final de sus bienes», sugiriendo que un pueblo indígena no fuera *pueblo* sino una asociación práctica y puntual como un club de deportes. La idea de liquidación de un pueblo no solo es absurda sino no se puede entender ni pensar en una comunidad indígena. Reglas internas de conflictos entonces aniquilan el reconocimiento constitucional. Aquí no se trata de interlegalidad en el sentido de que una comunidad indígena se apropia de una figura estatal (personería jurídica) y la transforma de tal manera que sirva al fortalecimiento de sus propias instituciones y la posibilidad de defenderse contra (más) imposiciones. A propósito, no excluyo la posibilidad de que algunas comunidades muy astutas sepan aprovechar de este régimen después de haber tramitado por muchos años su registro y finalmente haber logrado su estatus de personería jurídica. Resurge nuestra cuestión clave: ¿qué pasa cuando han obtenido

su nuevo estatus? ¿Se mantendrán como comunidades distintas o se acercarán a los modelos organizativos de la sociedad mayor? Y, en esta última consecuencia, ¿se sigue libremente o es forzada? Estas son interrogantes para otras investigaciones.

Siguiendo el tema de las reglas (internas) del conflicto, comentando otra vez el estudio de Eisenstadt, debo constatar que prácticamente no hay reglas de conflictos internos que regulen cómo practicar los usos y costumbres, y dentro de qué límites (por ejemplo de derechos individuales). No hay instancias efectivas que monitoreen y evalúen el uso de los usos y costumbres. Solamente hay un tipo de libro en el que se incluye un catálogo de los usos y costumbres que se distinguen en varias comunidades, pero no es apto para funcionar como normas y no tiene estatus oficial. No existen instancias judiciales para resolver conflictos postelectorales o las que existen no asumen la tarea de evaluar los procedimientos tradicionales. Por ejemplo, en México, a nivel federal para conflictos postelectorales, funcionan cortes federales (Corte Electoral Federal y la Corte Suprema Federal) pero erráticamente. En sí el derecho de acudir a instancias de la justicia federal o nacional normalmente constituye cumplir con una regla de conflicto interno impactante (dependiente de las normas que suelen manejarse en estas instancias). No obstante, en este caso tengo la impresión de que la gente casi nunca recurre a estas instancias federales y, además, que aquellas no producirían resoluciones muy concretas (que servirían como normas para el futuro). Entonces, en la vida diaria la situación empírica es que no hay reglas para conflictos con efectos concretos reales. Conflictos postelectorales se *resuelven* en largos procesos informales donde se ponen en acción los movimientos sociales, hasta con algunos disturbios, lo que suele continuar hasta agotarse el conflicto con o sin resolución concreta.

En la comunidad nativa de Atahualpa, finalmente, tenemos que esperar cómo se desarrolla la institución del juez de paz en su nueva función (usurpada) de asumir la representación de un órgano meramente de la comunidad y de las leyes awajún. Tendríamos que estudiar las reglas de conflicto que definen la posición, la jurisdicción o la competencia de las partes en relación con este juez, pero también en relación con las instancias estatales más altas, cuándo recurren a éstas o asumen formas particulares de monitorear el funcionamiento de sus jueces, entre otros. Después de haber catalogado estas reglas, tenemos que ver cómo en la comunidad de Atahualpa se cumplen. A partir de ello, podríamos observar el impacto de las reglas de conflicto en la práctica de la justicia comunal.

Ojalá que dentro de poco tengamos más información empírica sobre este tema en la comunidad de Atahualpa, como en las otras comunidades objeto de las ponencias comentadas, y podamos explicar con mayor claridad la interlegalidad en los tiempos de un pluralismo jurídico oficial.

Perspectivas antropológicas sobre el pluralismo legal y la gobernanza en un mundo transnacional*

Anne Griffiths

1. Introducción

En los últimos años, las relaciones y regulaciones transnacionales han recibido cada vez más atención. Esto se debe al reconocimiento general de que «las actividades sociales, políticas y económicas se están extendiendo a lo largo del globo»,⁵ lo que supone «la circulación acelerada de diversas mercancías, tecnologías, comunicaciones, imágenes, conocimiento, capital y gente, cruzando las fronteras nacionales» (Long 1996: 37).

Este proceso puede implicar migración económica, la que involucra a una amplia gama de actores —desde empresas transnacionales u organizaciones no gubernamentales hasta migrantes indocumentados cuya subsistencia suele ser precaria debido a su estatus *ilegal* en el país receptor—. También puede incluir el desplazamiento de grandes grupos poblacionales por guerras o conflictos que resultan en corrientes de refugiados o solicitantes de asilo político que portan consigo sus modos de vida y normas a sus nuevos países de residencia. Además, puede abarcar otros tipos de redes (religiosas o transnacionales) que se extienden más allá del territorio del Estado-nación, y cuyos miembros podrían o no formar minorías dentro de un Estado pero que, en todo caso, se encuentran inmersos en un sistema más extenso de gobernanza y lealtades.

Toda esta movilidad resalta la compleja constelación de factores que contribuyen a formar nociones de identidad y pertenencia, de un *nosotros* y un *otro* que traspasa las fronteras de los Estados nacionales, lo cual genera preguntas sobre el poder de reconocimiento y legitimidad que acompañan a estos procesos de inscripción y legitimidad.

En esta dinámica, el derecho cumple un papel importante en la constitución y legitimación del poder. En efecto, este define y legitima posiciones y relaciones de

* **Texto original:** Griffiths, A. 2008. «Anthropological Perspectives on Legal Pluralism and Governance in a Transnational World.» In *Current Legal Issues* 12, edited by M. Freeman and D. Napier, 164-186.

⁵ F. y K. Benda-Beckmann y A. Griffiths (2005: 1).

poder de ciertas personas u organizaciones sobre otras personas, organizaciones y recursos. Así como el poder siempre está inserto en las relaciones sociales como signo diferenciador, también el derecho promueve un poder jurídicamente definido que, junto con las relaciones reales de poder y las ideologías existentes, forman parte del contexto en el que se produce la interacción social. De este modo, es claro que el derecho es polifacético, es decir, que consiste de órdenes jurídicos plurales que generan una condición de pluralismo jurídico. Esto se debe a que la movilidad de los actores sociales también contribuye a la movilidad del derecho. Así, los migrantes que atraviesan las fronteras nacionales pueden traer su derecho a sus nuevos países receptores, mientras que otros, (como los funcionarios estatales, las empresas y las organizaciones no gubernamentales), a menudo operan en varias localidades ubicadas en más de un país, poniéndolos en contacto con sistemas jurídicos plurales.

Pero no se trata solo de la movilidad a través de fronteras nacionales. Bien puede suceder que los migrantes internos también trasladen el derecho consuetudinario de sus lugares de origen a nuevos contextos como los centros urbanos. De hecho, incluso quienes no se movilizan de manera significativa y se mantienen en una ubicación geográfica determinada, sienten los efectos de estos procesos, que se manifiestan en contextos locales generando apropiación, adaptación o resistencia en diferentes campos.

Así, lo que está en cuestión es cómo se percibe la relación entre lo local, lo nacional y lo transnacional. Resolverla requiere una revaluación del rol del Estado y de su relación con el derecho pues claramente «ya no se puede tratar a los Estados-nación como si fueran entidades legales separadas que pueden estudiarse en aislamiento interno o externo» (A. Griffiths 2002: 229). En efecto, como ha observado Sassen, «la economía global actual plantea un desafío porque trasciende la autoridad del Estado nacional, pese a estar implementada simultáneamente, al menos en parte, en territorios e instituciones nacionales» (1998: 1).

Esto significa que necesitamos «pensarnos más allá de la nación»⁶ y su adhesión a las nociones de soberanía y territorialidad. Y supone una *reterritorialización* de la red de poder⁷ que tome en cuenta la naturaleza horizontal y relacional de los procesos contemporáneos que se despliegan a través del espacio,⁸ y que representan lo que Ong ha denominado la «incrustación en regímenes de poder configurados de manera diferente» (1999). Esto da pie a lo que Perry y Maurer denominan la «desagregación» de la territorialidad nacional y las «formas de soberanía desnacionalizantes» (2003: xiii). En este contexto, la soberanía se

⁶ Appadurai (1990: 337).

⁷ Gupta y Ferguson (1997).

⁸ Low y Lawrence-Zuniga (2003: 26).

reconcibe como «un efecto de prácticas asociadas al derecho y otras formas de regulación que establecen relaciones entre el Estado, su población y el mercado».⁹

Como el derecho forma parte de estas prácticas, surge la pregunta sobre cómo deben percibirse este y el pluralismo jurídico. Esto se debe a que los límites que marcan al Estado-nación, en términos de territorialidad y soberanía, también extienden y delimitan la jurisdicción legal. De este modo, el derecho ha derivado, tradicionalmente, su autoridad y legitimidad del Estado-nación, el que a su vez ha aplicado sus propios criterios de reconocimiento y clasificación del derecho vigente, respalda o limita al derecho local o consuetudinario, establece el derecho nacional y adopta formas transnacionales del derecho como el derecho internacional.

La literatura sobre la globalización suele ignorar el rol del derecho¹⁰ y cuando no lo hace lo aborda rápidamente, examinando al pluralismo legal desde una perspectiva anclada en el Estado, concentrándose en la relación entre los sistemas jurídicos de los Estados nacionales y el derecho internacional y transnacional. Este enfoque ignora cómo opera el derecho en otros niveles y esferas, por ejemplo, a través de las fronteras sociales de las organizaciones regionales, étnicas o religiosas. Asimismo, tiende a analizar esos vínculos en términos jerárquicos. Se interesa en determinar cómo el derecho internacional y transnacional, (por ejemplo el régimen de derechos humanos), influye en el derecho estatal nacional.

El resultado de esta aproximación es que las respuestas y las formas de articulación de los actores *locales* a los procesos globales no se perciben en toda su compleja dimensión. Por eso es importante dejar atrás esa definición de «lo local como esfera que simplemente reacciona ante imposiciones externas de instituciones, intereses o fuerzas de mercado de agencias, nacionales, regionales o internacionales que irrumpen en sus ámbitos» (A. Griffiths 2002: 305).

Lo que se logra visibilizar al cambiar de perspectiva es cómo los actores locales manejan los fenómenos globales en contextos particulares lo que, «a su vez, permite la comprensión de cómo estas intervenciones *externas* llegan a estar dotadas de significados y prácticas localizadas» (F. y K. Benda-Beckmann y A. Griffiths 2005: 20). El nuevo enfoque contribuye a descentrar el derecho estatal mediante el reconocimiento de «la posible existencia de órdenes normativos con fundamentos muy distintos de legitimación, más allá del Estado o los Estados nacionales» (F. y K. Benda-Beckmann y A. Griffiths 2005: 4). Es en la línea de los estudios antropológicos que se ha señalado que «el derecho estatal no es la única fuente de poder»¹¹ y que se han desafiado sus demandas de universalidad a lo largo del tiempo y el espacio, su monopolio sobre el reconocimiento, legitimidad y

⁹ Perry y Maurer (2003: xiv, citando a Aihwa Ong).

¹⁰ Held y otros (1999). Véase también Appadurai (1990).

¹¹ F. y K. Benda-Beckmann y A. Griffiths (2005: 14).

validez del derecho y sus afirmaciones de integridad, coherencia y uniformidad. Estos planteamientos ideológicos sobre el derecho se han cuestionado por mucho tiempo¹² a través, entre otros modos, de la reivindicación del pluralismo legal por parte de los científicos sociales, incluidos los antropólogos.

2. Pluralismo jurídico y gobernanza

El concepto de pluralismo jurídico ha generado un gran debate a lo largo de los años.¹³ Abarca perspectivas diversas y muchas veces encontradas que van desde lo que John Griffiths denomina, por un lado, pluralismo jurídico «legalista», «débil» o «clásico» —asociado con la visión de los abogados sobre la pluralidad— hasta, por otro lado, la forma «fuerte», «profunda» o «nueva» de pluralismo jurídico, asociada a un enfoque sociocientífico del derecho (1986). El primero se caracteriza por representar la visión estadocéntrica del pluralismo. Se concentra en el reconocimiento de diferentes órdenes legales dentro del estado, correspondiéndole al derecho estatal definir las condiciones bajo las cuales opera esa pluralidad. Este tipo de pluralismo tiene sus raíces en el contexto del imperialismo y la colonización, en los que el derecho local, consuetudinario, indígena o religioso se incorporaba al marco del estado colonial. El segundo tipo muestra un contraste marcado porque abarca una perspectiva empírica que define al pluralismo como «una situación, en cualquier campo social, donde se producen comportamientos conformes a más de un orden jurídico» (J. Griffiths 1986: 2).

Como he señalado anteriormente, estos modelos dominantes en los debates sobre pluralismo jurídico «reflejan el resultado de distintos factores históricos, económicos y políticos que se han conjugado para crear diferentes focos de interés a través del tiempo y espacio» (A. Griffiths 2002: 289). El segundo enfoque es un acercamiento desde las ciencias sociales al pluralismo jurídico y provee un concepto de derecho de mayor alcance y apertura que no depende necesariamente del reconocimiento estatal para su validez. Bajo este modelo, el derecho estatal es apenas uno entre los diversos elementos que generan situaciones de pluralidad legal. Algunos autores consideran que representa una visión más completa del derecho, que ofrece una plataforma más amplia e inclusiva para la participación y

¹² Galanter (1981), J. Griffiths (1986), F. von Benda-Beckmann (1989), Keebet von Benda-Beckmann (1984), Snyder (1980 y 1981), Comaroff y Roberts (1981), Santos (1987, 2002), Fitzpatrick (1992), Petersen y Zahle (1995); A. Griffiths (1997), Woodman (1998), Greenhouse (1998).

¹³ Para tener un panorama de este campo, véase Vanderliden (1970, 1989), Galanter (1981), J. Griffiths (1986), A. Griffiths (1997), Merry (1988), F. Benda-Beckmann (1988), K. Benda-Beckmann y Strijbosch (1986), Allott y Woodman (1985), Greenhouse (1988), Greenhouse y Strijbosch (1993), Woodman (1985), Rouland (1994), Belley (1993), Tie (1999), Sheleff (2000), Tamanaha (1993, 2006), Roberts (2005), Berman (2007).

el reconocimiento, a la vez que critican las aseveraciones ideológicas sobre el derecho (estatal) que esbocé en la sección anterior.

Otros autores neoliberales y neoconstitucionalistas también han desafiado la imagen centralizada y homogénea del Estado como fuerza todopoderosa y monopólica. Estos asumen un análisis planteado en términos de gobernanza y gubernamentalidad. Sendos conceptos se originaron en los textos finales de Michel Foucault (1971 y 1997), y fueron desarrollados posteriormente por autores como Miller y Rose (1990), Rose y Miller (1992), Hunt y Wickham (1994), Rose (1996, 1999, 2000) y Mitchell Dean (1999). Según explican Hunt y Wickham, la gobernanza pretende «tomar en cuenta la difusión de micropoderes y su incorporación en el plano estatal y en otros niveles institucionales» (1994: 56). Además se interrelaciona con la gubernamentalidad, la cual representa:

[L]a dramática expansión en el alcance del gobierno que se expresa en el incremento del número y tamaño de los mecanismos gubernamentales de cálculo, lo que comenzó a mediados del siglo XVIII y continúa en ascenso. De esta forma, la gubernamentalidad se refiere al crecimiento del gobierno y burocracias modernas. (Hunt y Wickham 1994: 76)

Así, de acuerdo a Rose y Miller:

[L]a cuestión ya no es explicar al gobierno en términos del «poder del Estado», sino determinar cómo, y hasta qué punto, el Estado se encuentra articulado en la actividad de gobierno: qué relaciones se establecen entre las autoridades políticas y de otro tipo, qué fondos, fuerzas, personas, conocimientos y legitimidad se utilizan, y por medio de qué dispositivos y técnicas se vuelven operativas estas diferentes tácticas. (1992: 117)

La interconexión cumple un papel crucial en este proceso que da lugar a una imagen de gobierno multidireccional que se sustenta en la interconexión y movilización de varios actores. Vallentin y Murillo reconocen el valor de la distinción analítica propuesta por Rose para definir al gobierno en términos de «*racionalidades, programas y técnicas gubernamentales*» (2008).¹⁴ Esto supone tres niveles conceptuales distintos que socavan cualquier enfoque que estudie la acción de gobierno o la creación de políticas públicas de arriba a abajo. Un componente integral de este enfoque implica «explorar la organización, trabajo e implicancias del uso de tecnologías hasta el último detalle —incluyendo actores, intereses y estrategias involucradas—» (Vallentin y Murillo 2008). Esta perspectiva ha sido empleada para estudiar un amplio rango de procesos, que incluye la Responsabilidad Social Empresarial (RSE),¹⁵ la reestructuración estatal

¹⁴ Énfasis en el texto original.

¹⁵ Vallentin y Murillo (2008). Véase también Doreen McBarnet, quien no se basa expresamente en Foucault pero analiza a la RSE en términos de una «compleja

local¹⁶ y las relaciones político-económicas fuera de las instituciones estatales que trascienden las fronteras nacionales.¹⁷ Este tipo de análisis del gobierno supera la tradicional concepción propia del derecho público y fomenta la adopción de un concepto que rescate «la creación y despliegue de todo un rango de tecnologías que conecten múltiples centros de poder» (Morison 2003: 188).

Diversos autores, especialmente en el campo de las relaciones internacionales, ciencia política y estudios sobre la Unión Europea —aunque no necesariamente desde un enfoque foucaulteano— se han concentrado en analizar y afinar el término «gobernanza»¹⁸ para tratar de comprender los nuevos contextos internacionales y transnacionales de gobierno. Estos escenarios incluyen Estados nacionales que entregan o delegan «partes significativas de sus competencias a organizaciones internacionales y supranacionales, o a comités de expertos más autónomos» (Commission on Global Governance 1995: 214).

Al igual que el concepto de pluralismo jurídico, el de gobernanza también ha sido materia de debates. Este es definido por la *Commision on Global Governance* en términos muy generales, como «la suma de las muchas formas en que los individuos e instituciones (públicas y privadas) administran sus asuntos en común» (Joerges 2005: 258). Una definición menos amplia es sugerida por Joergers: «la combinación de actividades que ocurren entre la aplicación de reglas, de un lado, y la resolución de problemas, por el otro» (2005: 49). Además, para Sand, «los términos “gobernanza” y “transnacional” se refieren a una variación creciente en las funciones de gobierno y a la diversidad de niveles institucionales y de actores incluidos» (2004: 45). Existe un reconocimiento de que el comercio global genera un conjunto de dinámicas que no solo se expanden constantemente, sino que también implican «complejas redes de efectos extra-territoriales originadas en las decisiones del sector público y privado» (Sand 2004: 49). En otras palabras, el término «gobernanza se usa para describir arreglos políticos que surgen del sistema administrativo de algún Estado-nación individual (gobierno) pero que, no obstante, tienen un impacto comprobable en una serie global o regional de receptores» (Bernstorff 2004). El resultado es:

[N]o nacional, pero sí europeo, internacional o global; la gobernanza no es exclusivamente pública sino también privada; involucra expertos y fuentes de conocimiento y es, por lo tanto, técnica antes que política y burocrática.

interacción entre el gobierno, las empresas y la sociedad civil; el derecho privado y la regulación estatal, a nivel nacional e internacional; con presiones sociales, legales, éticas y de mercado que al ponerse en operación trascienden las clasificaciones tradicionales, porque se interrelacionan y alimentan entre sí» (2007: 1).

¹⁶ Mackinnon (2000: 293).

¹⁷ Rudnycky (2004: 407).

¹⁸ Por ejemplo, véase Joerges, Sand y Teubner (2004).

La gobernanza no es jerárquica sino heterárquica y está organizada en redes. (Bernstorff 2004: 258)

Esto da pie a estructuras de gobernanza similares a las de una red *acéntrica*. Sin embargo, como von Bernstorff reconoce, existen problemas con este enfoque. Su estudio sobre la *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* (ICANN) demuestra que, a pesar de sus planteamientos sobre una gobernanza no jerárquica, el hecho es que ni este caso escapa al ejercicio del poder y a las maniobras de inclusión y exclusión que se relacionan no solo a los actores sino también a la selección de intereses que respaldan y regulan el juego político en las redes.

El reconocimiento de la diversidad que la gobernanza supone ha motivado que Steffek cuestione «cuán útil es aplicar el modelo normativo de democracia representativa a la esfera supranacional» (2004: 81). De hecho, Scott y Trubek señalan que dentro del contexto de la Unión Europea, lo que ellos denominan «nueva gobernanza» tiende a «evitar la participación directa de los parlamentarios electos en los procesos de toma de decisión», por lo que la «tarea de (re)concebir la legitimidad es urgente» (2002: 17). Así, es claro que al hablar en términos de pluralismo jurídico o gobernabilidad, existe una necesidad de examinar al derecho dentro de un marco más amplio de análisis de órdenes regulatorios y normativos que se extienden más allá del derecho estatal.

3. Perspectivas antropológicas

Al explorar las interconexiones entre diferentes órdenes regulatorios y normativos, las perspectivas antropológicas resaltan las formas en que el Estado se desestabiliza por los patrones de interacción jurídica global que socavan las fronteras entre el derecho doméstico y el internacional, entre las prácticas nacionales e internacionales, y entre las autoridades jurídicas internas y externas (McGrew 1998: 325). Sin embargo, esto no significa que el rol del Estado sea redundante en este proceso, sino que debe ser reexaminado en el contexto de las intersecciones entre el desarrollo, el capital transnacional, la sociedad civil, los actores no gubernamentales y otros Estados (F. y K. Benda-Beckmann y A. Griffiths 2005). Este tipo de enfoque demuestra cómo los Estados y sus diversas poblaciones están involucrados en relaciones horizontales y verticales que se entrecruzan dentro y más allá de las fronteras territoriales. También debilita cualquier formulación estereotipada sobre las relaciones entre lo global, el Estado nacional y lo local, y la noción de que un derecho delimitado, jerárquico y estratificado define cómo se enlazan. Así, el derecho transnacional se vuelve parte de escenarios sociales en los que no sólo compite con el derecho estatal y le da forma, sino que también compite con mecanismos de autorregulación, el derecho consuetudinario y a veces el religioso. La consecuencia es que la transnacionalización del derecho parece crear tanto homogeneidad como fragmentación y ambigüedad, generando espacios para algunos actores mientras excluye a otros que poseen reclamos legítimos. Entender

cómo funcionan estos procesos es clave para desarrollar una teoría más abarcadora y matizada sobre la operación y consecuencias del derecho en estos contextos.

En las siguientes páginas examinaré cuatro casos que resaltan diferentes dimensiones del pluralismo legal y la gobernanza transnacional en una variedad de escenarios. Estos son: a) las audiencias administrativas en Glasgow, Escocia, que definen las medidas de protección de menores en riesgo;¹⁹ b) el manejo de recursos naturales en la región de Scotia-Fundy, Canadá;²⁰ c) el derecho de los proyectos de desarrollo (*project law*) descrito por Weilenmann²¹ en su estudio sobre la agencia alemana GTZ; y d) la implementación de tribunales militares ordenada por un decreto del poder ejecutivo norteamericano para juzgar a detenidos por terrorismo.²²

4. Divergencias en lo local y respuestas al derecho transnacional

La investigación empírica que alimenta el debate sobre cómo funciona el derecho en la globalización, sobre todo en el nivel local, es escasa.²³ Si bien el pluralismo legal se ha vuelto un término aceptado en algunos estudios de ciencia jurídica y política, es mayormente entendido como la coexistencia del derecho estatal, internacional y transnacional. Por eso, los análisis suelen limitarse a identificar cómo los nexos transnacionales influyen en el derecho estatal nacional.²⁴

El estudio que realicé con Randy Kandel busca llenar este vacío. Para ello analizamos cómo la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU (CDN) —especialmente el artículo 12— y la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) operan y se interpretan en el ámbito local de las audiencias de niños en riesgo, a menudo denominadas *Children's Panels* en Glasgow. Estas audiencias abordan casos de menores de dieciséis años que requieren medidas obligatorias de supervisión bajo la *Children Act* de 1995. Según los miembros de estos jurados, que buscan tomar decisiones en base al interés superior del niño, el proceso se conduce de manera transparente, abierta y participativa, conforme a las normas y

¹⁹ Anne Griffiths y Randy Kandel (2000: 283, 2004: 231; 2005: 482, 2006: 137, 2009a, 2009b y 2009c).

²⁰ Wiber (2000, 2004: 49, 2005, 2006 y 2009); Kearney y otros (2007: 79), Wiber y Kearney (2009a).

²¹ Weilenmann (2005: 233, 2009a y b).

²² Greenhouse (2005a: 184, 2005b: 356, 2006: 239, 2009).

²³ Gessner y Budak (1998).

²⁴ Véase Teubner (1997), Robe (1997: 45), Callies (2002: 185), Gunther y Randeria (2001).

estándares internacionales que han penetrado la administración de justicia local en Escocia.*

Nuestro trabajo²⁵ se concentra en analizar cómo esos estándares importados del derecho internacional que rigen la intervención en la vida de los niños son integrados o resistidos en los enfoques locales que deben implementarlos en Glasgow. Esta intervención, basada en que su bienestar es *primordial* (s. 16.1 de la ley de 1995) y en que tienen derecho a la participación en las decisiones que los afectan (s. 16.2), supone principios que equilibran bienestar y autonomía en varios niveles. Nuestro estudio revela cómo esta experiencia —que pretende ser un foro transparente y abierto— en realidad representa un proceso más complejo y oculto de comunicación nacido de un silencio parcial y de verdades a medias (Griffiths y Kandel 2009b). Esto se debe a la composición del ámbito *local* que se asienta en un terreno de lucha, vinculado con diversos órdenes normativos, y que engloba relaciones de poder desiguales entre sus participantes. Aunque se puede decir que los actores son *locales* en el sentido de que se ubican dentro del espacio de una ciudad, estos se encuentran situados en muy diversos tipos de redes que acaban separándolos.

A diferencia de todos los miembros de los paneles que entrevistamos, quienes contaban con empleo o eran jubilados, la mayoría con antecedentes profesionales o gerenciales —excepto un taxista y una secretaria—, apenas cinco de los 25 padres que conversaron con nosotros tenían empleo. Entre los padres desempleados, varios lo habían estado por un período prolongado. Esto no sorprende considerando las zonas de Glasgow en las que viven. En efecto, los 25 trabajadores sociales que entrevistamos, provenientes de 11 diferentes distritos de Glasgow,²⁶ describieron sus zonas de trabajo como llenas de carencias, desempleo, pobreza, bajo logro educativo, y altos niveles de consumo de alcohol y drogas. Entonces, aunque los

* N. del T.: Para más detalles sobre el diseño formal de este mecanismo de protección de los derechos del niño puede consultarse la información oficial en: <http://www.childpanelscotland.org/> [consulta: 30/11/13].

²⁵ Este estudio es parte de un proyecto de investigación comparada auspiciado por la Annenberg Foundation (Estados Unidos) y la Academia Británica. Se llevó a cabo entre 1997 y 2000. Incluyó entrevistas extensas con 40 miembros de los paneles, 25 custodios de niños, 25 trabajadores sociales, 25 padres y 132 niños, así como la asistencia a 34 audiencias en Glasgow. De los 132 niños y jóvenes que fueron entrevistados, 65 tenían experiencia en el sistema de audiencias y 67 no. Estos fueron seleccionados a partir de varios criterios, incluyendo su procedencia, por ejemplo, de cuatro escuelas secundarias representativas de Glasgow: Govan High, John Paul Academy, Holyrood y Whitehill. Entre los 65 que tenían experiencia previa, se entrevistó individualmente a 50 y los otros 15 participaron en tres grupos focales en la oficina de *Who Cares?* en Glasgow. Esta organización se especializa en promover que los niños sean ubicados en residencias adecuadas y es conducida por adultos que anteriormente estuvieron bajo supervisión.

²⁶ Se trata de las siguientes zonas: Drumchapel, Easterhouse, Castlemilk, Royston, Maryhill, Patrick, Pollock, Possil, Priesthill, Ruchazie y Bridgeton.

niños y las familias que asisten a las audiencias provienen de todo Glasgow, los lugares donde viven comparten muchas características en común.

En contraste, los miembros de los paneles y los trabajadores sociales que participaron en nuestra etnografía generalmente viven en zonas más acomodadas de la ciudad, aunque antes hayan vivido en zonas similares a las de los niños y sus familias. Solamente dos miembros de los paneles y dos trabajadores sociales aún viven en las zonas de procedencia de los niños y padres. Considerando estas disparidades en empleo, educación²⁷ y condiciones de vida, no es ninguna novedad que los niños y sus familias se sientan en desventaja al participar en las audiencias (A. Griffiths y Kandel 2005). En estos escenarios, la posición de poder de las partes no debe ignorarse. No se trata solo de la ubicación económica y social de los miembros de los paneles sino de su potestad para remover a un niño de la casa de su familia bajo el amparo de la sección 70 de la Ley de 1995. Aunque esta facultad se ejerce pocas veces, los niños y sus familiares temen que el resultado de la audiencia sea remover a los primeros de su hogar. Este temor es difícil de apaciguar. Tres de los jóvenes que pasaron por la experiencia de presentarse a las audiencias sostuvieron que «los miembros de los paneles están ahí solo para enviarte a un hogar residencial» (A. Griffiths y Kandel 2009a). Incluso quienes no tenían experiencia previa con estos paneles afirmaban que estos únicamente existían para lidiar con *pequeños pandilleros, tipos rudos o niños malos* (A. Griffiths y Kandel 2009a).

Para llegar a una decisión los miembros del panel tratan de lograr la mayor participación y difusión posible, pero los niños y sus familias a menudo son cautelosos y miden sus palabras por temor a las consecuencias. Así, los niños ponderan sus obligaciones en las audiencias con los códigos informales del vecindario y familia que organizan su existencia fuera de estas. Como resultado, en un intento por resistir la intromisión en sus vidas, la participación de los niños se reduce a desarrollar, sobre todo, estrategias de silencio y sumisión, o autonomía y resistencia (A. Griffiths y Kandel 2000). Los miembros del panel son conscientes de las dificultades en la comunicación y se esfuerzan por interpretar su jurisdicción en términos que coincidan con las necesidades de estos actores locales a través de estrategias interpretativas que emplean al tratar con la legislación (A. Griffiths y Kandel 2006).

Los mundos diferentes en los que viven los actores de las audiencias tienen un impacto en su forma de percibir el derecho, creando una forma de pluralismo legal. En efecto, los niños y sus familias consideran que los espacios locales de derecho *informal* de la familia y el vecindario tienen prioridad sobre el derecho nacional que los miembros del jurado buscan aplicar al promover el interés superior del niño. Esto queda resaltado en los enfoques e interpretación de los participantes de

²⁷ Todos los trabajadores sociales entrevistados tenían alguna formación universitaria.

cuatro espacios que representan sitios de tensión: la audiencia, el hogar, las calles y la escuela. Los tres últimos reflejan espacios cotidianos que encarnan interpretaciones ambiguas de peligro y seguridad. Así, aunque para los miembros del panel los jóvenes se ponían en peligro al andar por las calles, esta idea no coincidía con la perspectiva de los jóvenes sobre el mismo hecho. Para ellos las calles representan un lugar donde pueden socializar con otras personas de su misma edad, generando un espacio de interacción positiva. Esto se produce, sobre todo, porque sus distritos carecen de áreas recreacionales adecuadas y las calles representan el único espacio público disponible. Del mismo modo, cuando se trata del hogar, las distintas perspectivas de los participantes en una audiencia —sobre qué abarca este espacio, si se limita al espacio físico donde se vive o si puede estar incorporado en una matriz social más grande— dan lugar a imágenes contrapuestas sobre la seguridad de los niños que permanecen en ellos (A. Griffiths y Kandel 2009c). Es importante analizar cómo se construyen las nociones de peligro y seguridad, porque decidir si un niño menor de 16 años debe ser colocado bajo medidas compulsivas de supervisión supone evaluar el riesgo/peligro y/o la protección/seguridad que sus hogares representan. De ello dependerá la aplicación de los criterios de bienestar *primordial* e interés superior del niño que respaldan la decisión legal de los paneles.

Sin embargo, lo que está en cuestión no son solo las percepciones divergentes de los niños, familias y miembros del panel. Además, otros funcionarios que participan en el proceso también pueden ponderar los requisitos legales formales del sistema con las demandas y políticas regulatorias de las burocracias con las que trabajan. Nuestro estudio demuestra cómo el interés superior del niño, promovido por la legislación, puede entrar en conflicto con las demandas institucionales planteadas a los trabajadores sociales, quienes a veces deben adaptarse a otras prioridades. El resultado es que las restricciones de su ubicación burocrática suponen cierto grado de discreción. Así, lo que ocurre en las audiencias debe, por lo tanto, verse en el contexto de las diversas demandas que reciben a través de los diferentes roles institucionales y afiliaciones profesionales. Lo que emerge es una forma de gobernanza a través de la administración pública que bien podría estar en desacuerdo con, o incluso actuar en contra de, el poder formal del derecho en ciertas circunstancias.

4.1 Comunidades epistémicas y gobernanza global: desplazando lo local

Desde otra perspectiva, la del manejo de recursos en la región de Scotia-Fundy por el *Department of Fisheries and Oceans* de Canadá, Wiber²⁸ y Wiber and Kearly,²⁹ se estudian cómo los burócratas federales y algunos actores poderosos (i.e., expertos) o *comunidades epistémicas* fijan la agenda de los anteproyectos legales que son —o están a punto de ser— impuestos a los gobiernos subnacionales y a

²⁸ Wiber (2000, 2004, 2005, 2006, 2009).

²⁹ Kearney y otros (2007), Wiber y Kearney (2009).

otros niveles administrativos. Además, analizan las consecuencias que este proceso tiene en los derechos de acceso de la población local a esos recursos. De hecho, se puede hablar incluso de burocracias internacionales como la Organización Pesquera del Atlántico Noroeste (NAFO, por sus siglas en inglés), que en su sitio web afirma ser un «órgano intergubernamental de investigación y gestión de la pesquería» (Wiber y Kearney 2009). Wiber explora la centralidad de la teoría de la propiedad en la gestión de las pesquerías y el rol de las comunidades epistémicas (es decir, grupos de expertos que se extienden por todo el mundo)³⁰ en la promoción de la imposición de un régimen de manejo alrededor del mundo (Wiber 2000).

Esto ha ocurrido gracias a los cambios tecnológicos en la pesca industrial, la creciente capitalización de las empresas, una economía de escala creciente y la cesión de mayor control a las compañías procesadoras. En sus intentos por lidiar con la escasez de pescado y regular la industria, el gobierno federal del Canadá introdujo un sistema de cuotas individuales transferibles. Este es desarrollado por comunidades epistémicas técnicas, congregadas en organizaciones internacionales de desarrollo o similares que son canales importantes para los procesos de globalización que transportan el derecho desde los países occidentales a los países en vías de desarrollo. No solo lo trasladan a través del globo sino que también se establecen a sí mismas como fuentes importantes para la creación de leyes, la formulación de marcos regulatorios y el establecimiento de planes de trabajo para la gestión de las pesquerías alrededor del mundo (Wiber 2006).

Wiber (2005) detalla cómo la aplicación de un enfoque Estado-céntrico a la regulación genera barreras para el manejo sostenible allí donde este no es parte del régimen de privatización dominante. Además, analiza cómo el derecho administrativo y los regímenes de administración han socavado las bases del conocimiento local que eran críticas para la administración de los recursos naturales. Esto se consiguió de dos formas. Primero, a través de regulaciones que combinaban una gestión espacial y temporal que excluía a la población local del acceso físico a las reservas de recursos o limitaba significativamente los períodos o las áreas abiertas para el acceso y captura de esos recursos. Segundo, a través de regímenes de gestión que plasmaban la experiencia espacio/temporal de «comunidades epistémicas» transnacionales altamente técnicas, lo que en la práctica subestimaba el conocimiento local. En Canadá, este enfoque ha «desprofesionalizado» a los pescadores locales y ha minado sus formas de organización, pues distintos mecanismos de distintos niveles de gobierno han definido la variación y especificación local como algo intrascendente en el manejo científico de los recursos naturales.

³⁰ Este término fue acuñado por P. M. Hass (1992: 1).

Sin embargo, en su estudio etnográfico de los pescadores, Wiber y Kearney (2009) identifican un medio alternativo de regulación colectiva forjado por las propias comunidades locales. La ventaja de este sistema es su capacidad para tomar en cuenta las especificidades del conocimiento local sobre las condiciones ecológicas y socioeconómicas del lugar. Esto permite desarrollar una variedad de prácticas de producción ignoradas por los planes y programas inflexibles que las comunidades epistémicas proponen. Al hacerlo, ignoran que es posible encontrar «soluciones locales a problemas locales». Las alternativas locales generan redes inclusivas de ancha base que «incorporan áreas ambientales más extensas, desarrollan valores comunes y gestionan conflictos entre un conjunto más amplio de usuarios de acuerdo con un cuerpo de reglas más equitativas».

Desafortunadamente, el conocimiento local es en gran medida subestimado por los *expertos*, quienes además realizan juicios morales sobre este y lo presentan como estático, insular y, de cierto modo, desfasado en comparación con la gestión global y las concepciones de espacio que ellos asumen como racionales, progresistas, avanzadas y cosmopolitas. En este sentido, la lucha por el acceso a los recursos naturales se redefine como un problema moral de estilos de vida.³¹

Ante esta situación, Wiber y Kearney sostienen que lo que se necesita es una matriz institucional efectiva para el manejo de los recursos naturales. Esta debe involucrar «elementos institucionales significativamente subteorizados», tanto en el «nivel micro como en el macro». Ello significa la inclusión de «grados significativos de pluralismo jurídico» para tomar en cuenta la interconexión y las discontinuidades que forman parte del «panorama legal completo». Así, el gobierno y las burocracias, provinciales y federales, deberían integrarse a un proceso más inclusivo que implique el reconocimiento de paisajes legales más amplios (incluyendo las prácticas locales). Es dentro de este proceso que deberían llevarse a cabo las negociaciones sobre los derechos de pesca.

De este modo, el análisis de Wiber y Kearney³² resalta cómo las formas de ganarse la vida y su concomitante generación de conocimiento son procesos sociales en los que participa el derecho. Además, demuestran cómo el derecho internacional y el estatal (federal, provincial) desplazan a los derechos locales de acceso y las consecuencias negativas para los pescadores locales. En efecto, en Scotia-Fundy el conocimiento pesquero generacional y local se han devaluado a favor de la investigación marina que la burocracia federal y las universidades practican. El análisis de Wiber critica cómo el trabajo de geógrafos sociales y teóricos políticos ha tenido el efecto de hacer al conocimiento local más *construido* que *vivido*. El resultado es que se ha ignorado, en gran medida, cómo se usan diferencialmente las escalas espaciales para desarrollar el conocimiento ambiental y activar prácticas

³¹ Para un análisis detallado, véase Wiber (2004).

³² Véase Kearney y otros (2007) y Wiber (2009).

sociales particulares (2006). La consecuencia es que los discursos sobre el derecho dan forma *al lugar* de maneras que suelen «leer equivocadamente y manejar mal el panorama». Así, Wiber sostiene que debido a que la definición del lugar y los usos que se le pueden dar pueden ser cuestionados, necesitamos reconocer los modos en que las múltiples capas de derecho definen y constriñen divergentemente los usos de los espacios legales. Para ello es necesario documentar cómo los órdenes normativos locales se negocian o dejan de lado en el contexto de las economías políticas globales que pesan sobre ellos.

5. El derecho de los proyectos de desarrollo [*project law*] y el poder de la burocracia: construyendo la cooperación para el desarrollo

Marcus Weilenmann explora, en un plano institucional, la capacidad de creación de derecho que los proyectos de desarrollo y las agencias nacionales e internacionales de desarrollo tienen, como la Agencia Alemana de Cooperación Técnica (GTZ).³³ Mediante el estudio de un proyecto en Ghana, que pretendía promover los derechos de las mujeres induciendo reformas legales e institucionales y cambios en la sociedad civil, nos muestra cómo las organizaciones involucradas en la cooperación para el desarrollo crean el «derecho del proyecto» (*project law*) durante las etapas iniciales del diseño. Lo hacen para adaptar el marco nacional del país receptor a los requisitos legales del país donante (2005: 233). En base a su experiencia práctica como asesor de proyectos bilaterales de la GTZ, Weilenmann señala cómo los conceptos jurídicos que definen los contenidos y actividades de los proyectos de desarrollo influyen en el objetivo del cambio social que se pretende concretar, como ocurre en los proyectos de reducción de la pobreza. Al examinar las dinámicas interactivas entre el plan del proyecto, su implementación y el contexto social, explora cómo las ideas que emergen de los proyectos internacionales se convierten en planes de desarrollo nacionales y locales.

A partir de otro caso procedente de Burundi, Weilenmann demuestra cómo en algunos países en vías de desarrollo el Estado de Derecho y el control territorial estatal se ven a menudo cuestionados por poderosas agencias de desarrollo y ONG que tienen un «estatus cuasi estatal», ya que patrocinan programas de ayuda y promoción de la buena gobernanza, la justicia y los derechos humanos (2009a). Esta suplantación se produce a través del mecanismo burocrático que rige la cooperación internacional y que denomina «el derecho del proyecto». Este derecho cobra vida en dos niveles. El primero se refiere a las normas jurídicas que encuadran las fases de planeamiento y conceptualización de los proyectos de desarrollo y que monitorean y transfieren las responsabilidades del proyecto a las organizaciones locales que los implementan. En esta etapa, la regulación se basa a menudo en procedimientos elaborados por agencias de desarrollo bilaterales o multilaterales que frecuentemente los derivan de los sistemas jurídicos de sus

³³ Weilenmann (2005, 2009a y 2009b).

países de origen o de sus propias normas de gestión. Así se establece un marco normativo para la segunda fase en la que el «derecho del proyecto» sintetiza las regulaciones establecidas por el personal de la intervención desarrollista durante el proceso de implementación e interacción con la población objetivo.

Esta dinámica disminuye cualquier posibilidad de involucramiento efectivo de los actores locales. Su participación limitada queda prescrita en las condiciones fijadas por la agencia donante. Otro punto importante señalado por Weilenmann es que «las agencias de cooperación al desarrollo, bilaterales y multilaterales, [...] no tienen procedimientos y métodos que permitan un análisis sistemático de sus procesos institucionalizados de selección o una evaluación de la dimensión cultural de sus propias acciones». Como resultado, son incapaces de tomar consciencia de los efectos que sus propias predisposiciones tienen en el diseño y contenidos del proyecto de cooperación. Esto conduce a una situación en la que se tiende a «sobresimplificar las complejidades sociales del entorno en el que operan» (Weilenmann 2005: 237). Si bien existe una considerable literatura sobre la operación de las agencias internacionales de desarrollo, Weilenmann observa en un estudio sobre Senegal que «se presta poca atención al impacto social de los órdenes normativos que regulan la conceptualización e implementación de los proyectos de desarrollo, y a la estructura sociopolítica que esas regulaciones generan» (2009b).

El poder que ejercen las agencias y ONG internacionales de desarrollo es bastante conocido. El aporte de la perspectiva antropológica de Weilenmann al debate radica en su interpretación más matizada sobre cómo se construye ese poder en distintos niveles. Para ello analiza las cadenas de traducción que se establecen entre las políticas fijadas por los órganos rectores de las agencias desarrollistas, las reglas de negociación que plantea el personal internacional del proyecto con las contrapartes nacionales y las prácticas de las organizaciones locales socias como las ONG de Burundi. Su análisis demuestra cómo la agenda del desarrollo cambia su interpretación en diferentes niveles y eso tiene importantes consecuencias metodológicas. Por eso el análisis de toda la cadena de traducción revela las diferentes herramientas que los múltiples actores emplean para legitimar sus demandas rivales, así como las estrategias discursivas que emplean al invocar fuentes jurídicas opuestas como el derecho consuetudinario, el estatal o el religioso, para fundamentar sus posiciones. Estos derechos a menudo se ignoran debido a la escala en la que opera el derecho del proyecto. Al hacerlo, también se evaden los procesos ordinarios de control democrático.

Como señala Weilenmann, los proyectos de desarrollo tienen un impacto político considerable en la vida de los países en desarrollo. Esto genera preocupación por las restricciones bajo las cuales opera el derecho del proyecto, con una validez espacial, temporal e institucional limitada y acotada a cada proyecto individual. Semejante proceso tiene «el potencial de fragmentar los órdenes jurídicos y políticos prevalecientes en los países receptores al punto que debilita su Estado de

Derecho». El campo fragmentado y acumulativo de sistemas normativos contradictorios que se genera cuando diversas agencias de desarrollo operan los derechos de sus propios proyectos puede tener un efecto desestabilizador. Weilenmann sugiere que una mayor transparencia permitiría la generación de rutas de cooperación alternativas y que aumentar la participación local democratizaría las intervenciones desarrollistas.

6. La reconfiguración del Estado: el Poder Ejecutivo

La cuestión del compromiso con la democracia es abordada por Carol Greenhouse en su estudio sobre la implementación de una orden ejecutiva del presidente de los Estados Unidos.³⁴ En su trabajo examina las implicancias que este tipo de medidas tienen para el modo en que los antropólogos teorizan sobre el Estado neoliberal, las que los llevarían a tener que «repensar la etnografía del poder desde el punto de vista del poder ejecutivo» (2009). Greenhouse ilustra la desconexión del gobierno de los Estados Unidos con el compromiso democrático al evadir las garantías judiciales y legislativas y recurrir a órdenes ejecutivas para implementar sus políticas, en este caso represivas. Para hacerlo, el 13 de noviembre de 2001 promulgó una famosa *Executive Order* conocida como la Orden Militar (*Military Order*) que no requirió el consentimiento o cooperación de las otras ramas del gobierno. Esta orden estableció tribunales militares para juzgar a detenidos por terrorismo (definido en términos amplios) que no tenían ciudadanía estadounidense. Como Greenhouse observa, lo que se reguló fue una extensión del poder ejecutivo en relación al procesamiento y sentencia de estas personas, la que dio al presidente la autoridad final para dirimir cualquier controversia dentro del proceso (2005b). El resultado es que la orden elimina o reduce algunas de las garantías procesales que cualquier acusado tiene en el sistema civil e inclusive en el propio Código de Justicia Militar.

Al analizar este desarrollo, Greenhouse adopta un nuevo enfoque etnográfico que se concentra en el debate que la orden ejecutiva en sí misma generó en los Estados Unidos. Los argumentos en pro y en contra le proporcionaron «transcripciones ocultas» que operan como medios para “codificar, leer e interpretar el discurso de la lucha política” (2005b: 357). Su análisis de esas transcripciones ocultas se sitúa en el contexto de una comparación de su lectura de la orden militar con el libro *Domination and the Arts of Resistance: Hidden Transcripts*, de James Scott (1990). Mientras Scott se concentra en analizar el discurso pronunciado desde abajo, es decir, el de los grupos subordinados, Greenhouse se dedica al estudio del discurso enunciado desde arriba por los agentes de poder.

Por tanto, no se ocupa de los ámbitos tradicionales de la Antropología del Derecho desarrollada en el siglo XX, específicamente la resolución de conflictos, las cortes

³⁴ Greenhouse (2005a: 184, 2005b: 356, 2006: 239, 2009).

y los *casos problema*. En cambio, explora los términos de la orden ejecutiva «en terrenos más amplios de circulación y oposición discursiva» que no son accesibles desde el propio texto. Esto supone emplear una nueva metodología basada principalmente en dos recursos interpretativos que denomina «rastros discursivos» y «trayectorias profesionales». El primero recoge los comentarios de los medios de comunicación, especialmente los que promueven la orden militar de 2001; el segundo sigue la carrera de los propios comentaristas para elucidar el contexto más amplio de valores en los que esa orden ejecutiva debería entenderse. El estudio de los comentarios los complementa con el análisis de los documentos oficiales, lo que le permite ofrecer evidencia de los significados más amplios que ambos portan. La evidencia proveniente del sector público y privado ilustra cómo «circulan los discursos hegemónicos contemporáneos, —no solo de arriba a abajo—, sino también estratégicamente desde distintas comunidades políticas del sector privado hacia el Estado» (Greenhouse 2009). Esto es importante en un contexto en el que el poder ejecutivo es dominante y en donde la representación se produce “al nivel de competencia por signos de autoridad y legitimidad, más que en campos de deliberación reales” como los parlamentos o los tribunales. Como ha observado Greenhouse en otra oportunidad (2006: 240), lo que resulta alarmante es que “las batallas políticas sobre la expansión del poder ejecutivo [...] bien pueden librarse lejos de los campos políticos como tales”. El resultado es que “las principales cuestiones políticas pueden escapar del debate público, por lo que no habrá un foro público para una vasta oposición privada, en el sentido convencional del término”.

Para Greenhouse, la importancia de estos rastros discursivos está en «su énfasis en la autonomía presidencial como materialización de la seguridad nacional». Esto significa que «la orden ejecutiva de 2001 puede leerse como una transcripción oculta que surge de la nueva tensión entre las necesidades contradictorias del gobierno norteamericano de tener visibilidad e invisibilidad en relación a la seguridad nacional y el capital global» (2005b: 364). Lo que resulta crucial aquí es reconocer la transcripción oculta para entender cómo el discurso de la seguridad no se basa solo en las exigencias del 11-S, sino que «se construye sobre los debates sesgados de siempre sobre derechos y aplicación del derecho, separación de poderes, neoliberalismo y derecho internacional» (2005b: 366).

Este tipo de análisis revela que las tensiones entre libertad y seguridad surgen «no porque se opongan de manera inherente, sino porque esos términos codifican una competencia en curso entre el gobierno central y la oposición de base» (2005a: 210). Así, el problema para la democracia no es el de un conflicto de valores entre la seguridad y las libertades civiles, sino «el conflicto político entre foros nacionales y locales sobre el futuro de la reforma neoliberal» (2005a: 184). El estudio de Greenhouse revela que la oposición más fuerte a la orden ejecutiva no emanó de los partidos de oposición de alcance nacional (e.g., Demócratas), sino de electores locales, organizaciones políticas minoritarias y movimientos de base.

Lo que queda claro es que, visto desde la perspectiva de sus defensores, la orden militar de 2001 vincula al terrorismo con la violencia urbana, como sitios relacionados de tensión entre agentes rivales de control federal, local, militar y civil. Esto se produjo porque los nuevos poderes adquiridos en el contexto de la seguridad internacional se movilizaron rápidamente para usarse en el contexto doméstico. Ello proporcionó “nuevas oportunidades políticas para tratar con condiciones, en esencia, normales” (2005a: 197), con el fin de promover “una agenda social neoliberal y contener la oposición de las bases” (2005a: 186).

Al analizar cómo se percibe que el derecho internacional «constituye una amenaza real e inmediata a los intereses nacionales de los Estados Unidos», que eliminará el uso unilateral de la fuerza militar, Greenhouse resalta la producción transnacional de políticas domésticas. De ese modo, contribuye significativamente a nuestra comprensión de cómo el transnacionalismo empodera selectivamente al Poder Ejecutivo en relación a otras ramas de gobierno y a otros niveles del aparato estatal de un país. Al abordar este aspecto del derecho, de algún modo ignorado en el contexto de los debates sobre el transnacionalismo y la globalización, Greenhouse demuestra que los Estados no se marchitan y explica «el grado en el que los Estados neoliberales, a través de sus poderes ejecutivos, conservan y aplican formas fuertes de poder, incluso en el caso de alianzas transnacionales». Estas dinámicas generan preocupación porque reducen el acceso de la población a formas institucionalizadas de enmienda, asistencia y reforma, e incrementan el riesgo de violencia y otras formas de desorden (2005a: 186).

Su estudio ofrece una visión valiosa sobre el complejo y contradictorio funcionamiento de los gobiernos, en particular neoliberales, y sobre la constitución e implementación de nuevas formas de poder. No solo eso, sino que lejos de que el Estado «se marchite» en condiciones de globalización, sucede lo contrario, sobre todo en el caso del Poder Ejecutivo.

7. Legalidades que se intersectan: los caminos al derecho

Los trabajos precedentes iluminan cómo los diferentes actores crean y mantienen al derecho en toda una variedad de escenarios que representan constelaciones muy diversas de poder. También exploran los múltiples caminos que el derecho emplea para constituir y legitimar el poder y analizan las diferentes dimensiones decisorias, regulatorias y discursivas de su ejercicio. Ello porque el derecho cumple un papel importante en la creación, producción y aplicación de conceptos tales como *justicia*, *autoridad* y *derechos*, y en ejemplificar nociones de *legalidad* que pueden ser invocadas por diferentes actores sociales al formular sus discursos hegemónicos y contrahegemónicos. Esto no solo se grafica en las relaciones desiguales entre el Estado y sus ciudadanos, según los modelos simples de tipo orden-obediencia-sanción, sino también en los que resaltan la creciente importancia del poder

disciplinario y de las técnicas de poder para manejar a la población (*gubernamentalidad*).³⁵

Los artículos reseñados examinan los diversos modos en que el poder se configura en diferentes escenarios, desde audiencias locales de niños en Glasgow, hasta comunidades epistémicas que buscan imponer sus anteproyectos para regular la pesca en Canadá; pasando por el impacto de las agencias de cooperación internacional en la creación y manejo de proyectos de desarrollo a nivel local y nacional; y, finalmente, hasta llegar a la influencia del discurso en la reconfiguración de los enfoques internacionales sobre la «guerra contra el terror» y en la reformulación de las políticas domésticas norteamericanas. Todos afrontan la cuestión del poder y cómo este es acomodado, adaptado, ignorado o resistido por numerosos actores, a través de sus análisis de lo que ocurre cuando el derecho transnacional se encuentra con los derechos nacionales y locales. También analizan, por cierto, las complejidades empíricas de las constelaciones de pluralidad legal que se derivan de los intentos del derecho nacional de responder a los desarrollos transnacionales mientras procura reconocer las formas en las que la población local responde a esas dinámicas. En este proceso es importante observar que hay una considerable cantidad de pluralismo jurídico dentro del pluralismo jurídico estatal, un aspecto que ha sido relativamente ignorado.³⁶

El resultado es que los autores identifican y abordan procesos de reubicación en diferentes niveles de organización sociopolítica y jurídica. Es más, muestran la importancia de analizar las cadenas de interacción y traducción que conectan a los actores transnacionales, nacionales y locales en campos multisituados de negociación. También enfatizan que esas interacciones estructuran relaciones de poder que se reproducen o cambian a lo largo del tiempo. En el contexto escocés, esto significa examinar cómo las convenciones internacionales (Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Europea de Derechos Humanos) se integran al derecho nacional aplicado por ciudadanos ordinarios que operan como un jurado lego en los procesos que determinan si un niño necesita medidas compulsivas de supervisión o no. Al hacerlo, los miembros del panel no solo se enfrentan al problema de superar las construcciones alternativas sobre peligro, seguridad y buena ciudadanía de los niños y sus familias, sino también a las divergentes demandas profesionales y burocráticas que el personal de los servicios sociales

³⁵ Esto abarca lo que John Morison (2003: 160) considera un enfoque que reconoce que «la acción gubernamental por sí misma no puede lograr sus fines, necesita «gobernar a través de la libertad», para que los individuos «se construyan» (o se entiendan a sí mismos y sus situaciones) de modos que coincidan con el objetivo promovido por las autoridades que gobiernan». Dicho de otro modo, siguiendo a Rudnycky (2004: 411), es «una práctica de políticas especialmente moderna... [que] implica la aplicación del conocimiento a una población con el objetivo de lograr efectos considerados benéficos, simultáneamente, para el individuo, la colectividad y el Estado».

³⁶ Véase Merry (1998) y Woodman (1998).

experimenta. En el caso canadiense, se aprecia cómo el trabajo de un pequeño grupo de *científicos* impacta en la política de regulación de la pesca, tanto federal como provincial. El poder de esa comunidad de expertos es tan fuerte que logra regular la pesca de manera vertical, marginando al conocimiento local de los pescadores afectados por sus políticas.

En el caso de la cooperación internacional, las agencias donantes generan procesos que rigen el planeamiento y conceptualización de los proyectos de desarrollo. Además, transfieren responsabilidades, monitorean y evalúan a las organizaciones locales que los implementan. Esta cadena de transmisión crea una forma de *derecho de proyecto* que incluye a las decisiones y políticas de los órganos rectores de las entidades donantes y desarrollistas, las reglas negociadas entre el personal internacional del proyecto y sus contrapartes nacionales y las prácticas de las organizaciones locales socias. En el debate sobre la introducción e implementación de la Orden Militar de 2001 en los Estados Unidos, el análisis se extiende más allá del texto mismo y abarca a los discursos que le dieron origen. Estos fueron identificados empleando dos fuentes, los comentarios en los medios y las trayectorias de sus autores, incluyendo sus afiliaciones políticas e ideológicas. Desde esta perspectiva, la orden ejecutiva revela cómo los enfoques transnacionales sobre la guerra contra el terror no solo se entretejían en la producción de políticas internas sino que también servían para empoderar selectivamente en lugar de reducir la autoridad de ciertas ramas del Poder Ejecutivo.

Lo que emerge de estos trabajos es que no se puede entender el destino del derecho transnacional ni su impacto en las constelaciones jurídicas locales si no se presta atención al carácter jurídico plural de esos contextos. Ello se debe a que el pluralismo jurídico y la gobernanza se encuentran firmemente enraizados en la vida cotidiana dentro de los Estados y reflejan relaciones entre ellos.

Considerando el carácter relacional del poder, estos estudios resaltan que las asimetrías se producen no solo en términos de relaciones sociales desiguales, sino también de los órdenes jurídicos diferenciados. Es en ese contexto en el que se formula y reconfigura la legitimidad del poder y del derecho. Es más, el poder posee una capacidad transformativa porque opera en varios niveles, incluyendo el ideológico, normativo, institucional y social, lo que le permite reconfigurar las relaciones sociales. A su vez, el derecho se moviliza para lograr determinados propósitos y, lo que es más importante, las personas e instituciones activan diferentes ordenamientos normativos para alcanzar sus objetivos. Así, los autores reseñados demuestran que las clasificaciones y comparaciones abstractas de los órdenes jurídicos no tienen mayor importancia frente a las hábiles teorizaciones y despliegues pragmáticos que los usuarios de esos derechos realizan. Son los actores sociales los que replantean el panorama legal en el que operan mediante la reconfiguración de los espacios jurídicos que enfrentan.

Los textos también subrayan que los efectos de globalizar al derecho y su apropiación en contextos específicos son altamente diferenciales y generan inequidades sociales inéditas dentro, fuera y a través de las fronteras de los Estados nacionales. En esta dinámica, las formas locales de conocimiento y organización son constantemente reformuladas al son de su interacción con las cambiantes condiciones externas. En consonancia, el poder opera y se transforma en diferentes contextos de interacción, lo que permite el surgimiento de nuevas identidades y alianzas. Aquí es donde cobra importancia el pluralismo jurídico porque ofrece un repertorio que los actores sociales emplean para construir discursos de legitimidad que pueden usarse para promover y justificar múltiples formas de intervención, acción y creación de políticas en campos muy diversos.

8. Bibliografía

- Allott, A. and G. Woodman, eds. 1985. *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*, edited by A. Allott and G. Woodman. Dordrecht: Foris Publications.
- Appadurai, A. 1990. "Disjuncture and Difference in the Global Economy." In *Global Culture, Nationalism, and Modernity. Special Issue of Theory, Culture & Society*, edited by Mike Featherstone. London.
- Belley, J. 1993. "Pluralisme juridique." In *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, edited by A. Arnaud, 2nd. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Benda-Beckmann, F. 1988. "Comment on Merry." *Law & Society Review* 22 (5): 897-901.
- . 1989. "Scapegoat and magic charm: Law in development theory and practice." *Journal of Legal Pluralism* 28: 129-148.
- Benda-Beckmann, F. and K. von and A. Griffiths. 2005. "Introduction." In *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- . 2009a. *The Power of Law in a Transnational World: Anthropological Enquires*. Oxford and New York: Berghahn Books.
- . 2009b. *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society*. Aldershot and Burlington: Ashgate.

- Benda-Beckmann, K. von. 1984. "The Broken Stairways to Consensus: Village Justice and State Courts in Minangkabau" *Verhandelingen van het Koninklijk Instituut voor Taal- Land-en Volkenkunde* 106. Dordrecht, Leiden, Foris Publications, KITLV Press.
- Benda-Beckmann, K. von and F. Stribosch, eds. 1986. *Anthropology of Law in the Netherlands*. Dordrecht: Foris.
- Berman, P. S. 2007. "Global Legal Pluralism." *Southern California Law Review* 80 (6): 1155-1237.
- Bernstorff, J. von, 2004. "The Structural Limitation of Network Governance: ICANN as a Case in Point." In *Transnational Governance and Constitutionalism*, edited by C. Joerges, I. J. Sand and G. Teubner. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Callies, G. P. 2002. "Reflexive transnational law: On definition of transnational law." *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23.
- Comaroff, J. L. and S. A. Roberts. 1981. *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African context*. Chicago and London: University of Chicago Press.
- Commission on Global Governance. 1995. *Our Global Neighbourhood*. Oxford.
- Dean, M. 1999. *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*. London.
- Fitzpatrick, P. 1992. *The Mythology of Modern Law*. London and New York.
- Foucault, M. 1971. "Governmentality." *Ideology and Consciousness* 6.
- . 1997. "Technologies of the Self." In *Essential Works of Michael Foucault, vol. 1 Ethics: Subjectivity and Truth*, edited by P. Rabinow and J. D. Faubion, 223-252. New York: Penguin.
- Galanter, M. 1981. "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law" *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 19: 1-47.
- Gessner V. and A. C. Budak, eds. 1998. *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*. Aldershot and Brookfield.
- Greenhouse, C. 1998. "Legal Pluralism and Cultural Difference: What is the Difference? A Response to Professor Woodman." *Journal of Legal Pluralism* 42: 61-72.

- . 2005a. "Nationalizing the Local: Comparative Notes on the Recent Restructuring of Political Space." In *Human Rights in the "War on Terror"*, edited by R. A. Wilson. Cambridge.
- . 2005b. "Hegemony and Hidden Transcripts: The Discursive Arts of Neoliberal Legitimation." *American Anthropologist* 107 (3).
- . 2006. "Lear and Law's Doubles: Identity and Meaning in a Time of Crisis." *Law, Culture and the Humanities* 2 (2).
- . 2009. "The Military Order of 13 November 2001: An Ethnographic Reading." In F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths, eds. 2009a.
- Greenhouse, C. and F. Strijbosch. 1993. "Legal Pluralism in Industrialized Societies." *Journal of Legal Pluralism* 33.
- Griffiths, A. 1997. *In the Shadow of Marriage: Gender and Justice in an African Community*. London and Chicago: University of Chicago Press.
- . 2002. "Legal pluralism." In *An Introduction to Law and Social Theory*, edited by R. Banakar and M. Travers, 289-311. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.
- Griffiths, A. and R. Kandel. 2000. "Hearing Children in Children's Hearing." *Child and Family Law Quarterly* 3.
- . 2004. "Empowering Children? Legal Understanding and Experiences of Rights in the Scottish Children's Hearings System." In *Human Rights Brought Home: Socio-Legal Perspectives on Human Rights in the National Context*, edited by S. Halliday and P. Schmidt. Oxford and Portland.
- . 2005. "Localising the Global: Rights of Participation in the Scottish Children's Hearing System." In *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- . 2006. "Children's Confidentiality at the Crossroad: Challenges for the Scottish Children's Hearing System." *The Journal of Social Welfare & Family Law* 28 (2).
- . 2009a. "The Governance of Children: from Welfare Justice to Proactive Regulation in the Scottish Children's Hearings System." In *Rule of Law and*

- Laws of Ruling*, edited by K. von Benda-Beckmann and J. Eckert. Berghahn Press.
- . 2009b. “Half-told Truths and Partial Silence: Managing Communication in Scottish Children’s Hearings.” In *The Power of Law in a Transnational World: Anthropological Enquires*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Oxford and New York: Berghahn Books.
- . 2009c. “The Myth of the Transparent Table: Reconstructing Space and Legal Interventions in Scottish Children’s Hearings.” In *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- Griffiths, J. 1986. “What is legal pluralism?” *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-55.
- Gunther, K. and Randeria, S. 2001. *Recht, Kultur and Gesellschaft in Prozess der Globalisierung*. Bad Humberg.
- Gupta, A. and J. Ferguson, eds. 1997. *Culture, Power, Place: Ethnography at the End of and Era*. Durham and London.
- Held, D., A. McGrew, D. Goldblatt and J. Perraton. 1999. *Global Transformation: Politics, Economics and Culture*. Cambridge.
- Hass, P. M. 1992. “Introduction: Epistemic communities and international policy coordination.” *International Organization* 46 (1).
- Hunt, A. and G. Wickham. 1994. *Foucault and Law*. London and Boulder.
- Joerges, C. 2005. “Compliance research in legal perspectives.” In *Law and Governance in Postnational Europe: Compliance beyond the Nation-State*, edited by M. Zürn and C. Joerges. Cambridge and New York.
- Joerges, C., I. Sand and G. Teubner, eds. 2004. *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford and Portland.
- Kearney, J., F. Berkes, A. Charles, E. Pinkerton and Melanie Wiber. 2007. “The Role of Participatory Governance and Community-Based Management in Integral Coastal and Ocean Management in Canada.” *Costal Management Journal* 35.
- Long, N. 1996. “Globalization and localization: new challenges to rural research.” In *The Future of Anthropological Knowledge*, edited by H. I. Moore. London and New York.

- Low, S. M. and Lawrence-Zuniga, D. 2003. "Locating Culture." In *The Anthropology of Space and Place: Locating Culture*, edited by S. M. Low and D. Lawrence-Zuniga. Oxford, Carlton and Berlin.
- McBarnet, D. 2007. "Corporate social responsibility beyond law, through law, for law, the new corporate accountability." In *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, edited by D. Mc Barnet, A. Voiculescu and T. Campbell. Cambridge.
- Mackinnon, D. 2000. "Managerialism, governmentality and the state: a neo-foucauldian approach to local economic governance." *Political Geography* 3.
- Merry, S. E. 1998. "Legal Pluralism." *Law & Society Review* 22 (5).
- McGrew, A. G. 1998. "Global Legal Interaction and Present-Day Patterns of Globalization." In *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, edited by V. Gessner y A.C. Budak. Aldershot and Brookfield.
- Miller, P. and N. Rose. 1990. "Governing Economic Life." *Economy and Society* 19 (1).
- Morison, J. 2003. "Modernising Government and the E-Government Revolution: Technologies of Government and Technologies of Democracy." In *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, edited by N. Bamforth and P. Leyland. Oxford y Portland.
- Perry, R. W. and B. Maurer. 2003. "Globalization and Governmentality: An Introduction." In *Globalization under Construction: Governmentality, Law and Identity*, edited by R. Warren Perry and B. Maurer. Minneapolis.
- Petersen, H. and Zahle, H., eds. 1995. *Legal Polycentricity: Consequences of pluralism in law*. Aldershot: Dartmouth.
- Robe, J. P. 1997. "Multinational Enterprises: The Constitution of Pluralistic Legal Order." In *Global law without a state*, edited by Gunther Teubner. *Global law without a state*. Aldershot.
- Roberts, S. A. 2005. "After Government? On Representing Law Without the State." *Modern Law Review* 68 (1).

- Rose, N. "Governing 'advance' liberal democracies." In *Foucault and Political Reason: Liberalism, Neoliberalism and Rationalities of Government*, edited by A. Barry, T. Osbourne and N. Rose. London.
- . 1999. *Power of Freedom: Reframing Political Thought*. Cambridge.
- . 2000. "Government and Control" *British Journal of Criminology* 40.
- Rose, N. and P. Miller. 1992. "Political Power Beyond the State: The Problematics of Government" *British Journal of Sociology* 43 (2).
- Rouland, N. 1994. *Legal Anthropology*. Tr. P G. Planel. London.
- Rudnyckyi, D. 2004. "Technologies of Servitude: Governmentality and Indonesian Transnational Labour Migration." *Anthropological Quarterly* 77 (3).
- Sand, I. 2004. "Polycontextuality as an Alternative to Constitutionalism." In *Transnational Governance and Constitutionalism*, edited by Joerges, C., I. Sand and G. Teubner. Oxford and Portland.
- Santos, B. de S. 1987. "Law: A map of misreading: toward a post-modern conception of law." *Journal of Law and Society* 14.
- . 2002. *Toward a New Legal Commons Sense: Law, Globalization and Emancipation*. Toronto.
- Sassen, S. 1998. "De-Nationalization: Some Conceptual and Empirical Elements, APLA Distinguished Lecture." *PoLAR* 22 (2).
- Scott, J. 1990. *Domination and the Arts of Resistance: Hidden Transcripts*. New Haven.
- Scott, J. and D. Trubek. 2002. "Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union." *European Law Journal* 8 (1).
- Sheleff, L. 2000. *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*. London and Portland. (Londres y Portland, 2000).
- Snyder, F. G. 1980. "Law and Development in the Light of Dependency Theory." *Law & Society Review* 14.
- . 1981. *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*. New York: Academic Press.

- Steffek, J. 2004. "Sources of Legitimacy Beyond the State: A View from International Relations." In *Transnational Governance and Constitutionalism*, edited by C. Joerges, I. Sand and G. Teubner. Oxford and Portland.
- Tamanaha, B. Z. 1993. "The folly of the 'social scientific' concept of legal pluralism." *Journal of Law and Society* 20 (2): 192-217.
- . 2006. *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*. Cambridge.
- Teubner, G., ed. 1997. *Global law without a state*. Aldershot.
- Tie, W. 1999. *Legal Pluralism: Toward a multicultural conception of law*. Aldershot and Brookfield.
- Vallentin, S. and D. Murillo. 2008. "CRS as Governmentality." Paper presented at the IV Word Congress of the International Society of Business, Economics, and Ethics, Track: Ethics in SME's http://www.isbee.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=2178Itemid=39, retrieved: 13/10/2008.
- Vanderlinden, J. 1971. "Le pluralisme juridique: essai de synthèse." In *Le pluralisme juridique*, edited by J. Gilissen, 19-56. Brussels: Université libre de Bruxelles.
- . 1989. "Return to legal pluralism: twenty years later." *Journal of Legal Pluralism* 28: 149-157.
- Weilenmann, M. 2005. "Project Law-Normative Orders of Bilateral Development Cooperation and Social Change: A Case Study from the German Agency for Technical Cooperation." In *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- . 2009a. "Project Law-A Power Instrument of Development Agencies: A Case Study from Burundi." In *The Power of Law in a Transnational World: Anthropological Enquires*, edited by F. y K. von Benda-Beckmann y A. Griffiths. Oxford and New York: Berghahn Books.
- . 2009b. "Project law-a legal intermediary between local and global communities: A case study from Senegal." In *Transforming rural property relations: Transnational agency and outcomes*, edited by B. Turner and M. Wiber. Specia Special Issue of *Anthropologica*, *Journal of the Canadian Anthropology Society* 51 (1): 39-51.

- Wiber, M. G. 2000. "Fishing Rights as an Example of the Economic Rhetoric of Privatization: Calling for an Implicated Economics." *Canadian Review of Sociology and Anthropology* 37 (3).
- . 2004. "Finding Common Ground in the Fisheries Field: Agency in the Ethnographic Encounter." *Zeitschrift für Ethnologie* 129.
- . 2005. "Mobile Law and Globalism: Epistemic Communities versus Community-Based Innovation in the Fisheries Sector." In *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- . 2006. "Reversing the Deskillling Process in Natural Resources Management: Protecting Local Knowledge under State Regulation of Fishing Spaces." In *Proceedings of the Workshop on the Role of Learning Communities in Natural Resource Management*, edited by J. Kearney and M. Wiber. Halifax.
- . 2009. "The Spatial and Temporal Role of Law in Natural Resource Management: The Impact of State Regulations of Fishing Spaces." In *Spatializing Law: An Anthropological Geography of Law in Society*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Aldershot and Burlington: Ashgate.
- Wiber, M. and J. Kearney. 2009. "Learning Communities and Legal Spaces: Community-Based Fisheries Management in a Globalizing World." In *The Power of Law in a Transnational World: Anthropological Enquires*, edited by F. and K. von Benda-Beckmann and A. Griffiths. Oxford and New York: Berghahn Books.
- Woodman, G. 1985. "Customary Law, State Courts, and the Notion of Institutionalization of Norms in Ghana and Nigeria." In *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*, edited by A. Allott and G. Woodman. Dordrecht: Foris Publications.
- . 1998. "Ideological combat and social observation: Recent debates about legal pluralism". *Journal of Legal Pluralism* 42: 21-59.

Sobre los autores

Franz von Benda-Beckmann (1941-2013) y **Keebet von Benda-Beckmann** fueron investigadores principales del Instituto Max Planck de Antropología Social de Halle, Alemania. Hasta diciembre de 2012 dirigieron el Grupo sobre Pluralismo Jurídico. **Franz von Benda-Beckmann** fue Profesor Emérito de la Universidad de Wageningen, Países Bajos, y Profesor Honorario de las Universidades de Leipzig y Halle. **Keebet von Benda-Beckmann** ha ocupado la cátedra en Antropología Jurídica en la Universidad Erasmo de Rotterdam y es Profesora Honoraria de las universidades de Leipzig y Halle.

Tanto Franz como Keebet von Benda-Beckmann llevaron a cabo varios períodos de extenso trabajo de campo en Indonesia y Nepal, y ejercieron la cátedra de Antropología Jurídica en diversas universidades de Asia y Europa. Sus publicaciones, más de tres decenas de libros y numerosos artículos, emplean la perspectiva de pluralismo jurídico para abordar tópicos como los derechos de propiedad, la administración de justicia, la sostenibilidad del manejo de recursos naturales, los derechos indígenas y la teorización de la pluralidad legal, entre otros.

Anne Griffiths es Profesora de Antropología Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Edinburgo, Escocia. Ha sido profesora visitante en diversas instituciones como la Universidad de Toronto, Canadá y el Instituto Max Planck de Antropología Social de Halle. Además, ha sido presidenta de la *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*. Sus investigaciones se concentran en la Antropología Jurídica, el Derecho Comparado y de Familia, el Derecho africano, género y los derechos culturales.

John Griffiths fue profesor de las universidades de Yale, Ghana y Nueva York entre los años 1965 y 1977, y desde entonces tiene a su cargo la cátedra de Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Groningen (Países Bajos). Sus investigaciones se han centrado principalmente en el desarrollo teórico del pluralismo jurídico, la eutanasia y políticas criminales.

André Hoekema ha sido profesor de Sociología del Derecho en la Universidad de Amsterdam, Países Bajos, desde 1978, y actualmente tiene a su cargo la cátedra sobre Pluralismo Jurídico. En la última década y media sus investigaciones se han centrado en los Estados multiétnicos, particularmente en la situación jurídica de los

pueblos indígenas y las minorías étnicas. Sus trabajos sobre América Latina analizan los derechos territoriales indígenas y los actuales esfuerzos por *pluralizar* el Estado.

Fuentes originales

Los artículos incluidos en este libro fueron traducidos y publicados con la autorización expresa de los autores y editores originales, a quienes agradecemos por los permisos conferidos. Los artículos de André Hoekema se encontraban ya publicados en español. Las referencias originales de los textos son:

Introducción

Benda-Beckmann, F. von. 2011. “The poverty of theory in discussions of legal pluralism.” Paper presented at the Conference of the Commission on Legal Pluralism, Cape Town, 8-10 September 2011.

Primera parte: Reflexiones e innovaciones teóricas

Benda-Beckmann, F. v. 2002. “Who’s Afraid of Legal Pluralism?” *Journal of Legal Pluralism* 47: 37-82.

Griffiths, J. 2003. “The Social Working of Legal Rules.” *Journal of Legal Pluralism* 48: 1-84.

Griffiths, A. 2001. “Legal Pluralism”. En: *An Introduction to Law and Social Theory*, editado por R. Banakar y M. Travers, 289-310. Portland: Hart Publishing.

Segunda parte: Complejidad social, desarrollo y derechos colectivos

Benda-Beckmann, F. von. 1989. “Scape-Goat and Magic Charm. Law in Development Theory and Practice”. *Journal of Legal Pluralism* 28: 129-148.

Benda-Beckmann, F. y K. 2006. “How Communal is Communal and Whose Communal is It? Lessons from Minangkabau”. En: *Changing Properties of Property*, editado por Benda-Beckmann, F. y K. y M. G. Wiber, 194-217. New York: Berghahn Books.

Benda-Beckmann, F. y K. 1999. "A Functional Analysis of Property Rights, with Special Reference to Indonesia". En: *Property Rights and Economic Development. Land and Natural Resources in Southeast Asia and Oceania*, editado por T. van Mejl y F. von Benda-Beckmann, 15-56. London: Kegan Paul International.

Tercera parte: Globalización, medio ambiente y pueblos indígenas

Griffiths, A. 2011. "Pursuing Legal Pluralism: The Power of Paradigms in a Global World". *Journal of Legal Pluralism* 64: 173-202.

Benda-Beckmann, K. von. 1997. "The Environmental Protection and Human Rights of Indigenous Peoples: A Tricky Alliance". En: *Natural Resources, environment and Legal Pluralism. Yearbook Law and Anthropology*, editado por Benda-Beckmann, F. y K. y A. Hoekema, 302-323. The Hague, Boston, London: M. Nijhoff.

Hoekema, A. J. 2002. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario". *El Otro Derecho* 26/27: 63-98.

Cuarta parte: Interlegalidad, gobernanza y conflicto

Benda-Beckmann, K. von. 1981. "Forum Shopping and Shopping Forums: Dispute Processing in a Minangkabau Village in West Sumatra". *Journal of Legal Pluralism* 19: 117-159.

Hoekema, A. J. 2011. "Interlegalidad y reconocimiento estatal del derecho y la justicia comunal". *Foro Jurídico*: 174-179.

Griffiths, A. 2009. "Anthropological Perspectives on Legal Pluralism and Governance in a Transnational World". En: *Law and Anthropology. Current Legal Issues 2008, Vol. 12*, editado por M. Freeman y D. Napier, 164-186. Oxford University Press.

Equipo de traducción

Armando Guevara Gil es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Magíster en Antropología Cultural por la Universidad de Wisconsin-Madison y Doctor en Derecho por la Universidad de Ámsterdam. Ha realizado varias publicaciones, como *Out of the Mainstream* (2010, con R. Boelens y D. Getches), *Diversidad y Complejidad Legal* (2009) y *El Derecho y la Gestión Local del Agua en Santa Rosa de Ocopa* (2011). Ha sido Director del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente es Profesor Principal de Derecho y miembro del Consejo Directivo del Instituto Riva-Agüero de dicha casa de estudios. Correo electrónico: aguevarag@pucp.edu.pe

Aníbal Gálvez Rivas es Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde ha sido asistente y adjunto de docencia en los cursos de Historia del Derecho Peruano, Acceso a la Justicia y Negociación y Conciliación. Ha publicado *Justicia intercultural en los países andinos* (2013) y diversos artículos y traducciones principalmente sobre acceso a la justicia, justicia de paz y justicia comunitaria desde perspectivas de la Historia del Derecho y la Antropología Jurídica. Correo electrónico: anibal.galvez@pucp.pe

Aarón Verona Badajoz es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y actualmente es coordinador de investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento Académico de Derecho de la misma universidad. Sus áreas de interés son Antropología Jurídica (especialmente enfocada a los derechos de los pueblos indígenas), Teoría del Estado, Derecho

Constitucional y Filosofía del Derecho. Correo electrónico:
averonab@pucp.edu.pe

Gustavo Zambrano Chávez es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Magíster en *Business Ethics* por la Linköpings Universitet, Suecia. Profesor del Departamento de Derecho de la PUCP en los cursos Sociología del Derecho, Derecho de los Pueblos Indígenas y Antropología Jurídica. Especialista en gestión de estrategias para el fortalecimiento de derechos de pueblos indígenas, derecho ambiental, y propuestas de gestión de conflictos socio ambientales desde una perspectiva de responsabilidad social y diálogo intercultural. Experiencia en gestión pública y dirección de proyectos. Correo electrónico: zambrano.ga@pucp.pe

Claudia Ochoa Pérez es Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha realizado investigaciones en Historia y Antropología del Derecho. Correo electrónico: a20001006@pucp.edu.pe

OIT (2011): MÓDULO DE FORMACIÓN PARA LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS. DOCUMENTO DE TRABAJO ELABORADO PARA LA OIT POR YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. LIMA: OIT.

UNIDAD 2. ¿QUIÉNES SON TITULARES DE LOS DERECHOS INDÍGENAS?

OIT (2011): *Módulo de formación para la aplicación de los derechos indígenas*. Documento de trabajo elaborado para la OIT por Yrigoyen Fajardo, Raquel. Lima: OIT. Unidad 2. ¿Quiénes son titulares de los derechos indígenas?

¿Qué criterios de identificación usa el Convenio 169 de la OIT?

A quiénes se llama pueblos indígenas es materia de un gran debate antropológico, político y jurídico en la región. Algunos sostienen que si ya ha habido procesos históricos de integración, aunque algunas comunidades tengan cultura indígena, quechua o aymara, ya no serían sujetos beneficiarios de los derechos de los pueblos indígenas. En esa línea, algunos sostienen que el Convenio 169 sólo se aplicaría a poblaciones aisladas o no integradas al Estado. En efecto, este tema puede dar lugar a grandes discusiones desde una perspectiva de las ciencias sociales o desde las ideas que tenemos cada uno. Sin embargo, lo importante es tener en cuenta que el Convenio 169 de la OIT establece criterios normativos para identificar a qué colectivos se aplican los derechos establecidos en el mismo, al margen del debate académico u otros criterios.

El Convenio 169 no define quiénes son los pueblos indígenas, pero da criterios para identificar a qué colectivos se aplican los derechos indígenas. Es decir, se trata de criterios de identificación y no de definición.¹

El Convenio 169 (art. 1) utiliza criterios objetivos (observables externamente) y subjetivos (autoidentificación) para la identificación de los colectivos titulares de los derechos indígenas. Se trata de criterios “normativos”, esto es, establecidos por una norma internacional, por lo que los estados no pueden añadir más requisitos que impidan a los pueblos ejercer sus derechos.

Convenio 169 de la OIT, Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan 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) a los pueblos en países independientes, 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 la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. 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.

¹ Véase: Yrigoyen F., Raquel (2009): *El Convenio 169 de la OIT y su aplicación en el Perú*. Lima, IIDS, que revisa la versión publicada en *Taller de Consulta a pueblos indígenas* por la Dirección General de Pueblos Originarios, por DGPO y OIT (2008).

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo

Para el Convenio 169 es muy importante la propia percepción o autoidentificación de los sujetos colectivos sobre su identidad. Esto es lo que se llama el **criterio subjetivo**. La aplicación de los derechos indígenas a un colectivo dependerá de si él mismo considera que cumple con dos **criterios objetivos**. Esto es, que dicho colectivo, no importando su situación jurídica (si está reconocido, registrado, titulados o no), considera que el mismo:

- (a) Desciende de pueblos originarios o poblaciones que existían en la época de la Conquista, colonización o antes de la demarcación de las fronteras nacionales actuales. Es decir, que descende de pueblos que pre-existen a los estados actuales. (Hecho histórico), y
- (b) Conserva, en todo o en parte, sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas. Por ejemplo, tiene sus propias formas de organización, idiomas, prácticas culturales o su sistema de justicia, entre otras instituciones. (Hecho actual).

En síntesis, se aplican los derechos indígenas contenidos en el Convenio 169 a los colectivos que se autoidentifican como descendientes de pueblos que pre-existen al Estado y que tienen sus instituciones propias, no importando el nombre o la condición jurídica que tengan.

No es un requisito que tales pueblos estén registrados o reconocidos por el Estado para que se les apliquen los derechos del presente Convenio. Es más, puede constituir una violación al Convenio la negativa del Estado de reconocer derechos, registro o titulación a los pueblos que cumplen con los criterios arriba mencionados.

El Convenio 169 se aplica igualmente a **pueblos tribales**, que son **sectores que se distinguen** de la población por sus condiciones sociales, culturales y económicas diferenciadas, y por estar regidos por sus propias costumbres o leyes especiales. Los llamados “pueblos tribales” **no** tienen como característica el hecho histórico de pre-existir a los estados actuales. Bajo esta categoría, los órganos de control de la OIT han amparado los derechos de afrodescendientes de Colombia. En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del pueblo Saramaka versus Surinam, ha aplicado los derechos contenidos en el Convenio 169 al pueblo Saramaka, compuesto por afrodescendientes, bajo la denominación de pueblo tribal. Esta categoría, de “pueblo tribal”, también ha sido aplicada al pueblo rom, también conocido como pueblo gitano, en tanto tiene rasgos distintivos y se rige por sus costumbres propias.

Cuadro sobre los criterios de identificación de pueblos a los que se aplican los derechos

Criterio subjetivo		Criterios objetivos
Autoidentificación o	como pueblo indígena	1. Que descende de poblaciones que pre-existen al Estado (hecho histórico). 2. Que tiene instituciones sociales, económicas, culturales y políticas propias (hecho actual). (Cualquiera sea su situación jurídica)

conciencia de su identidad	como pueblo tribal	1. Que se distingue de otros sectores por sus condiciones sociales, culturales y económicas (rasgos distintivos). 2. Que esté regido -total o parcialmente- por sus propias costumbres o leyes especiales (regulación diferenciada).

En términos prácticos, la consideración de cuáles son los colectivos a los que se aplican los derechos indígenas puede dar lugar a conflictos y problemas de interpretación. Los órganos de control de la OIT han establecido que, al margen de la denominación que las leyes nacionales den a los diferentes colectivos, lo importante es si tales colectivos cumplen con los criterios ya mencionados del Convenio 169, para la aplicación de los derechos ahí contenidos.

Test práctico de autoidentificación como pueblo indígena

Para saber si cabe aplicar los derechos indígenas a un colectivo determinado, podría considerarse el siguiente test.

Preguntar a dicho colectivo *si se autoidentifica* como:

- a) Un pueblo que *desciende de poblaciones que estaban antes del Estado* (antes de la Conquista, Colonización o establecimiento de las actuales fronteras).
- b) Si *tiene, actualmente, algunas instituciones* sociales, económicas, culturales o políticas *propias* (idioma, formas de parentesco, sistemas de autoridad o justicia, forma de trabajo o relación con la tierra, etc.).

Una respuesta positiva a ambas cuestiones significa que dicho colectivo tiene una autoidentificación como pueblo indígena, no importando el nombre o calificación jurídica que tenga.

Un ejemplo de los problemas sobre identificación de los colectivos a los que se aplican los derechos indígenas lo da el caso siguiente, como ha sido registrado ante la Comisión de Expertos de Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC), órgano de control de la OIT.

El Estado peruano, en un informe a la OIT indicó que, sobre un total nacional de 24 millones de peruanos, hay más de 9 millones de indígenas, en su mayoría quechuas y aymaras asentados en la región andina; y que en la Amazonía peruana existen unos 42 grupos etnolingüísticos que presentan características culturales, económicas y políticas distintas de otros sectores. Pero que, además, el universo poblacional indígena no se restringe a las comunidades campesinas y nativas, sino que además existen grupos en situación de aislamiento voluntario o de contacto esporádico. (CEACR 2005/76ª reunión: *Solicitud directa individual sobre el Convenio núm. 169. Perú*.² Sin embargo, el Estado peruano aplicó políticas diferenciadas a las comunidades campesinas de la costa y sierra, respecto de las comunidades nativas de la Amazonía, restando más derechos a las primeras. La CEARC se pronunció sobre el particular de la siguiente manera:

² Disponible en: www.oit.org.pe, Bases de datos, ILOLEX: 092006PER169.

*“La Comisión considera que, en la medida en que las comunidades campesinas reúnen los requisitos del artículo 1, párrafo 1, del Convenio, deben gozar de la protección integral del Convenio independientemente de las diferencias o similitudes con otras comunidades, e independientemente de su denominación. (...) Observa, además, que la terminología utilizada en las diferentes leyes genera confusión y que la denominación o diferentes características de los pueblos no afectan su naturaleza en lo que concierne al Convenio si se encuentran comprendidas en el artículo 1, párrafo 1), del Convenio. La Comisión reitera que **el concepto de pueblo es más amplio que el de comunidad y las engloba** y que, cualquiera sea su denominación, no debe haber ninguna diferencia a efectos de la aplicación del Convenio, en la medida en que las comunidades denominadas nativas, campesinas u otras estén comprendidas en el artículo 1, párrafo 1, a) o b), del Convenio, en cuyo caso corresponde aplicarles por igual todas las disposiciones del Convenio. Esto no significa que no se pueden desarrollar acciones diferenciadas para atender necesidades específicas de ciertos grupos como por ejemplo las comunidades no contactadas o en aislamiento voluntario. (...) Además, insta al Gobierno a que tome las medidas necesarias para garantizar que todos quienes estén comprendidos en el artículo 1 del Convenio queden cubiertos por todas sus disposiciones y gocen de los derechos contenidos en el mismo en igualdad de condiciones, y a proporcionar informaciones sobre el particular.”*

La CEARC también se ha pronunciado sobre el hecho de que las leyes no pueden tener en cuenta sólo el criterio objetivo sino también el criterio subjetivo, esto es, la autoidentificación. En un caso, la CEARC notó que el Estado no estaba reconociendo el derecho a la autoidentificación y que estaba exigiendo requisitos objetivos mayores que los del Convenio:

*“Artículo 1 del Convenio. Pueblos cubiertos por el Convenio. (...) La Comisión toma nota de que, si bien la definición contenida en el artículo 3 del Proyecto reproduce los elementos objetivos de la definición del Convenio, en este artículo **no se hace referencia al criterio fundamental de la autoidentificación**, a diferencia del artículo 2. La Comisión nota igualmente que entre los **elementos objetivos** de la definición prevista por el Proyecto aparece la referencia a que estos **pueblos «se encuentran en posesión de un área de tierra» que no figura en el Convenio.**” (CEACR: Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Perú (ratificación: 1994) Publicación: 2010.*

**CONVENIO OIT Nro. 169 SOBRE PUEBLOS
INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES
INDEPENDIENTES 1989**

CONVENIO OIT Nro. 169

SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES

EN PAISES INDEPENDIENTES

1989

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando las términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

Parte I. Política general

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan 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) A los pueblos en países independientes, 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 la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

d) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos;

c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

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

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Parte II. Tierras

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya

lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) La asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) El otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

Parte III. Contratación y condiciones de empleo

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

a) Acceso al empleo, incluidos los empleo calificados y las medidas de promoción y de ascenso;

b) Remuneración igual por trabajo de igual valor;

c) Asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;

d) Derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

b) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

c) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

d) Los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección de trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

Parte IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a sus disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

Parte V. Seguridad social y salud

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios

que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Parte VI. Educación y medios de comunicación

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

Parte VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.

Parte VIII. Administración

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

a) La planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;

b) La proposición de medidas legislativas y de otras índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Parte IX. Disposiciones generales

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Parte X. Disposiciones finales

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado al Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.
2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación

del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) La ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, *ipso jure*, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) A partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este convenio son igualmente auténticas.

**DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS**

DECLARACIÓN
de las Naciones Unidas
sobre los **DERECHOS**
de los **PUEBLOS**
INDÍGENAS



Naciones Unidas



Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas



Resolución aprobada por la Asamblea General

[sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)]

61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General,

Tomando nota de la recomendación que figura en la resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos, de 29 de junio de 2006¹, en la que el Consejo aprobó el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,

Recordando su resolución 61/178, de 20 de diciembre de 2006, en la que decidió aplazar el examen y la adopción de medidas sobre la Declaración a fin de disponer de más tiempo para seguir celebrando consultas al respecto, y decidió también concluir su examen de la Declaración antes de que terminase el sexagésimo primer período de sesiones,

Aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que figura en el anexo de la presente resolución.

*107a. sesión plenaria
13 de septiembre de 2007*

Anexo

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

1 Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 53 (A/61/53)*, primera parte, cap. II, secc. A.

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Reconociendo también la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Reconociendo que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en consonancia con los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena³ afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los

2 Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo.

3 A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Destacando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Estimando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía de región en región y de país a país y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴ y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 2

Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

⁴ Resolución 217 A (III).

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8

1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
 - a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
 - b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;

- c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
- d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
- e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.
2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y

culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la com-

presión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Los individuos y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para empoderarlos.
3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo y, entre otras cosas, de empleo o salario.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones repre-

sentativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.
2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 22

1. En la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.
2. Los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar

activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.
2. Las personas indígenas tienen igual derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente que este derecho se haga plenamente efectivo.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.
2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.
2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán

medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho.

Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 41

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia.

Artículo 43

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44

Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 45

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46

1. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.



Naciones Unidas

Publicado por las Naciones Unidas

07-58684—Marzo de 2008—3,000

**PUEBLOS INDÍGENAS Y
DERECHOS HUMANOS
MIKEL BERRAONDO (COORD.)**

Instituto de Derechos Humanos

Pueblos indígenas y derechos humanos

Mikel Berraondo (coord.)



Universidad de Deusto

• • • • • • • •

Pueblos indígenas y derechos humanos

Instituto de Derechos Humanos

Pueblos indígenas y derechos humanos

Mikel Berraondo (Coord.)

2006
Universidad de Deusto
Bilbao

Serie Derechos Humanos, vol. 14

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

Ilustración de la portada cedida por ALBOAN

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

I.S.B.N.: 84-9830-058-4
Depósito legal: BI - 2.879-06

Impreso en España/Printed in Spain

Índice

Presentación.	11
Prólogo.	15

PARTE INTRODUCTORIA

Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos Rodolfo Stavenhagen	21
Los derechos de los pueblos indígenas S. James Anaya	29

PARTE I ASPECTOS GENERALES

La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una inter- pelación mutua Xabier Etxeberria	63
Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad Asier Martínez de Bringas	85

PARTE II NACIONES UNIDAS Y OTROS SISTEMAS

Pueblos indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de protección, agen- cias e instancias Julian Burger y David Martín Castro	109

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	
Magdalena Gómez	133
El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas	
Luis Rodríguez-Piñeiro Royo	153

PARTE III

DINÁMICAS SOCIALES Y MOVIMIENTOS INDÍGENAS

Cooperación internacional con los pueblos indígenas	
Jesús González Pazos	207
Participación indígena en los foros internacionales: <i>Lobby</i> político indígena	
Lola García Alix y Patricia Borraz	219
Medios de comunicación y empoderamiento indígena. EnREDando con las nuevas tecnologías	
Joseba Arregui	249
Los medios de comunicación indígenas al servicio de los derechos humanos y colectivos —el caso de Ecuador—	
Mónica Chuji	267
¿Complementariedad o subordinación? Distintas maneras de entender la relación entre mujeres y hombres en el mundo indígena	
Norma Vázquez García	293

PARTE IV

DINÁMICAS POLÍTICAS Y PUEBLOS INDÍGENAS

Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas	
Bartolomé Clavero	313
Los <i>ombudsman</i> y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina	
José Aylwin	339
Políticas de Estado en cooperación internacional para la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas	
J. Daniel Oliva Martínez	359

PARTE V

DERECHOS INDÍGENAS

El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación	
Marco Aparicio Wilhelmi	399
Autonomías indígenas en América: De la demanda de reconocimiento a su construcción	
Francisco López Bárcenas	423

Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo	
Felipe Gómez Isa	451
Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente	
Mikel Berraondo López	469
Reconocimientos legislativos de los derechos ambientales indígenas en el ámbito internacional	
Nancy Adriana Yañez	489
El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas	
Víctor Toledo Llancaqueo.....	509
Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino	
Raquel Irigoyen Fajardo	537
Los pueblos indígenas: Derecho a la educación y a la cultura	
Kajkoj Ba Tiul.....	569

PARTE VI

CONFLICTOS Y PUEBLOS INDÍGENAS

Resolución de conflictos y pueblos indígenas	
Carlos Deacon.....	585
Afrontando la violencia. Memoria y resistencia de las comunidades indígenas	
Carlos Martín Beristain.....	611
Acción humanitaria y pueblos indígenas: ¿se aproximan o se excluyen?	
Joana Abrisketa	635
Emergencia y pobreza indígena	
Nieves Zúñiga García-Falces	645
Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica	
Emiliano Borja Jiménez	663
Nota sobre los autores	685

Presentación

La elaboración de un manual para el estudio de cualquier ámbito del saber siempre despierta inquietud respecto a sus contenidos y a su posible utilidad futura. Pero si además aborda una temática compleja y de constante actualidad, desde una perspectiva multidisciplinar absoluta, la preocupación y las expectativas que genera son todavía mayores. Este es el caso del *Manual sobre Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, que el Programa Indígena de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) tiene la satisfacción de presentar.

Muchas han sido las dificultades que han tenido que superar los responsables de su edición para coordinar a veintiocho autores de formación académica, especialidad, ejercicio profesional y orígenes diversos, y hacer confluir sus aportaciones en un texto completo que, sin duda, será de gran utilidad para todos los interesados en la temática de los pueblos indígenas, tanto si se acercan a ella para iniciar su aprendizaje como para profundizar en la materia.

El Manual que tenemos en nuestras manos aborda la mayor parte de las cuestiones que en la actualidad son más relevantes para los pueblos indígenas en materia de derechos humanos, gracias a las aportaciones realizadas por un bien escogido grupo de especialistas de reconocido prestigio del ámbito de la protección internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas y del mundo académico latinoamericano y europeo.

Compilada por Mikel Berraondo, del Instituto de Derechos Humanos «Padre Arrupe», de la Universidad de Deusto (IDH-Deusto), la obra se compone de siete bloques. El primero de ellos constituye la *Introducción* y presenta dos magníficas aproximaciones globales al objeto de estudio, del Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, y del Profesor de la Universidad de Arizona, James Anaya.

El resto de la obra está conformada por seis bloques temáticos, interrelacionados entre sí, en los que las diferentes aportaciones se articulan en torno al eje central y estructural de este Manual, que no es otro que los derechos humanos.

El primer bloque, titulado *Aspectos Generales*, se compone de dos artículos que abordan dos temas de suma actualidad, la multiculturalidad y la globalización, firmados por sendos profesores del IDH-Deusto, con amplio conocimiento de las realidades indígenas. El segundo se centra en la presentación y análisis de los principales sistemas internacionales que se ocupan de los derechos de los pueblos indígenas, como son la Organización de las Naciones Unidas, el Convenio n.º 169 de la OIT y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Los autores de estos trabajos son expertos que tienen una dilatada experiencia al servicio de tales organismos. El tercer bloque, titulado *Dinámicas sociales y movimientos indígenas*, ofrece desde distintas perspectivas un conjunto de acertadas reflexiones alrededor de temáticas de gran interés y actualidad en relación con los pueblos indígenas: la cooperación internacional, la participación en espacios internacionales, los medios de comunicación y la equidad de género, desarrollados todos ellos por expertos indígenas y no indígenas que provienen del mundo de la cooperación y de los movimientos sociales. En el cuarto bloque se presentan una serie de trabajos alrededor de los procesos de acceso de los pueblos indígenas a los ámbitos jurídicos y políticos, que consideran desde los últimos avances del constitucionalismo latinoamericano a las políticas públicas en materia de derechos indígenas, pasando por algunas reflexiones en torno a una institución cada vez más popular en todos los países americanos: las defensorías indígenas. Son obra de profesores universitarios de reconocido prestigio y amplia trayectoria en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

La quinta parte de este Manual se dedica a los derechos específicos de los pueblos indígenas y constituye el bloque más amplio, en el que se incluyen ocho artículos redactados por autores indígenas y no indígenas, académicos todos ellos, que combinan la actividad docente e investigadora y la reflexión teórica sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas con la implicación activa y personal en movimientos sociales e indígenas. En ellos se nos ofrecen trabajos que analizan los derechos de autodeterminación y autonomía, el derecho al desarrollo, los derechos medioambientales, los derechos de propiedad intelectual, los derechos culturales y el pluralismo jurídico.

Y, finalmente, el sexto y último bloque aborda la temática de los conflictos actuales y, sobre todo, ilustra sobre los mecanismos para su resolución. Se tratan cuestiones tales como las situaciones de emergencia y la ayuda humanitaria, o la pobreza, hasta la resolución de enfrentamientos violentos, la memoria y la reconciliación y el derecho penal indígena. El grupo de autores de este bloque es también muy heterogéneo (académicos, expertos independientes, miembros de organizaciones sociales), todos ellos con amplia experiencia y contacto con la realidad social de los pueblos indígenas.

En definitiva, se trata de un Manual amplio y, a nuestro entender, completo, que aborda con claridad las cuestiones más trascendentales y de mayor

actualidad relacionadas con los derechos humanos de los pueblos indígenas. Por ello, no nos cabe la menor duda de que será sumamente útil para fortalecer los procesos formativos a desarrollar en estas materias, tanto para los estudiantes indígenas como para los no indígenas.

No sería justo concluir este prólogo sin destacar la magnífica labor de coordinación científica y de compilación realizada por el IDH-Deusto, que una vez más ha demostrado su altura intelectual y capacidad organizativa asumiendo una actividad adicional —que comportaba un importante reto— en el marco del programa que viene realizando desde hace años para la promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Esta trayectoria comprometida y solidaria, muchas veces silenciosa, pero siempre decidida y constante, constituye el principal motivo que impulsó al Programa Indígena de la AEI a apoyar la iniciativa de elaborar este Manual, que confiamos plenamente en que será ampliamente difundido, para que pueda facilitar los procesos de formación en la materia, contribuyendo de ese modo a la promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Y contribuyendo, en definitiva, a avanzar en la tarea de estrechar los lazos de solidaridad y cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

Madrid, septiembre 2006

Rafael Soriano Ortíz

Director del programa indígena
Agencia Española de Cooperación Internacional

Prólogo¹

A veces, la evolución de los derechos humanos se presenta a través de un cuádruple proceso, que, con interacciones, desarrollaría lo implicado en las Declaraciones iniciales: el de la positivización de los mismos o su incorporación a las Constituciones de los Estados, el de su generalización o extensión a todos los humanos de un número cada vez más amplio de derechos, el de la internacionalización o desbordamiento del referente de los Estados en el marco de la Comunidad Internacional, y el de la especificación o determinación de los derechos para titulares específicos — mujeres, niños, discapacitados, consumidores, etc. —.

No es cuestión de entrar aquí a analizar la pertinencia de este esquema. Sí conviene resaltar que, espontáneamente, muchos tenderán a pensar que cuando hablamos de «derechos de los pueblos indígenas» nos estamos situando sin más en el momento de la especificación de los derechos para un colectivo concreto, en este caso el de los indígenas. Y algo hay de ello. Pero conviene introducir algunas consideraciones para no falsear este dato.

En primer lugar, cuando se especifican los derechos humanos para un grupo determinado, tiende a deberse con frecuencia al hecho de que a los miembros del mismo, a causa de la condición que les identifica, les han sido negados unos derechos que tienen fundamentalmente en cuanto humanos. Especificarlos para ellos, con determinadas adaptaciones a las circunstancias de su condición, se convierte así en una denuncia implícita de la vulneración de derechos que han soportado y en una apuesta (que no debe ser meramente formal) para que se acabe con ella. En el caso de los pueblos indígenas esto es algo plenamente aplicable. Son colectivos que han sufrido y sufren como pocos graves privaciones de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales debido a una condición — la de indígena — que ha funcionado socialmente como causa de discriminación. Desde este punto de vista, plantearse una especificación de los derechos para estos pueblos resulta plenamente pertinente.

¹ Este manual se realiza en el marco del Programa de Becas para Representantes Indígenas Latinoamericanos de la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el área indígena del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto.

Pero no podemos quedarnos ahí. Porque cuando hablamos de «derechos de los pueblos indígenas» no planteamos únicamente que se extienda a ellos el conjunto de los derechos existentes, con adaptaciones más o menos fuertes a la condición de indígena. Creemos, en efecto, que puede defenderse la tesis de que al preguntarnos por los derechos de estos pueblos nos vemos empujados a revisar cuestiones fundamentales relativas a la propia concepción, fundamentación y explicitación de los derechos en su generalidad. Dicho de otro modo: si, por un lado, los derechos humanos declarados deben ser una realidad para los pueblos indígenas; si, por otro lado, los pueblos indígenas se ven interpelados en algunas de sus tradiciones culturales por estos derechos, no es menos cierto que, a su vez, también tales derechos, en sus versiones canónicas, deben aceptar cuestionamientos que les vienen de dichos pueblos.

Estas consideraciones, que no toca desarrollar en una introducción, nos muestran que el tema de los derechos humanos y los pueblos indígenas es especialmente relevante, tanto teóricamente —nivel reflexivo— como en especial prácticamente —nivel de cumplimiento—. Pues bien, este volumen quiere ser precisamente una confesión de esta relevancia. Y quiere ser, sobre todo, un medio para que lo que en ella se juega —la concreción y el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de los derechos humanos universales— se vaya realizando cada vez con más intensidad y autenticidad. Esto es, lo que presentamos aquí pretende ser un manual que, clarificando, estimule debates y ayude a la vez a la acción transformadora en este ámbito.

Las aportaciones de las personas que han colaborado en este manual están clasificadas en varios bloques, que entendemos cubren adecuadamente los diferentes aspectos del tema. Tras dos presentaciones introductorias que nos diseñan acertadamente el panorama del mismo, se van desarrollando en concreto estos grandes capítulos: el que liga la problemática de los derechos de los pueblos indígenas con cuestiones generales; el que los sitúa en el sistema de Naciones Unidas y otros sistemas; el que los ve actuantes en las dinámicas sociales, especialmente las protagonizadas por los propios pueblos indígenas; el que los contempla en dinámicas más estrictamente políticas, de y en las instituciones estatales; el que trata de definir con precisión los derechos indígenas; por último, el que aborda las diversas dimensiones de conflictividad que están apareciendo en la reclamación de estos derechos. Estas aportaciones están hechas por un amplio y variado elenco de personas que tienen probada experiencia teórica y práctica en cuestiones indígenas, como puede comprobarse en las breves reseñas que los presentan.

Hay, además, una circunstancia precisa en la elaboración de este volumen que conviene resaltar en especial, porque es un nuevo dato a favor de su pertinencia que creemos francamente significativo. No se trata de un libro que ha sido diseñado en un despacho. Es un trabajo que ha ido emergiendo al hilo de una práctica formativa, inspirado y estimulado por ella, como respuesta a lo

que la misma demandaba pero no en un sentido estrecho —satisfacer las necesidades de grupos muy concretos— sino en su sentido más amplio —aportar una contribución a lo que se ve como una necesidad general—.

La experiencia formativa a la que nos referimos es la que hemos denominado «Programa de formación en derechos humanos para pueblos indígenas de América Latina». Se trata de una iniciativa promovida por el Instituto de Derechos Humanos «Pedro Arrupe» de la Universidad de Deusto, que comienza a andar en el año 2000. Ese año, en efecto, y como fruto de los contactos entre el Instituto y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, cuaja un proyecto complementario al de lengua inglesa para poder colaborar en la formación en lengua castellana de representantes de los Pueblos Indígenas de América Latina, en vistas a su participación activa en los foros pertinentes de las Naciones Unidas (además de fortalecer su trabajo dentro de sus comunidades). Este programa, que se realiza en cinco meses, implica cursos de formación en la Universidad de Deusto combinados con la asistencia en Ginebra, en la sede del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, a sesiones de trabajo de diversos comités como el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, y con la participación en el Foro Permanente sobre Pueblos Indígenas que tiene lugar en la sede de Naciones Unidas en Nueva York. Esto significa que el volumen que presentamos tiene que ser visto como enraizado en esta experiencia, probado y evaluado por ella, y a la vez sentido desde ella como algo llamado a responder a necesidades generales de formación que se expresan en muy diversos contextos: locales, nacionales e internacionales (la diversa procedencia de los autores muestra palpablemente esta amplificación).

Antes de cerrar esta introducción es de justicia señalar que este volumen sale a la luz gracias al apoyo de AECI, enmarcado en su política de colaboración con los pueblos indígenas, y prolongado, por lo que a nosotros respecta, en otros apoyos que recibimos para el Programa Indígena de la UD, en el que, como acabamos de resaltar, hunde sus raíces la iniciativa de publicar este manual. Quede aquí constancia de nuestro reconocimiento por ello.

Acabamos subrayando que la esperanza que alienta a todos los que hemos colaborado en este libro es precisamente que pueda servir de instrumento eficaz para un mejor conocimiento y una mayor potenciación efectiva de estos derechos de los pueblos indígenas que, incluso en sus especificidades, siempre estarán imbricados con los derechos humanos de todos los humanos.

Xabier Etxeberria

Responsable del Área de «Pueblos Indígenas»
del Instituto de Derechos Humanos
de la Universidad de Deusto.

PARTE INTRODUCTORIA

Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos

Rodolfo Stavenhagen

A lo largo de la historia de las grandes migraciones humanas desde su origen en África meridional, los pueblos se fueron separando pero también volvían a hacer contactos y a encontrarse. Así, algunos grupos se caracterizan por una milenaria ocupación continua del territorio, mientras que la de otros es más reciente. Los bosquimanos del desierto del Kalahari, cuya composición genética se asemeja más a la de los primeros homínidos, se identifican hoy con los primeros ocupantes de aquellas tierras, mientras que los grupos bantúes y zulus, que hoy constituyen la mayoría demográfica de Sudáfrica, llegaron procedentes del norte hace apenas algunos siglos, poco antes de que desembarcaran por allí los primeros europeos. Los maori de Nueva Zelanda llegaron a estas islas hace unos setecientos años procedentes de Polinesia, unos cuatro siglos antes de los primeros europeos. Cuando estos llegaron a las costas de América por primera vez, este continente ya había sido poblado desde hace milenios por diversas corrientes migratorias procedentes de Asia. La supuesta ocupación originaria e ininterrumpida de un territorio es uno de los criterios utilizados más frecuentemente para distinguir a los pueblos indígenas hoy en día.

En la época moderna, el debate sobre los pueblos indígenas fue desencadenado a raíz del primer contacto que tuvo la Europa del período de «los grandes descubrimientos» con los habitantes de ultramar, comenzando por el uso desafortunado del vocablo «indios» para describir a los «naturales» de estas tierras. En el siglo XVI se desató en España una gran disputa acerca de cómo debía la Corona tratarlos, controversias en las que intervinieron Sepúlveda, Las Casas y otros, y se atribuye a Francisco de Victoria la paternidad del moderno derecho internacional de gentes. Poco se sabe en cambio de las disputas que sin duda las hubo entre los indígenas acerca de cómo interpretar y cómo tratar a los pálidos invasores que sin más se adueñaron de los territorios, bienes y riquezas de los naturales, sin más argumento convincente que el caballo, el arcabuz y la cruz.

Al asumir unilateralmente el derecho de conquista, la Corona dejó sin derechos propios a los autóctonos, salvo los que la propia Corona tuviera la gracia de concederles. Con algunas variantes, las demás potencias europeas hicieron lo suyo en las tierras que les tocó «civilizar». Ya entrado el siglo XIX los estados nacionales, herederos de aquellos imperios coloniales, se ocuparon de sujetar o «pacificar» a lo que quedaba de los pueblos «bárbaros» y «salvajes» que se resistían a ser dominados y despojados. En las Américas en el siglo XX, esta política llamóse indigenismo y el proceso de asimilar e incorporar a los pueblos indígenas al estado recibió el nombre de desarrollo.

Esta transformación se dio con variantes en distintas partes. En el Caribe, las costas del Brasil y de Virginia la población autóctona fue físicamente eliminada desde los principios de la colonización (primeros ejemplos modernos de genocidio) y sustituida por la mano de obra esclava traída de África. En América del norte, así como en el extremo sur del continente, el comercio de pieles y otros artículos entre colonizadores y grupos indígenas permitió el florecimiento de una economía mercantil de frontera durante algunas generaciones hasta que la extinción de los animales y la presión de las oleadas de colonizadores europeos la desestabilizaron. Por algún tiempo el trato entre los indígenas y los colonizadores fue reglamentado mediante tratados internacionales (Canadá, Estados Unidos, Chile, Nueva Zelanda), pero muy pronto el estado colonial o sus sucesores se deshicieron de estos instrumentos y asumieron el control directo de los territorios y las poblaciones sometidas.

En su gran hazaña el estado colonial fue auxiliado desde los primeros tiempos por los misioneros y los evangelizadores religiosos, cuya tarea fue múltiple. En primer lugar, diseminar el evangelio cristiano, segundo, legitimar la conquista ideológicamente, tercero, ayudar a mantener el orden en las nuevas sociedades coloniales y, cuarto, proteger cuando fuera necesario, a los colonizados (ahora transformados en vasallos del Rey) de los excesos del colonizador.

Salvo raras excepciones, los estados nacionales herederos de las administraciones coloniales, impusieron su modelo de nación y su sistema jurídico-administrativo a imitación de estos, con frecuencia sazonado con una buena dosis de racismo y de darwinismo social que florecieron durante los siglos diecinueve y veinte. Los «salvajes» y «bárbaros» de las primeras épocas se transformaron en «minorías subdesarrolladas» que habrían de ser conducidas hacia el progreso, la civilización y el desarrollo por gobiernos modernizadores, iluminados y bien intencionados.

La realidad fue otra, sin embargo. Se acentuaron el despojo de tierras, la explotación de la mano de obra indígena, la destrucción del medio ambiente y la apropiación por parte de diversos intereses económicos de los otrora abundantes y ahora escasos recursos de los pueblos indígenas. Aumentaron entre estos la pobreza, la desnutrición, las enfermedades, la emigración en

pos de mejores oportunidades, los síntomas de desorganización social, así como la pérdida progresiva de su identidad y de su patrimonio lingüístico y cultural. La historia de los genocidios y etnocidios sufridos por numerosos pueblos indígenas alrededor del mundo es uno de los capítulos menos conocidos de la historia moderna.

Las complicadas relaciones entre los pueblos originarios y los estados nacionales que surgieron de la caída y fragmentación de los imperios coloniales constituyen hasta la actualidad el marco de referencia de la problemática de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Los intereses vinculados a la economía globalizada desde mediados del siglo veinte han penetrado de manera creciente en los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, como es el caso en la cuenca amazónica, en los bosques boreales de la América septentrional, en el hábitat indígena del sureste asiático y de la franja siberiana del norte de Asia.

El discurso de los derechos humanos que se fue construyendo en el mundo occidental a partir de la Ilustración prestó al inicio poca importancia a los pueblos indígenas a no ser para denunciar, de vez en cuando, los abusos y las atrocidades de los que fueron víctimas. Tratados como incapaces o menores de edad, los indígenas fueron objeto, en el mejor de los casos, de políticas asistenciales e intentos de protección institucional por parte de sociedades de beneficencia, misiones religiosas o alguna que otra oficina secundaria del estado (como el Servicio de Protección de los Indios, creado por un oficial militar en Brasil a principios del siglo veinte). Incluso en las repúblicas ilustradas los indígenas no tenían hasta hace poco, los mínimos derechos civiles y políticos, e instancias nombradas desde el poder los representaban y velaban supuestamente por sus intereses.

En la región americana fue convocado el primer congreso indigenista interamericano en 1940 en el cual participaron los gobiernos y algunos antropólogos con el objeto de coordinar la política indigenista continental. Algunas décadas más tarde las organizaciones indígenas denunciaron ácidamente estas políticas gubernamentales por paternalistas, autoritarias, sesgadas e ineficientes.

En el sistema de las Naciones Unidas comenzaron a moverse algunas cosas. A principios de los cincuenta la Organización Internacional del Trabajo envió una misión a los países andinos y poco después organizó el Proyecto Andino de asistencia técnica y cooperación para el desarrollo de las comunidades indígenas de la región. En 1957 la OIT adoptó el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes, que fue modificado en 1989 y se conoce ahora como el Convenio 169. Este es el único instrumento jurídico vinculante sobre los derechos de los pueblos indígenas, habiendo sido ratificado hasta ahora solamente por diecisiete estados parte. En la ONU se viene discutiendo desde hace diez años un proyecto

de Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que hasta el 2006 no había encontrado consenso entre los Estados miembros de la Comisión de Derechos Humanos (desde 2006 transformada en Consejo de Derechos Humanos). En el sistema interamericano la Organización de Estados Americanos (OEA) está dedicada a una tarea semejante sin que hasta la fecha haya tenido resultados.

El movimiento indígena internacional comenzó a manifestarse a principios de la década de los ochenta, después de diversos intentos a nivel nacional y distintas experiencias de organización. Cobró mayor fuerza a raíz de la conmemoración en 1992 del sesquicentenario del «encuentro de dos mundos» y la proclamación por la ONU del primer decenio de los pueblos indígenas (1995-2004). Desde aquellos años comenzó a funcionar en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU un grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas a cuyas sesiones anuales acudieron en número creciente representantes de pueblos y comunidades indígenas de muchos países. Estas reuniones en la ONU fueron para los indígenas un proceso de aprendizaje de las complejidades del mundo diplomático multilateral y una ocasión para forjar alianzas entre ellos y con diversas organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Así fue surgiendo a lo largo de estos encuentros una agenda indígena de derechos humanos, que ha contribuido paulatinamente a la emergencia de un nuevo derecho internacional de los pueblos indígenas y a la construcción de los pueblos indígenas como un nuevo sujeto colectivo del derecho internacional.

El régimen internacional de los derechos humanos permite que los pueblos indígenas se inserten en sus tres vertientes principales. En primer lugar, los indígenas reclaman para sí todos los derechos individuales garantizados en la Declaración Universal (1948), los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (1966) y numerosos otros instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos. Si bien esto puede parecer lógico y evidente, el hecho es que en numerosos países los indígenas siguen sufriendo discriminación étnica, racial y de género, y en algunos hasta hace poco eran sujetos de regímenes tutelares especiales sin disfrutar plenamente de todos los derechos humanos reconocidos. Su acceso a la justicia es generalmente difícil, su participación política es limitada, sus niveles socio-económicos se encuentran por debajo del promedio nacional, su identidad cultural es negada y sus características culturales son menospreciadas por la sociedad mayoritaria o hegemónica. Con razón el movimiento indígena planteaba desde sus inicios «el derecho a tener derechos.»

Hay quienes sostienen que el perfeccionamiento del sistema de protección a los derechos humanos es suficiente para que también los indígenas disfruten plenamente de estos derechos. Sin duda se han logrado avances en la protección de los derechos de todos los individuos independientemente de

sus características étnicas, culturales o raciales y en muchas sociedades hay personas indígenas que gozan todos los derechos al igual que otros ciudadanos. Sin embargo, el movimiento indígena internacional no considera que esto sea suficiente.

Si bien en la ONU se fue elaborando paulatinamente un régimen de protección a minorías (cuya expresión más reciente es la Declaración de Minorías adoptada en 1992), la aplicación del concepto de minoría a los pueblos indígenas se enfrentó a varias dificultades en el sistema internacional a pesar de que diversos estados usaban corrientemente el término «minorías indígenas.» Este término fue utilizado mayormente con respecto a grupos religiosos, nacionales o lingüísticos que debido al movimiento histórico de las fronteras entre estados o a migraciones vinculadas a conflictos bélicos, se dieron principalmente en los países de Europa y del Asia Occidental. Los representantes gubernamentales de los países latinoamericanos siempre afirmaban en la ONU que en esta región no había «minorías» en el sentido señalado.

En cambio, la problemática de los derechos indígenas se fue inscribiendo en la temática de la eliminación de la discriminación racial y étnica, que la ONU había adoptado desde sus primeros años, especialmente con referencia a África del Sur. También este enfoque resultó estrecho para los planteamientos indígenas, que finalmente fueron afianzados bajo el paraguas de los derechos de los pueblos, al amparo del artículo primero de los dos pactos internacionales de derechos humanos, que a la letra afirma que todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación.

Las organizaciones indígenas presentes en los foros de la ONU y otros organismos especializados, así como posteriormente en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, presentaron sólidos alegatos en torno a las violaciones históricas de sus derechos a la libre determinación como pueblos, cometidas por los imperios coloniales, los Estados pos-coloniales y más recientemente por actores no estatales como las grandes empresas transnacionales. Sus argumentos se fueron consolidando a lo largo de su participación cada vez más estructurada en foros multilaterales como la cumbre de Río sobre el Medio Ambiente (1992), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993) y la Conferencia contra el Racismo y la Discriminación (Durban 2001). La ONU también acogió con el tiempo la demanda de las organizaciones indígenas de crear un Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas en el marco del Consejo Económico y Social y la creación del mandato del Relator Especial para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas por la Comisión de Derechos Humanos (que fue sustituida en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos).

En estos procesos se fue perfilando la perspectiva que si bien los indígenas como individuos tienen todos los derechos humanos individuales ya garantizados a nivel internacional (y en la mayoría de las legislaciones

nacionales), estos no pueden ser plenamente disfrutados si no son reconocidos los pueblos indígenas como entes colectivos con identidad propia y con derechos colectivos que históricamente les habían sido negados.

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas constituye actualmente el hilo rojo que recorre todos los ámbitos del debate sobre sus derechos humanos. Queda abierta la cuestión, sin resolver todavía, de quiénes son esos pueblos en la práctica, cuáles son las unidades que han de ser reconocidas como sujetos del derecho (comunidad, tribu, grupo etno-lingüístico, territorio etc.), qué criterios son utilizados para definirlos y quiénes establecen estos criterios y con qué propósitos. El Convenio 169 de la OIT y el proyecto de Declaración de los Derechos Indígenas de la ONU reconocen que los indígenas tienen el derecho a la autodefinition, pero su ejercicio en la práctica es a veces problemático. En algunos países (Canadá, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Chile) el estado colonial firmó tratados con las naciones indígenas que luego fueron desconocidos unilateralmente por el estado post-colonial. En otros países se reconocen determinados pueblos o naciones indígenas en las recientes reformas constitucionales o legislaciones en la materia. En otros, esta tarea la han asumido los tribunales.

No ha sido fácil que el discurso de los derechos humanos, tan orientado hacia las libertades fundamentales de las personas, incorpore el concepto de derechos colectivos. Para los pueblos indígenas, el reconocimiento de sus derechos colectivos tiene diversas vertientes: territoriales, jurídicas, culturales, sociales, económicas y políticas. Habiendo sido víctimas de seculares despojos de sus territorios ancestrales y tradicionales, para muchos pueblos indígenas la recuperación y la protección de sus tierras y de su hábitat son la condición sine qua non de su supervivencia como colectividades identificables. Un viejo dicho en América reza: «un indio sin tierra es un indio muerto.» Si bien al paso del tiempo muchos indígenas se desterritorializaron y se fueron urbanizando, para los núcleos remanentes la tierra sigue siendo el referente primordial de la identidad colectiva. El territorio indígena es también el punto de partida para la recomposición de los pueblos indígenas como actores colectivos en el mundo contemporáneo.

En su lucha por el reconocimiento jurídico de sus territorios, los pueblos indígenas han logrado en décadas recientes algunos éxitos, aunque no siempre la legislación respectiva es respetada en la práctica. En la actualidad muchos de estos territorios están amenazados por las actividades casi incontrolables de empresas extractivas (petroleras, mineras, hidroeléctricas, madereras) o por proyectos de desarrollo (industriales, turísticos, urbanos, portuarios) que arrasan con el medio ambiente y las formas de vida de los indígenas. Estos procesos han generado múltiples conflictos sociales, legales y políticos, algunos de los cuales se ventilan en los tribunales así como en los

escenarios internacionales, y otros en las protestas, las marchas y las concentraciones. Otros más han generado violencia.

Hoy en día el control de los espacios territoriales indígenas implica también el control de los recursos, tema de enorme importancia para estos pueblos. Si bien los recursos del suelo, los bosques y las aguas son esenciales para la su subsistencia, no son menos cruciales en la actualidad los recursos del subsuelo. Por lo general, los Estados se reservan el derecho de la propiedad de estos recursos naturales, pero los indígenas reclaman, cada vez más, una participación en las decisiones, el manejo y los beneficios de los mismos, tal como señala el Convenio 169 de la OIT. En algunas partes se han logrado avances en la coparticipación de los indígenas en el manejo de los recursos naturales, pero en la mayoría de los casos no son más que espectadores impotentes de los despojos y la destrucción de sus territorios y tierras ancestrales.

Las sociedades contemporáneas valoran de manera creciente la diversidad cultural y se declaran con frecuencia como multiculturales y pluriétnicas. La UNESCO adoptó hace algunos años un convenio internacional sobre la diversidad cultural y varios instrumentos internacionales sobre los derechos humanos incluyen el «derecho a la diferencia.» Los indígenas vienen planteando desde hace tiempo el derecho al reconocimiento y la preservación de sus culturas en el marco de sociedades hegemónicas que históricamente han dictaminado lo contrario. En este espacio contencioso se reclaman derechos culturales, lingüísticos y educativos que no siempre reciben del Estado y de la sociedad dominante el respeto y la dignidad que merecen. Cómo traducir estos derechos en auténticas políticas sociales sigue siendo uno de los temas más controvertidos de la actualidad en las relaciones entre los pueblos indígenas y los estados nacionales.

Las políticas públicas de los Estados tienen también el objetivo de incrementar los niveles de desarrollo económico, social y cultural de la población, que entre los indígenas se encuentran generalmente por debajo de los promedios nacionales. Cómo cerrar estas brechas y cómo garantizar la igualdad de oportunidades constituye actualmente uno de los principales desafíos a los que se enfrentan las sociedades multiculturales, y particularmente aquellas en que hay poblaciones indígenas. No basta con proclamar o legislar los derechos económicos, sociales y culturales; esto generalmente ya está dado, aunque no sin dificultades. El reto consiste en la implementación de estos derechos, la aplicación de las leyes, la instrumentalización efectiva de las políticas públicas y, lo que los indígenas siempre y en todas partes reclaman, la voluntad política.

Por todo lo anterior, resulta significativo que en los últimos años los pueblos indígenas han incrementado sus niveles de movilización política en los escenarios electorales, como también en la construcción de alternativas ins-

titucionales autonómicas, y han emergido como nuevos actores sociales en numerosos países. Las primeras décadas del siglo XXI serán una oportunidad para que los pueblos indígenas consoliden su presencia visible y activa en los procesos sociales y políticos contemporáneos y logren definitivamente obtener los derechos humanos que durante tanto tiempo les fueron sustraídos.

Los derechos de los pueblos indígenas

S. James Anaya

1. Introducción

Los pueblos o poblaciones indígenas, en gran medida como resultado de su propio trabajo activo en el ámbito internacional, se han transformado, ahora, en sujetos distintos de interés en el marco de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de otras instituciones internacionales.¹ Mientras que la cuestión terminológica entre pueblos indígenas o poblaciones indígenas no parece superada todavía, se han convertido, aun así y con todo, en unos términos ampliamente usados en asociación con un conjunto de cuestiones y de gente a los que se les está prestando una creciente atención dentro del régimen internacional de los derechos humanos.

La designación de grupos diferenciados como indígenas tiene sus orígenes en los patrones de la construcción del imperio europeo y de su asentamiento colonial, que se produjo desde el siglo XVI en adelante. Aquellos que ya habitaban las tierras invadidas y que fueron sometidos a las fuerzas de opresión son conocidos como nativos, aborígenes o indígenas. Tal designación se ha continuado aplicando para hacer referencia a aquella gente que, en virtud del lugar y de las condiciones, comenzaron a encontrar alteraciones en sus vidas con el colonialismo. En nuestros días, el término «indígenas» se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones, y que ahora se encuentran dominados por otros. Los pueblos, naciones o comunidades indígenas son grupos culturalmente diferenciados que se encuentran sumergidos en sociedades colonizadoras que nacieron de las fuerzas del imperio y de la conquista. Las diversas comunidades indias supervivientes de América, los Inuit y Aleut del

¹ Para una discusión detallada de las medidas adoptadas por instituciones internacionales y regionales concernientes a los pueblos indígenas, véase BARSH, R. L., «Indigenous Peoples in the 1990's: From object to subject of International Law?», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 7, 1994, p. 33.

Ártico, los pueblos aborígenes de Australia, los Maori de Nueva Zelanda, los pueblos tribales de Asia y África y otros grupos similares, son considerados generalmente como indígenas. Ellos son indígenas porque sus raíces ancestrales se encuentran clavadas en las tierras sobre las que viven, o sobre las que les gustaría vivir, mucho más profundamente que las raíces de sectores más fuertes de la sociedad que vive en las mismas tierras o muy próximos. Son pueblos que comprenden comunidades distintas con una continuidad en cuanto a su existencia e identidad que les une a las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral².

En el mundo contemporáneo, los pueblos indígenas existen, característicamente, bajo condiciones de desventajas severas en relación a otros pueblos, alrededor de los cuales se han construido los Estados. Han sido privados de grandes parcelas de tierras, del acceso a los recursos necesarios para sostener sus vidas, y han sufrido históricamente la supresión de sus instituciones políticas y culturales por la fuerza. Como resultado, los pueblos indígenas han sido mutilados económica y socialmente; la cohesión, como comunidades diferentes, ha sido dañada o amenazada; y la integridad de sus culturas ha sido socavada. Tanto en países industrializados como menos desarrollados donde viven pueblos indígenas, los sectores indígenas se encuentran casi de manera invariable en el escalafón más bajo de los indicadores socioeconómicos y existen al margen del poder.

En contra de tremendas adversidades, los pueblos indígenas han procurado prosperar como comunidades diferenciadas en sus tierras tradicionales y han intentado transformar los patrones históricos de la colonización. En conjunto, con esfuerzos en el ámbito doméstico, los pueblos indígenas han apelado a la comunidad internacional y al derecho internacional, principalmente a través de su régimen de derechos humanos, para avanzar en su causa. Difícilmente puede discutirse que a través de sus esfuerzos, durante las últimas tres décadas especialmente, los pueblos indígenas han sido capaces de generar una simpatía sustancial hacia sus demandas entre los actores internacionales. Esto se puede comprobar a través del desarrollo de varias cuestiones concretas que se basan sobre principios de aplicación general de derechos humanos, previamente articulados, y sobre la matriz de instituciones internacionales de derechos humanos existentes.

Un momento clave en la actividad internacional fue la Resolución del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 1971, que autorizó a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de Naciones Unidas (llamada actualmente Subcomisión para

² Cfr. Nota de la Presidenta) —Relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Sra. Erica) — IRENE DAES, sobre los criterios que podrían aplicarse al examinar el concepto de pueblos indígenas, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3 (1995).

la Promoción y Protección de los Derechos Humanos) la realización de un estudio sobre «El Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas». El voluminoso resultado del trabajo del Relator Especial José Martínez Cobo compiló extensamente información sobre los pueblos indígenas de todo el mundo y realizó una serie de conclusiones y recomendaciones que apoyaban, de manera general, las demandas de los pueblos indígenas³. El estudio de Martínez Cobo promovió la realización de múltiples actividades acerca de los pueblos indígenas entre las Naciones Unidas y sus instituciones regionales y afiliadas. Como consecuencia de la atención que se les ha prestado, a través de todo el sistema internacional de derechos humanos, los pueblos indígenas son, ahora, sujetos de instituciones y programas especialmente creados para ellos, como el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre poblaciones Indígenas⁴, el Relator Especial de la ONU sobre «La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas»⁵ y el recientemente creado Foro Permanente de la ONU sobre Cuestiones Indígenas⁶.

³ Vid. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1986/7 & Add. 1-4 (1986) (JOSÉ MARTÍNEZ COBO, relator especial). El estudio contiene la siguiente definición:

«Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales, y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales».

Ibid., Add.4, párrafo 379 (1986).

⁴ Véase Comisión de Derechos Humanos Res. 1982/19 (10 de marzo 1982); E.S.R. Res. 1982/3 (7 de mayo de 1982). Estas resoluciones establecen el Grupo de Trabajo como un órgano dependiente de la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de Naciones Unidas — Actualmente Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos — con el mandato de revisar los desarrollos que se produzcan respecto a los pueblos indígenas y de desarrollar normas internacionales relevantes. El Grupo de Trabajo, que permite una amplia participación de los pueblos indígenas en sus reuniones anuales de una semana de duración, se ha convertido en un importante punto de encuentro para los pueblos indígenas para expresar sus preocupaciones y en un punto focal importante de las actividades de la ONU en la materia.

⁵ Establecido por la Comisión de derechos humanos de la ONU en su Resolución 2001/57 (24 de abril de 2001).

⁶ El Foro Permanente fue creado con un mandato de asesorar y hacer recomendaciones al Consejo Económico y Social específicamente sobre «asuntos indígenas», y de promover el conocimiento y la integración de las actividades relativas a estos asuntos dentro del sistema de las Naciones Unidas. Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social (28 de Julio de 2000).

Las energías institucionales que se han dedicado a las preocupaciones de los pueblos indígenas, durante el transcurso de varios años, han dado forma —y continúan dándole— a un cuerpo innovador de normas y prácticas internacionales sobre la materia⁷. El resto de este capítulo habla sobre los documentos escritos, decisiones y otros desarrollos de mayor interés que abarcan estas normas y que reflejan el consenso internacional creciente respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Consenso que puede ser entendido como el origen de principios de derecho internacional consuetudinario, el cual, establece obligaciones para los Estados en función de sus obligaciones de carácter convencional.

2. Instrumentos internacionales sobre los Pueblos Indígenas

2.1. *Convenio N.º 169 de la OIT*

En términos del Derecho Internacional ya establecido, el desarrollo más concreto que se ha producido acerca de los pueblos indígenas es el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo⁸. Este tratado internacional, adoptado y abierto para las ratifi-

Además, ocho de los dieciséis miembros que integran el Foro Permanente en calidad de expertos indígenas son nombrados por el presidente del Consejo en consulta con organizaciones indígenas, *ibid.* Párr 1, y de hecho los ocho actualmente nombrados son personas que han ocupado puestos de liderazgo en organizaciones o pueblos indígenas. La definición de las funciones particulares del Foro Permanente dentro de su mandato general todavía está en sus etapas iniciales de desarrollo. No obstante, es evidente que el Foro Permanente conducirá a la creación de procedimientos especializados que permitirá cada vez mayor acceso de los pueblos indígenas al sistema internacional, implicando mayores niveles de conocimiento técnico y de recursos oficiales para garantizar a los pueblos indígenas el goce efectivo de sus derechos. Mas de 900 personas representando pueblos indígenas de todo el mundo asistieron a la primera sesión del Foro Permanente en 2002, y se les dio la oportunidad de discutir sus preocupaciones y planteamientos públicamente en la sede de las Naciones Unidas con una amplia gama de representantes de agencias internacionales y de gobiernos. Nota de prensa de ONU: EL FORO PERMANENTE SOBRE CUESTIONES INDÍGENAS CONCLUYE SU HISTÓRICA PRIMERA SESIÓN; EL SECRETARIO GENERAL AFIRMA QUE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL MUNDO TIENEN UN HOGAR EN LA ONU, HR/4602 (24 de mayo, 2002).

⁷ Véase de manera general ANAYA, S. J., *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996; THORNBERRY P., *Indigenous Peoples and Human Rights*, Juris Publishing, 2002; WIESSNER, S. A., «The Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Perspective and International Legal Analysis», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, p. 57.

⁸ *Convenio (n.º 169) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 27 de junio de 1989, XXVI Conferencia Internacional del Trabajo (fecha de entrada en vigor: el 5 de septiembre de 1991).

caciones por la OIT en 1989, es el sucesor del Convenio anterior de la OIT sobre las Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957⁹, que fue desarrollado por la OIT como resultado de una serie de estudios y de reuniones de expertos que señalaron la particular vulnerabilidad de los trabajadores indígenas¹⁰. El nuevo Convenio N.º 169 de la OIT representa un marcado despegue en las políticas comunitarias mundiales sobre la filosofía reflejada en el convenio anterior, que promovía la asimilación de los pueblos indígenas en las sociedades mayoritarias. Este paradigmático cambio de dirección, incorporado por el Convenio No. 169, se indica en el preámbulo, el cual reconoce «las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en donde viven». Sobre esta premisa, el Convenio incluye disposiciones avanzando en la integridad cultural indígena, en los derechos sobre la tierra y los recursos y en la no discriminación en la esfera del bienestar social; y, en general, exige a los Estados que respeten las aspiraciones indígenas en todas las decisiones que les afecten.

Lo más importante es que el Convenio No. 169 reconoce los derechos colectivos de los «pueblos» indígenas, como tales, y no como derechos de personas individuales que son indígenas. Estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales¹¹, el derecho a ser consultados como grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas¹², y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres¹³. Con estas afirmaciones de derechos colectivos, el Convenio realiza una substancial innovación en el derecho internacional de los derechos humanos, el cual, ha sido articulado de otra manera en los instrumentos internacionales escritos, en términos de derechos individuales, de manera casi exclusiva. En el Convenio se incluyó una cláusula de salvaguardia, en relación al uso del término «pueblos», para eliminar cualquier implicación con el derecho a la autodeterminación, ya que, según otros instrumentos internacionales «todos los pueblos» tienen capacidad para

⁹ Convenio (núm. 107) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, 26 de junio de 1957, XL Conferencia Internacional del Trabajo, 328 U.N.T.S. 247 (fecha de entrada en vigor: 2 de junio de 1959)

¹⁰ Para analizar una historia de la actividad de la OIT en relación con la adopción de la Convención No. 107, véase HANNUM, H., «New Developments in Indigenous Rights», *Virginia Law Review*, Vol. 28 1988, pp. 649, 652-53.

¹¹ Convención de la OIT No. 169, *supra*, art. 14.

¹² *Ibid.* Art 6(1)(a).

¹³ *Ibid.* Art 8 (2).

ejercer tal derecho¹⁴. En el momento en que se adoptó el Convenio, en 1989, la cuestión de si los pueblos indígenas tenían o no el derecho a la autodeterminación —un derecho universalmente reclamado por los pueblos indígenas en sus discursos internacionales— seguía siendo una cuestión especialmente controvertida.

La Oficina Internacional del Trabajo (la Secretaría de la OIT) ha adoptado la posición, según la cual el lenguaje matizado del Convenio en torno al uso del término «pueblos... no limita el significado del término, en ningún caso y de ninguna manera» sino que, por el contrario, constituye simplemente un medio para dejar en manos de los procedimientos de Naciones Unidas la decisión sobre las implicaciones derivadas del empleo de este término.¹⁵ En cualquier caso, el lenguaje matizado de ninguna manera socava la naturaleza colectiva de los derechos que se afirman en la Convención.

Aun así, en parte por el uso matizado del término *pueblos*, y porque algunos partidarios de los grupos indígenas vieron que el Convenio no iba suficientemente lejos en la afirmación de los derechos indígenas, algunos representantes de los pueblos indígenas expresaron, conjuntamente, a la OIT su insatisfacción con el nuevo Convenio antes de su adopción. Pero, desde que se adoptó el Convenio N.º 169 de la OIT, en 1989, las organizaciones de los pueblos indígenas y sus representantes han adoptado paulatinamente una visión pragmática y han expresado su apoyo para que sea ratificada. Las organizaciones de pueblos indígenas de América Latina han sido especialmente activas en presionar para que sea ratificada, de tal manera, que ahora la mayoría de los países en aquella región son partes del Convenio, conjuntamente con los países nórdicos, en donde existen poblaciones indígenas Saami e Inuit¹⁶.

En algunos países que han ratificado el Convenio N.º 169, los grupos indígenas están invocando las normas del Convenio en los procedimientos internos o en los del sistema de la OIT con algunos éxitos en sus esfuerzos por aumentar las reparaciones de sus situaciones problemáticas. En Colombia, por ejemplo, los esfuerzos del pueblo U'wa para resistir a la explotación petrolífera en sus tierras tradicionales, les llevó hasta la Corte Constitucional Colombiana, cuya decisión, subrayando substancialmente la Convención de la OIT N.º 169, encontró que la licencia que había otorgado el Gobierno a la empresa Occidental

¹⁴ E.g., artículo común 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

¹⁵ Afirmación realizada por Lee Swepston de la Oficina Internacional del Trabajo al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, el 31 de julio de 1989.

¹⁶ En el momento de este escrito, los miembros del Convenio son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela.

Petroleum para explotar el petróleo en la zona U'wa era inválida porque no se había producido una consulta adecuada con el pueblo U'wa¹⁷. En consecuencia, el Gobierno otorgó a la Occidental una licencia diferente para explotar el petróleo fuera de la zona U'wa, pero dentro de tierras ancestrales que todavía usaban los U'wa. Después de que la Occidental procediese a la explotación del petróleo respetando la segunda licencia, una organización de trabajadores de Colombia, representando al pueblo U'wa, presentó la cuestión a la OIT, amparándose en el procedimiento autorizado del artículo 24 de la Constitución de la OIT para examinar «reclamaciones» que aleguen violaciones de las Convenciones de la OIT¹⁸. El Comité de expertos de la OIT, que se convocó para examinar la queja, encontró una falta de cumplimiento del mandato del Convenio en relación con la realización de consultas en las dos licencias de explotación y recomendó la adopción de medidas de remedio¹⁹.

2.2. *Hacia las Declaraciones de ONU y OEA sobre derechos de los pueblos indígenas*

Como ya se ha sugerido anteriormente, el Convenio No. 169 de la OIT forma parte de un extenso cuerpo de desarrollos normativos internacionales sobre los pueblos indígenas. Del resto de este cuerpo de desarrollos, los más prominentes son los esfuerzos que se están llevando a cabo en el marco de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos para desarrollar Declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas que sean adoptadas por los órganos principales de estas instituciones.

Un borrador de una Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁰ ha sido elaborado y adoptado por los cinco

¹⁷ Corte Constitucional Colombiana, decisión SU-039 de 3 de febrero de 1997.

¹⁸ Para una descripción del procedimiento del artículo 24 y de otros procedimientos de la OIT para aumentar el cumplimiento de las Convenciones de la OIT, véase SWEPSTON L., «Human Rights Complaint Procedures of the International Labour Organization,» en HANNUM H., ed., *Guide to International Human Rights Practice*, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 99.

¹⁹ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989 (núm. 169) presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), GB. 282/14/4 (noviembre de 2001)

²⁰ El Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como se acordó por los miembros del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas en su duodécima sesión, en Ginebra en julio de 1993; Fue adoptada por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en su resolución 1994/45 del 26 de agosto de 1994, U.N. Doc. E/CN.4/1995/2/, E/CN.4/Sub.2/1994/56, at 105 (1994).

miembros del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas, que forma parte de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Representantes de los pueblos indígenas de todo el mundo participaron activamente durante los años de deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo, que comenzaron en los primeros años de la década de los 80, y dieron como resultado el borrador de la declaración sobre los derechos indígenas. El proyecto de Declaración se encuentra actualmente en discusión en el órgano Inter- gubernamental del que depende la Subcomisión, la Comisión de Derechos humanos de la ONU, la cual estableció en 1995 su propio grupo de trabajo para analizar el proyecto.

La atención de las Naciones Unidas sobre cuestiones indígenas durante las décadas de los 80 y 90 produjo iniciativas en otras instituciones internacionales, entre las que se incluyen el Convenio N.º 169 de la OIT y la iniciativa de la OEA para desarrollar su propia Declaración sobre la cuestión. La Comisión Interamericana de derechos humanos de la OEA, siendo autorizada en 1989 por la Asamblea General de la OEA para desarrollar un «instrumento jurídico» sobre los grupos indígenas, adoptó en 1996 un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²¹. Este proyecto de Declaración se encuentra siendo considerado por un grupo de trabajo creado especialmente para ello desde el Comité Jurídico y Político del Consejo Permanente de la OEA, y representantes de los pueblos indígenas han participado activamente, al lado de los representantes de los Estados, en este grupo de trabajo.

Los proyectos de la ONU y de la OEA que están siendo considerados son similares en términos del ámbito y de la difusión y en la naturaleza de los derechos afirmados. Como el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, los dos borradores abarcan una filosofía, que en contraste con el pensamiento dominante de épocas anteriores, valora la integridad de las comunidades indígenas y sus culturas. En ambos textos se identifican, dentro de los sujetos especiales de atención para los Estados en donde habitan y para la comunidad internacional, tanto grupos indígenas como individuos. Además, como el Convenio de la OIT, el borrador de la ONU y el texto de la OEA presuponen que los pueblos indígenas existirán como partes de los Estados que se han construido alrededor de ellos, pero con unos derechos de grupo fuertes, entre los cuales se incluyen derechos

²¹ *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, febrero de 1997, en: CIDH, Informe Anual de 1997, OEA/Ser.L/V/III.95.doc.7, rev. 1997. (propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Este proyecto fue una revisión de un proyecto anterior, que la Comisión Interamericana publicó en septiembre de 1995. Véase OEA/Ser.L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (1995).

referentes a la tierra y los recursos naturales, la cultura, y la autonomía de las autoridades en la toma de decisiones. El proyecto de la ONU y el texto de la OEA son más extensos que el Convenio N.º 169 de la OIT en su articulación de estos derechos. El texto de la ONU es el que más lejos llega, llegando hasta el reconocimiento de «un derecho de autodeterminación» para todos los pueblos indígenas²².

La prolongada atención internacional a la articulación de los derechos de los pueblos indígenas ha reforzado el núcleo de la opinión internacional común sobre el contenido de esos derechos que fueron la base para el Convenio No. 169 de la OIT. Un núcleo de opinión común, sustancialmente determinado por las demandas contemporáneas de los pueblos indígenas, mantenidas durante años de interrogantes oficiales sobre la materia. Desde que el Convenio N.º 169 fue adoptado en 1989, los comentarios de los gobiernos, dirigidos hacia el desarrollo de las Declaraciones de la ONU y de la OEA sobre derechos indígenas, han afirmado generalmente los preceptos básicos establecidos en el Convenio; y efectivamente, a pesar de los continuos contenciosos entre los pueblos indígenas y los Estados sobre el lenguaje de las Declaraciones y sobre una mayor extensión de ciertas disposiciones de las Declaraciones, los comentarios de los gobiernos indican un movimiento hacia un consenso, más cercano que nunca, en torno a las demandas de los pueblos indígenas.

Se puede apreciar este movimiento en las discusiones sobre la disposición que articula el derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas del texto del proyecto de la ONU. Como se ha indicado anteriormente, los Estados se han resistido a reconocer a los grupos indígenas como «pueblos» titulares del derecho a la autodeterminación. Esta resistencia se debe, fundamentalmente, al resultado de una inclinación a igualar la autodeterminación con el derecho de secesión o a formar un Estado independiente, aun cuando los pueblos indígenas en la articulación de sus demandas sobre la autodeterminación, han rechazado, casi de manera universal, las aspiraciones a un Estado independiente, contemplando la autodeterminación, en su lugar, como la base para asegurar una existencia digna como grupos diferenciados en el contexto de las fronteras estatales existentes. Cada vez son más los gobiernos que están abandonando la percepción de que la autodeterminación lleva aparejada la posibilidad del establecimiento de un Estado independiente, y están expresando un deseo de incluir en la Declaración de la ONU algún tipo de reconocimiento para la autodeterminación indígena. El Gobierno australiano marcó esta tendencia en su intervención en la novena sesión del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, en 1991, donde

²² Véase *Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra*, art.3.

expresó su «esperanza» de que fuera posible encontrar una forma aceptable de referirse a la autodeterminación en la Declaración:

«Los acontecimientos en todas partes del mundo muestran que el concepto de autodeterminación debe considerarse en términos amplios, es decir, no sólo como la consecución de la independencia nacional. Los pueblos buscan afirmar sus identidades, mantener sus lenguas, culturas y tradiciones y lograr una mayor autogestión y autonomía, libre de interferencias indebidas del Gobierno central»²³.

Esta opinión sobre la autodeterminación está dominando, cada vez más, la discusión del Grupo de Trabajo *ad hoc* de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que se estableció para analizar la Declaración sobre los derechos indígenas. Resumiendo la discusión sobre la autodeterminación que se produjo entre los numerosos Estados participantes en la sesión del Grupo de Trabajo de la Comisión de 1999, el delegado de Guatemala observó que ningún Estado ha rechazado expresamente la inclusión de un derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas en la Declaración.²⁴ El Presidente del Grupo de Trabajo concluyó, en la misma sesión sobre la discusión que «... en general los participantes están de acuerdo en que el derecho a la autodeterminación fue la piedra angular del proyecto de Declaración.»²⁵ Además, fue más allá al identificar «... un amplio acuerdo» sobre el hecho de que «... el derecho a la autodeterminación no podría ser ejercitado en detrimento de la independencia e integridad territorial de los Estados», y observó que el apoyo que muestran los Estados para el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas, se hace asumiendo que este derecho no implica en ningún caso el derecho a la secesión²⁶. Este movimiento hacia el consenso sobre la autodeterminación indígena resulta emblemático desde los efectos que las discusiones sobre las Declaraciones de la ONU y de la OEA están provocando en la construcción de normas internacionales concernientes a los pueblos indígenas, incluso antes de que se hayan adoptado dichas Declaraciones.

2.3. *Provisiones sobre pueblos indígenas en otros instrumentos internacionales*

Instrumentos internacionales ya adoptados, además del Convenio N.º 169, reflejan y contribuyen al desarrollo de un consenso internacional sobre los de-

²³ Australian Government Delegation, Speaking Notes on Self-Determination, p. 2 (24 de julio de 1991).

²⁴ *Informe sobre la sesión del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de Declaración sobre pueblos indígenas de 1999*, E/CN.4/2000/84, para.73.

²⁵ *Id.* párr.82.

²⁶ *Id.* párr. 83.

rechos de los pueblos indígenas. La Convención sobre los Derechos del Niño, un tratado internacional ratificado por casi la totalidad de los Estados del mundo, dice en su artículo 30:

«En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará, a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma»²⁷.

Los instrumentos adoptados en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en 1992 también incluyen provisiones sobre los pueblos indígenas y sus comunidades. La Declaración de Río²⁸, y el, más detallado, Programa y Declaración Política sobre el Medio Ambiente, conocido como Agenda 21²⁹, reiteran preceptos sobre los derechos de los pueblos indígenas e intentan incorporarlos dentro de agendas más amplias sobre el ambientalismo global y el desarrollo sostenible³⁰. En la misma línea, el artículo 8 (j) del Convenio sobre Biodiversidad afirma el valor del conocimiento tradicional indígena en relación con la conservación, el desarrollo sostenible y los regímenes de propiedad intelectual³¹; Las resoluciones de conferencias posteriores convocadas por las Naciones Unidas —la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995, la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de 1995, y la Conferencia Mundial en Contra del Racismo de 2001— incluyen de modo similar partes sobre

²⁷ *Convención sobre los Derechos del Niño*, A.G. res. 44/25, annex, 44 U.N.GAOR Supp. (No. 49) en U.N. Doc. A/44/49, 1989, p. 167, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

²⁸ *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 13 de junio de 1992, principio 22, A/CONF.151/26 (Vol.I) Anexo I (1992).

²⁹ *Programa 21*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 13 de junio de 1992, A/CONF.151/26 (vols.1, 2 y 3), Anexo II (1992).

³⁰ Especialmente pertinente es el Capítulo 26 de la Programa 21, *id.*, vol. 3, p. 16. El Capítulo 26 está redactado en términos no vinculantes; sin embargo, lleva adelante los preceptos normativos concernientes a los pueblos indígenas y por ello contribuye a la cristalización del consenso sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Capítulo 26 enfatiza la «relación histórica con sus tierras» de los pueblos indígenas y aboga por esfuerzos internacionales y nacionales para «reconocer, promover, y fortalecer» el papel de los pueblos indígenas en actividades de desarrollo. *Id.*, art. 26.1.

³¹ Convenio Sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio 1992. UNCED.1992. UNEP.Bio. Div./CONF. L2.1992, art. 8(j).

pueblos indígenas que de alguna manera reafirman asunciones normativas dominantes a este respecto³².

En su resolución de 1989 sobre «la Situación de los Indios», el Parlamento Europeo expresó su preocupación sobre las condiciones a las que se enfrentaban los pueblos indígenas y reclamó a los gobiernos que aseguraran los derechos sobre las tierras indígenas y la necesidad de consultar con los grupos indígenas para desarrollar medidas específicas en protección de sus derechos³³. Procediendo sobre éstas y otras cuestiones, el Parlamento Europeo adoptó otra resolución en 1994 sobre las «Medidas exigibles internacionalmente para proporcionar efectiva protección a los pueblos indígenas»³⁴. La resolución de 1994 mantiene que los pueblos indígenas tienen el «derecho a determinar su propio destino eligiendo sus instituciones, su status político y el de su territorio»³⁵. La Comisión de la Unión Europea, el órgano ejecutivo de la Unión, emitió en 1998 un «Documento de Trabajo de apoyo a los pueblos indígenas en el desarrollo de

³² Ver *Declaración y Programa de Acción de Viena*, parte 1, párrafo 20; parte 2, párrafos 28-32, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23 (1993); Programa de Acción, cap. VI.D, párrafos 6.21-6.27, adoptado por la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, (El Cairo 5 a 13 de septiembre de 1994, ST/ESA/SER.A/149, O.N.U. N. de venta E.95.XIII.7 (1995); *Declaración de Copenhague sobre el Desarrollo Social*, compromiso 6(g), programa de acción paras. 31(f), 35(e), 38(g), adoptado en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 6-12 Marzo, 1995), E/CN.4/Sub. 2/AC.4/1996/5/Add.1, pp. 34-37; *Declaración de Beijing*, paras. 32, 230, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Beijing, 4-5 Septiembre. 1995), E/CN.4/Sub. 2/AC.4/1996/5/Add.1, pp. 41, 43; *Declaración de Durban*, paras. 22-24, 39-45, y programa de acción, paras. 15-23, 203-09, adoptada por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia (Durban, Africa del Sur, 31 de agosto-8 de septiembre, 2002).

Se debe notar que, desde el punto de vista de los representantes de pueblos indígenas que participaron en estas Conferencias, las disposiciones de estas resoluciones no han dado un reconocimiento suficiente a los derechos de los pueblos indígenas. La falta de satisfacción de los representantes indígenas fue particularmente notable en la Conferencia de Durban. Ver *Press Release: Protest of Indigenous Peoples must be taken seriously: World Conference must withdraw discriminating articles from final resolution*, issued by the Society for Threatened Peoples on Sept. 4, 2001 (disponible at www.gfbv-e/media/indigenous.htm). Sin embargo, no se debe perder de vista que la Declaración de Durban, cualquiera que sea sus debilidades, incluye, de manera similar a las resoluciones de las otras conferencias, disposiciones que reesfuerzan las tendencias normativas reflejadas en el Convenio N.º 169 y los proyectos de Declaración de las Naciones Unidas y de la OEA.

³³ Resolución sobre la Situación de los Indios, Parlamento Europeo, 1989, reimpresa en *Examen de los Acontecimientos Relativos a la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1989/3, pág. 8 (1989).

³⁴ Resolución sobre las Medidas exigibles internacionalmente para proporcionar protección efectiva a los pueblos indígenas, 9 de febrero de 1994, Parlamento Europeo, Eur. Par. Doc. PV 58(II)(1994).

³⁵ *Id.*, párrafo 2. (Texto citado traducido del inglés.)

la cooperación de la Comunidad y sus Estados miembros», vinculando explícitamente los programas de cooperación externa de la Unión Europea con tales conceptos sobre los derechos de los pueblos indígenas³⁶.

Subrayando de manera más general la necesidad subyacente de una atención y cooperación internacional para asegurar a los pueblos indígenas el completo ejercicio de sus derechos, podemos hacer referencia a los documentos siguientes: la resolución de 1972 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que identifica pautas de discriminación de los pueblos indígenas y declara que «la protección especial de las poblaciones indígenas constituye (...) un sagrado compromiso de los Estados»³⁷; el Documento de Helsinki de 1992 —*El Desafío del Cambio*—, adoptado por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), que incluye la siguiente disposición «[o]bservando que las personas pertenecientes a poblaciones indígenas pueden tener especiales dificultades en el ejercicio de sus derechos»³⁸; partes de la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptado en 1993 por la Conferencia de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos urgen a una mayor atención sobre los asuntos de los pueblos indígenas dentro del sistema de Naciones Unidas³⁹; la Carta de la Sociedad Civil para la Comunidad del Caribe, en la cual los Estados caribeños reconocen la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y se comprometen a proteger sus derechos históricos (...), cultura y modo de vida⁴⁰, y la Carta Democrática Interamericana de la OEA, de 2001, que vincula la promoción de los derechos de los pueblos indígenas con el fortalecimiento de la democracia⁴¹.

³⁶ Documento de trabajo de la Comisión, de mayo de 1998, sobre el apoyo a los pueblos indígenas de la cooperación al desarrollo de la Comunidad y los Estados miembros, SEC (98) 773 final.; Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1998 sobre los pueblos indígenas en el marco de la cooperación al desarrollo de la Comunidad y los Estados miembros (el Consejo ya había solicitado a la Comisión el 11 de junio la elaboración de un documento político que ésta presentó 11 meses después y en el que se desarrollan los procedimientos para implementar el documento de la Comisión); Letra d) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 975/1999 del Consejo y letra d) del apartado 1 del artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 976/1999 del Consejo.

³⁷ Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de diciembre de 1972, OEA/Ser.P/AG/doc.305/73, rev. 1, págs 90-91 (1973).

³⁸ Documento de Helsinki de 1992, *El Desafío de Cambio*, 10 de julio de 1992, párrafo 6(29), reimpresso en Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 47 período de sesiones, pág. 65, A/47/361 (1992).

³⁹ *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, parte 1, párrafo 20; parte 2, párrafos 28-32, A/CONF.157/23 (1993).

⁴⁰ *Charter of Civil Society for the Caribbean Community*, firmada el 9 de febrero de 1997 en St. John's, Antigua and Barbuda.

⁴¹ *Carta Democrática Interamericana*, AG/doc.8 (XXVIII-E/01), 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

Siguiendo en el mismo hilo normativo, en 1991 el Banco Mundial adoptó un cambio de política en atención al papel omnipresente que el Banco desempeña en la financiación de los proyectos de desarrollo en los países menos desarrollados, donde viven la mayor parte de los pueblos indígenas del mundo⁴². La mayor parte de la discusión, dentro de las instituciones internacionales sobre los pueblos indígenas, se ha concentrado, no sólo en los potenciales beneficios de los programas de desarrollo dirigidos específicamente a los pueblos indígenas, sino también en los efectos perjudiciales de muchos proyectos de desarrollo industrial que han tenido lugar en áreas tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas⁴³. El Banco Mundial adoptó la Directiva Operacional 4.20 tras un periodo de estudio por parte de expertos, que contribuyó a reconfigurar las actitudes dentro del propio Banco hacia mayores acciones programáticas relativas a pueblos indígenas afectados por programas financiados por el Banco, acciones que fueran en sintonía con las tendencias contemporáneas sobre la concepción de sus derechos⁴⁴.

⁴² Véase, en general, DAVIS S., & PARTRIDGE W., «Promoting the Development of Indigenous People in Latin America», *Finance and Development*, 1994, pp. 38-39.

⁴³ Véase BURGER J., *Report from the Frontier: The State of the World's Indigenous Peoples*, Zed Books, London, 1987, pp. 1-5 (discusión del impacto de proyectos de desarrollo sobre tierras indígenas, especialmente en partes del mundo en vías de desarrollo).

⁴⁴ Una discusión de las dinámicas que condujeron a la adopción de la Directiva Operacional 4.20 del Banco Mundial se encuentra en CERNEA M., *Sociologist in a Development Agency: Experiences from the World Bank*, pp. 19-21 (Departamento de Medio Ambiente del Banco Mundial, mayo de 1993, Washington, D.C.). Las siguientes disposiciones de la Directiva Operacional 4.20 indican su impulso esencial:

6. El objetivo general del Banco en relación con los pueblos indígenas, y al igual que con todos los pueblos de los países miembros, es asegurarse que el proceso de desarrollo promueva el respeto hacia su dignidad, derechos humanos y singularidad cultural...

8. La política del Banco es que la estrategia para tratar a los asuntos referidos a pueblos indígenas debe estar basada en la *participación informada* de los propios pueblos indígenas. De esta manera la identificación de las preferencias locales a través de la consulta directa, la incorporación del conocimiento indígena en los enfoques de los proyectos y la utilización de especialistas desde una etapa inicial son actividades centrales para cualquier proyecto que involucre a los pueblos indígenas y sus derechos sobre recursos naturales y económicos (la cursiva es nuestra).

En el momento de escribir estas líneas, el Banco tenía bajo consideración una revisión de su Directiva Operacional 4.20. Es evidente que las discusiones sobre esta revisión están siendo influidas por las tendencias normativas aquí identificadas. Ver *Summary of Consultations with External Stakeholders Regarding the World Bank Indigenous Peoples Policy (Draft PO/BP 4.10)*, *Internal Report*, April 18, 2002 (available at www.bicusa.org/policy/indigenous-peoples). Para una perspectiva crítica sobre este proceso de revisión, ver MCKAY F., «Universal Rights or a Universe unto Itself? Indigenous Peoples Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples», *American University Law Review* Vol. 17, 2003, p. 527.

3. Interpretaciones autorizadas de los tratados y Declaraciones de derechos humanos de aplicación general

Aparte de los desarrollos mencionados anteriormente, los derechos de los pueblos indígenas pueden verse como parte del derecho internacional, sobre la base de disposiciones relevantes de tratados sobre derechos humanos, ampliamente ratificados, y otros instrumentos de aplicación general. Aun cuando estos instrumentos no hacen referencia expresa a los pueblos indígenas, instituciones internacionales relevantes, dotadas de autoridad competente, han interpretado estos instrumentos de acuerdo a la aceptación que prevalece actualmente sobre los pueblos indígenas y sus derechos.

3.1. *Tratados de las Naciones Unidas*

El derecho a la autodeterminación se afirma como un derecho de todos los pueblos en el artículo primero común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ampliamente ratificados ambos. En reiteradas ocasiones los pueblos indígenas han invocado ese artículo 1 como la base de sus reclamaciones. Aun cuando el significado y el alcance de este artículo ha sido fuertemente debatido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que se encarga de labores de supervisión del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha juzgado a favor de su aplicación en beneficio de los pueblos indígenas. El Comité ha interpretado que el artículo 1 del Pacto se aplica a los pueblos indígenas de la manera en que ha prevalecido la cuestión en las discusiones sobre la disposición correspondiente a la autodeterminación del proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU. Comentando el informe relativo al Pacto sobre Canadá de 1999, el Comité afirmó que el derecho a la autodeterminación, establecido en el artículo 1, protege a los pueblos indígenas, *inter alia*, en el disfrute de sus derechos sobre las tierras tradicionales, y recomendó que, en relación con los pueblos aborígenes de Canadá, «la práctica de extinguir derechos aborígenes inherentes sea abandonada al ser incompatible con el artículo 1 del Pacto»⁴⁵. El Comité ha invocado, también, el artículo 1 al examinar informes de Australia y Noruega en sus referencias a los pueblos indígenas. Además, regularmente examina las situaciones de los pueblos indígenas en las revisiones periódicas de los

⁴⁵ Conclusiones y Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Canadá, 07/04/99, CCPR./C/79/Add.105., para. 8.

informes emitidos por los Estados partes del Pacto, aplicando sus criterios sobre las implicaciones del derecho general a la autodeterminación pero, a menudo, sin hacer referencias específicas al artículo 1.⁴⁶

El Comité de Derechos Humanos se ha apoyado, con más frecuencia, en el artículo 27 del Pacto para pronunciarse sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁴⁷ El artículo 27 del Pacto afirma que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se denegará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». En su comentario general sobre el artículo 27, el Comité utilizó esta disposición para establecer obligaciones positivas para los Estados en relación a los pueblos indígenas en particular, e interpretó el artículo 27 de tal forma que incluía en él todos los aspectos de la supervivencia de los grupos indígenas como culturas diferenciadas, entendiendo que dentro de la cultura se incluyen tanto las instituciones políticas y económicas como las normas de uso de la tierra o las prácticas lingüísticas y religiosas.⁴⁸ Esta interpretación del artículo 27 se ha visto confirmada mediante la aceptación de quejas enviadas por los representantes de los grupos indígenas ante el Comité siguiendo el Primer Protocolo Facultativo del Pacto.

En el caso de *Ominayak, Jefe de la Banda de los Cree, del Lago Lubicon v. Canadá*, el Comité de Derechos Humanos determinó que Canadá había violado el artículo 27 por haber permitido al gobierno provincial de Alberta que concediese contratos para explotaciones de petróleo, de gas y de madera

⁴⁶ Ver, e.g., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Estados Unidos de América. 03/10/95. CCPR/C/79/Add. 50 (criticando las leyes estadounidenses que permiten la extinción de derechos aborígenes y recomendando una revisión judicial del reconocimiento del Congreso relacionado con los pueblos indígenas y sus derechos).

⁴⁷ Esto ha sido especialmente así, en relación con las consideraciones de las quejas individuales establecido bajo el procedimiento del protocolo adicional al Convenio. Protocolo Adicional al Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, G.A. res. 2200^a (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (N.º 16) at 59, U.N. Doc A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 302, entró en vigor el 23 de marzo de 1976. El Comité ha determinado que, debido a que su jurisdicción bajo el Protocolo Adicional es la de considerar quejas de «individuos», no es competente para admitir quejar que aleguen violaciones del artículo 1 sobre la autodeterminación, el cual es un derecho de los «pueblos». Ver *Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, U.N. GAOR, 45th Sess. Supp. No. 40, vol. 2, at 1, U.N. Doc. A/45/40; *Ivan Kitok v. Suecia*, Comunicación No. 197/1985 (2 Diciembre 1985), CCPR/C/33/D/197/1985; *R.L. et al. v. Canada*, Comunicación No. 358/1989, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/358/1989 (1991); *Länsman et al. v. Finlandia*, Comunicación No. 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

⁴⁸ ICCPR Comentario General 23 (Cincuentava sesión, 1994): *Artículo 27: Los derechos de las minorías*, A/49/40 vol. I (1994) 107 en para. 7.

en el territorio ancestral de la Banda del Lago Lubicon.⁴⁹ El Comité encontró que las actividades de desarrollo de los recursos naturales suponen injusticias históricas para las formas de vida y la cultura de la Banda del Lago Lubicon, y constituyen una violación del artículo 27 mientras se continúe con el desarrollo de tales actividades.⁵⁰ El Comité ha encontrado también que las religiones indígenas y las tradiciones culturales están protegidas por los artículos 17 y 23 del Pacto, que afirman los derechos a la vida privada y a la integridad de la familia. En un caso sobre comunidades indígenas en Tahití, el Comité determinó que estos artículos fueron violados por Francia cuando su autoridad territorial permitió la construcción de un complejo hotelero sobre el territorio de un cementerio ancestral indígena⁵¹. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA ha invocado, de manera similar, disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente su artículo 27, al examinar situaciones relacionadas con los derechos humanos de grupos indígenas⁵².

⁴⁹ Comunicación No. 167/1984, Hum. Rts. Comm. A/45/40, Vol. II, annex IV.A, para. 32.2.

⁵⁰ *Id.* en para. 33. Ver también *Länsmann y otros v. Finlandia*, Comunicación No. 511/1992, Hum. Rts. Comm., CCPR/C/52/D/511/1992 (1994) (*Länsmann I*) (La ganadería de renos como parte de la cultura Sami, fue protegida por el artículo 27); *J.E. Länsmann v. Finlandia*, Comunicación No. 671/1995, CCPR/C/58/D/671/1995, paras. 2.1-2.4, 10.1-10.5 (*Länsmann II*) (La ganadería de renos de los Sami, en ciertas tierras se protegió bajo el artículo 27, a pesar de las disputas sobre la propiedad de las tierras; no obstante el artículo 27 no es violado en este caso); *Kitok v. Suecia*, Comunicación No. 197/1985, Hum. Rts. Comm., A/43/40, annex VII.G (1988) (afirmando que el artículo 27 se extiende a actividades económicas, allí donde la actividad resulta un elemento esencial en la cultura de una comunidad étnica; *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*, Comunicación No. 547/1993 (10 de diciembre de 1992), U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, para. 9.9 (para que el estado cumpla con el artículo 27 debe adoptar medidas que tengan que ver con las actividades económicas de los Maori, en la medida que les permitan continuar disfrutando de sus culturas, sus profesiones y las prácticas de sus religiones en comunidad con otros miembros de su grupo) . *Anni Äärelä and Jouni Näkkäläjärvi v. Finlandia*, Comunicación No. 779/1997 (4 de febrero de 1997), CCPR/C/73/D/779/1997. (la cría de renos es un elemento esencial de la cultura sami, reconocidos por el artículo 27). *J.G.A. Diergaardt (Último Capitán de la comunidad Rehoboth Baster) y otros (representados por Dr. Y. J. D. Peeters, su consejero legal internacional) v. Namibia*, Comunicación No. 760/1997, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (6 de septiembre de 2000), para 10.6 y la opinion individual de Elizabeth Evatt y Cecilia Medina Quiroga (concurrentes) (zonas de pastoreo de ganado de una comunidad Africaaner no son reconocidas como una de las situaciones protegidas por el artículo 27 porque no se establece una clara relación entre las zonas de pastoreo de ganado y los distintivos de la cultura de la comunidad).

⁵¹ *Francis Hopu y Tepoaitu Bessert*, Comunicación No 549/1993 (29 de diciembre de 1997) U.N. Doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1.

⁵² Ver, e.g., *El Caso Miskito*, Caso 794 (Nicaragua), Inter-Am.C.H.R., *Informe sobre la situación de un segmento de la población nicaragüense de origen Miskito*, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10 rev. 3, at 76-78, 81 (1983); *El caso Yanomami*, Caso 7615 (Brasil), Inter-Am C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1 at 24, 31 (1985); Inter-Am. C.H.R., *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev., at 03-04 (1997).

Otro tratado internacional relevante es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Al igual que otros tratados sobre derechos humanos, el Convenio contra la Discriminación no menciona específicamente los grupos o individuos indígenas. Sin embargo, el principio de no discriminación que se establece en el Convenio, y que prevalece en todos los otros instrumentos internacionales de derechos humanos, presenta implicaciones particulares a favor de los pueblos indígenas. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que promueve la implementación del Convenio, ha adoptado una Recomendación General que identifica tales implicaciones. En su Recomendación General sobre Pueblos Indígenas, el CERD identifica a los pueblos indígenas como vulnerables a los patrones de la discriminación que les ha privado, como grupos, del disfrute de sus propiedades y sus formas de vida distintas y, por lo tanto, hace una llamada a los Estados para que adopten medidas especiales que protejan los patrones culturales indígenas y las formas tradicionales de tenencia de tierras.⁵³

El CERD aplicó el principio de no discriminación en el examen de enmiendas a la legislación australiana que regula el reconocimiento de los derechos a las tierras tradicionales. Invocando su «procedimiento de urgencia»⁵⁴, el Comité concluyó que las enmiendas resultaban discriminatorias en contra de los poseedores indígenas de «títulos nativos» (títulos de propiedad basados en la tenencia de la tierra tradicional o la ocupación ancestral) y que traerían como resultado la pérdida de los derechos relativos a «títulos nativos» para los pueblos indígenas del país.⁵⁵ En este caso se solicitó a Australia la suspensión de la implementación de las enmiendas, y el compromiso de establecer consultas con los pueblos indígenas del país para encontrar alternativas aceptables.⁵⁶ El CERD ha examinado, de manera similar, la situación del pueblo Western Shoshone y de otros pueblos indígenas sometidos a la jurisdicción de los Estados Unidos en la revisión del primer informe periódico de este país bajo la Convención. El Comité expresó su preocupación sobre aspectos de las leyes de los Estados Unidos, según los cuales el Gobierno pretende «abrogar unilateralmente» tratados realizados con las tribus indias y tratar a las tribus como «naciones domésticas dependientes», sujetas a su pleno poder y custodia, e indicó que tales aspectos resultan incompatibles

⁵³ CERD, Recomendación General XXIII(51) relativa a los Pueblos Indígenas, adoptada por el Comité en su sesión 1235, de 18 de agosto de 1997.

⁵⁴ Para una explicación sobre el funcionamiento del procedimiento de urgencia y alerta temprana del CERD ver TANAKA A., con NAGAMINE Y., *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Guide for NGO's*, Minority Rights Group, 2001, pp. 364-366

⁵⁵ CERD, Decision 2 (54) sobre Australia. 18/03/99. A/54/18. para.21(2).

⁵⁶ *Id.* en párrs. 11-12.

con el Convenio⁵⁷. Además, expresó una preocupación especial en la aplicación de esas doctrinas jurídicas al pueblo Western Shoshone, cuyas tierras tradicionales son ahora consideradas por los Estados Unidos como propias y han sido dedicadas para actividades militares y de extracción de recursos⁵⁸. Señalando la coherencia de su aproximación con relación al amplio régimen internacional de los derechos indígenas, el CERD incluyó en su recomendación a los Estados Unidos que debería considerar la Convención N.º 169 de la OIT como guía en su tratamiento a los pueblos indígenas.⁵⁹

3.2. *Instrumentos Interamericanos de derechos humanos*

En el marco de las Américas, los derechos de los pueblos indígenas han sido afirmados por las instituciones del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, sobre la base de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos⁶⁰ y de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre.⁶¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 4 de la Convención Americana, que afirma ampliamente el derecho a la vida, como un requisito para que los Estados adopten medidas para asegurar el medio ambiente natural de aquellos pueblos indígenas que mantienen una especial unión con sus tierras tradicionales y una dependencia muy fuerte con los recursos naturales que éstas les proporcionan⁶². En su examen de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de la región amazónica ecuatoriana, la Comisión interpretó el derecho a la vida con una sensibilidad hacia las dimensiones materiales y culturales de la relación de los pueblos indígenas con la tierra, y concluyó que este derecho se encontraba en peligro debido a los efectos ambientales de la explotación petrolífera en la región.⁶³

Un apoyo más directo a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y sus recursos naturales se encuentra en el derecho a la propiedad, estableci-

⁵⁷ CERD, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: United States of America. 14/08/2001. CERD/C/59/Misc.17/Rev.3. , par. 21

⁵⁸ *Id*

⁵⁹ *Id*.

⁶⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (entró en vigor el 18 de julio de 1978).

⁶¹ Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos (30 de marzo- 2 de mayo de 1948), O.A.S. Res. 30, O.A.S. Doc. OEA/Ser.L/V/1.4, rev. (1965).

⁶² Inter-Am. Comm. H.R., *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, O.A.S. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10, rev. 1 (24 de abril de 1997), para. 106.

⁶³ *Ibidem*, capítulo IX.

do en el artículo 21 de la Convención y en el artículo XXIII de la Declaración Americana, un derecho que también se reconoce en otros instrumentos sobre derechos humanos, incluyendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶⁴. En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni v. Nicaragua*⁶⁵, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que Nicaragua había violado los derechos de propiedad de la comunidad indígena Mayagna de Awas Tingni al otorgar a una compañía extranjera una concesión para explotar la madera de las tierras tradicionales de la comunidad y al no conceder un reconocimiento y protección adecuada en la tenencia de sus tierras tradicionales. La Corte opina que el concepto de propiedad establecido en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos «incluye la propiedad comunal de los pueblos indígenas, incluso si esa propiedad no se encuentra específicamente titulada o reconocida de cualquier forma por el Estado. Awas Tingni, como la mayoría de comunidades indígenas de la Costa Atlántica, no gozaba de un reconocimiento específico del gobierno sobre sus tierras tradicionales, en forma de título de propiedad o de cualquier otro documento oficial, a pesar de las disposiciones existentes en la Constitución de Nicaragua y de otras leyes que afirman, en términos generales, la existencia de derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente. Ante la ausencia de tal reconocimiento específico del Gobierno, las autoridades de Nicaragua han considerado las tierras tradicionales indígenas no tituladas, o partes substanciales de ellas, como tierras del Estado, tal y como han hecho otorgando las concesiones para adentrarse en el área de Awas Tingni.⁶⁶ La Corte concluyó que, especialmente en la línea de los artículos 1 y 2 de la Convención, que requieren que los Estados adopten medidas positivas para proteger los derechos reconocidos en la Convención y en las leyes domésticas, tal negligencia del Estado viola el derecho a la propiedad del artículo 21 de la Convención Americana.⁶⁷

⁶⁴ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, G.A. Res. 217 A(III), 10 de diciembre de 1948, art. 17.

⁶⁵ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 79 (2001) (en adelante, «Caso Awas Tingni»).

⁶⁶ Para adquirir unos conocimientos sobre el caso Awas Tingni, ver ANAYA, S. J., y GROSSMAN, C., «El caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el Derecho Internacional de los pueblos indígenas», en GÓMEZ ISA, F. (Ed.): *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 11-28. ANAYA, S. J., & CRIDER, S. T., «Indigenous Peoples, The Environment, and Commerical Forestry in Developing Countries: The Case of Awas Tingni, Nicaragua», *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, 1996, p. 345; ANAYA, S.J., «Inter-American Commission on Human Rights: Indigenous Lands, Loggers, and Government Neglect in Nicaragua», *St. Thomas Law. Rev.* Vol. 9, 1996, p. 157; MOLIERI, J. J., *El Desafío indígena en Nicaragua: El Caso de los Miskitos*, 1986, pp. 33-114.

⁶⁷ *Caso Awas Tingni*, *supra*, párrs. 142-55.

Aunque la Corte acentuó que las mismas leyes domésticas de Nicaragua afirman la propiedad comunal indígena, en términos generales, la Corte hizo especial énfasis en que los derechos articulados en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos tienen «sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el Derecho interno»⁶⁸. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presionó especialmente sobre este punto, al llevar adelante el caso ante la Corte, invocando para ello, en sus alegaciones escritas, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto a las disposiciones sobre el derecho de propiedad análogas de la Convención Europea de Derechos Humanos, y haciendo referencia a otros desarrollos relacionados en otras partes del Derecho Internacional y de instituciones preocupadas especialmente con los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y sus recursos naturales⁶⁹. La Corte aceptó la visión de la Comisión según la cual el derecho humano internacional de propiedad, en su significado autónomo de las leyes domésticas, abarca los regímenes comunales de propiedad de los pueblos indígenas tal y como están definidos por sus propias costumbres y tradiciones, según los cuales «la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro»⁷⁰. De acuerdo con esto, la Corte determinó que los pueblos indígenas no sólo tienen derechos de propiedad sobre sus tierras tradicionales protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que también tienen derecho, bajo la Convención, a que el Estado demarque y tittle aquellas tierras en su favor en aquellas circunstancias en las que estos derechos no sean asegurados de otra forma. La Corte encontró que Awas Tingni, en particular, tiene el «derecho a que el Estado... delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la comunidad»⁷¹. Este derecho está en relación con el artículo 14(2) de la Convención N.º 169 de la OIT, el cual afirma que: «Los Gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión».

Para llegar a estas conclusiones en el caso Awas Tingni, la Corte recurrió a un método de interpretación que se adecuaba «a la evolución de los tiempos

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 146.

⁶⁹ Vid. *Final Written Arguments of the Inter-American Commission on Human Rights before the Inter-American Court of Human Rights in the Case of the Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni Against the Republic of Nicaragua*, July 2001, paras. 62-66, reproducido en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol 19, 2002, p. 325.

⁷⁰ *Caso Awas Tingni*, *supra*, párr. 151

⁷¹ *Ibid.* para. 153.

y, en particular, a las condiciones de vida», lo que le llevó a remarcar desarrollos modernos de conceptos sobre la propiedad en relación a los pueblos indígenas y sus tierras⁷². En su opinión concurrente, el Juez García Ramírez se centra en esta metodología interpretativa, haciendo referencias específicas a las normas relevantes del Convenio N.º 169 de la OIT, aun cuando Nicaragua no es parte del Convenio, así como a diferentes partes de los proyectos de Declaración de la ONU y de la OEA sobre los derechos de los pueblos indígenas⁷³.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos siguió el precedente y la metodología interpretativa del caso *Awas Tingni* al tratar una disputa relacionada con los derechos sobre la tierra del pueblo Western Shoshone. En el caso de *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos*⁷⁴, la Comisión extendió la interpretación del derecho a la propiedad de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que se avanzó en el caso *Awas Tingni*, a las normas similares sobre el derecho de propiedad de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre⁷⁵, poniendo énfasis en el debido proceso y en las medidas de protección igualitarias que se tienen que añadir a los intereses indígenas sobre la propiedad de tierras y recursos naturales⁷⁶. El caso surgió con el rechazo de las hermanas Mary y Carrie Dann a suscribir el sistema de permisos impuesto por los Estados Unidos para convertir en pastos gran parte de las tierras tradicionales de los Western Shoshone.⁷⁷ Teniendo que afrontar los esfuerzos reiterados del Gobierno de los Estados Unidos para obligarles por la fuerza a abandonar el pastoreo de ganado sin permiso y para imponerles multas substanciosas por hacerlo, las hermanas

⁷² *Caso Awas Tingni*, *supra*, párr. 146-49.

⁷³ *Ibidem*, Sergio García Ramírez opinión concurrente, párrs. 7-9.

⁷⁴ *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos*, Caso 11.140, Informe de fondo N.º 75/02 (27 de diciembre de 2002)[en adelante «Caso Dann»].

⁷⁵ Ver Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, *supra* nota 5, art. XXII: «Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales a una vida decorosa, que contribuye a mantener la dignidad de la persona y del hogar.»

⁷⁶ Como señaló la Comisión, su examen de la conducta de los Estados en relación a la Declaración es la de promover la observancia de la obligaciones generales de derechos humanos de los Estados miembros de la OEA, que se derivan de la Carta de la OEA. *Vid. Ibidem*, párr 95. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las provisiones de la Declaración Americana sobre los Derechos y Obligaciones del Hombre son obligaciones expresas de derechos humanos de los Estados bajo la Carta de la OEA. Ver I/A Court H.R., Opinión Consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana sobre los Derechos y Obligaciones del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14 de julio de 1989, Ser. A N.º 10 (1989), paras. 42-45.

⁷⁷ Para adquirir conocimiento sobre este caso y los litigios que precedieron a la decisión de la Comisión en los Tribunales de los Estados Unidos, ver ANAYA, S. J., *Native Claims in the United States*, *op. cit.*, pp. 28-32.

Dann argumentaron que el sistema de permisos contravenía los derechos sobre la tierra de los Western Shoshone. Los Estados Unidos reconocieron que la tierra en cuestión formaba parte de las tierras ancestrales de los Western Shoshone, pero sostenía que los derechos de los Western Shoshone sobre la tierra habían sido «extinguidos» a través de una serie de medidas administrativas y judiciales. La Comisión examinó los procedimientos según los cuales Estados Unidos argumentaba que los Western Shoshone habían perdido sus derechos sobre las tierras y determinó que esos procedimientos no proporcionaron a las hermanas Dann y a otros grupos de los Western Shoshone una oportunidad adecuada para ser escuchados y que esos procedimientos negaban a estos grupos los mismos procedimientos y las protecciones substantivas que generalmente están a disposición de los propietarios en el Derecho de los Estados Unidos.⁷⁸ La Comisión señaló lo inadecuado del fundamento histórico para la presunta expropiación de las tierras de los Western Shoshone —la supuesta necesidad de animar al asentamiento y desarrollo agrícola en el oeste de los Estados Unidos— y también citó el fallo de Estados Unidos en la aplicación a los Western Shoshone de las mismas medidas de compensación que ordinariamente se aplican para las expropiaciones ordinarias de propiedad bajo las leyes de Estados Unidos⁷⁹. Además, la Comisión encontró que los Estados Unidos han «fallado en su obligación de asegurar a las hermanas Dann el derecho a la propiedad en las condiciones de igualdad que establecen los artículos II (derecho a la igualdad de protección), XVIII (derecho a un juicio justo) y XXIII (derecho a la propiedad) de la Declaración Americana en relación con sus reclamaciones sobre los derechos de propiedad en las tierras ancestrales de los Western Shoshone»⁸⁰.

En la aplicación e interpretación de las provisiones citadas de la Declaración Americana en el caso Dann, la Comisión fue explícita en su dependencia de los desarrollos y tendencias en el sistema jurídico internacional relacio-

⁷⁸ *Vid. Caso Dann, supra*, párrs. 133-44.

⁷⁹ *Vid. Ibidem*, párrs. 144-45.

⁸⁰ *Ibidem*, párr. 147. La Comisión, además, condeno efectivamente, por ser contrario al Derecho internacional de los derechos humanos, las compresiones tan amplias de la doctrina legal de los Estados Unidos relacionada con los Pueblos indígenas, incluyendo la doctrina según la cual los Estados Unidos pueden de manera unilateral «extinguir» los derechos a la tierra y otros derechos de los pueblos indígenas, entre los que se incluyen derechos protegidos por los tratados, Ver *Lone Wolf v. Hitchcock*, 187 US 553 (1903); y que la extinción de derechos de los pueblos indígenas a la tierra basados en una ocupación anterior (títulos indígenas) pueden ser extinguidos sin que el gobierno provea una compensación justa como requiere las expropiaciones ordinarias de propiedad, Ver *Tee-Hit-Ton*, 348 US 272 (1955). Para un análisis crítico de esto y de las doctrinas jurídicas de los Estados Unidos con relación a los pueblos indígenas, ver WILLIAMS, R. Jr., «The Álgebra of Federal Indian Law: The Hard Trail of Decolonizing and Americanizing the White Man's Indian Jurisprudence» *Wisconsin Law Review*, 1986.

nado con los derechos de los pueblos indígenas⁸¹. De manera significativa, la Comisión declaró que los «principios básicos reflejados en muchas de las disposiciones» del proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas «incluyendo aspectos de (su) artículo XVIII, reflejan principios generales de Derecho Internacional que se están desarrollando en el ámbito del sistema interamericano y que se aplican dentro y fuera de éste y que, por ello, deben ser tenidos en cuenta cuando se interpreten y apliquen las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas»⁸². El Artículo XVIII del citado proyecto de Declaración⁸³ proporciona a las formas tradicionales de posesión de la tierra una protección en términos similares a la establecida por el Convenio N.º 169 de la OIT, que la Comisión también menciona en sus análisis⁸⁴. De esta manera, la Comisión señaló el desarrollo de un régimen *sui generis* de normas internacionales y jurisprudencia relacionada con los pueblos indígenas y la cima que representa el Convenio N.º 169 de la OIT en ese desarrollo, incluso con respecto a Estados, como los Estados Unidos, que no son partes del Convenio.

⁸¹ Vid. Caso Dann *supra*, párrs. 124-28. La Comisión notó que «una revisión de los tratados, de la legislación y de la jurisprudencia pertinentes, revela el desarrollo que se ha producido, durante más de 80 años, de las normas y principios particulares de derechos humanos aplicables a las circunstancias y al tratamiento que han recibido los pueblos indígenas», *Ibidem*, párr. 125.

⁸² *Ibidem*, párr. 129. De acuerdo con la Comisión, estos nuevos «principios generales del sistema internacional» existentes, incluyen en relación con los reclamos indígenas sobre las tierras:

- El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus variadas y específicas formas y modalidades de su control, propiedad, uso y disfrute de los territorios y propiedades;
- El reconocimiento de sus propiedades y derechos de propiedad con respecto a sus tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
- Donde los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas son consecuencia de derechos existentes previamente a la creación de un estado, el reconocimiento de ese estado de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas relativos a las tierras y a modificar tal título solo como consecuencia de un consenso mutuo entre el Estado y los pueblos indígenas respectivos donde tengan un conocimiento total y apreciación de la naturaleza o atributos de tales derechos de propiedad y uso de tal propiedad. Esto también implica el derecho a una compensación justa en el caso que tales derechos de propiedad y uso se pierdan irrevocablemente.

Ibidem, párr. 130.

⁸³ El artículo XVIII del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece, *inter alia*, que «los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad [y] tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquellos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.»

⁸⁴ Vid. Caso Dann, *supra*, párr. 129-130.

4. Emergencia de Derecho Internacional consuetudinario

Como ya se ha indicado, resulta evidente que los pueblos indígenas han alcanzado un nivel sustancial de atención en la comunidad internacional, y con esta atención se ha impulsado un movimiento orientado hacia la opinión convergente sobre la existencia y contenidos de normas internacionales relevantes. La interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos a favor de los pueblos indígenas contribuye al conjunto de desarrollos hacia un consenso uniforme y generalizado sobre el contenido de esas normas, más allá de expresar las obligaciones derivadas de esos tratados. Los múltiples desarrollos relevantes de las dos últimas décadas incluyen las discusiones sobre los proyectos de Declaración de la ONU y de la OEA sobre los derechos indígenas. A pesar de la persistencia de vacíos en diversos aspectos de los proyectos, las discusiones multilaterales que se han producido en relación a estas cuestiones durante los últimos años han ayudado a generar un cierto consenso sobre principios comunes de derechos de los pueblos indígenas, los cuales son evidentes en algunas de las disposiciones de diversos instrumentos ya adoptados.

Esto no quiere decir que se haya conseguido un consenso totalmente satisfactorio sobre derechos de los pueblos indígenas o que exista un compromiso suficiente en las autoridades estatales o internacionales para implementar este consenso. Pero sí es importante evaluar la situación de este consenso y añadir que, mientras que se desarrolle un entendimiento común sobre los contenidos de los derechos indígenas, también se consolidan las expectativas de que estos derechos se mantendrán, sin reparar en cualquier acto formal de consentimiento de las normas articuladas. De esta manera, este consenso desarrollado no es justamente un fenómeno político con consecuencias legales potenciales futuras, sino que más bien representa Derecho Internacional consuetudinario emergente con implicaciones legales en el presente. Esta es, efectivamente, la conclusión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al declarar la existencia de «principios generales en el sistema internacional» que se han desarrollado en los años recientes para confirmar los derechos indígenas⁸⁵.

La discusión sobre los pueblos indígenas y sus derechos promovida a través de las instituciones y Conferencias internacionales durante las últimas décadas se ha producido en respuesta a las demandas realizadas por los grupos indígenas durante varios años. La suposición dominante ha sido que la articulación de normas relacionadas con los pueblos indígenas es un ejercicio en la identificación de pautas de conducta que se requieren para confirmar valores

⁸⁵ *Caso Dann, supra*, párr. 129-130.

ampliamente compartidos de dignidad humana. Los derechos de los pueblos indígenas no se sitúan aisladamente, sino que, como se demostró con la aplicación de los instrumentos de derechos humanos de aplicación general, derivan de principios de derechos humanos previamente aceptados, tales como la no discriminación, la autodeterminación, la integridad cultural y la propiedad. Los procesos multilaterales que construyen un entendimiento común del contenido de los derechos de los pueblos indígenas también construyen expectativas de comportamientos en conformidad con estos derechos.

Bajo las modernas teorías jurídicas, estos procesos que generan consenso y expectativas internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas son procesos que construyen Derecho Internacional Consuetudinario. La existencia de normas de Derecho Internacional Consuetudinario es significativa porque los Estados, por lo general, se encuentran sujetos a esas normas, incluso aquellos Estados que no han ratificado los tratados relevantes. Las normas del Derecho Consuetudinario surgen cuando un grupo preponderante de Estados y de otros actores con autoridad convergen en una misma manera de entender el contenido de las normas y, por lo tanto, esperan que los comportamientos futuros se den en conformidad con esas normas⁸⁶. Los puntos tradicionales de referencia para determinar la existencia y los contenidos de las normas consuetudinarias son las pautas relevantes de la conducta actual de parte de las agencias estatales. Hoy, sin embargo, la conducta actual de los Estados no es el único indicio determinante necesario de las normas consuetudinarias. Con la llegada de las modernas instituciones intergubernamentales de carácter internacional y la mejora de los medios de comunicación, los Estados y otros actores han entablado un diálogo prescriptivo que va en aumento. Especialmente en escenarios multilaterales, una comunicación explícita puede desembocar en una convergencia de formas de entender y de tener expectativas sobre las normas, estableciendo en dichas normas un empuje hacia la conformidad, incluso de antemano a la generalización de la pauta correspondiente de actuación práctica⁸⁷. De esta manera, se considera

⁸⁶ Ver, de manera general MCDUGAL, M., et al., *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, 1980, p. 269; artículo 38(1)(a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el que se describe «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho».

⁸⁷ Ver FRANK, T. M., «Legitimacy in the International System», *American Journal of International Law*, Vol. 82, 1988, p. 705 (un estudio jurisprudencial en relación con la identificación de los elementos que establece en las normas internacionales el «empuje hacia la conformidad»); MCDUGAL et al., *supra*, p. 272 («Es fácilmente observable que tales organizaciones, especialmente las Naciones Unidas y sus agencias especializadas, juegan un rol importante que va en aumento como foros para el flujo de comunicaciones explícitas y actos de colaboración los cuales crean expectación en los pueblos sobre las políticas comunitarias autorizadas»).

cada vez más asumido que la comunicación explícita, del tipo que se realiza en Naciones Unidas y en otros foros internacionales en relación con los derechos de los pueblos indígenas, es en sí misma una forma de práctica que sirve para construir normas consuetudinarias⁸⁸.

La reivindicación aquí no es que cada uno de los documentos autorizados y decisiones referidas en el párrafo anterior pueden ser cogidas en su totalidad como normas consuetudinarias articuladas, sino que colectivamente representan un núcleo normativo de preceptos que son ahora, o se han vuelto, ampliamente aceptadas entre los actores autorizados y que, por lo tanto, son indicadores de Derecho consuetudinario emergente. De nuevo, esto es significativo porque el Derecho Internacional Consuetudinario, una vez cristalizado, impone obligaciones en sus unidades constitutivas de la comunidad mundial independientemente de las obligaciones asumidas formalmente por actos de ratificación o adhesión a un tratado.

Las normas concernientes a los pueblos indígenas que son abarcadas por los preceptos de derechos humanos y aceptadas generalmente por la comunidad internacional proveen motivación para que los Estados adopten iniciativas para producir condiciones que estén en conformidad con las normas. Durante los últimos años, muchos Estados han promulgado disposiciones constitucionales o leyes que, más o menos, reflejan el consenso internacional desarrollado sobre los derechos de los pueblos indígenas. Mientras que los desarrollos internacionales y las interpretaciones de los instrumentos internacionales existentes, descritos más arriba, son impulsos para las reformas legales domésticas, a su vez las reformas domésticas refuerzan los desarrollos internacionales y la emergencia de normas de Derecho Internacional Consuetudinario, en la medida en que las reformas están llevando a una pauta bien definida y consistente de prácticas legales internas que favorecen la supervivencia de las comunidades y las culturas indígenas. Por ejemplo, Brasil reformó su constitución en 1988 para conceder una mayor protección a los

⁸⁸ Ver *id.* 272-73; CHENG, B., «United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?» 5 *Indian Journal of International Law*, Vol.23, 1965, p. 45 (declara que la creencia común de los Estados de que están obligados por una norma es el «único elemento constitutivo» de que la conducta actual que se viene conformando simplemente provee evidencias de la existencia de una norma); el profesor Bownlie define las fuentes «materiales» de la «costumbre» incluyendo la correspondencia diplomática, las declaraciones políticas, las notas de prensa... comentarios de los Gobiernos sobre proyectos producidos por la Comisión de Derecho Internacional..., práctica de órganos internacionales y resoluciones sobre cuestiones legales en la Asamblea General de las Naciones Unidas».

El professor Sohn observa que la práctica del Gobierno en la negociación del texto de un instrumento internacional puede en sí misma generar Derecho consuetudinario, incluso de antemano a la adopción formal o a la ratificación del instrumento, en SOHN, L.B., «'Generally Accepted' International Rules,» *Washington Law. Review*, Vol. 61, 1986, pp. 1073-1077.

indios y a sus tierras. El artículo 231 de la Constitución reformada reconoce la organización social, las costumbres, lenguas, creencias y tradiciones de los pueblos indígenas y sus derechos a las tierras que han ocupado tradicionalmente. La Constitución de Colombia, de 1991, ofrece a los pueblos indígenas una consideración constitucional especial. Los pueblos indígenas forman una circunscripción especial de cara a las elecciones de los representantes gubernamentales. Tienen algunos derechos al autogobierno, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones en sus tierras, incluyendo la administración de justicia. La integridad cultural, social y económica es protegida de manera general por el artículo 330 de la Constitución. La Constitución ecuatoriana de 1998 contiene diversas provisiones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas. En el título III, el artículo 84 de la Constitución de Ecuador reconoce y garantiza a los pueblos indígenas derechos colectivos para mantener y desarrollar sus tradiciones culturales y económicas, conservar sus tierras comunitarias y mantener la posesión de sus tierras comunitarias ancestrales. El artículo 84 de la Constitución compromete al estado para promover las prácticas de los pueblos indígenas en el manejo de la biodiversidad, formas tradicionales de organización social y propiedad intelectual colectiva. También existe legislación para proteger a los pueblos indígenas de los desalojos de sus tierras y para garantizarles el derecho a participar en los procesos oficiales, con financiación adecuada del Estado, destinados a la formulación de prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejora de sus condiciones económicas y sociales. Canadá también incluye en su sistema constitucional afirmaciones de los derechos de los pueblos indígenas. La Constitución de Canadá, de 1982, mantiene que «los derechos aborígenes y basados en tratados existentes de los pueblos aborígenes de Canadá son reconocidos y afirmados por ese medio.» Esta garantía legal abarca títulos originales como refuerzo a los derechos sustantivos y por ese medio limita los actos legislativos que pudieran restringir o extinguir los derechos de propiedad aborígenes de los pueblos indígenas.

En muchos países, como Australia, la protección legal para los pueblos indígenas ha resultado de decisiones judiciales. En la decisión del Alto Tribunal de Australia en el caso de *Mabo v. Queensland*,⁸⁹ se invocó específicamente el Derecho Internacional contemporáneo de los derechos humanos para mantener los derechos indígenas a las tierras y a los recursos sobre la base de las pautas históricas de uso y de ocupación. En respuesta al caso *Mabo*, el Gobierno Federal de Australia adoptó en 1993 *The Native Title Act*. Los propósitos principales de la ley son reconocer y proteger los títulos nativos y crear un tribunal nacional donde los reclamantes puedan exponer sus

⁸⁹ *Mabo v. Queensland No 2* (1992) 175 C.L.R. 1, 69 (Austl.).

quejas sobre las tierras. A pesar de recientes enmiendas al *Native Title Act*, que fueron objeto de críticas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU⁹⁰ y que, de alguna manera, limitan la protección para los títulos nativos, la ley mantiene una protección legal substancial para la tenencia de la tierra indígena.

La interrelación entre los desarrollos internacionales y domésticos concernientes a los pueblos indígenas se pueden apreciar especialmente en la práctica actual de los Estados de informar a los órganos internacionales sobre sus respectivas leyes domésticas e iniciativas. Mucha de esta información, si no toda, surge fuera del alcance de alguna obligación específica nacida de un tratado. La práctica gubernamental de informar sobre los desarrollos domésticos ha sido una característica regular de las reuniones anuales del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas y de las reuniones de los órganos que están por encima de dicho Grupo, incluyendo la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y su Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Los compromisos, orales y escritos, de los informes que hacen los Gobiernos a los órganos internacionales de sus leyes domésticas y sus iniciativas son indicativos de normas internacionales consuetudinarias en dos aspectos. En primer lugar, el registro de la conducta de los Estados da muestra de pautas de comportamiento que pueden servir para identificar o confirmar el contenido de los estándares subyacentes, a pesar de las dificultades que pueden existir a la hora de llegar a un acuerdo sobre un lenguaje normativo que pueda ser incluido en textos escritos. En segundo lugar, debido a que los informes están dirigidos a audiencias internacionales sensibilizadas con los derechos de los pueblos indígenas, éstos proporcionan una sólida indicación de las apreciaciones subjetivas sobre obligaciones y expectativas. En los discursos de los Gobiernos es evidente la aceptación implícita y el empuje hacia la conformidad de ciertos preceptos normativos establecidos en principios generales de derechos humanos.

Por supuesto, todavía falta mucho para que las normas constitucionales y las leyes domésticas sean implementadas adecuadamente; del mismo modo, para muchos pueblos indígenas las normas consuetudinarias internacionales emergentes parecen más un ideal que una realidad. Sin embargo, las normas internacionales consuetudinarias son instrumentos según los cuales los pueblos indígenas pueden apelar a los actores autorizados en ambos marcos, domésticos e internacionales, y responsabilizar a los Estados por actos u omisiones que sean contrarios a sus intereses.

El contenido específico de una nueva generación de normas internacionales consuetudinarias concernientes a los pueblos indígenas está todavía en

⁹⁰ Ver *supra*.

desarrollo y sigue siendo un tanto ambiguo. Aun así, los elementos esenciales de las normas están, de manera creciente, siendo confirmados y reflejados en el diálogo extensivo multilateral y en los procesos de decisión centrados en los pueblos indígenas y sus derechos. Estos elementos esenciales se pueden resumir en los siguientes:

1. *Autodeterminación.* A pesar de que diversos Estados se han resistido de manera expresa a la utilización del término autodeterminación en relación con los pueblos indígenas, es posible mirar más allá de sensibilidades retóricas para percibir un consenso amplio al respecto. Ese consenso sostiene la opinión de que los pueblos indígenas tienen derecho a continuar siendo considerados como grupos diferenciados y, como tal, a tener el control de su propio destino en condiciones de igualdad. Este principio tiene implicaciones para cada decisión que pueda afectar los intereses de un grupo indígena.
2. *Integridad cultural.* Hoy existen pocas controversias sobre el planteamiento que reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar libremente sus identidades culturales diferenciadas, dentro del marco de principios de derechos humanos generalmente aceptados y, por lo tanto, aplicables. La cultura es entendida generalmente de manera que incluye pautas afines, lengua, religión, rituales, arte y filosofía: de manera adicional, se entiende cada vez más que abarca pautas sobre el uso de las tierras y otras instituciones que pueden extenderse hacia esferas económicas y políticas. Además, los gobiernos están llamados a mantener y, de hecho, mantienen por sí mismos obligaciones positivas en este ámbito.
3. *Tierra y recursos.* En general, se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la propiedad de, o a un control sustancial sobre y acceso a, las tierras y recursos naturales que tradicionalmente han sustentado sus respectivas economías y prácticas culturales. Donde los pueblos indígenas han sido desposeídos de sus tierras tradicionales o han perdido el acceso a los recursos naturales a través de la coacción o el fraude, la norma para los gobiernos es la de establecer procedimientos que permitan a los grupos indígenas afectados recuperar las tierras o el acceso a los recursos que necesiten para su subsistencia y prácticas culturales y, en circunstancias apropiadas, a recibir una compensación.
4. *Bienestar social y Desarrollo.* En relación con el fenómeno histórico que ha dejado a los pueblos indígenas entre los más pobres de los pobres, se acepta con carácter general que se debe prestar a los pueblos indígenas una especial atención en relación con su salud, vivienda,

educación y empleo. Como mínimo, los Gobiernos tienen que adoptar medidas para eliminar los tratos discriminatorios y otros impedimentos que han privado a miembros de grupos indígenas de los servicios sociales de que han venido disfrutando los sectores dominantes de la población.

5. *Autogobierno.* El autogobierno es la dimensión política de la autodeterminación, tal y como la conocemos. Los elementos esenciales de una norma en desarrollo sobre un autogobierno *sui generis* en el contexto de los pueblos indígenas se basa en la coyuntura de preceptos ampliamente aceptados sobre la integridad cultural y la democracia, en los que se incluyen preceptos sobre el gobierno local. La norma mantiene la autonomía local gubernamental o administrativa para las comunidades indígenas de acuerdo con sus modelos históricos, políticos o culturales, mientras que, a su vez, defienden su participación efectiva en todas las decisiones que les afecten y que son tomadas por las instituciones estatales del Gobierno. La participación, en este sentido, incluye consultas previas con los pueblos indígenas en relación con cualquier decisión que pueda afectar a sus intereses.
6. *Especial obligación de cuidado.* La total implementación de las normas precedentes, y la activa protección del disfrute de los pueblos indígenas de todos los derechos humanos y libertades fundamentales generalmente aceptados, son el objetivo básico de una obligación especial de velar por los intereses de los pueblos indígenas. Con creciente intensidad durante los últimos años, la comunidad internacional ha mantenido a los pueblos indígenas como sujetos especiales de preocupación y de búsqueda de soluciones consensuadas para asegurar sus derechos y bienestar. De manera adicional, resulta cada vez más evidente que los principales actores internacionales esperan que los Estados actúen en su ámbitos domésticos a través de medidas positivas para salvaguardar los derechos e intereses de los grupos indígenas que existan dentro de sus fronteras. Cualquier Estado que no consiga mantener una obligación de cuidado hacia los pueblos indígenas y permita la flagrante o sistemática ruptura de las pautas que hemos mencionado más arriba, tanto si se admite como si no se admite su carácter de Derecho Consuetudinario, se arriesga a una condena internacional. El término «tutela» o «relación de tutela» no se usan comúnmente en los discursos internacionales contemporáneos en relación a los pueblos indígenas. Hoy, el principio de una especial obligación de cuidado ha quedado, en gran parte, desprovisto de paternalismo y de una connotación negativa para las culturas no europeas, previamente unidas a una retórica de relación de tutela. En su lugar, el principio descansa

sobre un conocimiento amplio, en la línea de los valores contemporáneos, de las condiciones relativamente desventajosas de los pueblos indígenas como resultado de siglos de opresión. Además, en relación con el principio de autodeterminación, la obligación de velar por los intereses de los pueblos indígenas tiene que ser ejercitada de acuerdo con sus aspiraciones formuladas colectivamente.

Conclusiones

Los pueblos indígenas se han insertado de una manera muy relevante en la agenda de los derechos humanos a nivel internacional. Para realizar esto, han creado un movimiento que ha retado a las estructuras estatales de poder, bien asentadas, y también a preceptos aceptados durante mucho tiempo que no otorgaban el suficiente valor a las culturas indígenas, a sus instituciones y a sus identidades como grupo. Este movimiento, aunque con tensiones, ha conseguido lograr una preocupación internacional creciente sobre los pueblos indígenas y una constelación, todavía en pleno desarrollo, de normas internacionales aceptadas que están generalmente en línea con las demandas y aspiraciones propias de los pueblos indígenas. Estas normas encuentran su expresión básica en el Convenio N.º 169 de la OIT, en otros instrumentos internacionales y en decisiones de órganos internacionales, y son también discernibles en las discusiones que se producen a nivel multilateral sobre los pueblos indígenas y sus derechos. En los aspectos esenciales, las pautas articuladas concernientes a los pueblos indígenas pueden ser vistas como un desarrollo del Derecho Internacional Consuetudinario. El alcance final de la afirmación internacional de los derechos de los pueblos indígenas se está desarrollando todavía mientras los pueblos indígenas continúan presionando a favor de su causa. Sin embargo, en proporción al grado de aceptación por los actores relevantes en la esfera internacional, nuevas y emergentes normas relacionadas con los pueblos indígenas están surgiendo, y las conductas disconformes con ellas pueden ser objeto de escrutinio en el floreciente sistema internacional de protección de los derechos humanos. Para muchos pueblos indígenas, tal escrutinio puede ser un factor crítico, si no determinante, para su propia supervivencia. El movimiento hacia un nuevo orden normativo relacionado con los pueblos indígenas es una manifestación dramática de las capacidades de progreso social y cambio que existen en el marco de los derechos humanos en el sistema internacional contemporáneo.

PARTE I

Aspectos generales

La tradición de los derechos humanos y los pueblos indígenas: una interpelación mutua

Xabier Etxeberria

La expresión «derechos humanos universales» confrontada con la expresión «derechos de los pueblos indígenas», remite a una tensión. La primera implica espontáneamente lo que cabe llamar *universalismo individual abstracto*. La segunda, en una aproximación elemental que habrá que clarificar, parece sugerir un *particularismo colectivo concreto*. Como ocurre en general ante las tensiones, ello supone que nos encontramos con el *riesgo* de la mala gestión de la misma, la que puede llevarnos a enfrentamientos que, este caso, acaban debilitando la causa de los derechos. Pero supone igualmente que nos topamos con una *oportunidad*, en concreto la de hacer avanzar a la concepción oficial de los derechos humanos, tras desvelar límites y trampas ocultas en ella, hacia horizontes más inclusivos y más respetuosos de la complejidad de la realidad, lo que resultará positivo no sólo para los pueblos indígenas, sino para el conjunto de la humanidad. Todo dependerá del modo como gestionemos el *reto* de insertar —sin marginarla y sin hacerla particularismo— la perspectiva de la particularidad, en este caso indígena, en el horizonte de la universalidad —que hay que continuar reasumiendo con vigor, aunque con las oportunas reformulaciones—.

En las líneas que siguen vamos a tratar de afrontar este reto guiados por una doble hipótesis interrelacionada. Por un lado, entendemos que las actuales reivindicaciones de los pueblos indígenas (y de otros colectivos etnoculturales que aquí no tendremos explícitamente presentes) interpelan significativamente a la tradición oficial de los derechos humanos, exigiéndole revisiones importantes, tanto en lo relativo a la fundamentación como en lo relativo a los contenidos. Y, por otro lado, creemos que esta tradición pide modulaciones significativas a esas reivindicaciones, que, de este modo, se ven a su vez interpeladas.

1. El universalismo abstracto, en el origen declarado de la tradición de los derechos humanos

Los derechos humanos tienen una historia, una tradición, un proceso lleno de vicisitudes progresivamente clarificadoras pero también de contradicciones. Para el enfoque iusnaturalista duro de los mismos esto no es evidente, o, en todo caso, es secundario. Porque lo que contaría decisivamente es que en un momento y lugar dado esos derechos han sido «descubiertos» por unas determinadas personas en lo que son de manera definitiva, incuestionable e inmutable, de modo tal que su permanecer en el tiempo no les afectaría prácticamente. Pero, como tendremos ocasión de ver, ese iusnaturalismo que pretende estar atento a lo que es esencialmente la naturaleza humana, ignora la decisiva condición histórico-cultural de la misma y su impacto particularizante ineludible en todo lo que emerge de ella, incluidas las formulaciones de derechos humanos.

Esa tradición e historia de los derechos, como también resaltaremos, no se inicia cuando en la cultura occidental se comienzan afirmando oficialmente y de modo explícito los «derechos humanos universales». Su inicio real no es datable, porque la emergencia y tradición de los derechos hay que situarla en lugares y culturas múltiples, allá donde los humanos, hombres y mujeres, han generado luchas, intraculturales e interculturales, tendentes a afirmar su dignidad, aunque le hayan puesto otro nombre y la hayan vivido con diferentes sensibilidades.

De todos modos, para la lógica argumental que vamos a plantear aquí, conviene que comencemos nuestro acercamiento a esta tradición a partir del punto en que se declara oficialmente como tal, el punto que tiende a ser considerado por sus protagonistas como «fundacional»: ese tiempo ligado a pensadores liberales (de Locke a Kant) y culminado a finales del siglo XVIII, proclamativamente y con eficacia política, por las revoluciones estadounidense y francesa.

El trasfondo ideológico dominante de estas declaraciones es el del *iusnaturalismo* que se llamará *moderno*, que pretende desbancar al *iusnaturalismo* que en el contexto europeo se llama *clásico*. Sin entrar en grandes disquisiciones sobre lo que significa filosóficamente el iusnaturalismo, baste subrayar aquí que éste pretende encontrar en lo que somos por naturaleza —por tanto universal e inmutablemente— lo que tenemos que ser en realidad (en forma de deberes y/o derechos).

Pues bien, en el iusnaturalismo clásico se concibe al ser humano de modo tal que sólo se le entiende contextualmente situado: en el nivel más básico en las familias, que se organizan a su vez en un segundo nivel en aldeas y éstas, en un tercer nivel, en el Estado, en el que encuentran la perfección organizativa. Esto es, el humano no es percibido como tal más que en sus enmarques comunitarios. Además, tal estructuración se fundamenta en estos principios: hay una jerarquía natural, que presupone una desigualdad también natural, en la que las figuras claves de autoridad son el padre y el monarca —padre de

todos—; el bien común prima sobre los bienes particulares; la cohesión comunitaria de quienes se sienten antes que nada «miembros» con determinados «roles» es un valor decisivo que a la vez exige y ampara; los deberes de las personas, especialmente hacia su comunidad, resultan más relevantes que sus derechos, en general desiguales y ligados a los roles. La metáfora decisiva de este enfoque podría ser la organicista de un cuerpo viviente.

Frente a esta cosmovisión, la proclamación moderna de los derechos humanos se va a remitir a un iusnaturalismo, a un modo de concebir la naturaleza humana, marcadamente diferente. En el origen no están ya las familias, sino el *individuo* humano, no sólo como base de todo, sino como fin de todo. La agrupación decisiva de estos individuos humanos es la que surge de sus voluntades libres en interacción, que se expresa en la forma de *contrato* y en la que se destacan dos modalidades: la propia del *mercado* en la que se sella el intercambio libre de bienes sustentado en la propiedad privada de los mismos, y la que puede ser metaforizada con el *ágora* o plaza pública, en la que se trata de acordar las normas con las que se va a regular el ejercicio de las libertades de todos. El Estado es visto precisamente como la estructura institucional llamada a garantizar esto último; esto es, no como el último grado de perfección en la realización humana, sino como *medio* para que las libertades de los individuos —*fin*es— puedan expresarse con autonomía. Los principios que fundamentan esta propuesta son los siguientes: los individuos son libres —para autorrealizarse como lo deseen— e iguales por naturaleza; la base de la autoridad está en el acuerdo de las libertades; lo decisivo no es el bien común sino los bienes particulares (propiedad privada), es cierto que amparados en lo que podríamos llamar bien común de la convivencia de las libertades; la membresía pasa a ser sustituida por la *ciudadanía*, que implica participación democrática en la gestión pública y disfrute de los derechos; la prioridad se da a estos derechos (a la vida, a las libertades, a la propiedad privada) que son concebidos especialmente como «poderes» que tenemos, siendo los deberes correlatos de los mismos («debo respetar tu derecho»).

El trasfondo ideológico de esta concepción de los derechos humanos ha sido definido como *universalismo abstracto*. Son derechos humanos aquéllos que poseemos *todos* los *individuos* humanos por el *mero hecho* de ser humanos y, por tanto, *al margen* de las características que nos singularizan y diferencian unos de otros, que a estos efectos son puestas entre paréntesis.

Hay que reconocer a este enfoque dos logros relevantes, que no deben perderse. En primer lugar la fuerza con que expresa teóricamente (en seguida veremos que no prácticamente), gracias precisamente a la abstracción que instaura, la *universalidad* de estos derechos. Efectivamente, los individuos humanos en cuanto meros individuos, esto es, despojados de nuestras diversas condiciones y realidades particulares que nos singularizan, somos plenamente iguales, simplemente humanos, definidos todos por ello mismo

como sujetos de dignidad, no instrumentalizables, merecedores del respeto de nuestras libertades. Este momento de subrayado de nuestra común condición humana universalmente compartida de la que emergen derechos, no deberá ser perdido, aunque tendrá que ser dialécticamente articulado con la relevancia de la particularidad y lo que ella implica —*la diferencia*—, a fin de evitar sus trampas y limitaciones.

El segundo de los logros se desprende del primero y se expresa como derecho universal de las personas a *no ser discriminadas* a causa de su condición concreta (por ejemplo, étnica, o de género, o de orientación sexual) por quienes tienen un cierto poder sobre ellas. Es cierto que la particularidad aparece aquí, pero para pedir a continuación que se ponga entre paréntesis y que se nos trate con plena equidad y sin ningún tipo de inferiorización precisamente por nuestra mera identidad de personas. De nuevo, este logro deberá ser cuidadosamente mantenido y exigido en su aplicación, aunque, igualmente, tendrá que ser completado y matizado por la atención explícita a la particularidad.

En realidad, el defensor estricto del universalismo abstracto puede aducir que sí tiene en cuenta esta particularidad que aquí estamos reclamando. En efecto, cuando propugna que se reconozcan las libertades de los individuos defendiendo a la vez que se respeten las elecciones concretas de las mismas, que sí implican la aparición de la diversidad que nos singulariza, abierta además a la pluralidad —dato decisivo—: se decide tener una religión u otra o no tenerla, asumir un ideal de vida u otro, etc. Aquí emerge de este modo la particularidad y su instauración de la diferencia, pero siempre como particularidad del individuo (o de individuos libre y privadamente asociados en torno a ella) y no generando más derechos que el de que sea respetada (la particularidad como tal no incide en la naturaleza del derecho básico a la libertad, aunque ejemplifique sus concreciones). También esta reclamación del respeto a las *autonomías individuales* en sus *ejercicios concretos*, deberá ser asumida como un valor a conservar, pero, una vez más, articulándola con formas propiamente colectivas de la particularidad (identidades etnoculturales como las indígenas) que se mostrarán con capacidad de incidir en la configuración del contenido de los derechos humanos.

2. Las contradicciones fácticas del universalismo abstracto y las propuestas de superación en la tradición de los derechos humanos. Lo indígena como desvelamiento de la contradicción.

La contradicción básica del universalismo abstracto ha estado en que le ha costado, le está costando, ser coherente consigo misma hasta el punto de incluir de verdad en los derechos postulados a *todos* los humanos. La ejem-

plificación más flagrante de esto la tenemos en el caso de las mujeres y en el de ciertas etnias.

Comenzando por las mujeres, incluso un liberal tan afinado como Kant ha considerado que éstas tenían una «natural dependencia» del varón y una constitución tal que las hacía inadecuadas para vivencias éticas con enfoques universales, de lo que deducía que debían contentarse con ser «ciudadanas pasivas», protegidas pero no colegisladoras. Ante esta atención discriminatoria a una particularidad en un enfoque que se presupone de universalismo abstracto, ante la negación fáctica a las mujeres de la igualdad proclamada por éste, con la correspondiente inhibición forzada de su libertad de iniciativa, estaba dentro de la lógica de tal universalismo la reivindicación feminista de plena autonomía para las mujeres *en cuanto individuos o personas humanas*, tanto en su versión privada como pública y en condiciones sociales de igualdad respecto a los hombres. Lo que se ha acabado reconociendo en los correspondientes documentos internacionales de derechos (desgraciadamente, no aún en la realidad, en la que queda mucho camino por recorrer). En éstos —y en lo que puede derivarse de ellos— aparecen a veces derechos que parecen remitir a la diferencia de género en cuanto tal, y por tanto a una particularidad, pero en general pueden ser reinterpretados desde la categoría de la igualdad en cuanto personas y en vistas a hacerla real¹. Algo que también habrá que tener muy presente para el caso específico de las mujeres indígenas, en las que la discriminación que acabamos de denunciar se ha cruzado para su refuerzo con las discriminaciones que vamos a resaltar a continuación. Aunque, de acuerdo a lo que muchas mujeres indígenas exigen, convendrá articular estas demandas con las que derivan de su condición de indígenas (tarea compleja, por cierto).

La segunda de las contradicciones, la que tiene que ver con los grupos etnoculturales, nos remite de lleno al tema que nos ocupa específicamente. También aquí se produce una descarada discriminación en los impulsores políticos e ideológicos del universalismo supuestamente abstracto, una atención, que ese universalismo pide inhibir, a la condición particular de ciertas etnias para marginarlas o explotarlas, y que pretende justificarse a través de extraños vericuetos. Piénsese en concreto en la esclavización de los negros, hecha con la excusa de que «están más próximos a la sensación que a la conciencia», de que están más cerca de la animalidad que de la

¹ Por ejemplo, los derechos específicos en torno a la maternidad, o políticas de discriminación o acción positiva a favor de las mujeres, pueden interpretarse como derechos que tienen en cuenta la particularidad de género, pero para gestionarla de tal modo que no implique dificultad para lo que se busca con prioridad: la afirmación de la igualdad en cuanto personas (en el primer caso hay además elementos de protección al que nace).

humanidad². Pero piénsese igualmente en la dominación de los «indios» no sólo ejercida por las potencias occidentales que se autorremitían a los derechos humanos, sino justificada por grandes intelectuales liberales³. El primer paso que se impone ante tal discriminación es, por supuesto, el de reclamar que se apliquen aquí coherentemente los supuestos del universalismo abstracto, y por tanto que, poniendo entre paréntesis la condición étnica, se considere a todos los individuos indígenas y negros (y de cualquier otro colectivo discriminado por las mismas razones) como individuos humanos a la manera de cualquier otro, sujetos de dignidad y no instrumentalizables, merecedores del mismo trato. La reivindicación de los pueblos indígenas incluye, por supuesto, este objetivo básico, pero, de todos modos, al insistir en derechos ligados a la particularidad indígena, no a la abstracción de la misma, pretende a la vez desbordarlo y resituarlo. Es en este segundo momento en donde aparece precisamente su interpelación más propia, a la que vamos a hacer lugar en el apartado siguiente.

Antes, con todo, de avanzar hacia ella, conviene decir algo sobre la tercera gran contradicción fáctica en la que ha caído el universalismo abstracto. Algunos de los defensores de éste se negarán a calificarla de contradicción, pero creemos que debe nombrarse de este modo a pesar de todo. El problema viene del hecho de que las primeras afirmaciones de derechos son estrictamente liberales: asumiendo la igualdad de los humanos en su sentido formal y jurídico, definen unos derechos (a la vida, a las libertades y a la propiedad privada) en su sentido negativo, el que no impone más deberes que los de la no coacción directa de los mismos (derecho a que no me quiten la vida, no a que me aporten alimento en caso de necesidad). Tal planteamiento los hace compatibles con marcadas desigualdades materiales que repercuten directamente en el propio *ejercicio* de los derechos que se supone tenemos. Por ejemplo, respecto al derecho a la libertad de expresión y participación, de nada vale que oficialmente no puedan «taparme la boca» si estoy en condiciones de vida tan

² Se continuaba de este modo el argumento formulado previamente por colonizadores españoles y sus ideólogos (como Ginés de Sepúlveda) para justificar la esclavización de los indios basándose en que (por supuesto, desde su juicio etnocéntrico inapelable) éstos no demostraban tener aquella racionalidad que Aristóteles exigía para que fueran considerados humanos.

³ El caso de LOCKE es especialmente significativo: aunque desde sus supuestos liberales se niega la esclavitud y el poder despótico, compone argumentaciones tortuosas por las que queda legitimado el trabajo forzoso de los indígenas de América y la desposesión y expropiación de sus bienes. Véanse a este respecto estos dos análisis: HINKELAMERT, F.J., *La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke*, en HERRERA FLORES, J., *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2000; y MARTÍNEZ DE BRINGAS, A., *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*, Universidad de Deusto, Bilbao 2003.

precarias que tengo que dedicarme a sobrevivir, si no he podido disfrutar de una educación que desarrollara mis capacidades en vistas a esa participación. Puede decirse con razón que, en este caso, no tengo *de hecho* libertad de expresión, con lo que la afirmación de que la tengo en mi condición de humano queda totalmente *vacía*⁴, incluso aunque cuente con el reconocimiento jurídico. Visto de otro modo, con planteamientos como éstos, según se ha denunciado, los únicos derechos que cuentan son los propios del *mercado* y los individuos que realmente existen son los individuos en el mercado.

Estas consideraciones, espolgadas decisivamente por las luchas sociales de la clase obrera, son las que explican que se haya dado un replanteamiento de los derechos humanos (en su enfoque ahora positivo y en sus contenidos abiertos a lo social) por parte de la socialdemocracia e incluso de un sector del pensamiento liberal que se ha desarrollado en forma de liberalismo igualitario. Éste último, en concreto, postula que para hacer efectiva para todos la autonomía individual se imponen unas condiciones sociales de posibilidad del ejercicio de la misma *que se tiene derecho a exigir*. Aparecen así los derechos sociales: a la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, ingresos básicos, etc. aquéllos que cubren dignamente nuestras necesidades actualizando de ese modo nuestras capacidades. Puede decirse de todos modos que, a pesar de la densidad material —de contenido— que adquieren los derechos, estos desarrollos de los mismos se mantienen oficialmente en los supuestos básicos del universalismo abstracto: se presupone que todos los humanos somos sujetos de esos derechos pero desde nuestra mera condición de humanos, con necesidades consideradas comunes.

Si aplicamos esta conclusión a la población indígena se imponen varias consideraciones. La primera de ellas tiene que ver con su situación social. Todos los datos socio-económicos resaltan que tiende a ser, con contadas excepciones, la población que, fruto de una cadena histórica de opresiones, se encuentra en situaciones más precarias, más injustas, dentro de sus Estados respectivos, hasta rayar con frecuencia en la miseria. Reclamar en este contexto igualdad social para ella, para los individuos que la componen, a través de la realización de las correspondientes políticas públicas, es una exigencia básica que se puede insertar con todo rigor en el universalismo abstracto que se proclama.

⁴ KANT, a su modo, participa de esta lógica, pero para sacar una conclusión inasumible. Si las mujeres debían ser ciudadanas pasivas por su natural dependencia del varón, también deben serlo los varones no propietarios, pues su dependencia de quienes les garantizan el sustento les impide ser fácticamente libres y, por tanto, poder ejercer de hecho la ciudadanía. En el argumento se asume de modo muy pertinente que sin ciertas condiciones sociales de nada sirven las libertades formales, pero la conclusión de justicia que se impone es que no se trata de acomodar la vida ciudadana a la carencia de libertades de algunos cuando faltan las condiciones sociales, sino de transformar éstas para que todos y todas puedan disfrutar de las libertades.

Pero a partir de este dato básico, el mundo indígena avanza más, introduciéndose ya en el terreno de la interpelación. Ese universalismo abstracto tiene como centro decisivo la libertad individual, apareciendo los derechos sociales como instrumentales de cara a ella. Pues bien, desde instancias de poblaciones oprimidas como las indígenas se nos va a reclamar que haya otro centro al menos tan decisivo como él, el de la *vida material* ligada a la corporalidad, en la que no sólo se hacen manifiestas las necesidades más básicas, sino que se sitúan entornos comunitarios que desbordan lo jurídico puro⁵. Pero además, la condición indígena se va a mostrar interpeladora no sólo del cumplimiento del universalismo abstracto y de su refocalización, sino de su enfoque mismo. Porque los pueblos indígenas, coincidiendo con ciertos planteamientos culturalistas, van a exigir que las necesidades a las que nos estamos refiriendo y que se sintetizan en el derecho al desarrollo, no sean vistas de modo acultural sino que se afronten, en su materialización e incluso en su definición, a través de las mediaciones culturales propias, marcadas por tanto por la particularidad y expresándose pluralmente. Lo que significa que esta particularidad «contamina» decididamente la abstracción de la universalidad. Pero esto nos lleva ya al siguiente apartado.

3. Las limitaciones del universalismo abstracto y su necesaria apertura a la particularidad vistas a partir del caso indígena

Las reivindicaciones de derechos que, predominantemente, surgen de los pueblos indígenas no se centran propiamente en generalizar fácticamente para todos —incluyéndoles específicamente a ellos— el universalismo abstracto, aunque incluyan sus exigencias básicas. Se dirigen directamente a reivindicar sus derechos no meramente en su condición abstracta de humanos, sino en su condición *concreta* de indígenas, a la que asignan derechos *específicos*. Con lo cual, introducen de lleno la particularidad, además en su versión colectiva, en la propia especificación de los derechos humanos.

Podemos preguntarnos si con ello no se colocan en una posición similar a la premoderna del iusnaturalismo clásico que antes describimos brevemente y que el iusnaturalismo moderno supera. Sería preocupante si reprodujeran lo

⁵ «Lo corporal, dado que está sometido a los contextos y nos une a los otros, hace que necesitemos la comunidad para poder satisfacer nuestras exigencias; mientras que las libertades individuales no necesitan contexto alguno para ser consideradas como derechos de plena satisfacción. Los derechos sociales, económicos y culturales son relegados a un segundo plano. Constituyen la esfera de lo impuro, lo híbrido, lo mezclado. [...] Disfrutar de la salud, de un entorno limpio o tener una vivienda digna, depende de elementos extraños a lo jurídico formal». HERRERA FLORES, J., *Hacia una visión compleja de los derechos humanos*, en HERRERA, J., *op.cit.*, pág. 30.

que el universalismo abstracto va a criticarla con firmeza: las desigualdades consideradas naturales, que se concretaban especialmente en los siervos frente a sus dueños, las mujeres frente a los varones y los súbditos frente a sus soberanos; y la coacción comunitaria de las libertades. Pero la afirmación de la indigenidad como relevante para los derechos humanos no tiene por qué implicar nada de esto (y en aquello en que pudiera implicarlo debería ser corregida). Remite fundamentalmente a un *derecho a la identidad colectiva* y a los derechos correspondientes que puedan adherirse a ella. Y éste es un enfoque diferente respecto al iusnaturalismo premoderno, que resaltaba ciertamente la comunidad como en el caso indígena, pero no la identidad *específica* de ésta; estando de hecho esas comunidades inmersas en contextos de multiculturalidad, no planteaban afirmaciones identitarias desde *opciones específicamente multiculturalistas*. En cambio, el reto indígena para los derechos humanos viene desde esta perspectiva. ¿Qué argumentos puede aducir?

Para responder a esta pregunta vamos a retomar el hilo de la argumentación centrada en la revisión crítica del universalismo abstracto. Resaltamos antes sus contradicciones internas. Nos toca ahora señalar sus limitaciones. Éstas tienen que ver decididamente con el hecho de que ignora la inevitable condición cultural e histórica de toda realidad humana, la que nos recuerda precisamente la reivindicación indígena. En realidad, una llamada «oficial» de atención a este respecto, se produce en la Conferencia de Viena de 1993, en la que insistiéndose en que «todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes», se matiza que a la hora de formularlos «debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos».

Ahora bien, la argumentación iusnaturalista con la que emergen los derechos humanos, que subyace predominantemente a la Declaración Universal de 1948 y los Pactos de 1966 y que es propia del universalismo abstracto, cierra por ella misma estas aperturas a la particularidad histórico-cultural. Los derechos, según esta fundamentación, son inherentes a nuestra naturaleza humana que nos constituye en sujetos de dignidad, de modo tal que los podemos *deducir* de ésta. Según lo cual se trata de derechos a-temporales y a-culturales que se *descubren* y formulan en un momento dado y que valen ya para siempre y para todos —para todas las culturas, que tendrán que acomodarse a ellos—.

Pero nuestra ineludible condición de seres culturales e históricos niega la posibilidad de este supuesto (o si se quiere, relee ese supuesto como expresión de una concepción cultural determinada que se ignora en cuanto tal). Según han precisado muy bien antropólogos como Geertz⁶, los huma-

⁶ En *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 1988.

nos somos seres *culturales*, animales que nos completamos como humanos gracias a la cultura. Ahora bien, ese ser cultural que somos no se expresa en una única cultura común. La experiencia ha probado que los humanos nos concretamos como seres culturales en múltiples culturas diferenciadas, que nos completamos como humanos no por obra de la cultura en general, sino por formas particulares de ésta (como las indígenas).

La consecuencia que se desprende para los derechos humanos es relevante. Éstos, como todo lo que es propiamente humano, deben ser situados ineludiblemente dentro de la cultura humana, e ineludiblemente también dentro de culturas humanas particulares, las únicas que existen. ¿Cómo conjugar este dato con su pretensión de universalidad y perennidad? ¿Y con su pretensión de que no son construcción arbitraria? ¿Pueden haber variaciones plurales en los derechos que no sólo no nieguen estas pretensiones sino que las realicen en su complejidad real? ¿Podremos hablar para los derechos humanos de referentes no a-culturales pero sí trans-culturales? El reto es relevante y habrá que tratar de asumirlo abriéndose a la particularidad pero sin caer en particularismos relativistas que destruirían lo que nuclearmente significan los derechos humanos.

El que seamos seres culturales tiene además otra implicación, que el universalismo abstracto ignora y que las reivindicaciones indígenas tienen intuitivamente muy presente. En la medida en que supone que llegamos a ser humanos sólo por esquemas culturales en virtud de los cuales ordenamos y dirigimos nuestras vidas, supone igualmente que tenemos una dimensión comunitaria irrenunciable. Nuestra autonomía no parte de cero: necesita unos arraigos y unos horizontes culturales que son comunitarios. Con lo que la duramente postulada individualidad de los derechos humanos se nos muestra llamada a articularse de modo inevitable y en su justo equilibrio (aunque cabiendo variaciones plurales) con su enmarque en las colectividades de pertenencia.

Llegamos a conclusiones similares si tenemos en cuenta nuestra condición histórica. Para empezar, hay que decir que ésta está entrelazada con la condición cultural, dado que todas las culturas están sujetas a procesos históricos de transformaciones constantes a partir de sus disensos internos, de su relación con el entorno y de sus relaciones con otras culturas. En la medida en que algo puede ser considerado cultural, es también, por eso, histórico, está temporalmente situado y sujeto a estas transformaciones. Lo que debe ser aplicado a los derechos humanos. Esto pide, por cierto, renunciar a visiones esencialistas e inmutables de las culturas en las que nos encontramos (tentación de ciertas reivindicaciones indígenas), para abrirse a visiones *procesuales* de las mismas, también para el caso de los derechos. De lo que habrá que tratar es de que sean procesos plenificadores y liberadores, tanto en lo que tengan de intracultural como en lo que tengan de intercultural.

Esto último nos lleva a la segunda consideración respecto a la relación entre historia y derechos. Éstos van emergiendo y concretándose en la historia pero no de modos más o menos espontáneos o necesarios sino a través de la contingencia de *luchas* concretas —mezcladas de impurezas y limitaciones— a favor de la liberación y la afirmación de la dignidad, tanto internas a los grupos sociales como expresando confrontación entre ellos. Estas luchas, y los relatos en que se narran, que pueden asentarse en la memoria colectiva, son elemento decisivo para el surgimiento, la concreción e incluso, como veremos, la fundamentación de los derechos. Las actuales reivindicaciones que llevan a cabo los pueblos indígenas, llenas de complejidad, con claroscuros pero ciertamente en la línea de afirmación de liberación, pueden situarse precisamente en esta línea.

La inevitable historicidad y culturalidad de los derechos humanos, que no quiere decir en sí la reducción a ellas, acarrea una nueva conclusión. Son derechos en permanente gestación y reconfiguración. Lo cual molesta a determinados sectores que, viendo cómo se complejizan, está exigiendo un blindaje de los mismos, una carta cerrada y definitiva. Es cierto que, de cara a la eficacia en la realización de los derechos, puede plantearse una cierta revisión clarificadora en la presentación de los mismos, pero no su cierre. De hecho, quienes tienden a exigirlo suelen ser los sectores sociales «bien situados», por lo que hay que sospechar de ello. En cambio, cuando se reivindican nuevos derechos o replanteamientos de los existentes desde la experiencia de marginación y opresión (como es el caso indígena) la reacción que se impone primero es la de la empatía (que no excluye la alerta crítica).

Hasta aquí, los desarrollos que nos ha merecido la afirmación de que el universalismo abstracto encontraba su mayor limitación en que relegaba ilegítimamente nuestra condición histórico-cultural. De todos modos esta apreciación no es del todo justa con lo que en la práctica ha sido ese universalismo. Porque si, por un lado, hablaba de individuos sujetos de derechos como *ciudadanos* en un *Estado neutro* frente a las identidades particulares que remitía a la privacidad, por otro lado construía Estados *nacionales*, esto es, Estados que, siendo la mediación necesaria para el ejercicio y disfrute de los derechos humanos, se regían —se rigen— por una determinada identidad cultural (con su lengua, su historia, sus instituciones, su referencia a un territorio, etc.) que queda así fortalecida. Esto supone que la limitación en la teoría se hace de nuevo contradicción cuando se confronta con la práctica.

Esta constatación, que introduce la particularidad de manera firme en las instancias públicas del Estado, está llevando a algunos defensores del universalismo que la ven contradictoria o al menos peligrosa, a postular Estados postnacionales (algo que, en su sentido estricto no parece hoy viable). Las reivindicaciones indígenas no van en general por ahí. Primero, ellas (junto con las de ciertos nacionalismos minoritarios) han descubierto esta

contradicción, al hacer visible, con la afirmación de su diferencia, que en los Estados en los que están, además de su referencia genérica a los derechos humanos, existe una cultura oficial particular —la nacional—, tan interiorizada que ha podido ser vivida como el humus en el que estamos sin percibirlo. No plantean, como el postnacionalismo, que pase a la privacidad, pues entienden que la propia naturaleza de la identidad étnica, de los rasgos que la constituyen, hace que se precise para su sostenimiento la presencia pública. Lo que le piden al Estado es que, siendo consciente de las opresiones que ha ejercido (especialmente contra los pueblos indígenas) para hacer dominante la cultura llamada nacional, se reconfigure de tal modo que deje espacio adecuado para que puedan, a su vez, afirmarse públicamente otras etnoculturas, las indígenas en este caso. Con lo que se acaban postulando derechos de autogobierno de identidades etnonacionales y Estados pluriétnicos y plurinacionales.

4. Por una revisión de la fundamentación de los derechos humanos abierta a la particularidad cultural. La inserción de la particularidad indígena

En el apartado anterior han quedado pendientes una serie de interrogantes que nos toca afrontar ahora. Por un lado, apuntaban a replantear la fundamentación de los derechos humanos, para hacer un lugar en ella al necesario «contagio» de culturalidad e historicidad. Por otro lado, exigían que reconfiguráramos sus contenidos, para que, manteniendo la universalidad, se encarnaran en la particularidad que los pluraliza. Todo ello estimulados por lo que significan las reivindicaciones de los pueblos indígenas y con la esperanza de aportar luz a las mismas. Comencemos, pues, por la primera de esas tareas, que presentaremos, dado el contexto de estas líneas, de una forma básica⁷.

Ya hemos adelantado que hay que comenzar relegando la fundamentación iusnaturalista. El problema que se nos plantea es si, con ello, debemos relegar todo lo que anida en ella. Porque hay un aspecto de la misma que parece irrenunciable si queremos mantener lo más nuclear de los derechos humanos: el que todos los humanos, por el mero hecho de serlo, merecemos respeto. Lo que creemos puede proponerse es que cabe distinguir entre la *argumentación* iusnaturalista que pretende llegar a la evidencia cognoscitiva de la dignidad y poder *deducir* de ella derechos intemporales y aculturales, y

⁷ Quien desee acceder a la exposición plenamente desarrollada de esta fundamentación (que se establece en diálogo con el pensamiento de Rousseau, Rawls, Habermas y Ricoeur) puede encontrarla en ETXEBERRIA, X. «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en VV.AA. *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 309-395.

la *intención* iusnaturalista que sería precisamente la de postular que la condición humana debe ser respetada en cuanto tal. Lo primero tendría que ser rechazado porque cuela culturalismo —occidental— negándolo en su pretensión precultural y porque no aporta razones suficientemente sólidas (no entramos aquí a exponer en detalle las objeciones). Lo segundo, en cambio, puede ser reasumido, pero no ya como evidencia cognoscitiva indubitable sino como *convicción*, que puede tener su lugar en cualquier cultura, aunque matizada por ella.

Con esto queremos decir que lo que la intención iusnaturalista nos presenta puede ser vivido por nosotros como convicciones sólidamente arraigadas. Con lo que asumimos que en el comienzo de la dinámica moral está la convicción. ¿Dónde y cómo se nos muestra, por lo que a los derechos humanos se refiere? En el sentimiento que emerge en nosotros ante el encuentro con lo intolerable que encontramos sufre un ser humano *por el hecho de serlo* —alcance potencialmente universal—. Un sentimiento que nos empuja a comprometernos con una causa que, a la vez, sentimos nuestra —la elegimos, con su riesgo: iniciativa— y que nos desborda —nos vemos empujados a acoger lo más grande que nosotros: receptividad de lo que no creamos sino que se nos revela—; causa que sentimos ligada a nuestro momento histórico —con su fuerza de encarnación y su limitación e incluso de nuevo con su riesgo de equivocarnos— y a la vez sobrepasándolo —alcance transhistórico pero abierto a la problematización—. En definitiva, la convicción se nos muestra como el lugar de articulación de lo que nos desborda imponiéndose nos y de lo que creamos con toda su contingencia, de lo histórico-cultural y de lo transhistórico-transcultural.

Situar en los orígenes la convicción que se manifiesta ante lo intolerable permite remitir los derechos humanos en primer lugar a los gritos —y silencios— de las víctimas y de quienes se solidarizan con ellas. Lo que supone: introducir el drama y la intersubjetividad en la propia dinámica interna de estos derechos; hacer protagonistas de los mismos a quienes con esa condición de víctimas de la injusticia, se encuentran en todos los grupos y momentos históricos; dar a los derechos humanos una universalidad en el espacio y el tiempo sugerente pero a la vez problemática, por su tensión con la particularidad histórica, vigorosamente afirmada también.

Pues bien, donde mejor se expresa todo esto es en los *relatos*, con los que éstos se nos presentan así como un segundo polo para la fundamentación que buscamos. Lo que somos como sujetos de derechos, lo que son los derechos humanos se nos muestra a partir de la fuerza reveladora de determinados relatos, reasumidos a través de una cadena de interpretaciones que estimulan, desarrollan, ejemplifican, purifican las convicciones. Estos relatos pueden ser tanto históricos como de ficción y, de nuevo, apuntando a lo universal, se encuentran histórico-culturalmente marcados. Además, dato importante, no

son exclusividad de ninguna cultura contemplada en sus procesos históricos: encontrándose en todas ellas, pueden interactuar en procesos de interculturalidad enmarcándose en el horizonte de la común humanidad.

Ahora bien, ¿cómo distinguir los relatos liberadores de los que no lo son? Es aquí donde aparece el tercer polo para la fundamentación, el de las *deliberaciones públicas* que someten la verdad de la narración a la crítica de los argumentos y a la búsqueda del consenso. Las argumentaciones e incluso los consensos no bastan por sí solos, porque pueden remitir a la mera construcción humana, cuando sabemos que lo que hay en los derechos humanos desborda nuestra construcción arbitraria (la esclavitud era injusta incluso cuando la aceptaba justificándola el conjunto de la humanidad). Pero enraizándose en las convicciones y las narraciones que sí apuntan a lo que nos desborda, pasan a ser decisivas como control crítico de las desviaciones de éstas. Hay que advertir además que, en la medida en que para el caso de los derechos humanos se requiere un consenso universal, son absolutamente imprescindibles. Ahora bien, a este respecto: resultan ilegítimas las pretensiones argumentativas elaboradas en los contornos de una sola tradición cultural; no bastan la dinámicas argumentativas internas a las tradiciones culturales, aunque sean necesarias; se precisan, de modo privilegiado, dinámicas argumentativas interculturales, hechas en condiciones de equidad y sin exclusiones⁸.

Podemos ya sintetizar la justificación que proponemos para los derechos humanos. Se plasma en la dialéctica compleja entre convicción, narración y argumentación. Ninguna de ellas se basta y todas encuentran su referente crítico y su complemento en las otras (se supera tanto el puro intuicionismo de la convicción como el puro convencionalismo de la argumentación). Pero además, algo muy importante para las cuestiones que estamos barajando, las tres implican una mediación cultural y comunitaria de la universalidad.

Creemos que se percibe con facilidad la gran capacidad de integración en el respeto de los diversos aportes culturales que ofrece este esquema fundamentador de los derechos. Aplicándolo al caso de las luchas indígenas por sus derechos, pueden encontrarse en él argumentos para justificar y apreciar el protagonismo que con esas luchas están tratando de conquistar en los procesos interculturales de revisión del consenso sobre los derechos humanos. A estos diálogos están llamados a aportar: las dimensiones más humanamente liberadoras de la simbólica de sus cosmovisiones; los relatos reveladores de la victimación sufrida y de los procesos de liberación emprendidos (en disidencias internas y en su caso, especialmente, en fortísimas opresiones reci-

⁸ Para ver lo que puede significar esta dinámica intercultural en el campo de los derechos humanos resulta sugerente: SOUSA SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», en GÓMEZ ISA, F. (dir), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 95-122.

das desde el exterior); sus argumentos orientados a la búsqueda intercultural de consensos, desde la sensibilidad por nuestra común humanidad expresada siempre en una rica y delicada diversidad cultural.

5. Por una propuesta de derechos humanos indivisibles pluralmente inculturada. Los derechos de los pueblos indígenas

Si, como acabamos de ver, la condición histórico-cultural de los humanos nos ha llevado a replantear las fundamentaciones tradicionales de los derechos, nos debe llevar también, por razones similares, a revisar su contenido oficial. Si lo que hemos hecho en el apartado anterior ha sido *justificar* la universalidad de los derechos humanos con dinámicas «contagiadas» de particularidad (entre las que encuentra su lugar la particularidad indígena), lo que nos toca hacer ahora es explicitar cómo *concretar* los universales declarados también con dinámicas en las que la singularidad cultural (entre las que destacaremos la indígena) sea tenida en cuenta de modos mucho más consistentes que la mera remisión de la misma a la pluralidad de la privacidad.

Lo primero que conviene subrayar es que dado que todo lo humano está contagiado de culturalidad e historicidad particular, también lo estarán las formulaciones de derechos humanos. ¿Cómo lograr que, a la vez, éstas se dirijan a todos los humanos y no lo hagan con contenidos tan marcados culturalmente por una cultura particular que se conviertan en imposición de ésta?

Una primera estrategia es la que propone Walzer⁹: distinguir, por un lado, entre unos mínimos derechos-deberes básicos de alcance universal en los que el consenso es fácil y que no se imponen a las diferencias (derecho a no ser despojado de la vida y de la libertad —oposición a la dominación—, respeto a las creaciones culturales y derecho a la comunidad) y derechos-deberes que ya no son el resultado de nuestra común humanidad, sino que tienen carácter local y particular, apoyados en concepciones culturales particulares de los bienes sociales. Los primeros serían universales y los segundos culturales y específicos, sólo válidos para cada cultura en cuestión. La atención a la diversidad está muy presente en esta propuesta, pero entendemos que reduce demasiado drásticamente lo que son los derechos universales, lo que puede acarrear grave desamparo para las personas y colectivos vulnerables, tanto al interior de los grupos como entre los grupos.

Creemos, por eso, que es más acorde con los derechos humanos, no propiamente hablar, junto a derechos universales, de «derechos culturales locales» (ya no serían derechos humanos *universales*) sino de derechos *uni-*

⁹ Pueden verse las obras: WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, FCE, México, 1993 (pág. 13 en especial) y *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Alianza, Madrid, 1996.

versales pluralmente inculturados. Con ello salvaríamos la pretensión actual de indivisibilidad e interdependencia de los derechos civiles, políticos, sociales, culturales y globales, pero planteando a su vez que debe tratarse de una indivisibilidad no uniformizante sino encarnada en la diversidad y, en ese sentido, abierta a variaciones plurales.

Aclaremos nuestra pretensión con un ejemplo. En la Declaración del 48 se dice que tenemos «derecho universal» a «vacaciones periódicas pagadas» (art. 24). Ahora bien, culturalmente tal derecho implica que existe el dinero, que dominan laboralmente las relaciones contractuales salariales, que se distingue con nitidez entre tiempo de ocio y de trabajo, que el tiempo de trabajo es experimentado como algo penoso, etc. Pero resulta que hay culturas, por ejemplo diversas culturas indígenas amazónicas, muy alejadas de ese esquema, a las que el propio concepto de «vacaciones» les resulta extraño. Con lo que, a primera vista, o consideramos ese derecho solamente como derecho cultural local, a pesar de lo que diga la Declaración, o entendemos que sí debe ser universal, lo que, de modo absurdo y dominador, exigiría a esas culturas que se transformaran en mercantil-capitalistas para que pudieran disfrutar de ese derecho a vacaciones. Pero hay una tercera salida: la de indagar lo universalizable debajo de la propuesta de vacaciones (expresable de modo genérico) y considerar a ésta como una encarnación cultural particular de lo primero. Podría decirse, por ejemplo, que todos tenemos derecho universal a condiciones de trabajo humanizadas y creativas, y que luego, en la cultura occidental, eso se concreta entre otras cosas en el derecho a vacaciones pagadas, pero que en otras culturas, como las amazónicas, tendrá que concretarse con modos acordes con su realidad cultural que ellas mismas deberán decidir. La propuesta se completa incluyendo un diálogo intercultural sobre esas concreciones plurales, en el que desde perspectivas respetuoso-empáticas, abiertas a la crítica, podamos aprender unos de otros y, llegado el caso, criticar concreciones que entendemos pervierten la formulación universal del derecho.

¿Cómo generalizar lo que se plantea en el ejemplo? Avanzamos un esquema que se propone más bien como referencia para el debate. En primer lugar, apoyados en la lógica fundamentadora a la que antes nos referimos, se impone afirmar para todos los humanos de todas las culturas un núcleo básico *principal* de los derechos humanos, que podemos verlo reflejado en el que históricamente se ha encarnado en las palabras de dignidad, libertad, igualdad y fraternidad, aunque luego el soporte narrativo-simbólico y determinados matices interpretativos de estas categorías varíen culturalmente (piénsese en las distancias entre las culturas occidentales y las indígenas), haciendo que ese núcleo se encuentre abierto a hermenéuticas plurales que se interpelan mutuamente, no sólo desde el sentido que descubren en cada término, sino también desde la articulación dialéctica que debe darse entre ellos.

En segundo lugar, hay que afirmar, con formulaciones prácticamente unívocas de validez universal, una serie de derechos mínimos básicos y fuertes, que suponen los correspondientes deberes para los Estados y los ciudadanos. Formulándolos precisamente en la categoría de deberes, podemos incluir aquí los que tienen que ver con lo que las Naciones Unidas entienden por crímenes de Estado: no a la esclavitud, el genocidio, el *apartheid*, la tortura, las desapariciones forzosas, las ejecuciones arbitrarias. Expresados de modo más genérico podrían sintetizarse en lo que algunos han propuesto como derechos/deberes básicos: «no toques a nadie sin su consentimiento» —respeta su integridad—; y «no impidas a nadie expresarse». Esto es, tenemos derecho a una autonomía personal fundamental, aunque luego sea vivida según las culturas (también según los contextos: no es lo mismo vivirla en la familia que vivirla en el mercado) con un acento más individualista o más comunitario¹⁰. A estos derechos-deberes también habría que añadir alguno más en positivo pero igualmente básico, como «colabora en lo que esté en tu mano para que todos los humanos tengan alimentación suficiente para sobrevivir», o como «reconoce a las comunidades culturales aquel autogobierno que precisan para su pervivencia».

En tercer lugar, hay que afirmar otra serie de derechos de modo genérico, que inevitablemente deberán tener marcadas encarnaciones culturales e históricas particulares. Tenemos, por ejemplo, derecho a modos de trabajo que expresen y potencien la dignidad humana. Pero es cierto que los derechos laborales que se han declarado pretenden expresar esa dignidad en las condiciones de economía capitalista de mercado, suavizada por enfoques socialdemócratas. En otras condiciones deben tener otras encarnaciones. O, por poner ejemplos más concretos: el derecho a la vivienda, tal como está formulado, es para culturas sedentarias, no nómadas; la igualdad básica pide que todos y todas tomen parte en las decisiones que les afectan, pero los modos democráticos de toma de decisión pueden ser varios (ley de mayorías, o ley del consenso como en determinadas comunidades indígenas); se precisa concretar los derechos humanos que asisten, tanto a la víctima como al victimario, en hechos criminales, pero las concreciones tanto del proceso judicial, como del derecho a la reparación, como del castigo penal tendrán que ser en

¹⁰ La verdad es que las matizaciones culturales tienden a estar presentes en todo, aunque en este bloque sean menos relevantes. Así, qué es vivido como trato degradante tiene en parte que ver con la cultura. Es una cuestión muy delicada discernir en este terreno, porque no experimentar una degradación sufrida puede deberse a que se ha interiorizado una inferiorización cultural, pero ante ciertas prácticas culturales hay que entrar en ello, para debatirlo y hacer luz. Por ejemplo, para la sensibilidad occidental puede parecer que la costumbre de azotes públicos como castigo penal —que se da en algunos pueblos indígenas— puede suponer trato degradante, pero a su vez, para esos mismos pueblos indígenas, lo que puede ser visto y experimentado como degradante es el trato carcelario que la cultura occidental acepta como legítimo.

medida decisiva culturalmente marcadas (por lo que debe defenderse y regularse el pluralismo jurídico, por ejemplo, en aquellos Estados que además de tener la tradición jurídica occidental tienen tradiciones jurídicas indígenas). Este modo de particularidad no niega la universalidad, sino que la concreta pluralmente, en el respeto a las culturas. Es universalidad contextualizada, más que particularidad: no contradice los principios, sino que les da contenido material abierto a la pluralidad cultural —siempre limitado e imperfecto, sujeto por tanto a mejoras—.

En cuarto lugar, utilizando una expresión de Kymlicka, pueden plantearse «derechos diferenciales en función de las culturas grupales». Por ejemplo, el derecho de propiedad se ha formulado en la cultura occidental predominantemente como derecho a la propiedad privada; en ciertas culturas indígenas se puede formular sobre todo como derecho a la propiedad colectiva (incidiendo en la propiedad de la tierra, de los saberes ancestrales, etc.). Y a partir de ahí se puede pretender legítimamente que el derecho a la propiedad privada no funcione en territorio indígena como funciona en territorio no indígena (y viceversa). Aunque unos y otros tengan que prevenirse de los excesos de cada modelo, para lo que el diálogo intercultural resultará muy oportuno.

Para que se entienda bien esta propuesta y su funcionamiento conviene acabar observando que, de cara a esta creatividad intracultural e intercultural en el ámbito de los derechos humanos, es fundamental tener en cuenta estas dos cuestiones: no hay que identificar cultura con expresión cultural dominante de cada cultura ni grupo cultural con Estado; y hay que recordar que las culturas ni son monolíticas (las expresiones disidentes son también parte de las mismas y entre ellas suelen encontrarse las más creativas), ni son estáticas.

Podemos concluir este apartado resaltando el modo de universalidad en contenidos de los derechos que presupone una propuesta como ésta. Se trata de una universalidad que, asumiendo a nuestro modo unas categorías de Todorov, no puede ser planteada ya como universalidad «de partida» (en la que desde una cultura se da ya todo hecho como válido para todos), ni siquiera «de llegada» (porque la universalidad se nos muestra como horizonte hacia el que siempre hay que avanzar), sino, precisamente por esta última razón, de «recorrido», de un recorrido protagonizado interculturalmente¹¹.

¹¹ Puede resultar iluminador y motivador de reflexiones complementarias comparar este triple juego de universalismos con el que nos propone J. HERRERA FLORES. Distingue entre «universalismo de partida», el propio del iusnaturalismo abstracto; «universalismo de rectas paralelas», que se limita a la reivindicación de lo local o particular; y «universalismo de la racionalidad de resistencia», por el que apuesta, que avanza hacia lo universal a través de procesos conflictivo-dialógicos, en los que lo universal y lo particular están en una permanente tensión que impide caer tanto en el universalismo como en el particularismo, y que va generando «generalidades compartidas». *Op. Cit.* pág. 77 a 77.

6. Retos para las reivindicaciones indígenas de derechos

Toda la reflexión precedente ha estado estimulada de algún modo por una reivindicación de derechos por parte de los pueblos indígenas que insertándose por un lado en el alcance universal de los mismos —de ahí procede su fuerza de reclamación a nivel global— por otro lado se afirma desde la propia especificidad. Ello nos ha obligado a la búsqueda de lo que hemos llamado una universalidad contextualizada en la que esta tensión pueda asumirse positivamente y en la que los pueblos indígenas (y otros pueblos) puedan encontrar acomodo creativo y participativo.

Pero resaltábamos también al comenzar que todo este proceso estaba inevitablemente y positivamente abierto a una interacción en la que, a su vez, las propias reivindicaciones de los pueblos indígenas se veían confrontadas con cuestiones provenientes de lo más fundamental de la tradición oficial de los derechos humanos que podían pedirles determinadas modulaciones. Vamos a acabar estas líneas haciéndonos eco de ello, a modo únicamente de apunte y con ejemplificación sólo en algunos temas, pues entendemos que en este campo lo que cuenta es un honesto diálogo intracultural, que se abre, cuando se precise, a un equitativo diálogo intercultural (en el que estas líneas pretenden situarse). Advertimos además de antemano que al hablar de «pueblos indígenas» sin más matices, estamos haciendo generalizaciones que son inevitables para enfoques también generales como el que estamos pretendiendo aquí, pero que son reductoras de una realidad compleja y variada tanto dentro de cada pueblo indígena como entre ellos. Esto es, lo que aquí vamos a apuntar, aunque entendemos que es relevante en el contexto indígena, no es vivido de modos iguales en él.

Una primera cuestión que puede resaltarse es la relativa a los «derechos históricos» que se reclaman con frecuencia y en una doble dirección. La remisión a la condición de «pueblos originarios», es planteada como aquella que da el fundamento de determinados derechos (a la tierra y al territorio y a lo que ello implica). Y la remisión a la dominación sufrida (de cinco siglos para los indígenas americanos), da lugar a reivindicaciones del «derecho a la reparación», que puede implicar desde contenidos materiales precisos hasta contenidos más simbólicos pero nada despreciables como el «derecho a la memoria colectiva» a nivel no sólo local sino planetario. Confrontada esta pretensión con la tradición de derechos humanos cabría subrayar: en sí el haber tenido históricamente un derecho no es condición suficiente para poder reclamarlo (los que históricamente han dominado no pueden reclamar dominación). Ahora bien, puede ser la circunstancia que permite concretar de un cierto modo determinados derechos (por ejemplo a la identidad, al autogobierno, a la justicia) que sí cabe reclamar. Es lo que pasa en el caso indígena. Y a ello puede apuntar su discurso de raíces históricas, aunque

tratando de no caer en el esencialismo de éstas y estando atento a la complejidad de la realidad.

Una segunda cuestión interesante es la que tiene que ver con el subrayado de la dimensión comunitaria y la correspondiente relevancia de la pertenencia a ella. La idea sugerente que se desprende de ello es que se puede contrabalancear muy bien con él la orientación al individualismo posesivo que ha dominado en ciertos planteamientos occidentales de derechos, avanzando en la búsqueda de un equilibrio entre derechos y deberes que se extienden a la comunidad en cuanto tal. Lo que a su vez se le pide al enfoque indígena es que armonice creativamente su orientación comunitaria con las autonomías individuales, reconociendo espacios para la disidencia y planteándose que, en última instancia, la pertenencia debe tener una dimensión electiva voluntaria, no meramente adscriptiva por nacimiento (replanteamiento del «determinismo étnico de la sangre»).

Un tercer tema gira en torno a las relaciones entre reivindicación de identidad y reivindicación de género. En el feminismo occidental, es cierto que simplificando, se ha tendido a sospechar firmemente de defensas de lo cultural, porque se ha entendido que todas las culturas han inferiorizado estructuralmente a la mujer respecto al hombre, por lo que ha dominado más bien la crítica cultural desde unos derechos de las mujeres que quedaban priorizados respecto a toda reivindicación de la cultura, que ha tendido a ser vista con sospecha. En el caso de la reivindicación de las mujeres indígenas, aunque hay variaciones internas significativas, destaca bastante el intento de realizar *a la vez* y articuladamente —hasta el punto incluso de que puedan potenciarse— estrategias de afirmación cultural colectiva como indígenas y de afirmación de derechos de las mujeres. El reto es sugerente, pues puede abrir nuevas vías para las reivindicaciones de género con otros modos de atención a lo cultural que les darán tonalidades específicas. Aunque habrá que estar atentos a que eso no signifique en la práctica que se sacrifican derechos fundamentales de las mujeres.

Un último aspecto que vamos a destacar tiene que ver con la cosmovisión o espiritualidad indígena. Los pueblos indígenas no tienden a aplicar en torno a ésta las separaciones que ha instaurado la cultura occidental de derechos humanos entre lo público y privado. Según esta separación, que se hace como defensa de la libertad individual, lo que tiene que ver con «sentido de la vida y la realidad» pasa a lo privado de las personas o colectivos de la vida civil, mientras que el Estado, protegiendo la libertad a ese respecto, se mantiene neutral frente a ello, no permitiendo que ninguna de sus versiones tenga presencia en los espacios públicos. Esta separación (que en la práctica occidental no es tan radical como se postula) no parece tener mucho sentido para la dinámica de muchas comunidades indígenas. Podría defenderse, a partir de aquí, que tendrían que avanzar hacia ella. Pero la creatividad in-

dígena, tomando conciencia de lo que en la separación hay de cultural no imponible, puede plantearse avanzar por otras líneas en las que aunque siga habiendo presencia pública de lo cosmovisional, se haga con tales modos y con tales contenidos que supongan respeto a las libertades (lo que podría llamarse quizá no neutralidad tenue). En cualquier caso, avanzar por estos caminos supondrá de nuevo el reto de compatibilizar expresión cultural y pertenencia comunitaria abierta a la dimensión pública de la cosmovisión, con autonomía personal.

Cerramos ya el conjunto de consideraciones que hemos ido planteando a lo largo de toda la reflexión haciendo referencia al arranque de ésta. Planteábamos entonces que el peligro de relacionar universalidad y particularidad en los derechos humanos, al hilo de la confrontación con las reivindicaciones de los pueblos indígenas, había que transformarlo en oportunidad para avanzar en una complejización de estos derechos que fuera fiel a la realidad y permitiera plantearlos de modo más justo y equitativo para todos. Esperamos que lo dicho haya servido al menos para mostrar que esta vía es posible, aunque, ciertamente, necesitará muchas más reflexiones, diálogos y, especialmente, esfuerzos honestos de puesta en práctica de lo que se nos muestre perentorio en nombre de esos mismos derechos.

Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad

Asier Martínez de Bringas

I. Introducción

Este capítulo pretende desarrollar una reflexión sobre cómo pensar la globalización desde la perspectiva de los pueblos indígenas. Plantearse esta cuestión supone interrogarse sobre el reto que supone la propuesta indígena —sus reclamos cosmovisionales e identitarios articulados por medio de derechos— para la construcción de los procesos multiculturales en la globalización. La globalización, las sociedades y procesos multiculturales son realidades inescindibles e inseparables. El pluriculturalismo constituye el primer elemento para construir un pensamiento global que pueda dar respuestas a las demandas emergentes, entre las que irrumpen, de manera privilegiada y urgente, las reivindicaciones indígenas. Por ello, una teoría del multiculturalismo comprometida con los pueblos indígenas será aquella que sitúe la vida humana como valor central para la articulación de propuestas éticas, políticas y normativas; para el análisis contrastado de las implicaciones y repercusiones que esta *afirmación radical* produce en otras dinámicas culturales, dominantes o no, y las mediaciones que se establecen para articular todos estos movimientos. El multiculturalismo, entendido en este sentido, no se ocupará de las diferencias y las identidades en sí mismas, sino de las especificidades identitarias que se encuentran ubicadas en el corazón de una estructura cultural como la de los pueblos indígenas, sostenidas desde diferentes anclajes cosmovisionales. Es decir, exponer cómo una identidad netamente colectiva como la de los pueblos indígenas se entiende culturalmente a sí misma y al mundo (cosmovisiones), y, a partir de esta comprensión fundada, cómo organizan y estructuran políticamente sus vidas colectivas e individuales.

Para acercarnos a estas maneras de comprender las dinámicas multiculturales en la globalización y, de manera específica, a la de los pueblos indígenas, será necesario establecer una serie de matizaciones en la manera occidental-liberal de entender lo cultural y sus conflictos, ya que la problematicidad, la violencia y el conflicto han sido componentes fundamentales para poder entender cómo se han expresado y desarrollado las identidades indígenas en términos globales. Conflicto y violencia son, por tanto, condición de posibilidad para entender la manera con la que se han construido estas identidades y cosmovisiones, tanto desde una perspectiva interna como externa. Para abordar estas cuestiones procederemos a través de la introducción de una serie de matizaciones y criterios que nos den un panorama general de cómo afrontar los procesos multi-culturales, a partir de la rica aportación de la experiencia indígena.

Una *primera matización* es aquella que establece que «lo cultural» funciona como *brújula y mapa necesario para guiar y pautar la acción social*. Se trata de otorgar una especificidad constitutiva a las dinámicas y procesos culturales indígenas, con valor intrínseco en sí mismo, más allá de ciertas lecturas de la realidad que sacralizan la importancia de lo económico sin puentes ni complicidades con las culturas; o de aquellas interpretaciones que totalizan la política, sin entender que ésta siempre bebe de dinámicas culturales concretas y de exigencias económicas bien delimitadas. Comprender el orden cosmovisional y cultural indígena como «procesos» con autonomía propia es importante para entender la manera en que las lógicas económicas y políticas se expresan y diseñan hoy en la globalización. Esta cuestión, trasladada a los derechos humanos, supone tener en cuenta que todas las culturas tienen concepciones propias sobre cómo entender la «dignidad humana»; los conflictos para la construcción de un pacto intercultural comienzan cuando estas concepciones son diferentes y no se expresan como derechos humanos, según el formato construido y exigido por Occidente. Por ello, será necesario estar atento a aquellas consideraciones de la dignidad humana que en cada cultura están más abiertas a la interpretación y diálogo con otras culturas, puesto que en ellas existen creativas referencias para la consolidación de *otra* cultura de los derechos humanos¹. Una *segunda matización* es aquella que establece que lo cultural surge del encuentro entre procesos culturales. En este sentido, el contrato social que se ha venido fraguando en América Latina es fruto del despojo violento y la sistemática negación y represión de la autonomía cultural indígena. Esta segunda matización nos aclara que la cons-

¹ Un ejemplo clarísimo sería los términos con los que se expresa el *Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de las Poblaciones indígenas*. Resolución 1994/45 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y protección de las minorías (28.10.1994).

trucción de un proceso cultural, en los términos aludidos, está todavía por hacerse en América Latina. El proceso multicultural en América Latina se ha desarrollado como un ejercicio de sistemática agresión sobre las cosmovisiones indígenas; éstas, por tanto, son el resultado de la violencia ejercida e interiorizada en distintos niveles y órdenes en los que ha sido procesada (en el nivel físico, como masacre y genocidio; en el nivel psicológico, como memoria indígena arrasada y anulada; en el nivel moral, como no reconocimiento de la dignidad y subjetividad indígenas; en el nivel cognitivo y cultural, como epistemicidio, etc). Por tanto, el orden de respuestas que se diseñan y asumen para poder permitir la producción, reproducción y desarrollo de las cosmovisiones indígenas, tanto en un nivel reparador como propositivo, deberán tener en cuenta la profundidad de las heridas causadas por la colonialidad del Poder sobre las culturas indígenas, así como las inhabilitaciones que tales traumas han causado y causan para poder construir un proceso multicultural sostenible. Es importante tener en cuenta, como condición para establecer un diálogo intercultural realista con los pueblos indígenas, que el pacto que se pretende construir se va a desarrollar entre dos bloques culturales — indígena y no-indígena —, en la que uno ha sido el perpetrador de la violencia (cultural, directa y estructural) y el otro quien la ha sufrido y se ha construido a través de la sistemática violación de sus derechos. Una *tercera matización* tiene que ver con el hecho de erradicar cualquier comprensión de lo cultural como algo completo, cerrado, a-problemático. Con ello se trata de evitar dos deformaciones: por un lado, la peligrosa tendencia del mundo occidental a presentar sus modos y formas particulares de vivir como universales, es decir, exponer lo propio como una receta que necesariamente tendrá que ser asimilada y asumida por otras diferencias culturales, específicamente la indígena. Piénsese en la importancia de este último postulado cuando se habla de derechos humanos por parte del multiculturalismo liberal occidental, obviando, en su definición y contenido, cuestiones como la dimensión colectiva de los derechos; las referencias a *otros Pueblos* que no se expresan bajo el formato de Estados; la consideración de un concepto privado y patrimonialista de la tierra, en la que los territorios no tienen cabida; o una comprensión restrictiva de la autodeterminación, entendida como secesión frente a los marcos y referencias de un Estado-Nación impuesto, olvidando cualquier consideración o expresión de la autodeterminación como autonomía o autogobierno de los recursos y patrimonios indígenas en un marco espacial más global, dilatado y complejo que el que establece el Estado. Sin embargo, esta matización también servirá para corregir las propuestas indígenas que se presenten como postulados esenciales y autóctonos, donde el marco de referencia y de sentido para la construcción y articulación de tales categorías políticas viene dada por la perversa relación amigo-enemigo, lo propio frente a lo ajeno, lo indígena frente a lo no-indígena. Los excesos de Occidente pueden reprodu-

cirse en las maneras y formas en que pueda expresarse la identidad de ciertos pueblos indígenas; por ello, es necesario estar atento a cómo se interiorizaron y asumieron ciertos excesos occidentales por parte de los pueblos indígenas, o cómo se han ido conformando ciertos programas culturales (indígenas), teniendo en cuenta los problemas que conlleva ubicarse constantemente en un régimen oposicional frente a valores hegemónicos y dominantes. Es decir, entre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas para la construcción intercultural de su propio proceso identitario está la de superar el carácter subalterno al que han sido arrojados y con el que han sido contruidos por el régimen colonial, lo que les ha obligado, muchas veces, a mantener una dimensión reactiva en la formulación de sus procesos identitario-culturales; o a restringir la fertilidad creativa de sus culturas para poder reaccionar frente a la violencia ejercida por las culturas hegemónicas.

Asumidas estas matizaciones, querríamos llamar la atención sobre la importancia del hecho de enunciar los *procesos culturales*² indígenas como derechos. Es decir, la relevancia que tiene la dimensión cultural y cosmovisional de los pueblos indígenas para poder entender el contenido de sus derechos. Para ello estructuraremos una serie de argumentos que se van enredando de manera escalonada:

- a) En primer lugar, los procesos culturales indígenas funcionan como derecho fundante y condición de posibilidad para el ejercicio de otros derechos. Los procesos culturales indígenas habilitan y dan forma a los derechos civiles y políticos (como los derechos de participación política, autonomía, consentimiento previo, libre e informado) y a los derechos sociales asumidos e interpretados desde la perspectiva indígena. También son condición de posibilidad para entender otros derechos colectivos netamente indígenas (tierra, territorio, recursos naturales, patrimonio cultural y genético, etc.). Todos estos derechos, individuales y colectivos, adquieren coloración concreta y específica desde esa matriz de sentido que denominamos procesos culturales indígenas. Los contenidos sustantivos de los derechos de los pueblos indígenas derivan de una cosmovisión cultural concreta, es decir, arraigan su fundamento en su constitución como Naciones. Desde una noción abierta y creativa de Plurinacionalismo, es posible arrancar una construcción específica de derechos para los pueblos indígenas.

² En este sentido, preferimos utilizar el concepto de *procesos culturales*, más que el de derecho *a la cultura*, debido al carácter holístico y dinámico que la primera consideración encierra. La multiversidad indígena (ya sea por la diversidad y multiplicidad geográfica desde donde se enuncia, o por la complejidad cultural que cada cosmovisión indígena encierra en sí misma) es de difícil concreción bajo una categoría tan maleada y parcial como la de derecho a la cultura, acuñada, una vez más, en los monoculturales laboratorios de occidente.

Por tanto, los procesos culturales determinan espacios comunitarios (individuales y colectivos desde donde ejercer derechos) e instituyen sujetos colectivos.

- b) Los procesos culturales indígenas adquieren sentido y consistencia desde el orden cosmovisional en el que se arraigan y desde el que se despliegan. Los pueblos indígenas, impulsados desde sus propios ámbitos cosmovisionales, desarrollan ordenamientos y sistemas jurídicos propios, con carácter autónomo e independiente respecto a los sistemas normativos estatales. Un derecho de la pluriculturalidad, arraigado en la dimensión *Plurinacional* de los pueblos indígenas, supone la reivindicación de un sentido autónomo y distinto, cosmovisionalmente divergente de entender los procesos y los sistemas normativos. Existe una diferencia cualitativa entre el sistema normativo estatal y el indígena fundada en la diferencia originaria que se da entre pueblos indígenas y Estados. La divergencia que se da entre una diferencia identitaria y otra, es la que deben saber expresar los distintos sistemas normativos a través de mecanismos de interculturalidad que faciliten la mediación y la convivencia. El carácter cosmovisionalmente diferente que poseen los pueblos indígenas se expresa también a través de la dimensión colectiva de su identidad, de la naturaleza consuetudinaria de sus estructuras sociales y del arraigo en la oralidad de sus códigos culturales. Ello tiene fuertes consecuencias normativas que adquieren sentido desde el *principio de la diferencia*. Una lógica cosmovisional como la indígena supone una consideración distinta del tiempo y el espacio, es decir, de las *escalas* y de los *ritmos* de vida. El tiempo y espacio indígena están intrínsecamente vinculados a cómo se entienden los procesos culturales indígenas y sus cosmovisiones. No es posible imponer un carácter autónomo y objetivado del tiempo y el espacio, como nos viene acostumbrando el capitalismo, para apurar mejor las ventajas de un sistema orientado a la obtención de réditos, en donde el tiempo y espacio no son más que soportes instrumentales para la obtención de mayores beneficios. Las cosmovisiones indígenas tienen una comprensión de la temporalidad y de la especialidad integrada en sus propios procesos culturales, en su forma de concebir los territorios y en la manera de tratar con los recursos naturales y la biodiversidad, adquiriendo todas estas *comprensiones* sentido desde las matrices culturales que las soportan y recogen. Las referencias al tiempo y al espacio están siempre culturalmente mediadas, matizadas desde estas configuraciones. De esta manera, las diferencias cosmovisionales fundan y expresan órdenes plurales: así, en el *nivel cultural* se instaaura el pluriculturalismo que debe leerse tanto como puente entre

las diferencias que operan de manera intercultural (indígenas-no indígenas), o como mediación entre los diferentes pueblos indígenas; en el *nivel ético*, nos asomamos a la categoría de pluriversidades, frente al carácter monolítico y cerrado con el que se expresa la universidad occidental; en el *nivel jurídico*, nos aproximamos al pluralismo jurídico fundamentado sobre la existencia de sistemas normativos indígenas ajenos a la lógica normativa de los Estados.

- c) Entender los procesos culturales como derecho(s) constituye la base para el establecimiento de un diálogo intercultural con otras dinámicas y procesos. Para proceder de esta manera es necesario, sin embargo, establecer ciertas matizaciones que permitan conducir este diálogo. Se trata de establecer conexiones interculturales entre los diferentes códigos e indicadores con los que las culturas han venido entendiendo y comprendiendo los derechos humanos. Esto supone lanzarse a la búsqueda de un nuevo sujeto de derechos y nuevas lógicas de fundamentación para los mismos. La irrupción de los pueblos indígenas como sujetos de derechos quiebra el carácter estadocéntrico con el que el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* ha venido normando a quiénes son sujetos colectivos. La irrupción del sujeto *pueblos indígenas* también supone un reto a la lógica del Derecho Constitucional inhabilitada hasta ahora para cobijar formas jurídicas colectivas y soberanas más allá de la propia realidad del Estado-Nación y del pueblo al que tal realidad construida o imaginada remite. Son numerosas las ausencias de concordancias entre los conceptos laboriosamente contruidos por el aparataje intelectual de Occidente a lo largo de la Modernidad, y las categorías con las que afrontan la multiculturalidad los pueblos indígenas. Donde la realidad cultural occidental ha hablado de Estados, los procesos culturales indígenas remiten a pueblos. Allí donde Occidente ubica un concepto tan etéreo e indeterminado como el de soberanía, los pueblos indígenas proceden a su concreción material a través de los territorios, ya que la soberanía implica tener un régimen de ocupación ancestral de los territorios sobre los que se ejerce y se desarrollan las actividades productivas; a la vez que considerar el espacio territorial como hábitat de supervivencia y reproducción cultural, sede de sus instituciones y autoridades de gobierno. Allí donde Occidente ha construido la ciudadanía como una categoría mediadora entre la persona y el Estado, como puente estratégico para poder actuar en la esfera pública, los pueblos indígenas carecen de una referencia paralela para entenderse en esa suerte de lógica de lo público, que viene, en alguna medida, configurada como territorios ancestrales y recursos naturales, pero sin las implicaciones político-normativas que Occiden-

te ha construido y ha asignado. Nos encontramos ante la irrupción de espacios públicos no-estatales. La relación a tres bandas que Occidente propone entre *Estado-Nación-Ciudadanía*, es una lógica ausente, inexistente para los pueblos indígenas. En la lógica cosmovisional indígena no hay un Estado que defina quién es ciudadano y quién no; ni una máquina territorial que establezca las formas de adscripción a un territorio a través de una lógica imaginada que diseña fronteras rígidas y aritméticas que delimitan que fuera de su ámbito de demarcación no hay posibilidad para los juegos de soberanía. Tampoco hay una Nación orientada a conectar el territorio estatal con la ciudadanía, a partir de esa extraña virtud que es la lealtad (nacional). Estas categorías y relaciones, fundantes en la lógica cultural de Occidente, son ropajes sin sentido para las cosmovisiones indígenas. Tampoco existe una concordancia en las matrices de sentido y en las causas finales a las que apuntan y aspiran estas diferentes lógicas culturales: la productividad a la que aspira la lógica del capitalismo tardío occidental, muta en necesaria sostenibilidad proyectada desde la importancia de los territorios y recursos naturales como fustes de la lógica cultural indígena; la individualidad posesiva y la pasión por el consumo (sin pretensiones de mostrarlos como fallas o disvalores de Occidente) no tienen una correspondencia adecuada en identidades cosmovisionales netamente colectivas; la (post)-industrialidad occidental como rotor y dinámica cultural, tiene referencias naturales en la lógica indígena; la pasión por la comercialización, como mecanismo de intercambio, se expresa como subsistencia en la lógica indígena; la racionalidad ilustrada, en espiritualidad no monacal; la lógica incesante por la obtención de resultados en Occidente, en la necesidad por hacer y entender las dinámicas y los procesos de cada cultura, etc. Con ello se evidencia la fractura, la sima, que se abre entre una lógica cultural y otras, entre una forma de vida y las otras, manifestándose, a su vez, la dificultad para la construcción de puentes interculturales que permitan la comprensión entre dos lógicas antagónicas —según algunas calificaciones—, o diferentes y yuxtapuestas, —según otras—.

Todo lo desarrollado nos permite pensar la idoneidad de los derechos humanos, en su versión intercultural, para avanzar hacia el necesario pacto cultural entre lógicas cosmovisionales tan dispares. En este sentido, la apropiación intercultural de los derechos humanos por parte de los pueblos indígenas tendrá un carácter estratégico, lo que es evidente si se tiene en cuenta que los derechos, en sí mismos, constituyen un producto cultural de Occidente, debido a su conformación y manipulación histórica, con poca capacidad, hasta el día de hoy, para adaptarse y ser sustantivamente flexible

a otras lógicas. La apropiación que los pueblos indígenas hacen de esta conquista social occidental —los derechos humanos— aporta, desde sus propias matrices culturales, elementos muy importantes para la sostenibilidad global de todos los derechos en los procesos multiculturales, pero teniendo siempre en cuenta que el lenguaje de los derechos tiene que ser usado como un medio para gestionar el proceso multicultural, y no como un fin en sí mismo, debido a su carácter incompleto y abierto en cuanto producto cultural, es decir, a que su constitución y formas de apropiación tienen una dimensión socio-histórica, cultural, pero nunca universal. Los pueblos indígenas, a partir de la puesta en escena de una *sabiduría ancestral de los límites*, amarrados a la sostenibilidad como proyecto cultural e identitario, proponen una racionalidad acotada y autolimitada como proyección y praxis de una cosmovisión cuyos valores se articulan en torno a la necesidad de producir, reproducir y hacer sostenibles los recursos naturales, las tierras y los territorios, tal y como estas categorías son entendidas y definidas por las lógicas y prácticas indígenas. Una racionalidad de los límites, una dinámica de la auto-limitación en el marco de una globalización desbocada, resulta enormemente interesante para hacer sostenible y posible la diversidad cultural real en sus diferentes lógicas y expresiones. Este tipo de racionalidad, como fundamento para una construcción intercultural de los derechos humanos, supone el establecimiento de recursos de contención y demarcaciones normativas frente a los excesos del colonialismo y sus agresiones sobre los pueblos indígenas; así como frente a la violencia procedente de una interpretación monolítica, monocultural y etnocéntrica de la universalidad de los derechos, cuyas secuelas son netamente detectables en el proceso de negociación del *Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas*. La reinterpretación cultural de los derechos humanos por parte de los pueblos indígenas, el establecimiento de nuevos y señeros fundamentos para historizarlos hoy en espacios y tiempos con lógicas culturales diferenciadas³, supone avanzar hacia un pacto intercultural por el desarrollo sostenible, propuestas que se infieren, todas ellas, del *corpus* identitario indígena y que difiere enormemente de cómo son interpretadas y comprendidas estas cuestiones por el *corpus* Occidental.

³ En este sentido, una apropiación e interpretación flexible y evolutiva de los derechos humanos hoy supone trascender los patrones culturales propios, ubicar nuevas necesidades y detectar nuevas lógicas, carencias y demandas, desde la *otredad* cultural. Este basto y difícil trabajo de interpretación se acentúa ante el reto y demanda de los pueblos indígenas, ya que ello traspasa y perfora los moldes con los que han sido codificados los derechos humanos. La historización y flexibilización de los derechos además de tener una velocidad horizontal y otra vertical, debe tener una motivación transcultural, lo que supone disponer de capacidad para enunciarse desde otros lugares, espacios y culturas.

II. Las políticas multiculturales como estrategia para la gestión de la(s) diferencia(s) cultural(es) ¿Hacia una integración sin derechos?

La primera pregunta desde la que afrontar la cuestión política en la construcción de los procesos multiculturales es la de si es posible el establecimiento y conformación de una multiculturalidad real con los actuales Estados, en cuanto contenedores y reorganizadores básicos de las diferencias culturales, marcos de integración insoslayables en los que deben ubicarse *necesariamente* los pueblos indígenas. ¿Es posible, por tanto, la construcción de un pacto intercultural en la globalización con las actuales estructuras normativas, habilidades y posibilidades desde los Estados-Nación como concesiones, pero no como potestades y exigencias de los sujetos que reclaman su autonomía y un estatuto normativo como Pueblos? En definitiva, ¿es posible hablar de autonomía y participación indígena con las actuales estructuras estatales? Interrogarse sobre estas cuestiones supone tener en cuenta el trasfondo histórico con el que se han construido los Estados-nación en América Latina en relación con los pueblos indígenas. Ser conscientes de que la maquinaria estatal ha supuesto y supone un sistema general de valores, un cuerpo de medidas necesario para poder implementar esos valores de manera coercitiva y una consideración privilegiada y muy particular del espacio-tiempo, conscientes de que el espacio es la esfera de posibilidad de la existencia de la multiplicidad y el multiculturalismo, es decir, todo reconocimiento serio de la multiplicidad y la diferencia depende del reconocimiento de la espacialidad⁴.

⁴ Estas cuestiones han sido ampliamente referidas anteriormente al hablar del espacio y tiempo indígenas. Sólo queremos llamar la atención sobre la importancia que la dimensión tiempo-espacial ha tenido para la construcción de un *pacto social* estatista, absolutamente clausurado, en el que no había lugar para la consideración de *otros* sujetos de derechos y, menos aún, si este se denominaba pueblos indígenas. En este sentido hablamos de un régimen general de valores centrado en torno al bien común entre iguales, lo que exige pactos de solidaridad entre los *mismos*: la ciudadanía masculina y trabajadora, referencia antagónica de una consideración abierta, flexible y procesual de la multiculturalidad. También hablábamos de un cuerpo de medidas necesarias para la aplicación de ese régimen general de valores, lo que se ha plasmado en la construcción de una multiculturalidad indigenista por medio de políticas de segregación, asimilación, integración, o una combinación simultánea de estas tres formas. Finalmente, una concepción del tiempo y el espacio nacional-estatal, centrada en la linealidad, en la acción burocrática del Estado, en la producción en masa, en donde sólo hay lugar y tiempo para la consolidación de una cultura nacional estatalmente construida a partir de un modelo de ciudadanía trabajadora que se adquiere por la nacionalización, y que otorga derechos sólo a quienes se integren y formalicen por medio del trabajo. En referencia a esta última cuestión cf. GROSSBERG, L. «The space of Culture, the Power of Space», en CHAMBERS, I. y CURTI, L (eds.), *The Post Colonial Question: Commos Skies, Divided Horizons*, Routledge, Londres, 1996, pp. 169-188; MASSEY, D., «Imagining globalisation: power-geometries of space-time» en *Power-geometries and the Politics of Space-Time*, Hettner-Lecture, Heidelberg, 1999, pp. 9-23; MASSEY, D., «La filosofía y la política e la espacialidad: algunas consideraciones» en L. ARFUCH, L., (compiladora), *Pensar este tiempo. Espacios, afectos, pertenencias*, Paidós, Buenos Aires, 2005, pp. 103-127.

Estas cuestiones nos impulsan a interrogarnos sobre si es posible construir *otra historia* en la que sea factible eliminar esa suerte de ideología que considera la vida del estado como el elemento central para construir y entender *la Historia*. Es decir, en qué medida es posible superar la tradición *estatista*⁵ —como magníficamente es analizada por Guha— que se está traduciendo en la reducción de la sustancia misma de la historia, su núcleo fundamental de tramas, relaciones y creaciones, a meras políticas de Estado. Y para lograrlo, qué posibilidad tienen los pueblos indígenas de escribir sus narraciones y cosmovisiones con un tipo de escritura que trascienda los ámbitos de influencia de los Estados, es decir, más allá de una historia trabada y realizada por los sectores hegemónicos atrincherados en el fortín de la estatalidad en el estrecho ámbito de miras y comprensiones en que la Política queda reducida al Estado⁶.

Esta cuestión, con su dimensión retórica en suspenso, es la que va a guiar y estructurar las reflexiones que en este epígrafe se desarrollen. Ahora bien, enunciar retóricamente esta cuestión supone situar en el centro del debate la lógica de la Colonialidad del Poder⁷, los usos y abusos con los que se ha comprendido (cognitivamente, desde la lógica del eurocentrismo), construido (racialidad del poder, desposesión y esclavitud) y sostenido (violencia física, psíquica y moral sobre los pueblos indígenas) el colonialismo en América Latina⁸. En este sentido, la ausencia radical de voluntad política por parte de los Estados —ancestral y contemporánea— para el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas⁹ constituye ya una respuesta a nuestro interrogante básico, o el principio para el establecimiento del primer peldaño

⁵ «The Small Voice of History» en *Subaltern Studies*, VI, Delhi, Oxford University Press, 1996, pp. 1-12.

⁶ Que la política queda reducida al Estado supone proceder, de manera convergente, a través de otras técnicas con relación a los pueblos indígenas, como son: la socialización de la economía bajo el paradigma de las clases sociales y del trabajo formalizado, modelo el que difícilmente encajaban y encajan los planteamientos indígenas; la politización del Estado, como único espacio público posible en el que construir y concebir los procesos culturales; la nacionalización de la identidad cultural, reforzando los criterios de inclusión/exclusión, y proponiendo la ciudadanía como receta necesaria para sancionar la exclusión de los pueblos indígenas.

⁷ MARTÍNEZ DE BRINGAS, A., *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003; MIGNOLO, W., *Local Histories/Global Designs. Coloniality, Subaltern Knowledges and Border Thinking*, Princeton University Press, Princeton & New Jersey, 2000.

⁸ MARTÍNEZ DE BRINGAS, A., *La cultura como derecho en América Latina. Ensayo sobre la realidad postcolonial en la globalización*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

⁹ En un doble sentido: 1) reconocimiento en un sentido convencional, para proceder a la reparación y reconstrucción de lo demolido y aniquilado; 2) reconocimiento en un sentido prospectivo, es decir, abriéndonos a la lógica de una diferencia provocativa, en contrapunto intercultural con los derechos humanos, en cuanto producto cultural de Occidente, pero a partir de la manera específica en que éstos son enunciados y propuestos por los pueblos indígenas.

para fraguar un pacto intercultural. En este aspecto no se puede ser retórico: no se trata de avanzar desde dinámicas políticas de asimilación hacia dinámicas de integración, sino que es necesario encauzar maneras de entender la *Política* con plena participación indígena, lo que pasa necesariamente por la construcción de un proceso multicultural cuyo eje de estructuración sean los derechos de los pueblos indígenas. El carácter colonial en las formas de participación política que todavía exhibe el constitucionalismo latinoamericano, aunque enmascarado con el discurso y las formas de la corrección política y la exhibición folclórica del progresismo, constituye uno de los principales frenos para avanzar en la construcción de este pacto. No hay que olvidar la paradoja fundacional latinoamericana en la que se hace coincidir, de manera macabra, estructuras formales de democracia con políticas raciales en todos los ámbitos de vida del Estado (social, político, cultural, comunicacional, educativo, económico, etc.). Es decir, el entrelazamiento de nuevas democracias compatibles con dinámicas y estructuras coloniales en la manera de tratar y hacer política con los pueblos indígenas.

Ello arroja dificultades para proceder a la creación de una sensibilidad multicultural por la ausencia de formas, maneras y mecanismos indígenas propios que permitan avanzar en la creación de estructuras participativas que posibiliten la creación de marcos políticos interculturales, arraigados a los derechos de los pueblos indígenas, y que funcionen como exigencias y expectativas frente a la Colonialidad del Poder¹⁰. Ello exigirá transformar y trascender los mecanismos que establecen las democracias formales latinoamericanas para «garantizar la participación indígena como derecho»; transitar de las formas occidentales de entender la participación en el Estado (en la manera como se ha venido haciendo de habilitar espacios o de «conceder oportunidades asimilativas a los pueblos indígenas»), hacia una consideración del derecho a la participación política en perspectiva estrictamente indígena, lo que implica superar la reducción de la participación al ejercicio del voto partidario, avanzar más allá de las posibilidades que otorga la democracia formal en el marco de los Estados. Para poder arraigar la forma que tienen los pueblos indígenas de entender la participación, es importante asirse a argu-

¹⁰ Nos movemos aquí en la lógica de los derechos-deberes. Todo derecho humano tiene siempre este doble rostro: el de ser derecho para alguien o algunos, y deberes para otros/otras, sin olvidar nunca las exigencias comunitarias que en sí mismo encierran. Sin embargo, los derechos se enuncian y aparecen históricamente como demandas sociales y exigencias de los más débiles frente a los más fuertes, como mecanismos para poder acotar los excesos de los sectores hegemónicos y más poderosos. En este sentido, los derechos de los pueblos indígenas funcionan también como deberes de quienes históricamente (una historia gravada desde la Colonialidad del Poder) han ocupado una situación de exclusión y opresión frente a los más fuertes en su articulación y conformación histórica, la Colonialidad del poder, que hoy la encarna sin ninguna duda los Estados.

mentos históricos que nos ayuden a comprender que los pueblos indígenas no son fruto de la colonización ni de su rodillo, sino que más bien son condición de posibilidad para cualquier proceso y dinámica colonial en América Latina. Desde ahí, es posible asumir el carácter inhabilitado que ofrece el Estado, sus dinámicas, ofertas y propuestas, para avanzar hacia un pacto intercultural arraigado en los derechos de los pueblos indígenas.

Situada una concepción de la participación que permita la ubicación de los derechos de otras lógicas culturales y cosmovisionales como la indígena, vamos a desarrollar una serie de análisis críticos sobre cómo se están construyendo y aplicando las políticas multiculturales en cuanto acción política estratégica de los Estados Latinoamericanos para ubicar «la diferencia indígena». Desde ahí podremos inferir ciertas pistas de actuación que nos permitan, prolongando la máxima de otras formas de ejercer el derecho a la participación política, abrir maneras de actuación política para reconocer y garantizar las reivindicaciones de los pueblos indígenas expresadas como derechos. Ello pasa por un reconocimiento constituyente del derecho a la(s) cultura(s) indígena(s), derecho programático del que se derivan, de manera fundada, otros muchos derechos específicamente indígenas, tanto en su dimensión individual como colectiva.

En *primer lugar*, una teoría multicultural con pretensiones de ser un instrumento político eficaz para los pueblos indígenas tendría que reconocer que todo proceso multicultural es fruto de las luchas sociales, no del consenso pacífico analizado en el laboratorio de las ciencias políticas del multiculturalismo liberal *á* la occidental. En este sentido, sin la articulación de los movimientos sociales, la sociedad civil perece y se extingue. De una manera análoga, sin la pertinencia crítica y movilizadora de los movimientos sociales indígenas, en cuanto activadores fundamentales de estas reivindicaciones, la sociedad civil latinoamericana no sería la que es, y no se hubieran producido imaginarios críticos en América Latina en contraposición a la imposición subyugante de *los* múltiples colonialismos latinoamericanos. La resistencia es, por tanto, el ámbito natural para la enunciación y reivindicación de la identidad y de los procesos multiculturales reprimidos. La diferencia indígena es, por tanto, una conquista difícil. Gran parte del dinamismo crítico latinoamericano —versionado en forma de movimientos de liberación, libertarios o de izquierdas y activado frente a las hegemonías coloniales o imperiales—, ha bebido y se ha valido del discurso practicado por los movimientos indígenas, sin reconocer estos préstamos. El discurso crítico latinoamericano presente y pasado, ha sustraído propuestas, prácticas, referencias e imaginarios movilizados por los pueblos indígenas, adaptándolos a su discurso a través de dos perversiones implícitas: negando la identidad y subjetividad de quien los formula (pueblos indígenas); aprovechando este potencial

emancipatorio para limitar y anegar las reivindicaciones indígenas en cuanto impedimentos para la construcción de un discurso emancipador global y unificador para todas las diferencias en resistencia. Estamos ante el reverso del universalismo: aquel que la izquierda ha querido articular, anclado a un concepto de emancipación que sistemáticamente se hacía y se imponía por encima y por debajo de los pueblos indígenas.

En *segundo lugar*, la multiculturalidad no es lo que se está presentando como política(s) multicultural(es). El ímpetu liberal por hablar y tratar de las «diferencias» lleva a una fetichización de la realidad abstracta. En este sentido, el multiculturalismo liberal con pretensión de ser una teoría universal, analiza los mapas multiculturales sin establecer criterios y principios de distinción entre las distintas diferencias objeto de ubicación y reconocimiento. En este sentido no distingue, y por tanto asimila, minorías nacionales y pueblos indígenas; políticas de integración e inserción y políticas de derechos; poblaciones y pueblos. Es decir, se enuncia como teoría política, vaciando de contenido el sentido de *lo político* que allí está en juego: nos referimos a la importancia, que tanto en el *Convenio 169*, como en el *Proyecto de Declaración* tienen términos como: pueblos indígenas, autonomía indígena, autodeterminación, desarrollo indígena, territorio(s), recursos naturales, participación, autoidentificación como pueblos, y un largo etc. Hacer política diluyendo estos conceptos, evitándolos, o no afrontándolos, supone sublimar el conflicto inherente a la construcción de todo proceso multicultural. Hablar de derechos de los pueblos indígenas supone hacerlo con contenidos sustantivos como los enunciados, no de una manera procedimental, con conceptos vacíos y huecos; o mediante la transposición de las categorías y las maneras occidentales de entender ciertos derechos, o de limitarlos, contenerlos e interpretarlos. En este sentido, la tolerancia multicultural no es suficiente; no basta con reconocer formalmente a los pueblos indígenas en la medida en que dicho reconocimiento no resulte conflictivo. No hay consenso pacífico en el debate multicultural, ya que las entrañas de la actividad política demandan, en el supuesto de los pueblos indígenas, reconocer y otorgar las capacidades y recursos sustraídos: en este sentido, la apropiación indebida que de los núcleos fundamentales de la cosmovisión indígena han realizado los Estados latinoamericanos. Pretender hacer política con pueblos indígenas sin problematizar los conflictos ancestrales, supone negar los derechos de los pueblos indígenas. Cualquier orientación que se haga sin la inherente problematicidad que la construcción multicultural de los pueblos indígenas exige, será una pretensión estéril, que bloquea más que habilita el diálogo. Un diálogo discursivo entre las partes enfrentadas que permita avanzar hacia un consenso trabajado y reconocido en clave de derechos, supone, como su pre-condición, tener en cuenta todo esto.

En *tercer lugar*, la multiculturalidad no supone poner todos los contadores en «cero», es decir, vaciar la globalización de contenidos culturales para poder caminar hacia un proceso en el que la neutralidad valorativa y cultural nos permita establecer un puente intercultural. Este es precisamente el descalabro de un multiculturalismo blando y descomprometido como el que profesa cierto liberalismo occidental. Es necesario, por tanto, reconocer las diferencias culturales y, de manera concreta, las reivindicaciones indígenas en sus procesos. Admitir que la existencia de los pueblos indígenas no amenaza ni pone en riesgo el Estado. Las prácticas de una multiculturalidad empeñada en exhibirse como una dinámica que ponga en peligro la unidad y seguridad estatales, así como la homogeneidad cultural de la Nación, es el reto más importante que debe afrontar una multiculturalidad entendida como proceso. Las Naciones originarias, los pueblos indígenas, tienen un estatuto constituyente en la multiculturalidad real; no son un apéndice creado como consecuencia del proceso colonial, o una cultura autorizada por el Estado en la medida que sepa y pueda integrarse e insertarse en sus reglas de juego. Un multiculturalismo entendido como proceso debe plantear las bases del conflicto estructural y ancestral entre los pueblos indígenas y el Estado, lo que pasa por situar entre las condiciones de debate y negociación cuestiones como: el racismo y la discriminación; la desigualdad económica, social, política y cultural; la falta de reconocimiento político y cultural; la apropiación de los recursos, del hábitat y de los espacios naturales de los pueblos indígenas, es decir, la descomposición de los sistemas de desigualdad y exclusión que sufren históricamente los pueblos indígenas. Para poder entender esto es necesaria una comprensión global de la Colonialidad del poder, es decir, la relación estructural que existe entre exclusión social, política y cultural de los pueblos indígenas y la construcción del discurso colonial. Por ello, el proceso multicultural exige que redistribución económica, reconocimiento cultural y participación política se den a la vez, en un juego co-implicado y convergente de energías políticas. Difícilmente podrá darse o hablarse de participación indígena en un esquema con fuerte discriminación social y de densa desigualdad económica para los pueblos indígenas, sin el reconocimiento de estos pueblos. De la misma manera, es un absurdo hablar del reconocimiento cultural de los pueblos indígenas, sin esquemas participativos aptos para construir nuevos modelos económicos interculturales, que determinen nuevas formas distributivas y que diseñen procesos de equidad social para quienes constituyen uno de los colectivos más empobrecidos y despojados por el régimen colonial. Todo ello no podrá hacerse sin el establecimiento de mecanismos que garanticen la participación política de los pueblos indígenas, que permitan reconducir las condiciones de exclusión económica a la que han sido arrojados y la falta de reconocimiento cultural con la que se han venido construyendo.

En *cuarto lugar*, el multiculturalismo no es una nueva política de Estado frente al fracaso de las políticas de aculturación anteriores, lo que se ha traducido históricamente en la descorporalización del mundo indígena como pueblos, y en el tratamiento asimilativo de éstos como poblaciones, tribus, comunidades o minorías. En este sentido, el proceso multicultural exige un acoplamiento entre las naciones originarias y las naciones constituidas y hegemónicas; y de éstas últimas a las exigencias ancestrales de los pueblos indígenas. *No hay multiculturalidad real sin la totalidad de una sociedad civil plurinacional.*

En *quinto lugar*, en la construcción de políticas multiculturales es necesario superar las falacias progresistas. Esa suerte de enredo que se da entre los principales actores encargados de diseñar y aplicar las políticas multiculturales. Nos estamos refiriendo a las políticas de pactos que se producen entre el Estado, los movimientos sociales no indígenas y la cooperación internacional. Esta relación a tres bandas produce y manufactura políticas y marcos de habilitación para los pueblos indígenas, pero sin pueblos y sin indígenas. Sin pueblos, ya que la consideración de éstos como sujetos colectivos esta vedada de antemano, dada la incapacidad que muestran los actores en juego para reconocer otros sujetos más allá del ámbito del Estado-Nación; sin indígenas, ya que la mesa de diálogo y negociación se convoca y reúne frecuentemente sin *sujetos indígenas*, pero para ellos y en nombre de sus derechos. Cuando se hace un esfuerzo por establecer una composición simbólicamente equilibrada (que no paritaria) de participantes indígenas para la consolidación de políticas públicas que afecten a su hábitat y territorios, los participantes no resultan representativos, es decir, no hay una identificación clara y simétrica entre los representantes y la realidad, entre el proceso de participación generado y las exigencias, demandas y reivindicaciones que promueven las asociaciones indígenas, con lo que parece que el procedimiento —la participación formal— se impone al sujeto —pueblos indígenas—, cuando en realidad es al revés, el procedimiento se ha creado para estar al servicio de las necesidades de los sujetos interpelados. En estos supuestos se generan dinámicas en las que ni la participación, ni la representación, se identifican con el sentir de las demandas indígenas. Estamos ante una utilización folclórica y retórica del concepto de multiculturalidad. Todas estas cuestiones resultan agravadas si se da un efecto sustitutorio del sujeto «pueblo indígena» por parte de la acción e intervención de las ong's y de la cooperación internacional. Asistimos, de esta manera, a un desfonde político del contenido de la multiculturalidad; a una privatización de sus exigencias públicas. Ello ocurre cuando se co-opta y apropia la subjetividad indígena y el contenido de sus derechos, por otros sujetos que no tienen que ver con éstos; y por otros contenidos, que

no hacen sino interpretar las demandas indígenas, pero desde otro patrón cultural: las del Estado, en su versión nacional o internacionalizada. El peligro de la «sustitución» de unos sujetos por otros¹¹, supone, a largo plazo, una falta de compromiso de los Estados por asumir sus responsabilidades en la construcción de políticas públicas multiculturales con pueblos indígenas, sabiendo las dificultades que presenta de por sí el Estado para tratar *con* y trabajar *en* estas situaciones. La fractura de la responsabilidad del Estado en estas cuestiones —interlocutor fundamental de la Colonialidad del Poder—, conlleva, a su vez, una delegación de la misma a otros agentes —ong's, asociaciones no-indígenas, cooperación internacional—, lo que se traduce en un manejo ideológico de la multiculturalidad como resorte del Estado para el no-reconocimiento, en el *long term*, de los derechos de los pueblos indígenas. En última instancia, supone dejar en suspenso la radicalidad de derechos *trans-estatales* como la participación política y la cultura, una suerte de maridaje político-cultural necesario para caminar hacia una multiculturalidad intercultural.

El resultado de todo este proceso es un tratamiento de estos pueblos como «cuestión indígena». Ello implica reducir lo *cultural indígena* a mera política pública que transversaliza —programáticamente— todos los contenidos que se aborden y traten en el marco del Estado, más que asumir el reto de los pueblos indígenas como la exigencia de construcción de nuevos marcos políticos en la globalización: marcos plurinacionales, pluriculturales, pluriconstitucionales, aferrados todos ellos a la lógica de la pluriversidad. La transversalización va perdiendo energía en el camino y muta en un tratamiento multicultural de «lo indígena» basado en la integración tutelada, y en el reconocimiento *concedido* de ciertos derechos, pero no de aquellos que resultan fundamentales para abordar el reto de la plurinacionalidad indígena en la globalización. O simplemente, en el reconocimiento *retórico* de derechos indígenas pero sin procedimientos y presupuestos para implementarlos y garantizarlos. Las consecuencias políticas de unas políticas públicas multiculturales construidas según estos patrones son: la dependencia estructural del tejido asociativo indígena y de su base social, de la voluntad de los Estados; el debilitamiento, a largo plazo, de los «procesos indígenas»; la atomización en el tratamiento de las cuestiones culturales y cosmovisionales indígenas; la lógica del corto plazo en la manera de entender los procesos, lo que supone no asumir en serio el reto cosmovisional indígena, y no trascender una comprensión estatalista del multiculturalismo; la búsqueda incesante

¹¹ La ausencia o falta de protagonismo de las asociaciones indígenas en determinados proyectos de desarrollo, cuyo papel es capitalizado, en sus momentos de decisión y ejecución, por ong's no-indígenas, o por la cooperación internacional.

de la efectividad y el pragmatismo en todas estas cuestiones, abandonando la condición de *proceso* que tiene toda construcción multicultural, y de manera muy específica, la indígena; la falta de criterios y principios que permitan apuntar las verdaderas necesidades y carencias hoy de los pueblos indígenas en sus espacios naturales de vida; la estatalización definitiva de una multiculturalidad indígena. En última instancia, se trata de construir procesos de negociación conflictivos (procesos políticos) sin la otra parte de la multiculturalidad —los pueblos indígenas—, y con una interlocución —no indígena— que desconoce los ordenes cosmovisionales indígenas, sus procesos culturales y exigencias, sus procesos jurídicos, sus formas de participación, en definitiva, sus derechos.

III. Avances y dificultades del proceso multicultural indígena

Hablar de avances y dificultades supone hacer un diagnóstico del proceso multicultural en tiempos que oficialmente se han denominado de emergencia para los pueblos indígenas. Vamos a hablar, para ello, de tres velocidades o dimensiones en la regulación del proceso multicultural en relación con los pueblos indígenas. Estas tres formas de diagnóstico se aventuran teniendo en cuenta todo el cuerpo de dificultades y malformaciones, hasta ahora relatadas, en la construcción de este proceso. La estratificación tiene una dimensión relativa y meramente indicativa. Dicho relativismo hace referencia a la manera en cómo se ha construido la historia de los pueblos indígenas, quién la ha hecho, con qué tipo de fuentes y referencias se ha consolidado. Considerando la ausencia de una *historia oficial* de los pueblos indígenas, ya que sus voces construyen relatos que no han sido seleccionados ni desarrollados por los discursos oficiales, los diagnósticos que brevemente señalaremos hacen referencia, sólo, a los estímulos que hoy se producen en los relatos oficiales de los Estados en relación con los derechos de los pueblos indígenas, lo que permite analizar cómo son tratados éstos en la esfera pública y las dificultades que de aquí se derivan para avanzar hacia la conformación de espacios públicos no-estatales¹².

¹² Un marco de fondo para estas cuestiones puede verse en: CAYZAC, H., *Guatemala, proyecto inconcluso. La multiculturalidad, un paso hacia la democracia*, FLACSO, Guatemala, 2001; BASTOS, S., y CAMUS, M., *Entre el mecapan y el cielo. Desarrollo del movimiento maya en Guatemala*, FLACSO&Cholsamac, Guatemala, 2003; PAREKH, B., *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005; SACHAR, A., *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, 2001; NELLY, P., (ed.) *Multiculturalism Reconsidered: Culture and Equality and Its Critics*, Polity Press, Oxford, 2002; BENHABIB, S., *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton University Press, Princeton, 2002.

Un primer diagnóstico implicaría hablar de *multiculturalidad negociada*. Es decir, de acuerdo con *una historia oficial* de la exclusión y la discriminación indígena, se trataría de ver, constatar y señalar, de manera muy general y abstracta, en qué medida se están produciendo avances en la negociación de derechos sustantivos de los pueblos indígenas. En este sentido, sí puede hablarse de un cierto progreso en determinadas cuestiones. El proceso multicultural que construyen los pueblos indígenas ha conseguido negociar sobre ciertas bases, sobre todo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y en la arena de Naciones Unidas. Se puede hablar, de manera referencial, de un cierto avance en la conciencia y programación de una educación multicultural *con y para* pueblos indígenas. De la fiera discriminación con que se ha conformado la historia oficial en relación a estos pueblos, podemos hablar, sin ninguna pretensión de triunfalismo, de expectativas multiculturales con referencia al sujeto pueblos indígenas en el actual proceso global. Aunque para algunos resulte un golpe de formalidad y las evaluaciones que de ello se puedan inferir no sean las esperadas, el hecho de establecer oficialmente por las Naciones Unidas una década para los Pueblos Indígenas, y que la década en la que nos adentramos con prudencia, constituya una renovación continuante de las expectativas incumplidas o no realizadas en aquella, es, sin ninguna duda, un paso adelante en la construcción del proceso multicultural indígena. En esta dinámica de educación y concienciación multicultural, habría que incluir las novedades, con los fracasos y frustraciones, que se han venido dando en el marco de las Naciones Unidas y en las propias referencias constitucionales de muchos países latinoamericanos. En este sentido habría que citar de manera referencial: la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas y la actividad por éste desarrollada; el Convenio 169 de la OIT y los debates creativos para poder superar sus principales dificultades; el Convenio sobre Diversidad Biológica; El Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las poblaciones indígenas; el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; la creación del Foro Permanente sobre las Poblaciones Indígenas en Nueva York; la creación de un Relator Especial sobre Pueblos Indígenas, y un largo etc.

El relato de este primer diagnóstico se podría complementar teniendo en cuenta, también, los avances (con sus retrocesos y trampas en las prácticas de los Estados) en el reconocimiento de los derechos de biodiversidad, derechos biotecnológicos y derechos orientados a la protección del conocimiento de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como en el del constitucionalismo latinoamericano¹³.

¹³ Nuestro objetivo es tan solo apuntar esta cuestión. Su desarrollo de manera específica y técnica será abordado en otros capítulos de este manual.

En relación a los pueblos indígenas, las políticas multiculturales que se están desarrollando en este proceso global transitan de un sistema de exclusión, en donde la pertenencia venía dada por el hecho fáctico de la exclusión y el momento más intenso de su realización pasaba por el exterminio indígena; a un sistema de desigualdad, en donde la pertenencia viene dada por la integración subordinada¹⁴, siendo su momento más intenso la esclavitud y la puesta en escena de políticas racistas. El tránsito de un proceso político de intensa represión (exclusión), a otro más liviano, al menos en la intensidad de la violencia, aunque no en las consecuencias a largo plazo (desigualdad), tiene que ver, precisamente, con el valor (de uso) de la biodiversidad que los pueblos indígenas ocupan y tienen, y con la fertilidad que los conocimientos ancestrales indígenas poseen para la lógica del capitalismo en el nuevo escenario global. Biodiversidad y conocimientos ancestrales ofertan una potencialidad inaudita para la obtención de beneficios en sectores tan diversos como la agricultura industrial, las industrias farmacéuticas y biotecnológicas. Desde ahí debemos aprehender los peligros que encierra esta *multiculturalidad negociada*, que permite ser a los pueblos indígenas interlocutores en dicha negociación, pero sólo de una manera estratégica, es decir, por el hecho de que los espacios que ocupan y habitan, así como por los recursos que encierran, poseen una utilidad y un potencial inaudito para las dinámicas del capitalismo multinacional, debido a los beneficios que de ahí se pudiesen derivar, pero no porque se reconozca a los pueblos indígenas como titulares soberanos de los mismos. En este modelo de multiculturalidad, la negociación pasa por la vulneración del *principio-derecho* del consentimiento previo, libre e informado que los pueblos indígenas poseen antes que se inicie o se aborde algún tipo de negociación. Es aquí donde la dimensión negociada de este multiculturalismo se vuelve un proceso macabro.

Un segundo diagnóstico, exige hablar de *multiculturalidad discutida*. Aquí es donde el procedimentalismo de las éticas discursivas (Habermas, Apel, Wellmer, etc.) se vuelve inoperativo para poder alcanzar algún tipo de consenso o acuerdo cuando el interlocutor es un «sujeto» que ha estado excluido de la esfera pública hasta hace muy poco tiempo. Criterios como verdad, validez, corrección y rectitud, como dimensiones formales necesarias para homologar y validar las condiciones en que alcanzar un pacto intercultural, resultan de paradójica aplicación si se tiene en cuenta que los pueblos indígenas, como consecuencia de la puesta en escena de sistemas de exclusión, en donde la pertenencia de unos (no-indígenas) se afirma por la no-pertenencia de otros (indígenas), han sido considerados «entidades» invá-

¹⁴ DE SOUZA SANTOS, B., «Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia», en *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, ILSA, Bogotá, 2003, p. 125.

lidas, incorrectas, desviadas, fuera de todo diseño de verdad oficial. Cuando el pacto intercultural se vuelve tan conflictivo, es cuando más pertinente se hace. Quien así mismo se considera como una cultura completa y satisfecha —como la occidental— no necesita abrir pactos interculturales para recorrer el proceso de la construcción multicultural. Ante este tipo de dificultades se encuentran procesos como el reconocimiento y oficialización de los idiomas indígenas por parte de los Estados que los cobijan. En esta difícil discusión permea como trasfondo la gestión controlada de la exclusión con la que han procedido los Estados respecto a los pueblos indígenas. El desarrollo a lo largo de la historia pasada y reciente, de proyectos de reeducación indígena, de procesos de resocialización o de extensión impositiva de la ciudadanía del Estado, denotaban los esfuerzos que el proceso colonial, pasado y reciente, ha puesto en lograr con éxito la pérdida de la *memoria indígena*, siendo un elemento fundamental para su consecución, la asimilación lingüística y la anulación de las lenguas indígenas. De ahí el carácter problemático de un proceso multicultural orientado a la recuperación y oficialización de los idiomas indígenas. Las dificultades son múltiples: psicológicas, cognitivas, sociales, culturales, políticas, etc. Las mismas discusiones conflictivas encuentra el proceso multicultural cuando se trata de abordar la espiritualidad indígena y sus ámbitos y espacios de expansión y asentamiento, en una multiculturalidad acostumbrada a utilizar los emplazamientos ceremoniales y religiosos indígenas, las artesanías y los tesoros históricos de estos pueblos, para usos y fines turísticos. Con discusiones poco permeables al diálogo se encuentra también el reconocimiento de los *Sistemas Normativos Indígenas*, en cuanto expresión del tan cacareado y asumido Pluralismo Jurídico. Es en estas cuestiones donde el proceso multicultural debe asumir en toda su radicalidad la lógica y exigencia de los derechos humanos interpretados interculturalmente, lo que exige ver en estas expresiones una prolongación del derecho a la vida y del respeto a la dignidad de los pueblos indígenas. La lógica estatalista frustra sistemáticamente estos procesos multiculturales al ver en el sujeto colectivo «pueblos indígenas» un disputador de su hegemonía, un adversario político que debe ser combatido. Una vez que kelsenianamente se ha asentado que el monopolio del poder jurídico, de los sistemas normativos, se debe ubicar y centralizar en el Estado, la lógica del pluralismo jurídico constituye un serio impedimento para proceder a un pacto intercultural acostumbrado al monismo jurídico (estatal).

Un último diagnóstico de cierre es aquel que hace referencia a la *multiculturalidad negada*, por unos y por otros. Considerar esta perspectiva en la construcción y asentamiento del proceso multicultural es fundamental, y exige tener en cuenta la autocrítica y la heterocrítica, es decir, el reconocimiento de las debilidades y ausencias recíprocas de cada bastión cultural orientado al pacto intercultural: indígenas y no indígenas. Ya no se trata, solamente, de las

dificultades e impedimentos que encuentran los pueblos indígenas para hacer proceso multicultural; o de las serias irregularidades con las que se ha construido la historia oficial criolla, impidiendo el avance de la(s) identidad(es) y cosmovisión(es) indígenas. Se trata esta vez, también, de ver las dificultades propias de los pueblos indígenas para construir su proceso desde una interculturalidad arraigada en derechos¹⁵. En este sentido, el estatuto, presencia y reconociendo de la mujer indígena dentro de su propio mundo y cosmovisión resulta un impedimento demasiado doloroso, en donde la responsabilidad debe ser asumida y trabajada desde el propio momento cultural indígena. Otro riesgo puede ser la tendencia a la idealización y esencialización de los Sistemas Normativos Indígenas, en cuanto expresión pura y trascendental de la justicia en su versión terrena. A ello habría que sumar la debilidad del propio movimiento indígena, sus errores, miopías y dificultades para la negociación de un pacto intercultural integrador, como las fracturas existentes dentro del propio movimiento indígena, la pasión de ciertos sectores y movimientos por convertirse en vanguardia indígena, olvidándose de los reclamos y exigencias de los procesos comunitarios; la intelectualización de ciertos bloques indígenas a partir de las posibilidades y competencias que otorga la realidad de estos pueblos, que mutan de ser sujetos de movilización política a objeto de estudio; la falta de difusión o comunicación de información experta que ciertas facciones o líderes indígenas manejan, habiendo gestionando su uso para intereses privados; o la absorción de élites y movilizaciones indígenas por las estructuras de un poder con intereses y voluntades no-indígenas. Conocidas son, en este sentido, las trabas puestas por el otro polo cultural —el no indígena—; sin embargo, las exigencias de la multiculturalidad negada nos llevan a tener que avanzar hacia modelos de responsabilidad ampliada y compartida entre las dos partes del pacto intercultural. En esta función, los pueblos indígenas tienen una gran responsabilidad histórica.

¹⁵ DE SOUZA SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos» en GÓMEZ ISA, F., (Director), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 95-122.

PARTE II

Naciones Unidas y otros sistemas

Pueblos indígenas en Naciones Unidas. Mecanismos de protección, agencias e instancias

Julian Burger
David Martín Castro

De forma progresiva, la protección de los derechos de los pueblos indígenas ha ido ocupando una parte cada vez más importante de la agenda internacional. Si bien es posible hacer una cronología con los eventos de mayor relevancia, este ha sido un proceso continuo y progresivo en el que han jugado un papel central las organizaciones, comunidades y pueblos indígenas.

Una de los primeros hitos de este proceso tuvo lugar en 1972, cuando se encargó al Experto de Naciones Unidas José R. Martínez Cobo, la elaboración del *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* (E/CN.4/Sub.2/1986/7), que sería finalizado en 1986. El estudio buscaba recoger de forma minuciosa información sobre la discriminación de los pueblos indígenas y analizar el concepto de pueblos indígenas, definición que ha influenciado decisivamente la literatura posterior sobre la materia¹.

El proceso de elaboración de este estudio, el interés que consiguió despertar los temas indígenas en la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías y el apoyo que recibió de las ONGD especializadas en la materia, crearon el ambiente propicio para la creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI), en 1982. Se considera generalmente que es esa fecha, 1982, el momento en el que Naciones

¹ Párrafo 379: «Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones y sus sistemas legales».

Unidas comenzó a atender formalmente los asuntos de los pueblos indígenas. El 9 de agosto de ese año se inauguró la primera sesión del GTPI. Es por este motivo por lo que, en 1994, mediante la resolución 49/214, la Asamblea General declaró que a partir de entonces el 9 de agosto sería considerado el «día internacional de las poblaciones indígenas».

1989 es otra fecha importante dentro de este proceso. Ese año la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales² que, a día de hoy, sigue siendo el principal instrumento de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Aún reconociendo esta importancia, el presente capítulo sólo hará referencias aisladas a dicho Convenio y a la OIT, ya que será analizado de forma extensa en un capítulo posterior.

En 1992/1993 una serie de eventos atrajeron la atención del sistema internacional hacia los asuntos indígenas. En 1992 la Conferencia Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro adoptó un programa de acción específico para los pueblos indígenas y su punto de vista fue incluido en una conferencia de alto nivel³. Ese mismo año, una joven mujer indígena latinoamericana, Rigoberta Menchú fue galardonada con el Premio Nóbel de la Paz.

Por su parte, 1993 fue declarado por la Asamblea General como el año internacional de las poblaciones indígenas⁴, lo que supuso un nuevo paso en este reconocimiento. Ese mismo año, la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de Viena⁵ recogió, en su programa de acción, una serie de acciones enfocadas a mejorar la protección de los derechos humanos de los indígenas, lo que permitió aumentar su visibilidad. Especialmente relevante es la recomendación que hizo a la Asamblea General de Naciones Unidas para que aprobara una resolución declarando el decenio internacional de las poblaciones indígenas, se adoptara una Declaración de Derechos de los Pue-

² Este convenio revisa al Convenio número 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, de 1957. A pesar de que el convenio 107 no está abierto a nuevas ratificaciones, sigue siendo aplicable a aquellos países que, habiendo ratificado el convenio 107, no han hecho lo mismo con el 169.

³ Para ello es importante hacer referencia a la Conferencia Mundial de los pueblos indígenas sobre territorio, Medio Ambiente y desarrollo (conocida como Kari Oca). Dicha reunión tuvo un importante impacto en el desarrollo de la Conferencia de Río en lo relativo a la toma en consideración de los asuntos indígenas. En junio de 1992, 650 representantes indígenas de 92 organizaciones de los 5 continentes adoptaron la Carta de la Tierra de los pueblos Indígenas.

⁴ En 1988, la resolución 1988/37 de la Comisión de Derechos Humanos, había recomendado a la Asamblea General la declaración de un año internacional para las poblaciones indígenas.

⁵ A partir de esta Conferencia internacional, la inmensa mayoría de las conferencias internacionales auspiciadas por la ONU han tratado, bien en su articulado, bien en sus respectivos programas de acción, la especificidad de los pueblos indígenas.

blos Indígenas durante ese periodo, se mejorara la situación de sus derechos humanos, se incrementara el volumen de la cooperación técnica y se estableciera un foro permanente en el que se trataran las cuestiones indígenas⁶.

El primer paso siguiendo estas recomendaciones fue la resolución 48/163 de la Asamblea General por la que se declaraba el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004) y que conllevó el establecimiento posterior de un ambicioso programa de acción. No obstante, una vez terminada la década y tras la revisión de los relativamente escasos progresos conseguidos, la Asamblea General decidió la instauración, por la resolución 59/174, de un Segundo Decenio de las Poblaciones Indígenas (2005-2014).

Este proceso ha facilitado que, durante estos años, la gran mayoría de organismos y agencias de Naciones Unidas hayan ido estableciendo sus propias políticas, documentos, estrategias o principios específicamente dirigidos a los pueblos indígenas. Así, más allá de la importancia que la OIT les ha otorgado en su agenda, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el grupo del Banco Mundial (BM), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la UNESCO, la UNICEF, las Conferencias de las Partes del Convenio de la Diversidad Biológica (CDB) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), entre otros, se han mostrado especialmente activos en este campo y han focalizado una parte importante de sus esfuerzos en el trabajo con los pueblos indígenas. No obstante, ha sido en el ámbito de la protección de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas donde mayor atención se ha prestado a la necesidad de establecer mecanismos específicos para la protección de sus derechos.

En la actualidad, esta protección se realiza a través de dos tipos de mecanismos diferentes: los específicos y los generales.

En cuanto a los mecanismos cuyo mandato se encuadra específicamente en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, destacan el GTPI, el Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (GTPD), el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas y el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (FPCI). Además, se han instaurado tres fondos específicos para los pueblos indígenas: el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas, y los Fondos Voluntarios para la Primera y Segunda Década Internacional de los Pueblos Indígenas Mundiales.

Otros instrumentos que atienden a la protección de los derechos humanos de forma general también han dedicado parte de sus esfuerzos a prote-

⁶ Párrafos 28 a 32 del programa de acción de Viena (A/CONF.157/23).

ger los derechos de los pueblos indígenas. Entre ellos destacan los órganos convencionales⁷ (especialmente el Comité de Derechos Humanos; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité de los Derechos del Niño; y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y los procedimientos especiales⁸ de la Comisión de derechos Humanos (a través del mecanismo de los Relatores Especiales y Representantes del Secretario General, principalmente). Por su parte, el Fondo Fiduciario de contribuciones voluntarias para luchar contra las formas contemporáneas de esclavitud y los fondos para Asistir Comunidades Conjuntamente (*Assisting Communities Together*-ACT) han financiado varios proyectos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

En las siguientes páginas se analizarán de forma detallada los mecanismos específicos para los pueblos indígenas anteriormente mencionados, y de forma más resumida, el resto de instrumentos existentes. Finalmente, se hará una breve referencia a otras agencias de Naciones Unidas y una recopilación de algunas de las conferencias internacionales auspiciadas por Naciones Unidas en las que ciertos artículos y/o párrafos se han reservado a los pueblos indígenas.

Es necesario señalar que los mecanismos de derechos humanos que se presentarán a continuación están basados en la información disponible en mayo de 2006. No obstante, la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 60/251 de 15 de marzo de 2006 acordó la creación del Consejo de Derechos Humanos y decidió suprimir la Comisión de Derechos Humanos el 16 de junio de 2006. Los órganos subsidiarios de la Comisión, incluyendo el GTPI y el GTPD así como el mandato de los diferentes Relatores Especiales serán revisados por el Consejo de Derechos Humanos durante su primer año de existencia⁹ por lo que es posible que algunos de los mecanismos aquí recogidos sufran cambios e incluso desaparezcan en los próximos meses.

⁷ Organismos creados por una convención o tratado. Los órganos convencionales y los mecanismos especiales forman las dos grandes campos de protección en el ámbito de los derechos humanos de la CDH.

⁸ La CDH y el ECOSOC han establecido varios procedimientos y mecanismos extraconvencionales que se han confiado bien a grupos de trabajo compuestos por expertos que actúan a título personal o bien a particulares independientes denominados relatores especiales, representantes o expertos, algunos de los cuales fueron analizados en la sección anterior. Los mandatos conferidos a esos procedimientos y mecanismos consisten en examinar y vigilar ya sea la situación de los derechos humanos en países o territorios específicos (los llamados mecanismos o mandatos por país) o fenómenos importantes de violaciones de los derechos humanos a nivel mundial (los mecanismos o mandatos temáticos), e informar públicamente al respecto en ambos casos. Tanto el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas como el GTPI y el GTPD pertenecen a este grupo.

⁹ Artículo 6 de la Resolución 60/251.

I. Mecanismos específicos para los pueblos indígenas

I.1. *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI)*

El GTPI se estableció en virtud de la resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social (ECOSOC). El GTPI es un órgano subsidiario de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, dependiente de la CDH, y se reúne anualmente en Ginebra¹⁰ durante una semana. El GTPI está formado por cinco expertos independientes y miembros de la Subcomisión (uno por cada región geopolítica del mundo).

Sesiones: Sus sesiones están abiertas a la participación de representantes de los pueblos indígenas, de sus comunidades y organizaciones. Este carácter abierto de sus sesiones (cuenta con la participación de representantes de gobiernos, organizaciones no gubernamentales y organismos de Naciones Unidas), le ha convertido junto con el FPCI, en uno de los foros de concertación entre los diferentes actores que atienden la especificidad de los pueblos indígenas. Para participar en sus sesiones, no es necesario que la organización tenga el estatus de observador de la CDH (estatus ECOSOC).

El GTPI tiene un doble mandato:

- Examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas. En sus reuniones, se presta especial atención a aquellas cuestiones de derechos humanos que tienen una mayor relevancia para los pueblos indígenas y ocupan un lugar preeminente en la agenda de las sesiones.
- Prestar atención especial a la evolución de las normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas. El GTPI es el único instrumento que trata específicamente las cuestiones de los pueblos indígenas con capacidad de participar y recomendar la elaboración de nuevas normas. Es gracias a este mandato que el GTPI redactó el proyecto de declaración, que se analizará posteriormente.

Es gracias a este segundo mandato que el GTPI decidió, en 1985, iniciar la preparación de un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en los que se tuvo en cuenta especialmente las observaciones y sugerencias de los participantes en sus reuniones, en particular de los representantes de pueblos indígenas y gobiernos. En su 11º período de sesiones, celebrado en julio de 1993, el Grupo de Trabajo convino en el texto

¹⁰ Tras la reciente creación del Consejo de Derechos Humanos, su ubicación exacta dentro del organigrama de Naciones Unidas y su configuración dependerán de posteriores resoluciones del Consejo.

definitivo del proyecto de declaración y lo presentó a la Subcomisión, para su adopción. Dicho proyecto, una vez que fue adoptado por la subcomisión, pasó a ser examinado por el GTPD, encargado de su estudio por resolución de la CDH.

En su 14º período de sesiones (1996), el GTPI decidió que en sus sesiones se analizarían cuestiones concretas, aunque siempre ligadas a los derechos humanos. Desde entonces, el GTPI ha examinado los siguientes temas: la salud y los pueblos indígenas; los pueblos indígenas: medio ambiente, tierra y desarrollo sostenible; educación e idioma; los pueblos indígenas y su relación con la tierra; los niños y jóvenes indígenas; los pueblos indígenas y su derecho al desarrollo. Las cuatro últimas reuniones se han focalizado en los pueblos indígenas y la globalización (21ª sesión), los pueblos indígenas y la resolución de conflictos (22ª sesión); pueblos indígenas y la protección nacional e internacional del conocimiento tradicional (23ª sesión); y utilización de las tierras de los pueblos indígenas por autoridades, grupos o personas no indígenas para fines militares (24ª sesión).

Documentos e informes: Además de las sesiones, el GTPI ha elaborado una serie de informes y documentos que han alcanzado una gran importancia para los pueblos indígenas y, de hecho, algunos de ellos han supuesto un hito importante en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Uno de los documentos de mayor relevancia es el elaborado por la presidenta-relatora del grupo de trabajo Erica-Irene Däes, sobre el concepto «pueblos indígenas» (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2). En dicho informe, Erica Irene Daes modernizó la definición dada anteriormente por José R. Martínez Cobo¹¹. En otro informe, *Protección del patrimonio de los pueblos indígenas*, Erica Irene Daes define el contenido de ese patrimonio¹² e incluye referencias a los derechos que sobre él tienen los pueblos indígenas. Otros informes de especial importancia son el informe de Miguel Alfonso Martínez *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas* (E/CN.4/Sub.2/1999/20), y los de Erica Irene Daes *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra* (E/CN.4/Sub.2/2001/21) y *La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales* (E/CN.4/Sub.2/2004/30)

¹¹ Párrafos 69 y 70.

¹² Por patrimonio de los pueblos indígenas se entiende todos los bienes culturales muebles, definidos en las convenciones pertinentes de la UNESCO; todos los tipos de obras literarias y artísticas como música, baile, canciones, ceremonias, símbolos y diseños, narración y poesía; todo tipo de conocimientos científicos, agrícolas, técnicos y ecológicos, incluidos cultivos y medicinas y la utilización racional de la flora y la fauna; restos humanos, bienes culturales inmuebles como lugares sagrados, emplazamientos de valor histórico y enterramientos; y la documentación del patrimonio de los pueblos indígenas en películas, fotografías, cintas de vídeo o magnetofónicas». Informe definitivo (E/CN.4/Sub.2/1995/26)

Seminarios: Junto a la elaboración de informes, el GTPI recomienda la organización de seminarios de expertos y talleres en los que se analizan cuestiones específicas de importancia para los pueblos indígenas. Así, a modo de ejemplo, en enero de 2006, siguiendo estas recomendaciones, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) organizó un seminario en Ginebra sobre «La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos» y en 2003 organizó en Madrid el «Seminario de Expertos sobre pueblos indígenas y la administración de justicia». Igualmente, en los últimos años la OACNUDH ha organizado, siguiendo las recomendaciones del GTPI, talleres sobre pueblos indígenas y los medios de comunicación, medio ambiente, tierras y recursos, educación y ha mantenido una serie de diálogos con comunidades indígenas africanas.

1.2. *Grupo de trabajo intersesional para la elaboración de un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (GTPD)*

El GTPD quedó establecido en 1995 en virtud de la resolución 1995/32 de la Comisión de Derechos Humanos y la resolución 1995/32 del ECOSOC.

El GTPD tiene por único objetivo elaborar un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, tomando en consideración el proyecto que figura en el anexo de la resolución 1994/45, de 26 de Agosto de 1994, titulado «*Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*». Una vez presentado dicho proyecto, el GTPD habrá culminado su mandato y se disolverá.

El GTPD es un órgano subsidiario de la CDH¹³ y está formado por representantes de los Estados Miembros. Como en otros órganos similares que se ocupan de derechos humanos, las organizaciones indígenas y otras organizaciones no gubernamentales reconocidas por el ECOSOC como entidades consultivas pueden tomar parte en sus actuaciones. No obstante, la resolución 1995/32 de la CDH también fija un procedimiento para la participación de organizaciones indígenas no reconocidas como entidades consultivas.

El proyecto de declaración que saldrá de dicho grupo de trabajo será el resultado de la negociación entre los representantes de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas, y de los estados, favoreciendo que sea aceptada ampliamente. Una vez aprobada, esta se constituirá en el principal

¹³ A diferencia del GTPI, que es subsidiario de la Subcomisión. De cualquier forma, el Consejo de Derechos Humanos podrá decidir, en su caso, una nueva ubicación.

instrumento para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ya que, aunque su contenido no obliga a los Estados, se ha comprobado que, incluso durante el proceso de discusión, su existencia ha sido fundamental para crear un ambiente internacional favorable al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas contenido en los artículos del proyecto inicial, y para mantener en la agenda internacional la necesidad de crear mecanismos específicos para ellos.

El proyecto inicial de la declaración está compuesto por 45 artículos y su preámbulo lo componen 19 párrafos. Después de más de una década de discusiones (las negociaciones han sido lentas y en varias ocasiones se ha retrasado la fecha prevista de aprobación) y se han modificado substancialmente un número importante de ellos.

En su 11ª sesión (diciembre 2005-enero 2006) se hicieron significativos progresos y se consideró que más de 35 artículos no necesitaban posteriores revisiones. El Presidente-relator se ofreció para preparar un texto sobre las bases de las discusiones en el que se reflejaran los acuerdos alcanzados y en el que propondría un consenso para el resto de artículos. La propuesta del Presidente Relator fue incluida en su informe a la CDH en su 62ª sesión (marzo 2006). No obstante, la posterior suspensión de la sesión y la creación del Consejo de Derechos Humanos han dejado en manos del Consejo cualquier decisión sobre su adopción¹⁴.

1.3. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas

En 2001, mediante la resolución 2001/57, la CDH, designó un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. En 2004, dicho mandato fue renovado por un nuevo periodo de tres años (resolución 2004/62). El antropólogo mexicano, Rodolfo Stavenhagen, ha sido el Relator Especial durante estos dos primeros mandatos.

Si bien el mandato del Relator Especial es amplio, su trabajo se ha concentrado principalmente en tres áreas: la investigación temática en cuestiones que tienen un impacto en la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas; visitas a países; y las comunicaciones con los gobiernos acerca de las alegaciones sobre violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas. A

¹⁴ Coincidiendo con la finalización del presente artículo y con la publicación del presente manual el recién creado Consejo de Derechos Humanos aprobó el proyecto de declaración, de manera histórica.

partir de 2005, una cuarta área se ha añadido a sus funciones, consistente en el seguimiento del grado de cumplimiento de las recomendaciones recogidas en sus informes previos.

Investigación temática: Para la elaboración de sus informes, el Relator Especial organiza actividades encaminadas a la obtención de información. Entre ellas destaca la organización de seminarios de expertos indígenas, sus comunicaciones con organizaciones indígenas y otras fuentes de información. En dichos informes el Relator Especial analiza la problemática, ejemplifica con situaciones nacionales y realiza recomendaciones específicas.

El primer informe temático (E/CN.4/2003/90) se centró en el impacto de los proyectos de desarrollo a gran escala sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas. El segundo informe temático (E/CN.4/2004/80) abordó la cuestión del acceso a la administración de la justicia por parte de los pueblos indígenas y el derecho consuetudinario indígena. El tercer informe temático (E/CN.4/2005/88) se centró en los obstáculos y las desigualdades a los que se enfrentan los pueblos indígenas en relación con el acceso y a la calidad de los sistemas educativos. Su informe principal de 2006 (E/CN.4/2006/78) analiza la cuestión de las reformas constitucionales, legislación e implementación de las leyes en materia de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas y la eficacia en su implementación, así como en la implementación de las diversas normas internacionales y decisiones de los organismos encargados de velar por el cumplimiento de los convenios y tratados relevantes en esta materia.

Visitas a los países: Un componente crucial del mandato del Relator Especial son las visitas a países con presencia de pueblos indígenas. Con ellas se busca abrir un diálogo constructivo con el Gobierno, las comunidades indígenas, y otras organizaciones relevantes, e informar a la CDH sobre la situación de los pueblos indígenas en dichos países. Estas visitas son una importante herramienta para incrementar la conciencia en la comunidad internacional.

En 2002, el Relator Especial emprendió visitas estatales a Guatemala (E/CN.4/2003/90/Add. 2) y las Filipinas (E/CN.4/2003/90/Add.3). En 2003 visitó México (E/CN.4/2004/80/Add.2) y Chile (E/CN.4/2004/80/Add.3). En marzo y mayo de 2004 respectivamente el Relator Especial visitó Colombia (E/CN.4/2005/88/Add.2) y Canadá (E/CN.4/2005/88/Add.3). En 2005 visitó Sudáfrica (E/CN.4/2006/78/Add.2) y Nueva Zelanda (E/CN.4/2006/78/Add.3). En 2006 espera visitar Ecuador y Kenya.

En los informes de dichas visitas, el Relator Especial analiza la situación y recoge recomendaciones dirigidas a los diferentes actores involucrados con los problemas de los pueblos indígenas.

Comunicaciones: Las principales comunicaciones que recibe el relator hacen referencias a violaciones de los derechos humanos y las libertades fun-

damentales de los pueblos indígenas. Sus fuentes principales de información son organizaciones no gubernamentales, organizaciones indígenas, organizaciones intergubernamentales y otros procedimientos de Naciones Unidas ocupados de la protección de los derechos humanos. Dicha información es analizada y el Relator decide las medidas a tomar para lo que solicita a las fuentes que incluyan la mayor cantidad de información posible sobre la violación y toda aquella documentación que pueda apoyar la alegación¹⁵. Las víctimas pueden ser individuos o comunidades enteras.

Los tipos principales de comunicaciones enviadas por el Relator Especial son las «peticiones urgentes» en caso de inminente peligro de violaciones de derechos humanos de individuos o comunidades indígenas. El Relator Especial también transmite «cartas de alegación» a los Gobiernos en casos de menor urgencia. Durante los últimos dos años, el experto de la CDH ha reforzado la coordinación con otros mecanismos especiales de derechos humanos y ha participado en comunicaciones conjuntas con otros mecanismos especiales de la Comisión. El seguimiento de los casos en los cuales su intervención ha sido solicitada es un asunto de particular preocupación para el Relator Especial y por lo tanto, un tercer tipo de comunicación está también bajo consideración (seguimiento de las cartas en comunicaciones tempranas). Tanto las peticiones urgentes como las cartas de alegación son confidenciales hasta su publicación en el informe anual del Relator Especial a la CDH.

Actividades de seguimiento: A partir de 2005 y de acuerdo con el mandato de la CDH (resolución 2005/51), el Relator Especial realiza un seguimiento del grado de cumplimiento de las recomendaciones recogidas en sus informes anuales y en sus informes a las visitas de los países. Dentro de estas actividades, destaca la implementación de un proyecto a tal fin en México-Guatemala.

I.4. *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (FPCI)*

La propuesta de crear un foro permanente enfocado a cuestiones indígenas fue oficialmente introducida en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Viena en 1993 y su establecimiento se convirtió en uno de los principales objetivos del programa de actividades del Decenio de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004).

Con este fin, se celebraron dos talleres organizados por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OAC-

¹⁵ El Relator Especial estableció un modelo para someter dicha información, accesible en la página Web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos www.ohchr.org

NUDH) en los que se analizó la conveniencia y posibilidad de establecer un foro permanente. El primero se celebró en Copenhague, en 1995 (cuyo informe se encuentra contenido en E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/7) y el segundo en Santiago de Chile en 1997 (documento E/CN.4/1998/11).

Asimismo, un estudio llevado a cabo por el Secretario General (informe A/51/493) recogió la importancia que para los pueblos indígenas tendría una institución de esas características por lo que recomendó el establecimiento de un foro permanente.

En 1999, se constituyó un grupo de trabajo *ad hoc* de la Comisión de Derechos Humanos para elaborar propuestas para la creación del FPCI (informe E/CN.4/1999/83), y que se reunió en febrero en Ginebra. Al año siguiente, se estableció un segundo grupo de trabajo *ad hoc* con el fin de completar la propuesta iniciada el año anterior y presentarla para su aprobación a la CDH (documento E/CN.4/2000/86).

Finalmente, en su 56º periodo de Sesiones (2000), la CDH decidió recomendar al ECOSOC el establecimiento de un FPCI. El 28 de julio del año 2000 el ECOSOC adoptó la resolución E/RES/2000/22 por la que se establecía el FPCI.

La función principal del FPCI consiste en servir como órgano asesor del ECOSOC con el mandato de examinar las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del ECOSOC relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. Esta tarea la realiza a través de tres acciones principales:

- Presta asesoramiento especializado y formula recomendaciones sobre las cuestiones indígenas a los órganos de Naciones Unidas en general y al ECOSOC en particular.
- Difunde las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promueve su integración y coordinación dentro del sistema de Naciones Unidas. Y
- Prepara y difunde información sobre cuestiones indígenas.

El FPCI celebra un período anual de sesiones y prepara un informe sobre sus actividades que es presentado ante el ECOSOC y distribuido ante las organizaciones internacionales, agencias gubernamentales y otros actores relevantes.

El FPCI está compuesto por 16 expertos independientes, 8 de los cuales son nominados por autoridades gubernamentales nacionales y 8 más nombrados por el presidente del ECOSOC siguiendo lo acordado en el proceso de consultas con las organizaciones indígenas y gobiernos. Todos los miembros desarrollan sus actividades durante un periodo de tres años con la posibilidad de volver a ser nombrados para un mandato adicional.

Dentro del trabajo del FPCI hay que diferenciar entre las sesiones, y los seminarios de expertos y otras acciones llevadas a cabo por el mismo.

Sesiones: Sin lugar a dudas, las sesiones son el momento central del trabajo del FPCI. En ellas, junto a los 16 expertos, centenares de representantes de pueblos, organizaciones y comunidades indígenas, así como miembros de diferentes agencias de Naciones Unidas y representantes gubernamentales, se reúnen durante 10 días hábiles en Nueva York. En los documentos preparatorios, las diferentes agencias de Naciones Unidas, a requerimiento del FPCI, presentan el trabajo realizado en el ámbito de los pueblos indígenas. Algunos gobiernos y ONGD exponen igualmente informes sobre los avances o problemas a los que se enfrentan los pueblos indígenas, políticas, estrategias de cooperación, etc. Durante las reuniones, los participantes exponen sus demandas sobre las diferentes cuestiones particulares que se tratan en el plenario.

La primera sesión del FPCI tuvo lugar en 2002. En ella se decidió que a cada sesión del FPCI se le dotaría de un tema central, aunque también se reservaría espacio para analizar otras cuestiones de especial relevancia para los pueblos indígenas que estuvieran incluidas en su mandato. Dentro de ellas, los temas referidos a derechos humanos han ocupado un lugar preeminente en todas las sesiones celebradas hasta la fecha.

Las cuestiones temáticas analizadas hasta el momento por el FPCI han sido juventud e infancia indígena (2003), mujeres indígenas (2004), objetivos de desarrollo del milenio (objetivos I y II) y los pueblos indígenas (2005), y objetivos de desarrollo del milenio: redefiniendo los objetivos de desarrollo del milenio (2006).

En sus informes, el FPCI realiza recomendaciones, si bien estas no son obligatorias. La mayor parte de las recomendaciones van dirigidas al sistema de Naciones Unidas, aunque también hay otras dirigidas a los estados y a los propios pueblos indígenas.

Durante los 10 días hábiles del FPCI se organizan una serie de eventos paralelos. En ellos, se preparan acuerdos entre los diferentes actores, se discuten aspectos específicos, se presenta el trabajo realizado y se informa de los programas existentes... en pocas palabras, es un lugar de reunión y concertación fundamental entre los pueblos indígenas, agencias de desarrollo y las agencias de Naciones Unidas.

Talleres y seminarios: Junto a las sesiones, el FPCI organiza a lo largo del año talleres y seminarios de expertos en los que se analizan cuestiones relevantes para los pueblos indígenas. Algunos de estos talleres y de los documentos resultantes, se han mostrado fundamentales dentro del sistema internacional para el desarrollo de nuevos conceptos para la protección de los pueblos indígenas. Especialmente relevantes han sido los talleres sobre Conocimientos Tradicionales (21-23 septiembre 2005), sobre la recolección de datos desagregados para los pueblos indígenas (19-21 de enero de 2004) y sobre metodologías enfocadas al libre e informado consentimiento previo (17-19 de enero de 2005), entre otros.

IASG: Además, el FPCI cuenta con el apoyo del Grupo Interagencial para las Cuestiones Indígenas (IASG), que se analizará posteriormente, y que informa de sus reuniones al FPCI.

1.5. Otras acciones relevantes: los fondos de contribuciones voluntarias

El **Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas** se estableció en 1985 mediante la resolución 40/131 de la Asamblea General. El propósito inicial del Fondo era prestar asistencia financiera a los representantes de las comunidades y organizaciones indígenas para participar en las deliberaciones del GTPI. Posteriormente, en virtud de la resolución 50/156 (1995) la Asamblea General decidió que el fondo también se utilizase para financiar la asistencia de representantes de pueblos y organizaciones indígenas en las deliberaciones del GTPD, y, tras la resolución 56/140 de la Asamblea General (2001) se amplió su mandato para que financiara también la asistencia de los representantes de pueblos y organizaciones indígenas a las sesiones del FPCI. Los fondos se obtienen de Gobiernos, ONGs y de otras entidades públicas y privadas. Anualmente el Fondo financia alrededor de 100 ayudas de viaje por un monto aproximado de 500.000 USD. Los beneficiarios de dichas ayudas son seleccionados por una junta de síndicos formada por 5 expertos independientes que, en la práctica, suelen ser representantes de organizaciones y pueblos indígenas.

Los **Fondos de Contribuciones Voluntarias para el Primer y Segundo Decenio**¹⁶ fueron creados en virtud de las resoluciones 48/163, 49/214 y 50/157; y 59/174 respectivamente. La función de ambos fondos es la de respaldar el programa de actividades de ambas décadas y prestar asistencia financiera a proyectos y programas que sirvan para promover los objetivos de los decenios. Si bien la secretaría del Fondo para el Primer Decenio se encontraba en la OACNUDH, la del Fondo para el segundo Decenio se encuentra en el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DESA).

1.6. El programa de becas de la OACNUDH

En 1997, OACNUDH estableció un programa de becas para formar a representantes y miembros de organizaciones indígenas en el ámbito de los derechos humanos. El objetivo de estos programas es formar a personas im-

¹⁶ El Fondo de Contribuciones Voluntarias para el Primer Decenio fue clausurado al finalizar la primera década y fue sustituido por el Fondo de Contribuciones Voluntarias para el Segundo Decenio, que inició su labor en 2005.

plicadas en la protección de los derechos de los pueblos indígenas para que, una vez concluido el periodo formativo, regresen a sus comunidades o a sus organizaciones y puedan entrenar ellos mismos a otros representantes indígenas en el ámbito de los derechos humanos. Es importante señalar que los propios representantes indígenas han indicado en más de una ocasión la importancia y utilidad que para ellos tienen los programas de becas.

En la actualidad, existe programas de becarios para anglófonos, hispanófonos (en colaboración con la Universidad de Deusto, España), francófonos (en colaboración con la Universidad de Dijon), y rusófonos (en colaboración con la organización Raipon).

II. Otros mecanismos de derechos humanos de especial relevancia para los pueblos indígenas

Un análisis del sistema de protección de los derechos de los pueblos indígenas sería incompleto si, junto a los mecanismos anteriormente mencionados, no se hiciera referencia a otros mecanismos que, si bien tienen un ámbito de aplicación general, se han mostrado extremadamente útiles para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Básicamente, se pueden diferenciar tres tipos de mecanismos: los organismos convencionales, los mecanismos especiales (Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos principalmente) y el Fondo Fiduciario de contribuciones voluntarias para luchar contra las formas contemporáneas de esclavitud.

II.1. *Los organismos convencionales*

Los organismos convencionales son creados gracias a una convención. Su función consiste en comprobar el cumplimiento de los principios recogidos en los pactos o convenios que los crearon. Las disposiciones recogidas en estos convenios, derivados de la Declaración Universal de los derechos Humanos, son, en la práctica, los más utilizados para proteger los derechos de los pueblos indígenas y forman parte del marco normativo en defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Estos comités están compuestos por expertos independientes y su función consiste en supervisar el cumplimiento de los convenios y tratados por los que se crean, aunque cada uno tiene su propia especificidad derivada de las disposiciones de su respectivo Convenio.

Dentro de ellos, destaca el **Comité de Derechos Humanos**. El Comité de Derechos Humanos se estableció en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (firmado en 1966 y que entró en vigor

en 1976). Su mandato se ha visto ampliado por el Primer (1966) y Segundo (1985) Protocolo Facultativos. Los Estados deben presentar un informe sobre el grado de cumplimiento de las disposiciones del pacto al año de su adhesión y luego siempre que el Comité lo solicite (por lo general, cada cuatro años o cada cinco años). El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de «observaciones finales». Las cuestiones indígenas han sido analizadas en dichas observaciones finales. A modo de ejemplo, en 2005, de las observaciones finales de los 15 informes presentados por los estados partes, 3 contenían referencias a pueblos indígenas. Asimismo, el Comité elabora comentarios generales en los que interpreta el contenido de los artículos referidos a los derechos humanos. Hasta 2006, el Comentario General 27 (libertad de movimientos) y el 23 (Derechos de las minorías) hacen referencias expresas a los pueblos indígenas. La Convención establece otros tres mecanismos mediante los cuales el Comité desempeña sus funciones de supervisión: el procedimiento de alerta temprana, el examen de las denuncias entre los Estados y el examen de las denuncias de particulares, en los que también ha prestado especial atención a las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) también ha prestado una especial atención a la situación de los pueblos indígenas. El CEDR es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por sus Estados Partes (1965). Los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se realizan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes un año después de su adhesión a la Convención y luego cada dos años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de «observaciones finales». Así en 2005, de las observaciones finales a los 16 informes que recibió el comité, 6 hacían referencia a pueblos indígenas. La Convención establece otros tres mecanismos mediante los cuales el Comité desempeña sus funciones de supervisión: el procedimiento de alerta temprana, el examen de las denuncias entre los Estados y el examen de las denuncias de particulares, en los que también ha prestado especial atención a las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. Al igual que el Comité de Derechos Humanos, el CEDR también publica su interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos, en forma de recomendaciones generales (u observaciones generales). Especialmente relevante es la Observación General 23, sobre los derechos de los pueblos indígenas y la Observación General número 24 informando de personas pertenecientes a diferentes razas, nacionalidades/grupos étnicos o pueblos indígenas. Además, las Observaciones Generales número 31 (prevención de la discriminación racial en la administración y funcionamiento del sistema de justicia criminal) y número 25 (discriminación racial ligada al

género) hacen referencia a pueblos indígenas. Finalmente, el CEDR organiza debates temáticos sobre cuestiones de especial relevancia para los principios contenidos en la Convención. En dichos debates se solicita información y puntos de vista a los estados, las ONGD y OIG y las discusiones son públicas. En la Declaración en la prevención del genocidio (CERD/C/66/1) se hace especial mención a los pueblos indígenas aunque las cuestiones indígenas también aparecieron en el debate de la Discriminación basada en el nacimiento.

El **Comité de los Derechos del Niño** es el órgano convencional que supervisa la aplicación por los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁷ y de los dos protocolos facultativos de la Convención. Los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de «observaciones finales». En dichas observaciones finales, los derechos de los niños indígenas suelen ser analizados con detenimiento. Así, en 2005, en 9 de los 27 informes presentados hacen referencia a la situación de los niños indígenas. Este Comité no puede examinar denuncias de los particulares, aunque se pueden plantear cuestiones relacionadas con los derechos del niño ante otros comités con competencia para examinar denuncias de los particulares. El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general. En 2003, organizó el debate sobre «los derechos de los niños indígenas». En la actualidad, el Comité está preparando un comentario general sobre los niños indígenas.

El **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y el **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer** (creado en virtud de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) también han atendido, aunque de forma menos sistemática, la situación de los pueblos indígenas. El recientemente creado **Comité sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CMW)** (creado en virtud de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares) podrá asimismo analizar las cuestiones de los migrantes indígenas.

¹⁷ Es necesario hacer una referencia al artículo 30 de esta Convención, base de la educación intercultural bilingüe. En él se afirma que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma».

II.2. *Mecanismos Especiales de la CDH*

Dentro de estos mecanismos especiales, un gran número de **Relatores Especiales de la CDH** y los **Representantes del Secretario General** en diversos ámbitos han analizado la situación de los pueblos indígenas.

Si bien el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas tiene un mandato transversal (es decir, atiende cualquier tipo de violación de derechos humanos que afecte a una persona indígena o una comunidad por el hecho de ser indígena), la inmensa mayoría de los Relatores Especiales y de los Representantes del Secretario General tienen un mandato limitado a un ámbito específico (por ejemplo, violencia contra las mujeres, independencia de jueces y magistrados, libertad de religión, etc.). Por ello, a partir de 2002, la mayor parte de las comunicaciones enviadas por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas son comunicaciones conjuntas con otros relatores especiales y representante del secretario general puesto que las violaciones a las que hacen referencia suelen incluir varios mandatos. Así mismo, en sus visitas a países donde la presencia de pueblos indígenas es importante, algunos de estos Relatores Especiales se han reunido con organizaciones y representantes indígenas y han incluido en sus informes referencias a la situación de los pueblos indígenas. Especialmente relevante son ciertos informes de los Relatores Especiales sobre violencia contra la mujer, sobre la vivienda apropiada, sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sobre los derechos humanos de los migrantes, sobre el derecho a la educación, y sobre el derecho a la alimentación, entre otros.

En cuanto a los Representantes del Secretario General, destacan, entre otros, el Representante General de los Defensores de los Derechos Humanos, por su activa labor en defensa de las organizaciones y defensores de los derechos humanos de los indígenas, y el Representante del Secretario General sobre las personas internamente desplazadas, quien, en 1998, presentó a la CDH para su aprobación los «Principios Rectores de los desplazamientos internos», resultado de un largo estudio (E/CN.4/1996/52/Add.2 y E/CN.4/1998/53/Add.1) y que fueron aprobados por la CDH (E/CN.4/1998/53/Add.2). El principio número 9 está dedicado específicamente a los pueblos indígenas¹⁸.

¹⁸ «Los Estados tienen la obligación específica de tomar medidas de protección contra los desplazamientos de pueblos indígenas, minorías, campesinos, pastores y otros grupos que experimentan una dependencia especial de su tierra o un apego particular a ella».

II.3. *Otros fondos y fuentes de ayuda*

El Fondo Fiduciario de contribuciones voluntarias para luchar contra las formas contemporáneas de esclavitud fue creado por la Asamblea General en 1991 (A/RES/46/122) con los objetivos de prestar asistencia financiera a los representantes de las ONGD para que participen en las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud y de prestar ayuda humanitaria, jurídica y financiera a las personas cuyos derechos humanos hayan sido objeto de graves violaciones como resultado de formas contemporáneas de esclavitud. Es esta última función la que más influencia ha tenido en los pueblos indígenas puesto que un número importante de sus beneficiarios pertenece a pueblos indígenas. Las ayudas financieras del fondo son cantidades modestas (entre 5.000 y 15.000 USD).

Por otro lado, la OACNUDH ha establecido un presupuesto para los «ACT». Los ACT otorgan modestas ayudas económicas para la implementación de proyectos y talleres con el fin de mejorar la formación en derechos humanos de grupos concretos de personas o que favorezcan el respeto de los derechos humanos. Algunos de estos ACT han tenido a los pueblos indígenas como beneficiarios.

II.4. *La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

La OACNUDH actúa como secretaria del GTPI, GTPD, del Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas, del Fondo de Contribuciones Voluntarias para el Primer Decenio, del Fondo Fiduciario de contribuciones voluntarias para luchar contra las formas contemporáneas de esclavitud, de los órganos convencionales anteriormente mencionados, financia los proyectos ACT y asiste al Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas y al resto de relatores especiales y a los representantes del secretario general.

Igualmente, la OACNUDH asesora a otras agencias del sistema de Naciones Unidas en la elaboración de políticas específicas para los pueblos indígenas, organiza talleres de formación sobre la protección de derechos de los pueblos indígenas, implementa proyectos propios enfocados a su protección y hace un seguimiento de los avances que en la protección de derechos humanos de los indígenas se llevan a cabo en el ámbito internacional. Asimismo ha establecido oficinas nacionales y regionales que vigilan el cumplimiento de los derechos humanos.

En los últimos años, la OACNUDH ha aumentado su presencia sobre el terreno, ha incluido en sus programas nacionales actividades enfocadas a la

protección de los derechos de los pueblos indígenas y ha asistido a gobiernos en estos asuntos. Actualmente, los programas de la OACNUDH en Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Camboya, África Central y Nepal tienen acciones específicas enfocadas a la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

III. Otras agencias del Sistema de Naciones Unidas y Conferencias internacionales

III.1. *Organismos y agencias del Sistema de Naciones Unidas*

En la actualidad, la mayor parte de los organismos y agencias especializadas de Naciones Unidas han establecido mecanismos, políticas o guías específicas para dirigir sus acciones en aquellos temas que puedan afectar a los pueblos indígenas.

A comienzos de los años 90 se estableció de manera informal un **Grupo de Apoyo Interagencial (IASG)** para los pueblos indígenas entre la OACNUDH (antes Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas) y la Oficina Internacional del Trabajo. Rápidamente se convirtió en un foro para que una serie de agencias y organismos de Naciones Unidas intercambiaran información y mejoraran su cooperación en el ámbito de los pueblos indígenas.

En 2000, con la discusión sobre el establecimiento del FPCI, el IASG formalizó su estructura y se fijaron sus funciones para apoyar con mayor eficacia la promoción del mandato del FPCI de la ONU dentro del sistema de Naciones Unidas, asignándose las siguientes funciones:

- analizar las recomendaciones elaboradas por el FPCI con la visión de facilitar de forma comprensiva y coordinada la respuestas al FPCI,
- analizar las recomendaciones enviadas por el FPCI al sistema de Naciones Unidas, y
- facilitar respuestas comprensivas y coordinadas a nivel nacional, regional e internacional.

Actualmente, la IASG está compuesta por representantes de las Agencias de Naciones Unidas y de otros organismos internacionales que realizan actividades que afectan a los pueblos indígenas y en la actualidad se ha convertido en un punto central de interlocución e información entre agencias. Desde 2003, en sus reuniones, se han elaborado informes donde se presentan recomendaciones sobre temas claves para los pueblos indígenas (como el derecho al libre e informado consentimiento previo). En 2005, 24 agencias y organismos de Naciones Unidas, junto con el Banco Interamericano de

Desarrollo, la Unión Europea y el Fondo para el desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe participaron en la IASG.

Otro ámbito donde la cooperación interagencial se ha mostrado más fructífero es la **Red Interagencial para la mujer y la igualdad de género (IANWGE)**, quien recientemente estableció un grupo de trabajo específico que se encarga de analizar la situación de la mujer indígena. En 2006, publicó un informe de buenas prácticas basado en las experiencias de los diferentes organismos y agencias en su trabajo con las mujeres indígenas.

Sin embargo, ha sido en el ámbito de las Conferencias de las Partes de **los convenios medioambientales** de Naciones Unidas, especialmente del Convenio de la Diversidad Biológica (CDB) en lo referente al Artículo 8j y disposiciones conexas, donde se han logrado los mayores avances en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. En el seno de dichos convenios, se ha creado el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad, que tiene un carácter asesor de las conferencias de las partes.

En cuanto a los organismos y agencias específicas de Naciones Unidas, es sin duda la Organización Internacional del Trabajo (OIT) donde las cuestiones indígenas han alcanzado una mayor importancia. Esto no se debe únicamente a la adopción del convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, sino por la activa labor que han llevado a cabo para su implementación (principalmente a través del programa Pro-169).

El **Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)**, amén de financiar varios proyectos especialmente enfocados a los pueblos indígenas, elaboró, en 2001, el documento *El PNUD y los pueblos indígenas: una política de compromiso*, donde se recogen principios sobre los que esta agencia trabaja con los pueblos indígenas. Así mismo, el Informe de Desarrollo Humano de 2004 tuvo como tema central la libertad cultural.

El **Banco Mundial** fue la primera organización financiera mundial en establecer una política operativa específicamente enfocada a los pueblos indígenas (en 1982). En 2005, el Banco Mundial actualizó dicha política y publicó la Directiva Operacional 4.10. Por su parte, el Banco Interamericano de Desarrollo elaboró en 2004 una «política operativa sobre pueblos indígenas» (GN-2296) y la Corporación Financiera Internacional (del grupo del Banco Mundial) emitió en abril 2006 unas directrices específicas para guiar su trabajo con los pueblos indígenas (*Guidance Note* no 7).

La **Organización Mundial de la Salud** también ha trabajado intensamente con los pueblos indígenas con el fin de hacer compatible la medicina tradicional con la biomedicina. Así, en 2001, publicó la *Estrategia de la Organización Mundial de la Salud sobre medicina tradicional 2002-2005*.

Por su parte, la **UNESCO**, ha elaborado una serie de declaraciones sobre la protección de los derechos culturales, en los que se reconoce la importancia de los pueblos indígenas. Entre ellas, destaca la Declaración Universal sobre la

Diversidad Cultural y Orientaciones Principales de un Plan de Acción para la aplicación de la Declaración (2001). En estas Orientaciones principales, se establece que los Estados miembros se comprometen a tomar una serie de medidas, entre las que destaca «14. Respetar y proteger los sistemas de conocimiento tradicionales, especialmente los de los pueblos indígenas; [...] y favorecer las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales», y que fue la base para la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (2005). Así mismo, la UNESCO participa junto con la OACNUDH en el programa de becas anteriormente mencionado.

La **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)** ha establecido el Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos Genéticos, conocimientos tradicionales y folclore, de especial importancia para los pueblos indígenas y en el que participan representantes indígenas.

El **Instituto de Naciones Unidas para la Investigación y la Formación (UNITAR)** viene organizando un importante número de seminarios y talleres especialmente enfocados para los pueblos indígenas, que se han mostrado de gran utilidad.

Asimismo, el **Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)** ha establecido, especialmente en el ámbito latinoamericano, varios programas específicamente enfocados para los niños indígenas y ha establecido puntos focales para garantizar la adecuada toma en consideración de su especificidad.

El **Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)** se ha mostrado especialmente activo en su trabajo a favor de los pueblos indígenas. Si bien no ha establecido políticas específicas para los pueblos indígenas, es una de las agencias que con mayor frecuencia ha trabajado con los pueblos indígenas y que ha respetado y promocionado los principios y derechos de los pueblos indígenas.

Si bien los organismos y agencias anteriormente mencionadas pueden considerarse las que han llevado a cabo una labor más destacada en relación con los pueblos indígenas, se puede afirmar que la práctica totalidad del resto de agencias de la ONU, trabajan en mayor o menor medida tomando en consideración la especificidad de los pueblos indígenas, han financiado actividades enfocadas a los pueblos indígenas o han establecido mecanismos particulares.

III.2. *Conferencias internacionales*

El último ámbito dentro del sistema de Naciones Unidas donde se ha analizado las cuestiones indígenas ha sido en las diferentes conferencias internacionales de los años 90. A pesar de que no siempre han sido utilizadas para proteger los derechos de los pueblos indígenas, su mención reiterada y la existencia

de artículos especialmente dedicados a su situación ha permitido su visibilización y les ha otorgado medidas adicionales de protección. Las más importantes de estas conferencias y de sus programas de acción para los pueblos indígenas son la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena 1993)¹⁹, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo 1994)²⁰, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague 1995)²¹, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995)²², la Conferencia de Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Estambul 1996)²³, la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (Roma 1996)²⁴, la Conferencia intergubernamental sobre políticas culturales para el desarrollo (Estocolmo 1998)²⁵, la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban 2001)²⁶, la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo 2002)²⁷, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (2003)²⁸ y la Convención sobre la Protección de la Diversidad de los Contenidos Culturales y las expresiones artísticas de la UNESCO (Copenhague 2005)²⁹.

Conclusión

El sistema de Naciones Unidas, sobre todo a partir de los años 90, se ha dotado de una serie de mecanismo especialmente enfocados al reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

¹⁹ Los párrafos 20, 28, 29, 30, 31 y 32 del informe de la conferencia hacen especial mención de los pueblos indígenas.

²⁰ Dedicar el Capítulo VI de su programa de acción a los pueblos indígenas.

²¹ Los artículos 26m y 29, y el cuarto compromiso f y sexto compromiso g de la Declaración, así como los párrafos 12i, 19, 32f, 35e, 39g, 54c, 61, 67, 74h y 75g se dedican a los pueblos indígenas.

²² Dedicar el párrafo 32 de la Declaración y los párrafos 8, 32, 34, 46, 58q, 60a, 61c, 83n, 83o, 89, 106c, 106y, 109b, 109j, 116, 167c, 175f, 190g, 225, 230o, 233a, 250, 253a, 253c, 256a, 256c y 256f de su plataforma de acción a los pueblos indígenas.

²³ El Programa de Hábitat II, surgido de la Conferencia, recoge la especificidad de los pueblos indígenas en los párrafos 14, 38, 40l, 40m, 43r, 45h, 76m, 103, 105, 116b, 122, 122b, 122c, 122d, 136c, 164, 167^a, 182h, 184c y 213

²⁴ Los párrafos 14d, 26 y 35d del plan de acción mencionan a los pueblos indígenas.

²⁵ El objetivo de políticas recomendadas 4.1. señala la especificidad de los pueblos indígenas.

²⁶ Especialmente importantes fueron las reuniones regionales, en las que los pueblos indígenas tuvieron una participación muy activa. En la Declaración: los párrafos 14, 22, 23, 24, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 73 y 103, así como los párrafos 5-23, 50, 78j, 117 y 203-209 del plan de acción se focalizan en los pueblos indígenas.

²⁷ Recoge en el párrafo 25 de la Declaración y en los párrafos 7e, 7h, 38i y 70c del plan de aplicación la cuestión de los pueblos indígenas.

²⁸ Se señala la importancia de los pueblos indígenas en este proceso.

²⁹ En los párrafos 3 y 7.1a se refieren a los pueblos indígenas.

Esta protección no sólo se lleva a cabo en los mecanismos específicos creados para los pueblos indígenas, sino que la utilización de otros mecanismos generales se ha mostrado igualmente útil. Asimismo, la legislación existente que afecta a pueblos indígenas no se reduce a acuerdos específicos dirigidos a ellos, sino que tanto en la mayor parte de las convenciones de los últimos años se hace referencia expresa a los pueblos indígenas.

No obstante, es necesario resaltar que paralelamente a este proceso, muchos Estados han realizado avances importantes en el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas y de sus derechos, especialmente en el ámbito de sus tierras y recursos, de la administración de justicia y de la educación intercultural bilingüe, entre otros.

Mucho queda por hacer tal y como refleja la decisión de establecer, mediante una resolución en 2004 (A/RES/59/174), un Segundo Decenio Internacional de los pueblos indígenas del mundo. Su establecimiento indica que los Estados asumen la necesidad de combatir la pobreza, la marginación y la discriminación que siguen sufriendo cotidianamente la mayoría de los pueblos indígenas. Es necesario resaltar que, tal y como ha señalado el Relator Especial en su informe de 2006 al Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2006/78), el verdadero desafío para acabar con esta discriminación no reside tanto en la creación de mecanismos de protección y de normativa, como en su efectiva implementación en el terreno.

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Magdalena Gómez

Introducción

En este texto explicaré el contenido, los alcances y las limitaciones del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, aprobado en 1989 por la Organización Internacional del Trabajo(OIT).

La OIT se creó en 1919 en el contexto de la post-guerra, es decir, después de la Primera Guerra Mundial. El papel de la OIT sería promover la justicia social, el derecho a la libre sindicación, el derecho a la negociación colectiva. Está muy ligada a la creación de una serie de normas reguladoras del trabajo. La OIT es un organismo tripartito porque está formado por los Estados Miembros y por delegaciones de patrones y de trabajadores.¹

Desde los años 20 fue surgiendo en esta Organización la preocupación por el mundo rural². Esto permitió que se fuera evidenciando que había fenómenos sociales en el campo muy parecidos a los campesinos, pero que no eran iguales. Por eso, en 1957, se aprobó un convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, conocido como el Convenio 107. Este convenio fue muy importante en aquél momento porque era la primera vez que un organismo internacional planteaba lineamientos respecto a los indígenas.

Una de las más importantes funciones de la OIT es la adopción de convenciones y recomendaciones que establecen normas internacionales. De los Convenios se derivan obligaciones, para los Estados miembros que los

¹ La Conferencia Internacional del Trabajo es la máxima autoridad de la OIT, está compuesta de delegados de cada país miembro: dos del Estado Miembro, uno en representación de los trabajadores y otro en representación de los empleadores.

² Actualmente una serie de convenios de la OIT se refieren a los trabajadores del campo. Por ejemplo, el Convenio sobre Plantaciones, 1958 (Num. 110), el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación 1958. (Num. III), el Convenio sobre política del empleo 1964, (Num. 122) y el Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 (Num. 141).

ratifican, de poner en vigor sus disposiciones. Mientras que las recomendaciones son fuente de orientación para la política, la legislación y las prácticas nacionales.

Todo convenio debe aplicarse a partir de que su vigencia se inicia, siempre y cuando no se elabore y apruebe un nuevo convenio que lo revise y sustituya. Por ejemplo, el Convenio 107 es de 1957, fue revisado en 1989 y fue sustituido por el Convenio 169 que entra en vigor a partir de septiembre de 1991.

Según las normas de la OIT, existe el procedimiento de DENUNCIA diez años después de ratificado un convenio. En este caso, denunciar un convenio significa romper el compromiso de aceptar su vigencia. Cuando esto sucede, el Estado Miembro debe comunicarlo, mediante un acta, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo para su registro legal.

De no ser así, el Estado miembro queda obligado por otro período de diez años, de manera automática. Es decir, no se necesita hacer ningún trámite. Simplemente, al no denunciar, se da por aceptada la vigencia por otra década. Así, cada diez años, se tiene esa posibilidad de denuncia.

Un efecto inmediato de la ratificación, por ejemplo del 169, es que los Estados Miembros se comprometen a adecuar la legislación nacional y a desarrollar las acciones pertinentes, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Esto es una base para que la OIT solicite anualmente información a los Estados Miembros. En la primera memoria después de la ratificación se pide que se diga ARTICULO POR ARTICULO del Convenio ¿que se ha hecho? ¿Que resultados se obtuvieron? En las Memorias de los años siguientes simplemente se agregará qué nuevas medidas se han tomado. Se deberán presentar documentos o estadísticas que acrediten o respalden la información. También el Estado Miembro deberá entregar copia de la memoria a los representantes de patrones (empleadores) y de trabajadores en el país. En caso de recibir observaciones, las hará llegar a la OIT.

La OIT cuenta en su estructura con Órganos de Control como son la Comisión de Expertos y la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia.

La Comisión de Expertos se integra por veinte personas reconocidas en el ámbito internacional. Por ejemplo, juristas, jueces de corte. Ellos analizan, año con año, las Memorias enviadas por los Estados Miembros

Si un Estado Miembro no cumple un convenio, la OIT cuenta con ciertos mecanismos de presión diplomática indirecta. El hecho de informar en la Reunión Anual, o de incluir en la Memoria Global de la OIT, la lista de Estados Miembros que no han cumplido ya constituye una sanción. Sin embargo, puede suceder que un Estado Miembro cumpla ante la OIT enviando informes meramente administrativos. Es decir, que no reflejen la realidad.

Por otra parte; este tipo de Convenios contiene normas muy generales, de las llamadas programáticas. Por ello se debe buscar que el Estado cumpla con su obligación de modificar la legislación nacional, para incluir medidas que obliguen a realizar acciones concretas. Es decir, normas de las llamadas autoejecutorias.

De la integración a la participación

El Convenio 107 de la OIT aprobado en 1957, reflejó la política que era dominante en aquel tiempo, es decir, la del paternalismo y la integración o asimilación, en el marco de un ideal proteccionista. Esto significa que, al asumirse ciudadanos los miembros de los pueblos indígenas, tenderían a desaparecer los pueblos indígenas como tales. En este convenio, por primera vez a nivel internacional, se utilizó el concepto de población indígena como colectividad, y se estableció que los miembros de las poblaciones tienen derecho a la igualdad como cualquier otro ciudadano. También les reconocieron una serie de derechos específicos, por ejemplo, la noción del derecho colectivo a la tierra, el derecho a la educación en lengua materna. Y abordó desde entonces el llamado derecho consuetudinario. Es decir, reconoce las costumbres y las formas en que los pueblos resuelven tradicionalmente una serie de conflictos en la comunidad. Para aquella época estos reconocimientos eran avanzados. Sin embargo, al buscarse la integración o asimilación a la sociedad nacional, esos reconocimientos perdían fuerza y se atentaba contra la supervivencia de los pueblos indígenas.

En la década de los ochenta la visión de la integración y el paternalismo era abiertamente insostenible ante el empuje del movimiento indígena en busca del reconocimiento a su autonomía y libre determinación. La OIT inició un proceso en busca de la revisión del convenio 107 y pronto dio cuenta de la necesidad de elaborar un nuevo convenio.

En las discusiones para aprobar el Convenio 169, que sustituyó al 107, la oficina de la OIT en Ginebra impulsó la presencia de algunas organizaciones indígenas como observadoras³. Sin embargo, no puede afirmarse que dicho proceso haya sido muy participativo a nivel de las organizaciones indígenas.

La conferencia número 76a. logró la aprobación del texto del convenio 169 en su sesión del día 27 de junio de 1989, con 328 votos en favor, 1 en contra y 49 abstenciones. Dentro de las posibilidades que ofrece este Convenio encontramos que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos

³ Por ejemplo el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, el Consejo Indio de Sudamérica, la Conferencia Circumpolar Unit, el Consejo Internacional de los Cuatro Vientos, la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica, y el Consejo Nórdico

para el orden interno en casi todo el sistema constitucional. Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales. De esta naturaleza el sujeto de derecho, el pueblo indígena, se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la auto identificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat. Sus limitaciones están dadas en las restricciones y alcances de los conceptos de pueblo, territorio y la ausencia del reconocimiento a la libre determinación y autonomía además de que por la naturaleza de un convenio que siendo internacional debe perfilar criterios tan generales (que permitan su adaptación a las diversas situaciones de los países integrantes de la OIT.

Las dos primeras ratificaciones fueron otorgadas por Noruega y México. A partir del mes de septiembre de 1991, el convenio 169 entró en vigor. Por lo tanto, dejó de existir la posibilidad de ratificar el convenio 107 para los países que nunca lo hicieron.

RATIFICACIONES DEL CONVENIO 169

País	Fecha de ratificación	Situación
Argentina	03:07:2000	ratificado
Bolivia	11:12:1991	ratificado
Brasil	25:07:2002	ratificado
Colombia	07:08:1991	ratificado
Costa Rica	02:04:1993	ratificado
Dinamarca	22:02:1996	ratificado
Dominica	25:06:2002	ratificado
Ecuador	15:05:1998	ratificado
Fiji	03:03:1998	ratificado
Guatemala	05:06:1996	ratificado
Honduras	28:03:1995	ratificado
México	05:09:1990	ratificado
Noruega	19:06:1990	ratificado
Países Bajos	02:02:1998	ratificado
Paraguay	10:08:1993	ratificado
Perú	02:02:1994	ratificado
República Bolivariana de Venezuela	22:05:2002	ratificado

Estructura del Convenio 169

Primero contiene un preámbulo. O sea una explicación sobre las consideraciones más importantes que se tuvieron presentes al elaborar el Convenio. Luego, se integra por ocho partes de contenido y dos de disposiciones generales y finales. Este es el índice del Convenio 169:

Preámbulo, Parte I. Política General, (Artículos 1ro. al 12); Parte II. Tierras, (Artículos 13 al 19), Parte III. Contratación y Condiciones de Empleo. (Artículo 20), Parte IV. Formación Profesional, Artesanías e Industrias Rurales., (Artículos 21 al 23), Parte V. Seguridad Social y Salud., (Artículo 24 y 25), Parte VI. Educación y Medios de Comunicación., (Artículos 26 al 31) Parte VII. Contactos y Cooperación a través de las fronteras. (Artículos 32), Parte VIII. Administración (Artículo 33), Parte IX. Disposiciones Generales, (Artículos 34 y 35), Parte X. Disposiciones finales, (Artículos 36 al 44).

De su contenido es importante destacar el concepto de pueblo indígena, el derecho a la consulta, a la tierra, al territorio, las normas relativas a la justicia tanto del estado como la que históricamente practican estos pueblos.

El pueblo indígena como sujeto de derecho

Este primer artículo fue uno de los más debatidos durante el proceso de elaboración del Convenio. Para el derecho internacional y para los Estados Miembros de la OIT, el uso del concepto de pueblo despierta muchas preocupaciones. Por ello, el Convenio 107 se refería a «poblaciones» y no a «pueblos».

Durante las discusiones, para la elaboración del Convenio, el representante de nuestro país opinó que se debía utilizar el término pueblos «para hablar el mismo lenguaje con las organizaciones internacionales, pero sobre todo con los propios indios»*. Sin embargo, hubo gobiernos que consideraron al Convenio como «perjudicial» para la soberanía de los Estados. Algunos sostuvieron que hablar de «pueblos» podía conducir a la desintegración de muchos de los Estados Miembros, y al debilitamiento de su unidad nacional.⁴

Estas posturas se reflejan en el contenido del artículo primero:

1. El presente convenio se aplica:

- A. A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan 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;

⁴ P. 19 VI-2 Memoria de la OIT sobre revisión del Convenio 107, informe VI-2 Pág. 19

- B. A los pueblos en países independientes, 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 la colonización o del 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.
2. 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.
 3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Este último párrafo ha sido severamente cuestionado de parte indígena pues significa que el Convenio no otorga el derecho a la autonomía y libre determinación a los pueblos indígenas, situación contraria a la que establecen los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y el relativo a los Derechos Económicos y Sociales. Lo que sucede es que para el Derecho Internacional, hasta ahora, «Pueblo» es casi igual que una nación o un país. Por lo tanto, pueblo (en el convenio) no es igual a autodeterminación política.

Los indígenas ante el derecho y el derecho de los indígenas

Este tema lo aborda el Convenio, en sus artículos del 8 al 12, dentro del capítulo primero que se refiere a Política General. El contenido particular de éstos artículos se refiere a la administración de justicia, tanto a la que aplica el Estado, como la que se ejerce al interior de los pueblos indígenas y tribales. Se habla del derecho a conservar el orden normativo interno que rige en los pueblos indígenas y tribales.

En este apartado encontramos algunas limitaciones: PRIMERA: Dice el artículo 8: «Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario». No dice que se juzgará con base en las «costumbres», dice que se tomarán en cuenta. Por otra parte si bien los pueblos indígenas han hablado de su «costumbre» como una estrategia para ocultar que han practicado su justicia y su derecho al margen o aún en contra del derecho oficial en sus países, el convenio no les permite reivindicar por su nombre al derecho propio, lo sigue dejando en clave de subordinación o en todo caso en fuente secundaria del derecho estatal.

SEGUNDA. En el artículo 9 se establece el derecho a «conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

Esta norma plantea un asunto muy delicado. Cuando se habla de derechos fundamentales nacionales e internacionales se refiere a los derechos mínimos de todo ser humano, como el derecho a la vida, a que no te priven de la vida por expresar tus ideas. A que, si por ejemplo, se acusa a alguien de cometer un delito, debe ser juzgado sin dictar en su caso penas que signifiquen golpes o torturas físicas o mentales. También está considerando en ésta limitación, aquellos casos donde «el derecho consuetudinario indígena» pueda colocar a algunos integrantes de su población, por ejemplo a las mujeres, en condiciones desventajosas en relación a los derechos de todo ser humano.

Por otra parte se considera el hecho de que casi en todos los pueblos indígenas de América Latina se usa muy escasamente la cárcel. Y cuando se usa es por un tiempo muy breve. Dentro de las sanciones internas se prefiere lo que en el Derecho Nacional se llama reparación del daño. Esto es, si alguien robó un objeto deberá devolver otro igual y, además, cumplir ciertas tareas para la comunidad. Lo que se busca en las comunidades es restaurar una relación que se afectó cuando alguien abusó de los derechos de otro.

Estos mecanismos han sido eficaces en las comunidades indígenas. En cambio, en el sistema penal nacional se establecen años de cárcel que, en el caso de los indígenas, los desintegra totalmente de su comunidad. Este es el tipo de diferencias que han hecho posible la persistencia de los pueblos indígenas.

Cabe una aclaración, en el artículo 11 se prohíbe la imposición de servicios personales obligatorios, remunerados o no. Ello podría hacer referencia a normas y prácticas indígenas como el tequio, la faena, o en la mano vuelta, es decir en los trabajos comunales. La redacción del artículo hace pensar que se refiere a ellos. Este artículo ya estaba incluido en el Convenio 107, en 1957, y desde entonces se hizo la aclaración, durante las discusiones de que en ese tipo de trabajos prohibidos no se incluían los trabajos realizados voluntariamente y en beneficio mutuo en una comunidad. La prohibición se refiere a los que pretendan imponer los patrones de manera forzosa. Esta interpretación debió incluirse en la revisión del convenio, de manera que el 169 ya no diera lugar a dudas. De cualquier manera, podemos señalar que existe una Convención de la OIT sobre el Trabajo Forzoso. Es la número 29 y se firmó en 1930. En el apartado e) del párrafo 2 del artículo 2 de esa Convención se excluye del trabajo forzoso a los pequeños trabajos comunales realizados por los miembros de una comunidad.

Por último, de acuerdo al Convenio 169 podemos exigir interprete o traductor, si somos monolingües, en todos los procedimientos o gestiones legales que realicemos.

Sobre tierras y territorios indígenas

La parte II a través de los artículos 13 al 19 del Convenio, aborda el tema de las tierras. Este es uno de los capítulos centrales en el instrumento jurídico que estamos comentando. Con razón se ha planteado que sin tierra, sin recursos naturales, no hay futuro para los pueblos indígenas.

Los conceptos expresados en el artículo 13 no fueron incluidos en el anterior Convenio, el 107. Contemplan un principio básico que ha sido planteado por los propios indígenas. Nos referimos al concepto de territorio. Por ello se habla de la relación especial del indígena con sus tierras, y en particular recoge los aspectos colectivos de esa relación. Al hablar de territorios se incluye la totalidad del hábitat, es decir, para los pueblos indígenas comprende no sólo la tierra sino las aguas, espacio aéreo, medio ambiente, lagunas sagradas, centros ceremoniales. Existen casos donde el reparto de las tierras ha dividido a los pueblos, que de pronto encuentran que la cueva donde practican un ritual o la laguna sagrada quedaron en otra parte, quizás bajo la propiedad de otras personas, muchas veces no indígenas.

Es necesario considerar que si bien se utiliza el término «territorios» los Estados Miembros, durante las discusiones sobre el Convenio, insistieron en que no se confundiera con el territorio nacional en conjunto, porque en su opinión eso entrañaría vínculo con la soberanía nacional.

Esta distinción refleja la preocupación de los Estados Miembros respecto a que los pueblos indígenas, lleguen a considerarse tan independientes que, de hecho, terminen rompiendo la unidad nacional e instaurando nuevos Estados. Se corresponde también con la limitante o «candado» que fijaron en el numeral 3 del artículo primero.

Por lo que se refiere particularmente a garantizar la propiedad o posesión de la tierra se aborda en el artículo 14. Aquí habría que señalar que los conceptos de «propiedad» y «posesión» introdujeron en el convenio conceptos típicamente occidentales, derechos fundamentales privados e individuales propios de los sistemas de derecho estatales que no corresponden a la mayoría de la cosmovisión indígena.»Para los indígenas es totalmente absurdo y sumamente arrogante concebir la propiedad de la tierra, puesto que la tierra es la madre, es eterna y el hombre mortal y transitorio, sería como pretender poseer una estrella o el sol»⁵

Ahora bien, precisamente porque el problema más grave de los pueblos indígenas y tribales, en todo el mundo, es la pérdida de sus tierras tradicionales, es que se insistió en incluir el numeral tres el cual se refiere al

⁵ CHAMBERS, I., Conferencia en el curso sobre derechos Indígenas, organizado por la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo bajo la dirección de Bartolomé Clavero y Magdalena Gómez.

rezago agrario, a los conflictos pendientes de resolución que han provocado incluso el asesinato de indígenas que se enfrentan a quienes están usurpando ilegalmente sus tierras. Más adelante se habla de respetar las modalidades tradicionales de tenencia de la tierra en el artículo 17. Aplicar estos preceptos requiere de una enorme voluntad política de los Estados Miembros. Pues en cada país hay regímenes diferentes de tenencia de la tierra. Incluso existen diversas formas de relación de muchos pueblos con la tierra. No es igual, por ejemplo, la que mantienen en América Latina con la que establecen los pueblos nómadas que han vivido trasladándose por temporadas de una región a otra en África.

De acuerdo al Convenio, los pueblos indígenas pueden proponer mecanismos de conciliación para buscar soluciones a los conflictos pendientes.

El artículo 15 se refiere a un problema muy sentido por los pueblos indígenas. El del acceso a la utilización de sus recursos naturales. En el párrafo número 1 se está mencionando el derecho a «participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos». El párrafo dos se refiere a los casos en que «pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo... los gobiernos deberán CONSULTAR a los pueblos indígenas.

Ahora bien, este artículo se aplicará de manera distinta en cada país. Por ejemplo, en Estados Unidos, Australia y Canadá se reconoce el derecho privado al subsuelo. Pero hay países como la India y la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas que, al igual que en México, el subsuelo pertenece al Estado en representación de la Nación.

En síntesis: los pueblos indígenas podrán participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras. También deberán ser consultados por los gobiernos, ANTES de emprender o autorizar cualquier programa sobre dichos recursos. Por otra parte, se establece la posibilidad de participar en los beneficios sobre la explotación de recursos naturales o de percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Por otra parte en materia de reubicaciones forzosas el artículo 16 establece que se debe obtener la aprobación de la asamblea de la comunidad afectada a condición de que las obras que se emprendan o los recursos que se exploten sean en beneficio directo de la comunidad dueña de dichos recursos. Cuando se estaba discutiendo el contenido del Convenio, algunos miembros de la OIT manifestaron preocupación porque se entendiera como «poder de veto» la cuestión de «recabar el consentimiento». A los estados le preocupa verse limitados en sus decisiones definitivas sobre el territorio nacional.

En este caso consentimiento significa un principio para la democracia no un poder sobre otro, significa que los Estados no apliquen medidas unila-

terales respecto a los derechos y libertades de los pueblos. Ahora bien existe el problema de los mecanismos para recabar el consentimiento o la opinión, se habla de que podrían realizarse «encuestas» lo cual es contrario al reconocimiento a las formas propias de organización social y política.

En este capítulo central se habla de que los indígenas podrán regresar a sus tierras tradicionales, «siempre que sea posible», cuando desaparezcan las causas que obligaron su traslado. Es claro que en cada caso se tendrá que negociar y estar atentos al momento en que desaparezcan las causas de una reubicación. Si, por ejemplo, se realiza un traslado porque se teme la inminencia del desborde de una presa, o la erupción de un volcán y esto no sucede, en ese caso, cuando ya se está seguro que desapareció el peligro, «si será posible» regresar a las tierras tradicionales. Pero también en ocasiones sucede que se ofrecen tierras en otro lado y éstas no son de igual calidad y tamaño (superficie) que las originales. En este caso se tiene que demandar el retorno a las tierras originales. Ya en último de los casos existe el derecho a obtener una indemnización es decir un pago por los daños sufridos.

Se han dado casos en que algunos acaparadores de tierras llegan a los pueblos indígenas y les despojan mediante engaños o fraudes. Con el pretexto de colonizar o explorar en algunos países se han consumados serias violaciones al derecho a la tierra propia. El artículo 18 establece la obligación para que los Estados impidan éstos hechos y sancionen a los responsables.

El derecho a la consulta

Este principio consiste en recabar la opinión, el asesoramiento y la asistencia de los pueblos indígenas y tribales, quienes resultan directamente afectados por las medidas legislativas o por los programas que adopten los Estados Miembros de la OIT. Este principio de consulta busca fortalecer la determinación de estos pueblos de mantener, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. El procedimiento para aplicar la consulta resulta vital para darle sentido. Resulta particularmente importante pues frecuentemente se han realizado proyectos que afectaron el hábitat de los pueblos indígenas tales como: Los embalses hidroeléctricos, conocidos como presas, las perforaciones a la tierra buscando yacimientos de petróleo o de minerales, la construcción de oleoductos, las empresas forestales y ganaderas que provocan deforestaciones. En general, los planes de modernización de la agricultura con el uso de químicos y fertilizantes nocivos, o la siembra de cultivos que dañen al suelo

como el eucalipto. Esta sería una dimensión importante de la aplicación de este principio aun cuando en la práctica se le ha querido restringir a la consulta en materia legislativa. Es importante abordar el texto de manera directa para abordar enseguida el problema de la consulta y libre determinación así como las tesis que la OIT ha emitido en torno al tema:

ARTICULO 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- A. consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- B. establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- C. establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Derecho a la consulta y libre determinación

Si bien uno de los signos positivos del convenio 169 de la OIT es que considera la consulta previa y la participación. Desde su discusión y aprobación fue evidente que deslindaban la consulta de la decisión que en su caso tomen los gobiernos respecto al tema materia de la misma, sin embargo, en buen ánimo se llegó a plantear que una consulta bien llevada en los hechos permitiría la libre determinación. La Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la OIT expone que «no hay ninguna disposición en el Convenio núm. 169 que sea incompatible con cualquier instrumento legal internacional que puede definir o establecer el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la autode-

terminación.»⁶ Esta obligación es requerida por el preámbulo del Convenio 169 como también por el artículo 35 del Convenio que prohíbe menoscabar los derechos de los pueblos indígenas otorgados en otras instancias del derecho internacional.

Lee Swepston⁷, expresó:» ¿Que quiere decir esto para la libre-determinación [refiriéndose al artículo 1(3) del Convenio 169]? En si no significa nada para decidir que implica la libre-determinación. Si la libre determinación significa —por lo menos en una parte— la autonomía dentro de las fronteras del estado, entonces el Convenio 169 es consecuente con todos los grados de autonomía y otras expresiones de la libre-determinación dentro de los estados existentes».⁸ Asimismo, Russel Lawrence Barsh anotó:

«Aunque el nuevo convenio no se refiere explícitamente a los derechos de libre determinación, auto-gobierno, o autonomía, explícitamente alcanza el mismo resultado. Garantía el respeto a las «instituciones» indígenas en general y se refiere a una variedad de derechos específicos de acción colectiva, que en su conjunto equivalen al reconocimiento de los pueblos indígenas como sociedades distintas con sus propias instituciones representativas. Es mas, el uso de la palabra pueblos, aunque privada de la connotación de su uso en el derecho internacional, fue aceptado como manera de afirmar que los pueblos indígenas tienen una 'identidad propia' y que son sociedades organizadas y no solo «grupos cualquiera» de individuos que comparten alguna característica racial o étnica».⁹

Justiciabilidad del Convenio 169

En cuanto a la aplicación del Convenio 169 ha sido muy errática y enfrenta resistencias en el caso de los países que lo han ratificado frente al creciente proceso de apropiación política por parte del movimiento indígena que demanda su concreción.

Por otra parte, para analizar las posibilidades de aplicación del referido convenio hay que distinguir la dimensión de su impacto en el derecho inter-

⁶ SWEPSTON, L. y TOMEI, M., *Los Pueblos Indígenas y Tribales, Una Guía a La Aplicación del Convenio 169*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, julio de 1996.

⁷ Jefe de los Servicios de Igualdad y Coordinación de Los Derechos Humanos del Departamento de Normas Internacionales del Trabajo y los Derechos Humanos de La Oficina Internacional del Trabajo.

⁸ SWEPSTON, L., «The ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention (Number 169): Eight Years After Adoption.» En *The Human Rights of Indigenous Peoples*, ed. CYNTHIA PRICE-COHEN, page 22.

⁹ BARSH, R. L., «An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples» *Oklahoma City University Law Review*, Vol. 15 (1990) page 215.

nacional de la relativa al derecho interno. En el primer plano encontramos que la OIT tiene sus mecanismos de control y que su propia constitución establece las posibilidades de entablar una queja o una reclamación por su inaplicación. El ejemplar proceso seguido desde México a partir de 1996 por la Asociación Jalisciense de Apoyo a los grupos indígenas, AJAGI, en representación de los Wirrárikas, para presentar una reclamación ante la OIT con el apoyo de la delegación D-III-57 del SNTE (radio educación) nos muestra las limitaciones actuales de los mecanismos de dicho organismo internacional, el cual no obstante su integración tripartita responde en última instancia a las posturas y presiones de los Estados miembros.

Dos ejemplos significativos de dicha postura los encontramos en la referencia que el comité encargado de abordar la reclamación hiciera en junio de 1998 para proponer que, como lo hizo el Consejo de Administración de la OIT, se declarara terminado el procedimiento: «El comité no pretende pronunciarse sobre la resolución de conflictos individuales sobre los tierras en virtud del convenio, ni hacer recomendación al Consejo de Administración en este sentido, El comité considera que su cometido fundamental consiste mas bien en asegurarse que se han aplicado los medios apropiados para la resolución de estos conflictos y que se han tomado en consideración los principios del convenio, al tratar los problemas que afectan a los pueblos indígenas y tribales». Así, de tajo, asumió la validez de la argumentación formal que presentó el gobierno mexicano y no dio oportunidad a que dicha información fuese contra argumentada por los reclamantes. Aunado a este planteamiento oficial, algunos funcionarios de la OIT señalan que en la medida en que se entablen reclamaciones de este tipo, mas complicado será presionar a los gobiernos sobre la situación de dichos pueblos.

Sin Embargo el derecho internacional no se agota en los mecanismos interiores de la OIT, existe el derecho de los tratados, el convenio de Viena ratificado por nuestro país que establece en su artículo 27 que una parte no podrá invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. También existe en la convención americana de derechos humanos, en su artículo 29, la disposición de que deberá considerarse el contenido de otros tratados celebrados por el país signante de la convención, lo cual puede utilizarse ahora que se aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ahí se puede alegar el contenido del Convenio 169 de la OIT o del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, bajo el principio jurídico de interconexión, así como de universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos.

La otra dimensión que debe analizarse es la del impacto del Convenio 169 en el derecho interno. Hay otro debate también visible a raíz de la experiencia de AJAGI, el referente a la posibilidad de que el Convenio se aplique de manera directa si requiere de otras normas emitidas por el Estado firmante

para su ejercicio. En la jerga jurídica esto se traduce en las expresiones de si es autoaplicativo o heteroaplicativo. Al respecto cabe señalar que conforme al Convenio de Viena el Convenio debe aplicarse sin mediación. Ahora bien, esto es válido para el conjunto de documento y en especial para el capítulo de tierras y territorios redactado en términos dispositivos a diferencia de otras normas cuyo texto establece la obligación de tomar medidas legislativas.

Tesis de la OIT sobre el derecho a la consulta

Aún cuando la OIT no postula su jurisprudencia de manera formal encontramos criterios indicativos en un caso reciente a los cuales les damos el carácter de «tesis».

El Comité Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), analizó las reclamaciones ¹⁰ presentadas contra el gobierno mexicano por el Sindicato Independiente de Trabajadores de La Jornada (Sitrajor) y la Asamblea Nacional Indígena Plural por la Autonomía (ANIPA)¹¹, por el incumplimiento in toto (en su totalidad) del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, y la del Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH), del 20 de agosto de 2001¹², en el sentido de que «no se consultó a los pueblos indígenas» para las reformas a la Constitución en materia de derechos y cultura indígena promulgadas el 14 de agosto de 2001. Del documento que avaló recientemente el Consejo de Administración resultan algunas tesis sobre la consulta que es útil considerar porque reflejan los alcances máximos que se han logrado a partir del razonamiento indígena y a contrapelo de la postura reduccionista gubernamental.

1. Ni el Convenio 169 ni los trabajos preparatorios proporcionan indicaciones detalladas sobre la forma y del alcance de las consultas que se deben desarrollar cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos interesados. El párrafo 1.a) del artículo 6 sólo enuncia que:

Los procedimientos deben ser apropiados y se deben llevar a cabo con sus instituciones representativas.

En tanto que el párrafo 2 dispone que:

¹⁰ Reclamaciones presentadas en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT

¹¹ Presentada el 4 de septiembre de 2001

¹² El 10 de octubre de 2001, el Frente Auténtico del Trabajo (FAT) presentó una reclamación sobre el incumplimiento del convenio 169 de la OIT en el contexto de la reforma constitucional de ese mismo año. La misma fue aceptada en principio y finalmente desechada ante la objeción del gobierno mexicano sobre el carácter del FAT que a su juicio no constituye una organización profesional de trabajadores.

«Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas».

El párrafo 1 b) de este artículo expresa asimismo que, al aplicar las disposiciones del presente Convenio los gobiernos deberán:

«Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsable de políticas y programas que les conciernan».¹³

2. Será apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas independientemente del resultado alcanzado. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que en un acuerdo se logre o se obtenga el consentimiento¹⁴.

3. Observa que no es adecuado un proceso de consulta cuando las audiencias se realizan una sola vez con cada sector, persona u organización por el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos.¹⁵

4. Dada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas. Pero es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleva a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados. «aclaro que no se trata de organizaciones indígenas representativas».

Como ya lo estableciera el Consejo de Administración en otra oportunidad... el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta. (...) pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quien representa una oportunidad en particular. Sin embargo, si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comuni-

¹³ GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. d.C. Numeral 83

¹⁴ GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. Doc. Numeral 89

¹⁵ GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. Doc. Numeral 94

dades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio¹⁶

5. Respecto de la eventual aplicación del Convenio núm. 144 de manera supletoria al artículo 6 del Convenio num. 169¹⁷, el Comité acuerda con el gobierno que formalmente no cabe aplicar este Convenio, al tiempo que considera que el espíritu de diálogo y negociación del Convenio num.144 favorecería una aplicación mas plena del artículo 6 del Convenio num.169.¹⁸

6. Es consciente de que la diferencia en cuanto a los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta entre los interlocutores agregan complejidad a la tarea. Por otra parte, no puede dejar de reconocer que tanto el Congreso Nacional como las legislaturas de los Estados no ignoraban las opiniones de los indígenas respecto de las reformas, pero no estaban obligados a aceptarlas. Habría sido conveniente que establecieran un mecanismo para intentar llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.¹⁹

7. La consulta no implica necesariamente que se llegue a un acuerdo en los términos en que los pueblos indígenas lo prefieran. Todo parece indicar que las opiniones de los reclamantes (indígenas) en cuanto a las características que ha de tener una consulta para ser efectiva, podrían haber dado lugar a una serie de consultas mas completa, por lo que es pertinente recordarlas como propuestas atinadas sobre la manera en que tales consultas deberían llevarse a cabo en otras situaciones similares. No obstante, el Comité no puede llegar a la conclusión de que tal lista de «buenas prácticas» sea en realidad exigida por el Convenio, aun cuando hubieran constituido un excelente medio para aplicar plenamente los principios establecidos en él artículo 6.²⁰

8. Es circunstancial a toda consulta la instauración de un clima de confianza mutua, pero más aun con relación a los pueblos indígenas, por la desconfianza hacia las instituciones del Estado y sentimiento de marginación que encuentran sus raíces en realidades históricas sumamente antiguas y complejas, y que no terminan de superarse aun.²¹

9. Recomendamos que el gobierno haga lo necesario para que se aplique plenamente el artículo 6 en el proceso de adopción de tales medidas y que al aplicar dicho artículo:

¹⁶ GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. d.C. Numeral102

¹⁷ La parte indígena reclamante no lo planteó de manera supletoria sino complementaria.

¹⁸ GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. Doc. Numeral 104

¹⁹ GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. Doc. Numeral 105

²⁰ GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. Doc. Numeral 106

²¹ GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. Doc. Numeral 107

1. Siente criterios de representatividad.
2. Tome en cuenta —en la medida de lo posible— las propuestas de los reclamantes en cuanto a las características que ha de tener una consulta para ser efectiva;
3. Determine un mecanismo de consulta que se adecue en el método utilizado con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente de que esto se logre o no;
4. Tenga en cuenta, al determinar los mecanismos de consulta, los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas.

Considero que los señalamientos previos y la lectura de estas tesis nos dejan una idea clara de esta suerte del «sí pero no» que se practica en la OIT mas como mecanismo diplomático que como vía para dar certeza jurídica a los pueblos indígenas reclamantes de su intervención.

El consentimiento informado generalmente forma la parte esencial de los derechos a la tierra. Donde la Convención OIT 169 no es explícita es en el derecho al consentimiento previo e informado, en cambio la declaración de las Naciones Unidas establece que los Estados deben obtener consentimiento informado para la aprobación de cualquier proyecto que afecte a las tierras de los pueblos indígenas, territorios y otros recursos, particularmente en conexión con el desarrollo, utilización, o explotación del mineral, agua y otros recursos. Lo que sí establece el Convenio 169 es que los pueblos indígenas como propietarios de tierras y los gobiernos como dueños de los recursos necesitan tener consultas. Cuando los pueblos indígenas puedan decir «no», que es un principio establecido, las consultas se vuelven reales y significativas. Un entendimiento básico común del libre consentimiento informado es el derecho a decir «no» a las industrias extractivas aun si no pertenecen al subsuelo. Este derecho a decir «no» hace la negociación real. Los pueblos indígenas deben entender las consecuencias reales de las propuestas y también las compañías. Este consentimiento incluye: (a) la necesidad de una negociación justa; y (b) obligación de los Estados para observar estándares internacionales en el libre consentimiento informado.

Reflexiones

El Convenio sin duda ha sido un instrumento básico como una suerte de paraguas jurídico para la demanda indígena, sus limitaciones están dadas por parte del Estado que se niega a modificar el orden interno a fin de garantizar su cumplimiento y que en el plano de la OIT asume una actitud defensiva que

encuentra eco en la debilidad de los actuales mecanismos de control de este organismo internacional. Por ejemplo en la reclamación que comentamos el gobierno mexicano ha encontrado un caparazón justificatorio en el artículo 34 del Convenio 169 que señala la flexibilidad que debe tener la aplicación del convenio de acuerdo a « las condiciones propias de cada país»²² cuestión en la que le concede razón la OIT, sin dar cuenta del mal sentido o mala fe con la que se le reivindica y pasando por alto que justamente esa expresión entraña exclusión, discriminación y que , son esas condiciones históricas las que se demanda cambiar.

Con anterioridad la OIT ha buscado conciliar el interés indígena con el del Estado postulando criterios como el de que una consulta efectiva requiere que se prevean los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas, de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales, pues de lo contrario será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación (documento GB.282/14/3, párrafo 79). La Comisión confía que siendo la consulta y participación uno de los pilares centrales de este instrumento, el gobierno considerará enmendar su legislación para que se encuentre en conformidad con los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio. Sin embargo, pese a que existe interés en reivindicar el principio de consulta aún no se consolida como un auténtico espacio democrático, menos aún como se ha pretendido anotar como la vía para la libre determinación.

Es evidente que los mecanismos de control interno de la OIT son insuficientes para alcanzar la justiciabilidad del Convenio 169 y lo son, no sólo desde el punto de vista del procedimiento y órganos incluso plazos, sino, ante todo, porque la tensión entre los alcances de su contenido no deja márgenes suficientes para una interpretación favorable a las demandas de los pueblos indígenas. Empezando porque se trata de un sujeto cuya personalidad procesal no existe pero también por la falta de equidad entre las oportunidades de los gobiernos para acceder a esos espacios respecto a las condiciones en que los pueblos lo logran. Sin embargo, habría que reiterar que el uso de las reclamaciones debería seguir formando parte de las estrategias de los pueblos, entendiendo que por sí solas no constituyen un apoyo suficiente. Basta con enumerar como lo hemos hecho, los asuntos que llegan a las instancias de la OIT para observar el contraste, los pueblos pelean por sus recursos, sus tierras y sus territorios, los gobiernos insisten en su pretensión de sustituir estas demandas con políticas cosméticas, planes y programas desarticulados

²² GB289/17/3/2004-02-0047-3ES. Doc. Numeral 100, la OIT da la razón al gobierno mexicano a partir de la «flexibilidad»

o intrascendentes. A estas alturas parece cobrar sentido aquella preocupación expresada por dirigentes indígenas ante las limitaciones de contenido con el que fuera aprobado el Convenio 169, constituía sin duda un paso adelante pero hoy vemos que fue para los gobiernos el paso máximo, prueba de ello son las escasas ratificaciones que este convenio emblemático ha logrado. Ahí está, es la única norma internacional vigente que directamente aborda los derechos de los pueblos indígenas. No debería por ello razonar conforme a las lógicas de derecho interno que llevan los gobiernos a su espacio.

El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas

Luis Rodríguez-Piñero Royo

Introducción

Toda reflexión contemporánea sobre los derechos de los pueblos indígenas en América pasa ahora obligadamente por una mirada al sistema interamericano de derechos humanos. Sólo hace diez años, la situación era muy distinta. Con sólo un par de resoluciones relevantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el sistema interamericano, concentrado tradicionalmente en las violaciones de derechos individuales consagrados en la Convención Americana, no prestó una especial atención a las especificidades que reviste la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. En la actualidad, tras el impulso de la discusión en torno al proyecto de declaración y, sobre todo, tras el emblemática fallo de la Corte Interamericana en el caso *Awás Tingni*, los órganos del sistema interamericano han prestado una mayor atención institucional a las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas en el continente, elaborando una jurisprudencia cada vez más precisa entorno a las obligaciones de los Estados partes del sistema en relación con la garantía de los derechos de estos pueblos y, en algunos casos, han intervenido de forma efectiva para detener violaciones de estos derechos y para proveer reparaciones a las mismas. Hoy en día, toda estrategia de defensa internacional de un caso de derechos indígenas en América pasa necesariamente por considerar las opciones existentes en el sistema interamericano¹.

¹ Sobre el papel de del sistema interamericano en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas existen dos obras de referencia en castellano, de las que el autor de estas páginas es deudor. Vid. ANAYA, S. J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* (traducción de

Este capítulo presenta, desde una perspectiva eminentemente práctica, una descripción de los mecanismos del sistema interamericano de derechos humanos, y cómo la actuación de estos mecanismos ha evolucionado durante las últimas décadas para definir un ámbito de acción específico en relación con los derechos de los pueblos indígenas. El capítulo analiza las distintas oportunidades que ofrecen los distintos procedimientos del sistema interamericano para la defensa de los pueblos indígenas, así como la jurisprudencia producida por los órganos del sistema en el marco de estos procedimientos. El capítulo concluye colocando un signo de interrogación en una de las cuestiones pendientes de la acción de los órganos interamericanos en este ámbito: la cuestión de la implementación.

1. El sistema interamericano de derechos humanos

Uno de los tres sistemas regionales de derechos humanos existentes en el derecho internacional contemporáneo —junto con el europeo y el africano— el sistema interamericano se encuentra asociado a la Organización de los Estados Americanos (OEA), la organización que engloba a la gran mayoría de los Estados en el continente americano. Cuando hablamos de un «sistema», hacemos referencia a la acción de una serie de organizaciones internacionales, que fundan su actuación en una serie de normas internacionales, y conforme a unos procedimientos establecidos por estas normas.

Las normas del sistema: la Declaración y la Convención

La Carta de la OEA incluye explícitamente entre los objetivos de la organización el de «consolidar...un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre»², así como el respeto «a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal»³. Este compromiso adquiere contenidos concretos prin-

la segunda edición inglesa). Madrid, Trotta, 2004; MACKAY, F., *Guía para los Pueblos Indígenas en el sistema interamericano*, Copenhague, IWGIA-Forest Peoples Programme, 2002. Una versión preliminar del manual de Mackay se encuentra también disponible en internet, en la página del Forest People Programme: http://www.forestpeoples.org/documents/law_hr/ia-chr_briefing_oct_01_sp.pdf

² Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá en 1948 y reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993 [en adelante, Carta de la OEA], Preámbulo.

³ *Ibid.*, art. 17.

principalmente en dos instrumentos internacionales, la Declaración y la Convención Americana, que sirven de base para el sistema de presentación de peticiones individuales, el principal procedimiento del sistema interamericano. El primero de estos instrumentos, la Declaración Americana de los Derechos y de Deberes del Hombre, fue adoptada por la Asamblea General de la organización en 1948, sólo unos pocos meses antes de la Declaración Universal de la ONU⁴. La Declaración, a pesar del carácter evidentemente anacrónico de su título, constituye hoy en día un texto fundamental, cuyas disposiciones sustantivas tienen valor de derecho consuetudinario, que da contenido a las obligaciones de los países miembros de la OEA en materia de derechos humanos⁵.

Junto con la Declaración Americana, el segundo instrumento principal del sistema interamericano es un tratado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en 1969⁶. Al igual que todo tratado internacional, es de obligado cumplimiento para los Estados que la han ratificado. La Convención Americana desarrolla con mayor detalle los derechos recogidos inicialmente en la Declaración, al tiempo que regula las competencias y procedimientos de la Convención y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Declaración y la Convención se complementan con otros tratados internacionales que regulan contenidos específicos de derechos humanos o que prestan atención a grupos especialmente vulnerables de la sociedad, como las mujeres o las personas con discapacidad⁷. La violación de algunos

⁴ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948 [en adelante, Declaración Americana].

⁵ Ésa ha sido la interpretación promovida por la Comisión Interamericana, en parte para hacer valer sus competencias consultivas en relación con los Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención Americana (*infra*, Tabla 1).

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y entrada en vigor en 1978, 18 de julio de 1978, conforme al art. 74.2 de la Convención, una vez registradas las ratificaciones [en adelante, Convención Americana].

⁷ La lista de tratados interamericanos de derechos humanos incluye los siguientes: *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, «**Protocolo de San Salvador**», adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General, entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999; *Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte*, aprobado en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990, en el vigésimo período de sesiones de la Asamblea General, entrado en vigor el 28 de agosto de 1991; *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*, adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985, en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, 28 de febrero de 1987, conforme al art. 22 de la Convención; *Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas*, adoptada en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994,

de estos instrumentos también puede ser alegada para la presentación de una petición en el procedimiento contencioso ante la Comisión.

Ni la Carta de la OEA, ni la Declaración, ni la Convención, ni ninguno de los otros instrumentos vinculantes del sistema interamericano hacen referencia a los derechos de los pueblos indígenas⁸. Este vacío motivó la decisión en 1989 de elaborar un instrumento jurídico sobre los derechos de los pueblos indígenas; una declaración, que, como veremos más adelante, todavía se encuentra en proceso de elaboración⁹. La ausencia de reconocimiento explícito de los pueblos indígenas en los principales documentos del sistema interamericano no ha sido óbice sin embargo para que tanto la Comisión como la Corte hayan interpretado extensivamente los derechos reconocidos en la Convención y en la Declaración, de forma que incluyen también los derechos colectivos de los pueblos indígenas¹⁰. Además, junto con los instrumentos propios del sistema interamericano, es común que la Comisión o la Corte tomen en consideración otros tratados internacionales de derechos humanos

en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, entrada en vigor el 28 de marzo de 1996; *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, «**Convención de Belém do Pará**», adoptada el 9 de junio de 1994, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, entrada en vigor el 5 de marzo de 1995; *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, adoptada en Ciudad de Guatemala, el 7 de junio de 1999, en el vigésimo noveno período ordinario de sesiones de la Asamblea General, el 14 de septiembre de 1999, en el vigésimo período de sesiones de la Asamblea General), entrada en vigor el 14 de septiembre de 2001.

⁸ La única excepción es la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales que, sin embargo, no figura en el listado oficial de instrumentos interamericanos de derechos humanos. Desde una perspectiva típicamente indigenista, la Carta incluye una disposición específica relativa a las políticas de los Estados respecto a los grupos indígenas:

En los países en donde exista el problema de la población aborígen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.

El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas.

Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños.

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, proclamada por la IX Conferencia Internacional Americana de Río de Janeiro, 1947, art. 39.

⁹ *Vid. infra*, § 3.

¹⁰ *Vid. infra*, § 4.

que, en la medida en que han sido ratificados por la mayoría de los Estados americanos, se considera que expresan el consenso de éstos en torno al contenido de los derechos humanos en la región. Éste es el caso, por ejemplo, del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativos al derecho de las minorías, o al Convenio N.º 169 de la OIT, que han sido utilizados por la Comisión o por la Corte en relación con casos de violación de los derechos de los pueblos indígenas¹¹.

Los órganos del sistema: la Comisión y la Corte

Como es sabido, los principales órganos del sistema interamericano, y responsables últimos de la supervisión de la aplicación y de la interpretación de la Declaración y la Convención son dos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase la Tabla 1). Tanto la Comisión como la Corte cuentan con su propio estatuto, que regulan sus funciones, composición, estructura y otras cuestiones administrativas, y con sus propios reglamentos, que regulan sus respectivos procedimientos¹².

¹¹ Vid., e.g., CIDH, Resolución N.º 12/35, Caso N.º 7615 (Brasil), reproducido en CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* 1984-1985, OEA/Ser. L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1 (1 de octubre de 1985) [en adelante Caso *yanomami*], Considerando N.º 7 (citando el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como cristalización del derecho de los «grupos étnicos» a «una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesaria para la preservación de su identidad cultural»; notablemente, Brasil no era entonces parte del Pacto, al que accedió sólo en 1992); Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (fondo y reparaciones), Sentencia de 17 de junio de 2005, Cte.I.D.H., Serie C (N.º 125) (2005) [en adelante, Caso *Yakye Axa*], párr. 127 (citando el Convenio N.º 169 de la OIT como muestra «del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos»; en este caso, el Estado en cuestión, Paraguay, es parte del Convenio N.º 169).

¹² *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado mediante la Resolución N.º 447 de la Asamblea General de la OEA en su noveno período ordinario de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979 [en adelante, Estatuto de la Comisión]; *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado por la Comisión en su 109º período extraordinario de sesiones celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, modificado en su 116º período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002 y en su 118º período ordinario de sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003 [en adelante, Reglamento de la Comisión]; *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado mediante Resolución N.º 448 de la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, octubre de 1979 [en adelante, Estatuto de la Corte]; *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003, durante las sesiones número 9 y 10 el día 25 de noviembre de 2003 [en adelante, Reglamento de la Corte].

La Comisión Interamericana fue creada en un momento relativamente temprano, en 1959¹³, y fue reconocida posteriormente como órgano especializado de la OEA. Con la «función principal», la promoción de la «observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia»¹⁴. La Comisión está constituida por siete miembros, elegidos por los Estados miembros de la OEA «a título personal» por la Asamblea General de la organización,¹⁵ y tiene su sede en Washington D.C., al igual que la propia OEA.

Junto con la Comisión, el otro órgano principal del sistema interamericano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte cuenta con siete miembros, el mismo número que la Comisión, elegidos a «título personal de entre juristas de la más alta autoridad moral» a propuesta de los Estados partes de la Convención¹⁶, y tiene su sede en San José de Costa Rica. La Corte fue creada por la Convención Americana de 1968, y comenzó a funcionar en 1979, tras la entrada en vigor de la Convención. La primera sentencia sobre el fondo de un caso contencioso no se falló hasta 1988¹⁷.

La Corte no tienen competencias genéricas de protección y promoción de los derechos humanos, como en el caso de la Comisión, y sus funciones se reducen básicamente a dos: primero, la de juzgar en casos de violaciones individuales de los derechos humanos recogidos en la Convención Americana (el denominado procedimiento de peticiones individuales o procedimiento «contencioso»¹⁸); y, segundo, la de ofrecer interpretaciones autorizadas de la Convención Americana o de responder a cuestiones de derecho interno planteadas por los Estados miembros, la Comisión y otros órganos de la OEA (la denominada competencia «consultiva» de la Corte¹⁹). A partir del caso *Awás Tingni*, ya han sido varios los casos fallados por la Corte bajo el procedimiento contencioso en relación con violaciones de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, hasta la fecha, las opiniones consultivas de la Corte no han sido nunca solicitadas en relación con cuestiones de derechos indígenas.

¹³ Vid. Declaración en la Quinta Reunión de Consulta, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Documento OEA/Ser.C/II.5.

¹⁴ Carta de la OEA, art. 106.

¹⁵ Estatuto de la Comisión, art. 3(1).

¹⁶ Estatuto de la Corte, art. 4(1).

¹⁷ Vid. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (fondo), Sentencia de 29 de julio de 1988, Cte. I.D.H., Serie C (N.º 4) (1988).

¹⁸ El procedimiento contencioso ante la Corte se regula en los artículos 61-63 de la Convención Americana y en los artículos 32-59 del Reglamento de la Corte. Este procedimiento se analiza *infra*, § 3.

¹⁹ Convención Americana, art. 64; Reglamento de la Corte, arts. 60-65.

A diferencia de la Comisión, la Corte no es un órgano especializado de la OEA, sino un tribunal internacional. Si la Comisión emite recomendaciones, dotadas de autoridad, pero formalmente no vinculantes, las sentencias y resoluciones de la Corte son de obligado cumplimiento²⁰. Pero para que las sentencias de la Corte Interamericana tengan este carácter obligatorio para un Estado en cuestión, son necesarios dos requisitos previos. El primero es que el Estado haya ratificado la Convención Americana que, como tratado internacional, requiere de ese acto voluntario. El segundo es que el Estado haya comunicado formalmente su intención de someterse a la jurisdicción de la Corte²¹. Una vez que se hayan cumplido esos dos requisitos, los Estados tienen una obligación de derecho internacional de cumplir las sentencias de la Corte; esta obligación no es renunciabile.

Aunque formalmente y, para todos los efectos, independientes la una de la otra, la Corte y la Comisión comparten una serie de relaciones institucionales en relación con su función compartida de garantes de los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos. La principal interacción entre la Corte y la Comisión se da en el contexto del procedimiento de peticiones individuales o procedimiento contencioso, que analizaremos más adelante. En relación con este procedimiento, la Comisión actúa como una especie de primera instancia internacional y, una vez que se agota el procedimiento ante ésta y se cumplen los requisitos señalados arriba, la Corte entra a conocer del caso.

2. El sistema interamericano y los pueblos indígenas: antecedentes históricos

Como veíamos, ni la Carta de la OEA, ni la Declaración de Derechos de Deberes del Hombre, ni si quiera la Convención Americana de Derechos Humanos hacen referencia en sus artículos a los pueblos indígenas y a sus derechos. Se trata de instrumentos anclados en una concepción liberal clásica de los derechos humanos, basada en el reconocimiento de derechos individuales y la negación implícita de sujetos más allá de la dicotomía individuo-Estado.

En realidad, la preocupación institucional de la OEA hacia las cuestiones indígenas tuvo históricamente una vía alternativa, la del sistema indigenista interamericano, anclado en planteamientos integracionistas y asistencialistas que, durante décadas, fueron ajenos a toda consideración de estas cuestio-

²⁰ Convención Americana, art. 68(1) («Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir las decisión de la Corte en todo caso en que sean partes»).

²¹ Convención Americana, art. 62.

nes en clave de derechos humanos. El sistema indigenista interamericano, históricamente anterior al sistema regional de protección de derechos humanos, fue instaurado formalmente en 1940 con la adopción del Tratado de Pátzcuaro, que crea el Instituto Indigenista Interamericano²². Con sede en México D.F., el Instituto constituye, al igual que la Comisión, un organismo especializado de la OEA²³.

Partiendo de este trasfondo indigenista, pueden identificarse tres fases en la actuación del sistema interamericano de derechos humanos, fases que se corresponden a grandes rasgos con la evolución de la cuestión de los derechos indígenas en los Estados americanos y en el derecho internacional: una primera fase tardoindigenista, durante la década de los setenta; una segunda fase de interés por la situación de los pueblos indígenas, desde la perspectiva general de los derechos humanos individuales, durante la década de los ochenta y mediados de los noventa; y una tercera fase de reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas propiamente dichos, que comienza a principios de los noventa en el marco del proyecto de discusión del proyecto de declaración americana sobre derechos de los pueblos indígenas y se consolida con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Awás Tingni*, en 2001, fase en la que nos encontramos en la actualidad.

Los años 70: en la senda del indigenismo

Las primeras señales de interés del sistema interamericano sobre la situación de los pueblos indígenas en el continente data de 1972, en el contexto de la Segunda Década de la ONU de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, con la adopción por parte de la Comisión Interamericana de una resolución sobre la «Protección Especial para las Poblaciones Indígenas»²⁴. En dicha resolución, la Comisión afirmaba que «por razones históricas y principios morales y humanitarios, proteger especialmente a las poblaciones indígenas es un compromiso sagrado de los Estados»²⁵.

Este planteamiento, que parte de nociones «morales y humanitarias» y no propiamente del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en cuanto tales, se percibe en los dos casos contenciosos en los que la Comisión

²² Convención Internacional relativa a los Congresos Indigenistas Interamericanos y al Instituto Indigenista Interamericano, abierta a la firma de los Gobiernos Americanos del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 1940, en virtud de su artículo XVI.

²³ Carta de la OEA, arts. 124-130.

²⁴ Resolución de la CIDH, «Protección Especial para las Poblaciones Indígenas. Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial», OEA/Ser.P.AG/doc. 305/73, rev. 1, 14 marzo 1973, p. 89.

²⁵ *Ibid.*

intervino directamente durante este periodo, y que llevaron a las primeras decisiones del sistema interamericano relativas a los pueblos indígenas durante la primera mitad de la década de los 70. En el primero de los casos, donde se denunciaban «actos de persecución y tortura a poblaciones indígenas de la región de Planas» pertenecientes al pueblo guahibo en Colombia, la Comisión decidió archivar el caos y dar por buena la información suministrada por el Estado de forma «leal y franca»²⁶. En un segundo caso, relativo a la situación de «esclavitud y otros actos de genocidio que se vienen cometiendo contra las poblaciones indígenas en el Paraguay, especialmente contra los indios «Achés»», la Comisión aceptó «provisionalmente» la conclusión que la política paraguaya respecto a este pueblo no era «una política de genocidio... sino una política orientada a promover la asimilación y ofrecer la asimilación y protección dentro de las posibilidades de recursos limitados», en el marco de la cual los miembros de este pueblo gozaban de «libertad de seguir sus creencias religiosas y sus tradiciones artístico-culturales»²⁷. Aunque, posteriormente, la Comisión se dirigió a Paraguay solicitando la adopción de «enérgicas medidas para proteger de una manera efectiva los derechos de la tribu Aché»²⁸, éste y el caso de los guahibo en Colombia expresan las limitaciones de una aproximación a la situación de los pueblos indígenas basadas en una combinación de derechos individuales y premisas indigenistas.

Los años 80: pueblos indígenas y derechos humanos

Una segunda fase de actividad de la Comisión Interamericana en relación con los derechos indígenas se produce durante los años ochenta, en relación con su intervención en dos casos señeros, el caso de los yanomami en Brasil y el caso de los miskitos en Nicaragua. En el caso de los yanomami, uno de los primeros casos modernos de violación grave y masiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en llamar la atención de la opinión pública internacional, culminó con una serie de recomendaciones que se centraron en la adopción de medidas de carácter sanitario, educativo y social²⁹, como parte del derecho de

²⁶ CIDH, Caso N.º 1690 (Colombia) (abril de 1973), citado en el *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1973*, OEA/Ser.L/V/II.32, doc. 3 rev. 2 (14 de febrero de 1974), Sección II (B)(4).

²⁷ CIDH, Caso N.º 1802 (Paraguay), doc 39-35 rev. 1 (8 de agosto de 1975), párrs. 2-3, citado en el *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1975*, Doc. OEA/Ser.L/V/II.37Doc. 20 corr. 1 (28 de junio de 1976), Sección II(13).

²⁸ CIDH, Caso N.º 1802 (Paraguay), citado en el *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1977*, OEA/Ser.L/V/II.43, doc. 21 corr. 1 (20 de abril de 1978), Secc III(3).

²⁹ Vid. Caso yanomami, *supra*, punto resolutivo n.º 3.

los «grupos étnicos» a una «protección especial»³⁰. A pesar de lo limitado de estas recomendaciones, la Comisión también apuntó a la necesidad de la delimitación y demarcación del Parque Yanomami, apuntando así, aunque de manera indirecta, al problema central de la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas de la Amazonía brasileña³¹.

La intervención de la Comisión Interamericana en la contienda armada en la Costa Atlántica de Nicaragua entre el ejército sandinista y distintos grupos de guerrilla miskita fue quizá más trascendente, dando una cobertura internacional a las negociaciones entre ambas partes que condujeron al establecimiento de un régimen de autonomía en la región. Pero, al igual que en el caso *yanomami*, las recomendaciones de la Comisión fueron marcadamente apocadas, basando sus conclusiones relativas al diálogo para la modificación del régimen administrativo de las regiones del Atlántico en derechos genéricos como los derechos a la cultura, a la lengua, a la religión, o las libertades de asociación, reunión y expresión, excluyendo toda consideración de libre determinación o de autonomía política³².

Los años 90: hacia el reconocimiento de los derechos indígenas

La tercera fase en la acción institucional del sistema interamericano en relación con los derechos de los pueblos indígenas comienza a mediados de los noventa, muy influida por los desarrollos internacionales en la materia, y en particular por la ratificación y entrada en vigor del Convenio N.º 169 de la OIT³³, ratificado en masa por los países de la región, así como por la cristalización del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.

En 1989, año de la adopción del Convenio N.º 169, la Comisión Interamericana señaló en su informe anual la necesidad de contar con un instrumento interamericano específicamente dedicado a los pueblos indígenas, debido a su «situación actual...generalmente carenciada y en muchos casos marginalizada aun de las garantías mínimas ofrecidas a la población general»³⁴, y ponién-

³⁰ *Ibid.*, considerando n.º 7.

³¹ *Ibid.*, punto resolutivo n.º 3.

³² CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*, OEA/Ser.L/V/II.62 doc. 62 (16 de mayo de 2004) [en adelante, *Informe miskito*], Conclusiones, párr. 1.

³³ Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (N.º 169), adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión, entrado en vigor el 5 de septiembre de 1991, de conformidad con el artículo 38.

³⁴ CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1988-1989*, OEA/Ser.L/V/II.76/Doc. 10 (18 de septiembre de 1989), párr. 258.

dose a la disponibilidad de los órganos ejecutivos de la OEA para preparar dicho instrumento³⁵. Tras la asunción de este objetivo por parte de la Asamblea General de la OEA³⁶, la Comisión lideró los trabajos para la preparación de un proyecto de declaración americana de derechos de los pueblos durante la década posterior. La Comisión presentó el proyecto de proyecto de declaración americana en 1997³⁷. A partir de este momento, y siguiendo el modelo del proceso de discusión de la ONU, la Asamblea decidió abrir un proceso de discusión y consulta con representantes de los pueblos y organizaciones indígenas de la órbita americana en el marco de un Grupo de Trabajo dependiente del Consejo Permanente de la OEA³⁸. Las reuniones de este Grupo de Trabajo dieron comienzo en 1999 y todavía continúan en la actualidad.

El proceso de elaboración y discusión del proyecto de declaración sobre derechos indígenas ha consolidado un ámbito institucional específico dentro de la Comisión en relación con los asuntos indígenas. En 1990, la Comisión creó la figura del Relator especial para asuntos indígenas como parte de su limitada lista de relatores temáticos³⁹. La Relatoría experimentó un fuerte empuje en

³⁵ *Ibid.* párr. 250.

³⁶ Resolución de la Asamblea General de la OEA, A.G./Res. 1022 (XIX-0/89), párr. 13 (solicitando a la Comisión Interamericana «la preparación de un instrumento jurídico, relativo a los derechos de las poblaciones indígenas con miras a que pueda ser adoptado en 1992»).

³⁷ El proceso de elaboración del proyecto de declaración americana de derechos de los pueblos indígenas comenzó en 1991, con una reunión técnica en México D.F. con la participación de líderes indígenas, expertos y representantes de los gobiernos. En ella participaron conocidas figuras de la discusión americana sobre estos asuntos, como Magdalena Gómez, Diego Iturralde o Willie Littlechild. Dicha reunión fue seguida en 1992 con el envío de un cuestionario a los Estados miembros de la OEA y a distintas organizaciones indígenas, con cuyas respuestas la Secretaría Ejecutiva preparó un primer «borrador para consulta» revisado y adoptado por la Comisión en 1995, que fue circulado entre los Estados miembros, instituciones internacionales y organizaciones indígenas. *Ibid.* Sobre el proceso inicial de elaboración del proyecto de declaración americana sobre derechos indígenas, véase, en general, Oswaldo Kreimer, «The Beginnings of the Intra-American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *St. Thomas Law Review*, vol. 9 (1996): pp. 271 y ss.

³⁸ *Vid.* Resolución de la Asamblea General de la OEA, «Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas», aprobada en sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1999, Doc. OEA/Ser.P AG/Res. 1610 (XXIX-0/99).

³⁹ En 1990 la Comisión nombró al Comisionado Patrick Robinson como Relator especial para asuntos indígenas, que desempeñó su mandato durante los años 1991-1996. A partir del fin de su mandato, el cargo fue desempeñado por los Comisionados Carlos Ayala (1997-2000), Claudio Grossman (2000-2001) y Julio Prado Vallejo (2000-2003), y José Zalaquett (2003-2005). En el momento de escribir estas líneas, la relatoría es desempeñada por el Comisionado Paolo G. Carozza, que asumió su cargo en 2006 y lo desempeñará hasta 2009. Para un resumen de las actividades de la Relatoría, véase *Presentación del Doctor Julio Prado Vallejo, Relator Especial sobre pueblos indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el proceso de elaboración del Proyecto de Declaración (Párrafo resolutivo 7 de la resolución AG/Res. 1851 (XXXIII-O/02), OEA/Ser.K/XVI; GT/DADIN/doc. 103/02 (13 de noviembre de 2002).*

2000 con la aprobación de un proyecto del gobierno danés para la financiación específica de sus actividades⁴⁰. La creación de la Relatoría Especial ha servido para consolidar la presencia de las cuestiones indígenas en la agenda de trabajo general de la Comisión, y desde su creación las cuestiones indígenas aparecen regularmente en sus informes generales y especiales.

Pero, sin duda, el principal exponente del interés actual del sistema interamericano de derechos humanos por los derechos indígenas es la publicación en 2001 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de la *Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, la primera sentencia de la Corte. El caso, originado en una petición ante la Comisión en 1995, supuso todo un proceso de aprendizaje institucional para los órganos del sistema interamericano sobre la especificidad de los derechos indígenas, al tiempo que generó la primera jurisprudencia relativa, específicamente, a los derechos colectivos indígenas, en este caso en relación con el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales. El caso *Awes Tingni* ha abierto la puerta durante los últimos años a una acumulación exponencial de casos relativos a violaciones de derechos de los pueblos indígenas en el continente, ante la Comisión. La Comisión adoptó en 2003 y 2004 sus recomendaciones en los casos de las *Comunidades mayas v. Belice* y *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos*, donde se desarrolla y consolida la jurisprudencia de la Corte en relación con el derecho a la tierra indígena. A partir de 2005, la Corte ha emitido sentencias de gran trascendencia en otros casos relativos a los derechos indígenas, como *Comunidad Yakye Axa v. Paraguay*, *YATAMA v. Nicaragua*, *Comunidad Moiwana v. Surinam* o *Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay*. Todos estos casos, originados en peticiones individuales ante la Comisión, han contribuido a conformar una jurisprudencia cada vez más precisa y detallada en torno al contenido de los derechos indígenas garantizados por los instrumentos del sistema interamericano.

3. Los mecanismos del sistema interamericano: posibilidades para los pueblos indígenas

Los casos arriba mencionados, donde la Comisión y la Corte se han pronunciado a favor de los derechos de comunidades indígenas específicas en conflictos

⁴⁰ El proyecto, con vigencia por el periodo 2000-2005, era parte del Programa de Derechos Humanos para Centroamérica (PRODECA). El proyecto tenía un título amplio: «Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Defensa de los Derechos Humanos de Comunidades, Minorías Étnicas y otros grupos vulnerables afectados por los conflictos de Centroamérica». Gracias a este proyecto, la Comisión Interamericana pudo financiar la actividad de una abogada especializada en materia indígena, Isabel Madariaga, cuyo papel fue clave en el impulso de los casos indígenas ante la Comisión durante los años de vigencia del proyecto. Asimismo, la relatoría se nutre cada año de una beca-pasantía «Pueblos Indígenas», abierta a abogados y abogadas indígenas provenientes de países centroamericanos.

específicos contra los Estados en los que viven, han colocado al sistema interamericano en el candelero de la lucha por los derechos indígenas en el continente americano. Estos casos son producto del procedimiento de peticiones individuales (el denominado «procedimiento contencioso») ante la Comisión y la Corte, un procedimiento que permite acudir a estos órganos en casos donde se alegue la violación por los Estados de los derechos consagrados en las principales normas interamericanas. Aun siendo sin duda el procedimiento que más oportunidades ofrece para los pueblos indígenas, existen asimismo otra serie de procedimientos ante la Comisión y la Corte que, como veremos, han demostrado tener también un papel en la promoción y protección de los derechos indígenas.

Nivel de obligación internacional	Tipo de procedimiento	Estados miembros
Estados miembros que han ratificado la Convención y han admitido la jurisdicción de la Corte	Procedimiento contencioso ante la Comisión y la Corte, basado en la Convención	Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay, Venezuela
Estados miembros que han ratificado la Convención y no han admitido la jurisdicción de la Corte	Procedimiento contencioso ante la Comisión, basado en la Convención	Dominica, Granada, Jamaica
Estados miembros que no han ratificado la Convención, que han denunciado la Convención (*), o que han sido expulsados de la OEA (**)	Procedimiento contencioso ante la Comisión, basado en la Declaración	Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba**, Estados Unidos, Bahamas, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Trinidad y Tobago*.
Estados miembros que han ratificado otras convenciones interamericanas de derechos humanos	Procedimiento contencioso ante la Comisión, basado en dichas convenciones, y ante la Corte, sólo en determinados casos*	

Cuadro 1

Tipos de procedimiento contencioso ante el sistema interamericano

* Los instrumentos interamericanos que permiten el procedimiento ante la Corte son sólo dos, el Protocolo de San Salvador y la Convención sobre Desaparición Forzosa, siempre que el Estado sea parte de la Convención Americana y haya aceptado la jurisdicción de la Corte

El procedimiento contencioso ante los órganos del sistema interamericano está disponible en relación con todos aquellos Estados partes de la OEA, pero sólo en relación con aquellos Estados que han ratificado la Convención y han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, el caso puede llegar a ser visto por ésta. En los demás casos, el procedimiento contencioso se sustancia únicamente ante la Comisión, en relación con los derechos reconocidos en la Declaración (en el caso de que el Estado en cuestión no haya ratificado la Convención) y en la Convención (en el caso de que el Estado haya ratificado la Convención pero no haya aceptado la jurisdicción de la Corte). Las peticiones pueden presentarse también ante la Comisión en relación con otros derechos consagrados en otras convenciones interamericanas de derechos humanos en relación con los Estados partes de estos instrumentos⁴¹ (véase la Tabla 2). Con las recientes incorporaciones de México y República Dominicana, la práctica totalidad de los países del ámbito latinoamericano han ratificado la Convención Americana y han aceptado la jurisdicción de la Corte.

El procedimiento contencioso ante la Comisión

El procedimiento contencioso ante la Comisión y, en su caso, ante la Corte, se inicia necesariamente con una petición o denuncia a la Comisión, no siendo posible acceder directamente ante la Corte. Toda «persona o grupo de personas» puede presentar peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando violaciones de los derechos reconocidos en la Convención Americana (o, en su caso, de la Declaración)⁴². En casos relativos a derechos indígenas, nada ha impedido para que la Comisión haya aceptado peticiones colectivas en nombre y representación de comunidades indígenas (como, por ejemplo, en el caso *Awas Tingni*), de organizaciones indígenas (como el caso Consejo Cultural Maya de Toledo, en Belice, o el caso Conselho Indígena de Roraima, en Brasil) o incluso de pueblos indígenas (como en el caso *miskito* en Nicaragua, si bien cualificado al referirse a «un sector de la población nicaragüense de origen miskito»). En otros casos indígenas, las peticiones han sido presentadas en nombre de personas individuales, sea por su carácter de víctimas de violaciones de derechos individuales (como en casos de masacres en Guatemala o Surinam), sea porque su caso ejemplifica las condiciones a las que se enfrentan sus comunidades o pueblos en su conjunto (como el caso de las hermanas Mary y Carrie Dann,

⁴¹ Reglamento de la Comisión, art. 23.

⁴² Convención Americana, art. 44.

en relación con las violaciones de los derechos del pueblo shoshone occidental, en los Estados Unidos). El procedimiento ante la Comisión permite que los peticionarios sean personas distintas de las víctimas y, aunque la identificación de la víctima o víctimas es una condición necesaria de toda petición, se admite que puedan presentar peticiones bajo reserva de identidad, y así ha sido hecho también en casos relativos a violaciones de los derechos de personas indígenas.

Las peticiones ante la Comisión, cuya fórmula es flexible, requieren sólo unos mínimos requisitos de forma y contenido. La petición, que debe presentarse por escrito y firmada, debe indicar «el nombre, la nacionalidad, la profesión [y] el domicilio» de la persona o personas peticionarias y de sus representantes jurídicos⁴³. Un elemento implícito de toda petición es que incluya una relación de hechos que puedan constituir, al menos en apariencia, violaciones de los derechos consagrados en la Convención (o, en su caso, de la Declaración y otras convenciones interamericanas), e identificar claramente el derecho o derechos violados.

El procedimiento ante la Comisión incluye una serie de requisitos procesales que, si bien se admiten excepciones en circunstancias limitadas, suelen ser considerados de manera estricta. El primero de estos requisitos es que la petición ante la Comisión debe presentarse una vez que se hayan agotado los recursos administrativos o judiciales internos⁴⁴. En segundo lugar, la petición debe presentarse oportunamente, considerándose para ello un plazo de seis meses a contar desde el agotamiento de los recursos internos⁴⁵. En tercer lugar, la petición no debe estar siendo tramitada en otro procedimiento internacional de carácter contencioso⁴⁶.

Tras la presentación de la petición, el procedimiento ante la Comisión inicia cuando ésta acusa recibo a los peticionarios, asignando un número de registro a la petición y comunicando la petición al Estado interesado, a quien se le suele conceder un plazo de tres meses para la respuesta. Los peticio-

⁴³ *Ibid.*, art. 46(1)(d).

⁴⁴ *Ibid.*, artículo 46(1)(a). El propio artículo menciona algunas excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos:

- a. [que] no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega que han sido violados;
- b. [que] no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos;
- c. [que] haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Ibid., art. 46(2).

⁴⁵ *Ibid.*, art. 46(1)(b). A los efectos del requisito de temporaneidad, la Convención permite las mismas excepciones recogidas en el artículo 46(2), *supra* nota 211, en relación con el primer requisito de agotamiento de los recursos internos.

⁴⁶ *Ibid.*, art. 46(1)(c).

narios tienen posteriormente la oportunidad de presentar sus observaciones a la respuesta del Estado, y esta dinámica de envío de informaciones cruzadas suele repetirse sin un plazo fijo, hasta que la Comisión tiene la información necesaria para determinar que la petición es admisible. Por su puesto, la apertura de un caso por la Comisión no está exenta de otro tipo de factores, desde factores de carácter político, relativos a las relaciones más amplias entre la Comisión y el país específico, a factores de capacidad institucional, derivados de las limitaciones financieras de la Comisión o de sus ámbitos prioritarios de acción.

El informe de admisibilidad

La apertura formal del caso tiene lugar cuando la Comisión emite un informe sobre la admisibilidad, que se comunica a las partes. Estos informes se limitan a identificar que se cumplen, uno por uno, los requisitos formales de admisibilidad de la petición, y que existen «evidencias de hechos que «de ser probados», constituirán violaciones de los derechos amparados por el sistema interamericano. En la práctica, y dada la gran carga de trabajo de la Comisión, su estándar de admisibilidad es bastante alto, y un informe de admisibilidad ya supone una señal positiva de que la Comisión ha percibido la existencia de una violación. Una declaración de admisibilidad suele tardar entre uno y dos años desde que la petición fue presentada. En los casos en los que la Comisión comprueba que no se han cumplido los requisitos de admisibilidad, o la petición resulta «manifiestamente infundada», la Comisión adopta un informe de inadmisibilidad, que pone fin al procedimiento⁴⁷. En la gran mayoría de los casos, sin embargo, la Comisión opta por «dejar morir» aquellas peticiones que no presentan claros indicios de violación de los derechos humanos, para no perjudicar la posición de los peticionarios frente al Estado, o que simplemente no han sido empujados con la suficiente agilidad por parte de los peticionarios.

Una vez declarada la admisión del caso, la Comisión tiene competencia para facilitar una «solución amistosa» entre las partes⁴⁸. Por lo general, una vez admitida a trámite la petición, la Comisión notifica a las partes su disponibilidad de ejercer sus buenos oficios como mediadora, otorgando un plazo para tal efecto. Como veremos más adelante en algunos casos relativos a derechos indígenas, el procedimiento ante la Comisión ha concluido en la forma de soluciones amistosas⁴⁹.

⁴⁷ *Ibid.*, art. 47.

⁴⁸ *Ibid.*, arts 48(1)(f), 49.

⁴⁹ *Vid. infra*, notas 230-238 y texto correspondiente.

Las audiencias sobre casos ante la Comisión

En cualquier momento del procedimiento, la Comisión puede convocar a las partes a una audiencia para discutir los hechos y los argumentos jurídicos de la petición. En la práctica, y, de nuevo, debido a la gran carga de casos que tiene la Comisión, estas audiencias suelen concederse únicamente a solicitud de los peticionarios (a veces después de numerosas solicitudes) en relación con aquellos casos que han recibido un informe de admisibilidad. Estas audiencias, que deben solicitarse al menos con 40 días de antelación⁵⁰, se celebran en la sede de la Comisión en Washington durante sus dos periodos ordinarios de sesiones (o, excepcionalmente, en otras sedes, durante sesiones especiales), y el Estado en cuestión está invitado a participar. Muchas de estas audiencias se han celebrado en relación con los casos de derechos indígenas tramitados por la Comisión, y son particularmente necesarios debido a las complejidades que normalmente rodean a un caso de violación de los derechos de los pueblos indígenas.

El informe sobre el fondo

Si no se ha logrado una solución amistosa entre las partes, la Comisión procederá entonces a adoptar una decisión sobre el fondo del asunto, determinando si hubo o no violación de los derechos reconocidos en la Convención (o, en su caso, en la Declaración). Al igual que ocurre con la decisión sobre admisibilidad, no existe una pauta y un plazo fijos para que la Comisión emita su decisión sobre el fondo, una decisión de nuevo contingente en una serie de factores no escritos, y donde, de nuevo, la iniciativa de los propios peticionarios es fundamental.

La decisión sobre el fondo tiene lugar en dos etapas. En primer lugar, la Comisión elabora un informe con sus conclusiones provisionales (el «informe del artículo 50», como se le denomina normalmente, en referencia con el artículo de la Convención Americana que regula esta etapa del procedimiento), que se remite al Estado. En caso de que la Comisión haya identificado una violación de la Convención, el informe incluye una serie de recomendaciones para remediar dicha violación, así como un plazo determinado al Estado (por lo general tres meses) para que cumpla con dichas recomendaciones. El informe del artículo 50 es confidencial, precisamente con el objetivo de darle una oportunidad al Estado a reparar la situación que dio lugar a la petición sin necesidad de llevar a una condena pública del Estado.

⁵⁰ Reglamento de la Comisión, art.62(2).

Una vez que se cumple el plazo fijado por el informe del artículo 50, la Comisión tiene dos alternativas. Por un lado, la Comisión puede aprobar un informe final sobre el fondo del caso (el «informe del artículo 51»), esta vez de carácter público, donde se evalúe el nivel de cumplimiento de sus recomendaciones por el Estado. Si la Comisión considera que sus recomendaciones han sido debidamente cumplidas, declarará el archivo del caso. Si las recomendaciones iniciales fueron sólo parcialmente cumplidas, la Comisión podrá dictar recomendaciones adicionales al Estado y otorgarles otro nuevo plazo para su cumplimiento. En uno y otro caso, este informe del artículo 51 pone fin al procedimiento contencioso ante la Comisión.

La demanda ante la Corte

Si la Comisión considera que el Estado no cumplió satisfactoriamente con las recomendaciones provisionales del artículo 50 y, en general, no detecta la voluntad del Estado para admitir su responsabilidad en las violaciones de derechos humanos y reparar estas violaciones, podrá interponer una demanda en contra del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como vimos, ésta última opción es sólo posible en aquellos casos en los que el Estado en cuestión haya ratificado la Convención Americana y aceptado la jurisdicción de la Corte. En el resto de los casos, el procedimiento ante la Comisión finaliza obligadamente en un informe definitivo sobre el fondo (un informe del artículo 51), como ocurrió en los casos indígenas contra Belice o Estados Unidos.

El procedimiento contencioso ante la Corte

El procedimiento ante la Corte se inicia formalmente cuando la Comisión y los peticionarios (o, únicamente la Comisión, cuando los peticionarios hayan renunciado a esta posibilidad) interponen una demanda ante la Corte en contra de un Estado. Como vimos, no es posible acceder ante la Corte si no se ha agotado completamente el trámite ante la Comisión, y, aunque los peticionarios tengan la posibilidad de presentarse individualmente ante la Corte, pueden hacerlo únicamente cuando la Comisión decide interponer la demanda contra el Estado.

Fases del procedimiento

El procedimiento ante la Corte se divide conceptualmente en tres partes. La primera es la fase de «excepciones preliminares», donde se discuten las

objeciones de carácter formal presentadas por el Estado en contra de la admisión de la denuncia, basada en los criterios de admisibilidad de las peticiones individuales contra la Comisión. Tras esta primera fase, la Corte entra a discutir el fondo del asunto, sobre la base de las pruebas y argumentos jurídicos ofrecidos por las partes, concluyendo si hubo o no violación del derechos o derechos alegados por los peticionarios. Por último, en aquellos casos en que la Corte identifica la existencia de una violación, se abre una tercera fase y la Corte decide las formas de reparación de las víctimas.

Antes de la reforma del reglamento de 2003, todas estas fases daban lugar a sentencias independientes (es decir, una sentencia sobre excepciones preliminares, otra sobre el fondo y otra, en su caso, sobre reparaciones). Tras dicha reforma, y con miras a agilizar el procedimiento, la Corte puede ahora juntar dichas fases en una sola sentencia (una sola para excepciones preliminares, fondo y reparaciones) o dos (una sobre excepciones preliminares y fondo, y otra sobre reparaciones), dependiendo de las características específicas del caso⁵¹. Así, por citar algunos ejemplos recientes, en el caso *Yakye Axa* la Corte emitió una única sentencia sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones, mientras que en el caso *Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*, donde, dado que la cuestión de las reparaciones se hacía particularmente complejo debido al elevado número de víctimas, la Corte adoptó una sentencia sobre el fondo y excepciones preliminares y otra distinta sobre las reparaciones.

Las audiencias sobre casos ante la Corte

Al igual que la Comisión, la Corte celebra audiencias sobre los casos en trámite en su sede de San José de Costa Rica. La reforma del reglamento de 2003 flexibilizó la convocatoria de estas audiencias, que ahora quedan a la disposición de la Corte; en la práctica, la Corte convoca audiencias siempre en relación con el fondo de los casos, y en circunstancias excepcionales sobre las excepciones preliminares o las reparaciones. Las audiencias sobre el fondo, muy similares a cualquier audiencia ofrecen una oportunidad para que las partes presenten sus medios de prueba (incluyendo testigos y peritos) y sus argumentos jurídicos en torno a la violación o no de la Convención Americana. En los casos indígenas ante la Corte, las audiencias sobre el fondo han demostrado tener una especial importancia para poner de manifiesto las complejidades relativas a la protección de los derechos indígenas en casos específicos y, en general, para sensibilizar a una Corte

⁵¹ Reglamento de la Corte, art. 51(1).

inicialmente ajena a estas cuestiones. Así, en el caso *Awas Tingni*, la audiencia ante la Comisión contó con un desfile de especialistas de primer nivel que fueron exponiendo no sólo los detalles de la tenencia tradicional de la tierra de Awas Tingni sino, en términos generales, el contenido de los derechos de los pueblos indígenas; uno de los peritos en el caso, Rodolfo Stavenhagen, se convertiría al poco tiempo en Relator Especial de la ONU sobre pueblos indígenas⁵². En el caso *Awas Tingni* y en otros casos ante la Corte, la defensa incluyó los testimonios de ancianos y líderes de las comunidades respectivas, algunos de ellos hablando en su lengua indígena y traducidos a través de intérpretes, que dieron cuenta de las tradiciones y la historia oral de sus pueblos.

El cumplimiento de las sentencias

Las sentencias de la Corte son «definitiv[as] e inapelable[s]»⁵³. La Corte puede emitir una sentencia de interpretación sobre sus fallos, pero sólo a solicitud de las partes y dentro de un plazo determinado⁵⁴. En un caso reciente de derechos de los pueblos indígenas fallado por la Corte, el caso *Yakye Axa*, los peticionarios presentaron una solicitud de interpretación sobre la sentencia de reparaciones, donde se obligaba a Paraguay a «identificar el territorio tradicional» de la Comunidad⁵⁵. Los peticionarios en este caso solicitaron a la Corte que aclarara la aparente contradicción entre esta medida y la referencia en distintas partes de la sentencia sobre el fondo a la posibilidad de que el Estado entregue tierras alternativas⁵⁶. En su sentencia sobre interpretación, la Corte aclaró que sólo «de darse motivos objetivos y fundamentados que imposibiliten que el Estado reivindique el territorio identificado como el tradicional de la Comunidad, deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de manera consensuada»⁵⁷.

⁵² Las sesiones de la audiencia pública sobre el fondo en el caso *Awas Tingni*, junto con otros documentos pertinentes del procedimiento ante la Comisión y la Corte, se encuentran reproducidas en GÓMEZ ISA, F., et al. (comps.), *El caso Awas Tingni contra Nicaragua: nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Deusto, Universidad de Deusto, 2003.

⁵³ Convención Americana, art. 67.

⁵⁴ *Ibid.*, art. 67 (las partes tienen un plazo de 90 días para solicitar a la Corte una sentencia de interpretación).

⁵⁵ Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C (No.125) (2005), punto resolutivo N.º 6.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 217.

⁵⁷ Caso *Yakye Axa* (interpretación), Sentencia de 6 de febrero de 2006, Cte.I.D.H., Serie C (No. 142) (2006), párr. 26.

La Corte queda encargada de la supervisión de sus sentencias, como «facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte» la supervisión del cumplimiento de sus decisiones»⁵⁸. Aunque ni la Convención Americana ni el Reglamento de la Corte contienen ninguna disposición sobre la fase de cumplimiento de los fallos, la Corte ha desarrollado una práctica de emitir en algunos casos resoluciones sobre cumplimiento, donde evalúa el estado de implementación de las reparaciones ordenadas a los Estados. La Corte informa anualmente a la Asamblea General sobre los casos de incumplimiento de sus sentencias, pero, como tribunal internacional, carece de mayores atribuciones coercitivas que su propia autoridad moral para asegurar dicho cumplimiento⁵⁹.

Las medidas cautelares y provisionales

En cualquier momento del procedimiento ante la Comisión y la Corte, e incluso antes de la apertura formal de un caso, puede solicitarse a estos órganos que dicten medidas cautelares (en el caso de la Comisión) o provisionales (en el caso de la Corte) en casos de amenazas especialmente «graves y urgentes» a los derechos humanos⁶⁰. Estos mecanismos, inspirados en las medidas precautorias que dictan los tribunales a nivel interno, son mecanismos excepcionales que, a veces, buscan evitar daños personales (de forma parecida a las llamadas urgentes que adoptan las ONG y otros organismos internacionales de derechos humanos) y, en otros casos, pretenden que se conserven las circunstancias actuales del caso (*statu quo*) hasta que se emita una decisión sobre el fondo del mismo.

Las medidas *cautelares* son adoptadas por la Comisión «en casos urgentes, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas»⁶¹. En casos de especial gravedad, o cuando las medidas cautelares adoptadas no hayan sido implementadas satisfactoriamente, la Comisión puede solicitar a la Corte que adopte medidas *provisionales*, incluso en casos que todavía no estén siendo considerados por ésta bajo el procedimiento contencioso⁶². Los peticio-

⁵⁸ Caso *Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano) vs. Perú* (Cumplimiento), Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de febrero de 2006, Considerando n.º 1,

⁵⁹ Convención Americana, art. 65.

⁶⁰ En el caso de las medidas cautelares ante la Comisión, el Reglamento de ésta hace referencia a «casos de gravedad y urgencia», Reglamento de la Comisión, art. 25(1). En el caso de las medidas cautelares ante la Corte, la Convención Americana se refiere «casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas», Convención Americana, art. 63(2).

⁶¹ Reglamento de la Comisión, artículo 29.

⁶² Convención Americana; art. 63(2); Reglamento de la Corte, art. 25.

narios pueden dirigirse también directamente a la Corte, pero sólo en aquellos casos que estén siendo considerados por la Corte, en virtud de su capacidad procesal independiente en esta fase⁶³. Las medidas provisionales tienen especial relevancia en la medida en que, como toda resolución de la Corte, son de obligado cumplimiento y, por lo tanto (al menos en teoría) cuentan con una mayor fuerza jurídica que las medidas cautelares de la Comisión.

Al igual que en muchas otras etapas del procedimiento ante la Comisión y la Corte, la adopción de medidas cautelares y provisionales cuenta con un amplio margen de apreciación de estos órganos. En muchas ocasiones, es necesario que los peticionarios sean insistentes, solicitando varias veces la adopción de estas medidas si es necesario, hasta que estos órganos alcancen la convicción de la necesidad urgente de las mismas. En términos generales, por tanto, la estrategia debe ser la misma que con los casos en el procedimiento contencioso ante la Comisión: el envío frecuente de comunicaciones y solicitudes que eviten que el caso «muera» dentro de la avalancha de casos que entran en el sistema interamericano. Con todo, en los últimos años es perceptible una cierta tendencia a la reducción de las medidas adoptadas bajo este procedimiento de urgencia (sobre todo en el caso de las medidas cautelares de la Comisión), quizá en un intento por salvaguardar la eficacia de las mismas ante la acumulación de evidencias de incumplimiento por parte de los Estados.

El procedimiento de las medidas cautelares ante la Comisión y de las medidas provisionales ante la Corte han sido utilizadas cada vez con más frecuencia en casos relativos a derechos indígenas. En algunos de estos casos (la mayoría) se trata de medidas adoptadas en relación con amenazas a la vida o a la seguridad de dirigentes de comunidades u organizaciones en relación con reivindicaciones de derechos indígenas. Éste es, por ejemplo, el caso de las medidas provisionales adoptadas por la Corte (después que la Comisión hubiera dictado medidas cautelares) para proteger a los dirigentes de la comunidad kichwa de Sarayaku⁶⁴.

⁶³ Según el artículo 23.1 del Reglamento de la Corte, las víctimas, «[d]espués de admitida la demanda... podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso». Haciendo uso de esta facultad, por ejemplo, la Comunidad Awas Tingni, que ya contaba con una sentencia de la Corte a su favor, solicitó en julio de 2002 la adopción de medidas cautelares para proteger la integridad de su territorio tradicional frente a la acción depredadora de colonos no indígenas y madereros ilegales, ante la inacción del gobierno nicaragüense. La Corte recibió la solicitud de la Comunidad y dictó medidas provisionales en el caso en septiembre de 2006. *Vid. Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (Medidas provisionales), Resolución de 9 de septiembre de 2002, Cte.I.D.H., Serie D (2002) [En adelante, *Caso Awas Tingni* (Medidas provisionales)].

⁶⁴ *Caso Pueblo indígena de Sarayaku* (Medidas provisionales), Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2004, punto resolutivo n.º 1 (urgiendo al Estado a que adopte «sin dilación, las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de los miembros del pueblo indígena kichwa de Sarayaku y de quienes ejercen su defensa»).

Pero la noción de «daños graves e irreparables» contra las personas ha sido interpretada de forma cada vez más amplia por la Comisión y por la Corte en relación con violaciones de los derechos indígenas, en relación con circunstancias que van más allá de las amenazas a la vida y a la integridad de líderes indígenas. En las segundas medidas provisionales otorgadas a la Comunidad Sarayaku, donde la Comunidad estaba siendo amenazada por la prospección petrolera en su territorio tradicional, la Corte solicitó expresamente a Ecuador que asegurara que la Comunidad pudiera «realizar sus actividades y hacer uso de los recursos naturales existentes en el territorio en que se encuentran asentados» incluyendo medidas para «evitar daños inmediatos e irreparables para su vida e integridad personal resultantes de las actividades de terceros que viven cerca de la comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo»⁶⁵.

En el caso de las medidas provisionales dictadas por la Corte a favor de la Comunidad Awas Tingni (después de la sentencia sobre el fondo en el caso), las tierras de la Comunidad estaban siendo amenazadas por la actividad predatoria de colonos no indígenas y madereros ilegales, que actuaban con la total condescendencia del Estado nicaragüense. En este caso, la Corte ordenó a Nicaragua que adoptara «sin dilación» las medidas necesarias para proteger las tierras y recursos naturales de Awas Tingni, «específicamente aquéllas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que se han asentado en el territorio de la Comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo»⁶⁶.

En términos similares, en el caso de la tierra indígena Raposa Serra do Sol, en el estado brasileño de Roraima, la Comisión Interamericana otorgó medidas cautelares para proteger a las comunidades indígenas de este territorio, ante el ataque sufrido el 23 de noviembre de 2004 por un grupo armado de colonos, que llevó a la muerte de una persona, la desaparición de otra y la destrucción de 34 viviendas. En este caso, la Comisión solicitó a Brasil que garantizara la vida e integridad física de los miembros de las comunidades, «respetando su identidad cultural y su especial relación con sus tierras ancestrales»⁶⁷.

La solución amistosa

Como vimos, dentro del procedimiento contencioso ante la Comisión, ésta puede en todo momento ponerse a disposición de las partes para me-

⁶⁵ Caso *Pueblo indígena de Sarayaku*, Resolución de la Corte Interamericana de 17 de junio de 2005, punto resolutivo 1(b).

⁶⁶ Caso *Awas Tingni* (Medidas provisionales), *supra*, punto resolutivo n.º 1.

⁶⁷ CIDH, *Pueblos indígenas Ingaricó, Macuxi, Patamona, Taurepang and Wapichana*, Caso N.º 818-04 (Brasil), Comunicación de 6 de diciembre de 2004, punto resolutivo n.º 1 (traducción no oficial).

diar en la consecución de un acuerdo de solución amistosa, que pone fin al procedimiento contencioso⁶⁸. Al menos en dos ocasiones esta vía ha sido usada en casos relativos a derechos de los pueblos indígenas, con distintos efectos.

En el primero de estos casos, el caso de la comunidad Lamexay y Riachito las comunidades peticionarias, ubicadas en la región del Chaco paraguayo y pertenecientes ambas al pueblo enxet, llegaron a un acuerdo con Paraguay una vez que se presentó la petición ante la Comisión Interamericana. En virtud de este acuerdo, el Estado reconoció los derechos ancestrales de las comunidades sobre sus tierras, que habían pasado a manos de terceros, informando de la compra de dichas tierras a favor de las comunidades⁶⁹. Es interesante señalar que este caso es similar a los de las comunidades Yakye Aya y Sawhoyamaya, comunidades también pertenecientes al pueblo enxet y ubicadas tradicionalmente en la región del Chaco, aunque en estos casos no se alcanzó un acuerdo previo en torno a la compra de tierras a los terceros que detentaban las tierras tradicionales de las comunidades.

Un segundo caso de solución amistosa en relación con peticiones que alegaban violaciones de los derechos indígenas es el caso de *Mercedes Huentao y otras*, mejor conocido como el caso *Ralco*, en Chile. El caso, que llamó la atención de la opinión pública internacional, se inició con los planes de construcción de una serie de represas en el alto Bío-Bío, región ancestralmente ocupada por comunidades mapuche pehuenche. En este caso, objeto de una petición ante la Comisión Interamericana que denunciaba graves violaciones de la legislación interna y de la Convención Americana, la empresa constructora, la transnacional española Endesa, fue llegando a acuerdos individuales con las familias *mapuche-pehuenche*, salvo las familias de Mercedes Huentao y Nicolaza Quintremán, que resistían en sus tierras ancestrales. Finalmente, en un contexto de altísima presión, Chile alcanzó una solución amistosa con las peticionarias, proveyendo un plus a la compensación ofrecida por la empresa⁷⁰. Notablemente, sin embargo, en el momento de firma del acuerdo, el movimiento mapuche consiguió introducir dentro del mismo una serie de compromisos del Estado relativos a la garantía de los pueblos

⁶⁸ Convención Americana, art. 48(1)(f).

⁶⁹ Caso Comunidades indígenas enxet Lamexay y Kayleyphapopyet —Riachito— (Solución amistosa), Informe N.º 90/99, Caso 11.713 (29 de septiembre de 1999), reproducido en CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1999*, OEA/Ser. L/V/II.106 Doc. 3 (13 de abril de 2000).

⁷⁰ Caso *Mercedes Julia Huentao Beroiza y otras* (Solución amistosa), Informe N.º 30/34, Petición 4617/02 (11 de marzo de 2004), reproducido en CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2004*, OEA/Ser. L/V/II.122, Doc. 5 rev. 1 (23 de febrero de 2005).

indígenas en Chile, incluyendo la reforma constitucional para reconocer los derechos indígenas y la ratificación del Convenio N.º 169 de la OIT⁷¹.

En caso de que el Estado y los peticionarios hayan alcanzado un acuerdo de solución amistosa, la Comisión continúa de garante del cumplimiento de las cláusulas del acuerdo, aunque no existe un procedimiento reglado para tal efecto. Una cuestión pendiente en relación con el procedimiento de la solución amistosa es el cumplimiento de este tipo de acuerdos donde, ausente la presión de una decisión sobre el fondo de la Comisión, o incluso la amenaza de una denuncia ante la Corte, los Estados sienten poca presión para el cumplimiento de sus compromisos.

La elaboración de informes por la Comisión

Todos los procedimientos que hemos analizado, tanto el procedimiento contencioso ante la Comisión y la Corte, como las medidas cautelares y provisionales, o la solución amistosa, hacen referencia a casos individuales donde se alegan violaciones de los derechos humanos garantizados en el sistema interamericano. Sin embargo, no todas las actividades de los órganos interamericanos se circunscriben a este tipo de casos. Por ejemplo, como vimos, la Corte tiene además competencias de carácter consultivo, aunque éstas nunca han sido utilizadas en relación con cuestiones de derechos indígenas. La Comisión, además de sus competencias contenciosas en relación con peticiones individuales, tiene además funciones más amplias de «protección y promoción» de los derechos humanos en el continente, y dentro de esas funciones ha considerado también la cuestión de los derechos indígenas.

Uno de los principales instrumentos dentro de esa competencia general de la Comisión se encuentra la elaboración de estudios o informes sobre la situación de los derechos humanos en el continente. La Comisión publica cada año un informe general donde da cuenta de las actividades llevadas a cabo, así como de los distintos casos tramitados bajo el procedimiento contencioso. En algunos de estos informes se incluyen secciones específicas relativas a los derechos indígenas (sobre todo en relación con la discusión del proyecto de declaración americana⁷²).

⁷¹ «Bases de Acuerdo entre el Estado de Chile y las familias mapuche pehuenche peticionarias del Alto Bío Bío para una propuesta de Solución Amistosa», párrs. 1(a)(b), reproducido *ibid.*, párr. 33.

⁷² *Vid. e.g.*, CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991*, OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rev. 1 (14 de febrero de 1992), Cap. VI; CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. (14 de marzo de 1997), Cap. IV.

Junto con sus informes anuales, la Comisión publica cada año una serie de informes especiales, ya sean informes sobre la situación general de los derechos humanos en un país determinado, sobre una situación específica especialmente preocupante desde el punto de vista de los derechos humanos, o sobre una cuestión general de relevancia para todos los países americanos. A partir de 1993, la Comisión inició la práctica de incluir secciones relativas a la situación de los derechos indígenas en sus informes sobre países⁷³. Asimismo, la Comisión ha publicado en dos ocasiones informes especiales sobre situaciones específicas relativas a violaciones de derechos indígenas: el informe sobre la situación del pueblo miskito, en Nicaragua (1984), y el informe sobre la situación de las denominadas «comunidades de población en resistencia» en Guatemala (1994)⁷⁴. Además de estos informes, la Comisión ha publicado estudios relativos específicamente a los derechos indígenas.

Aunque no constituyan formalmente una fuente de jurisprudencia, las interpretaciones que realiza la Comisión del contenido de los derechos indígenas en estos informes son también relevantes en la medida en que se trata de pronunciamientos realizados en el marco de los procedimientos oficiales de la Comisión, y dotados por tanto de autoridad. Estas interpretaciones toman en cuenta el contexto de la legislación interna de los Estados parte del sistema, así como otros instrumentos internacionales ratificados por estos, son importantes en la medida en que contribuyen a dotar de contenido, de forma «evolutiva» a las normas de la Convención y de otros instrumentos interamericanos.

⁷³ Vid. CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.84, Doc. 39 rev. (14 octubre 1993), Cap. IX; CIDH, *Cuarto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc. 16 rev. (1 de junio de 1993), Cap. III; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1 (24 abril 1997), Cap. IX; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1 (29 de septiembre de 1997), Cap. IV; CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1 (24 de septiembre de 1998), Cap. VII; CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 rev. 1 (26 de febrero de 1999), Cap. X; CIDH, *Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú*, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev. (2 de junio de 2000), Cap. X; CIDH, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/VII.110, doc. 52 (9 de marzo de 2001), Cap. IX; CIDH, *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 21 rev. (6 de abril de 2001), Cap. XI; CIDH, *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. 1 (29 de diciembre de 2003).

⁷⁴ Vid. CIDH, *Informe miskito*, *supra*; CIDH, *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las llamadas «comunidades de población en resistencia» de Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.86, Doc. 5 rev. 1 (16 de junio de 1994).

Las audiencias temáticas ante la Comisión

Por último, uno de los procedimientos que han sido utilizados frecuentemente por organizaciones indígenas y no indígenas para llamar la atención de la opinión pública internacional sobre pautas generales de violación de los derechos de los pueblos indígenas son las audiencias temáticas celebradas ante la Comisión. Al igual que las audiencias sobre casos, las audiencias temáticas se celebran generalmente durante los periodos ordinarios de sesiones de la Comisión, en su sede de Washington, o excepcionalmente en otras sedes.

Desde 2003, año en que se celebró la primera audiencia temática sobre la situación de los derechos indígenas en el continente americano, han tenido lugar diversas audiencias temáticas ante la Comisión sobre estas cuestiones⁷⁵. Una audiencia especialmente relevante fue la llevada a cabo en 2005 por distintas organizaciones *mapuche* en relación con la situación de este pueblo en Chile⁷⁶. Entre otras cuestiones, la audiencia se centró en las serias deficiencias del marco jurídico e institucional chileno de reconocimiento de tierras indígenas y en la criminalización de la protesta legítima del pueblo mapuche en reivindicación de sus territorios tradicionales⁷⁷. La audiencia recibió una amplísima cobertura mediática en Chile, sirvió tanto para denunciar la situación ante la opinión pública internacional, como para colocar al movimiento mapuche en una mejor posición de negociación ante el Estado chileno.

4. La jurisprudencia en materia de derechos indígenas

La actuación de los órganos del sistema en relación con los pueblos indígenas ha venido generando, sobre todo a partir del caso *Awás Tingni*, una jurisprudencia cada vez más elaborada en relación con el contenido de los

⁷⁵ Entre las audiencias temáticas en materia indígena celebradas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentran, por ejemplo, las siguientes: «Nuevos desarrollos en el derecho, la jurisprudencia, y la política relacionados con los pueblos indígenas y las industrias extractivas», solicitada por el Centro de Recursos Jurídicos para los Pueblos Indígenas, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, y el Forest Peoples Programme (119º periodo ordinario de sesiones de la Comisión); «Las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en casos relativos a los pueblos indígenas: propuestas para asegurar su cumplimiento», solicitada por el Centro de Recursos Jurídicos para los Pueblos Indígenas y el Programa de Derechos y Políticas Indígenas de la Universidad de Arizona (122º periodo ordinario de sesiones de la CIDH, Washington D.,C, 28 de febrero de 2005).

⁷⁶ *Vid.* «Notas de intervención en Audiencia del 3 de marzo ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la OEA (4 de marzo de 2005)», reproducido en *Mapuexpress*: <http://www.mapuexpress.net>

⁷⁷ *Ibid.*

derechos de los pueblos indígenas en el continente americano. Esta jurisprudencia ha sido desarrollada tanto por la Corte como por la Comisión, generalmente en casos individuales bajo procedimientos de carácter contencioso, aunque también en relación con otro tipo de procedimientos, como las medidas provisionales, en el caso de la Corte, o las medidas cautelares y los informes especiales y sobre países, en el caso de la Comisión. En el procedimiento contencioso, las decisiones de la Comisión y de la Corte no sólo vinculan a los Estados responsables de violaciones de los derechos humanos en los casos específicos (el denominado efecto *inter partes*), sino que también generan interpretaciones generales de los derechos consagrados en la Convención, en la Declaración y en el resto de los instrumentos del sistema, interpretaciones dotadas de autoridad que vinculan también al resto de los Estados en la aplicación de estas normas (efecto *erga omnes*).

En términos generales, el efecto jurisprudencial es más importante en el caso de las sentencias y resoluciones de la Corte, en su calidad de máximo órgano jurisdiccional del sistema, pero también lo tienen las decisiones e interpretaciones de la Comisión, en su condición de órgano especializado dotado de una especial autoridad moral en su labor general de protección y promoción de los derechos humanos en el continente⁷⁸. En la práctica, la jurisprudencia de ambos órganos se complementa e influye mutuamente, y la Corte suele asumir líneas jurisprudenciales anteriormente elaboradas por la Comisión, mientras que la Comisión suele desarrollar aspectos específicos de la jurisprudencia sentada por la Corte con carácter general.

La Convención, la Declaración y el resto de los instrumentos del sistema actualmente en vigor mantienen silencio, como vimos, en relación con los derechos de los pueblos indígenas. La interpretación de los órganos interamericanos ha sido, por tanto, fundamental para dotar de contenidos específicos a estas normas en relación con los derechos de estos pueblos. Esta jurisprudencia ha sido posible gracias a lo que la Corte ha denominado una «interpretación evolutiva», una interpretación que busca adecuarse a «la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales»⁷⁹. Para llegar a dar contenidos a los derechos de los pueblos indígenas en su interpretación de la Convención y de la Declaración, los órganos del sistema han tomado explícita o implícitamente elementos provenientes de otros instrumentos internacionales en vigor, especialmente el Convenio N.º 169 de la

⁷⁸ Es por esta razón que algunos autores, y la propia Comisión, suelen referirse a «jurisprudencia» únicamente en el caso de la Corte, y a «doctrina» en el caso de la sentada por la Comisión.

⁷⁹ Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (fondo y reparaciones), Sentencia de 31 de agosto de 2001, Cte.I.D.H., Serie C (No. 79(2001) [En adelante, Caso *Awas Tingni*], párrs. 146, 148.

OIT⁸⁰. Estas normas son tenidas en cuenta como expresión de un consenso generalmente aceptado por los Estados miembros del sistema interamericano —que, en determinadas ocasiones, y notablemente en relación con el derecho a la tierra y recursos naturales, puede ser constitutivo de derecho consuetudinario internacional⁸¹— y que debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas del sistema.

Los casos en los que ha tenido ocasión de decidir la Corte —y, en menor medida, la Comisión— pueden enmarcarse en la clasificación sugerida por el presidente de la Corte, el juez mexicano Sergio Ramírez, quien habla de distintos niveles de violación de los derechos indígenas: *eliminación*, casos de violación del derecho a la vida, a través de «la acción pública más severa que pudiera dirigirse contra los miembros de una comunidad: eliminación física»⁸², como los casos de masacres contra comunidades indígenas; *exclusión*, casos de «desplazamientos de comunidades indígenas cuyos ancestros habían sido, alguna vez, señores de [las] tierras» o de intentos de disponer de sus tierras y recursos⁸³; y *contención*, casos que representan «una última etapa en la sucesión de resistencias a la admisión de la igualdad y la no discriminación» en favor de los pueblos indígenas, como en el caso del derecho a la participación política⁸⁴.

El derecho a la vida

En un número importante de casos, los órganos del sistema interamericano se han pronunciado en relación con violaciones de los derechos individuales de personas indígenas consagrados en la Convención, como los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad personal, en muchos casos en el contexto de masacres y otras violaciones masivas de derechos perpetradas contra comunidades indígenas en países como Guatemala, Perú o Surinam. Por lo general, la jurisprudencia de los órganos del sistema en estos asuntos no se diferencia fundamentalmente de la elaborada en otros casos de violaciones de derechos individuales —de hecho, la gran mayoría de los casos asumidos por el sistema—, pero en determinados asuntos el origen indígena de las víctimas ha sido tenido especialmente en cuenta como factor determi-

⁸⁰ Vid. e.g., *Caso Yakye Axa*,

⁸¹ Sobre los derechos de los pueblos indígenas como derecho internacional consuetudinario, el autor de referencia es, pos supuesto, Jim ANAYA. Vid. ANAYA, J., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, *supra*.

⁸² Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del *Caso Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, párr. 17.

⁸³ *Ibid.*, párr. 19.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 27.

nante en la naturaleza y gravedad de estas violaciones (como en el caso de Guatemala) o ha sido considerado para la identificación de las reparaciones a estas violaciones (como en los casos de Surinam o Brasil).

Las dimensiones comunales de las reparaciones

La Corte Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse en casos de violaciones masivas del derecho a la vida en el contexto de masacres perpetradas contra comunidades indígenas en el contexto de conflictos armados o como parte de campañas de violencia perpetradas contra los pueblos indígenas con motivaciones genocidas. En estos casos, los Estados asumieron la responsabilidad de las atroces violaciones cometidas por regímenes anteriores, pero se planteaba la cuestión fundamental de reparar a los familiares de las víctimas de estas violaciones. Los órganos del sistema interamericano han desarrollado una jurisprudencia bastante desarrollada sobre las reparaciones de violaciones al derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, que busca reparar las pérdidas irreparables de vidas humanas con compensaciones monetarias a los familiares de las víctimas por los daños materiales e inmateriales sufridos. Sin embargo, en los casos que aquí nos ocupan, la pertenencia de las víctimas a pueblos indígenas con sus propias identidades y culturas, así como las implicaciones de estas violaciones para sus comunidades en su conjunto ha llevado a los órganos del sistema a desarrollar una serie de principios respecto a la reparación de violaciones del derecho a la vida en estos contextos indígenas.

Un primer precedente en este sentido fue establecido por la Corte en el caso *Aloeboetoe et. al. v. Surinam*. Los hechos que fueron objeto de la denuncia en este caso se retraen a 1987, cuando seis personas de origen saramaka fueron masacrados por fuerzas del ejército surinamés bajo acusaciones de que pertenecían a un grupo guerrillero. En la audiencia ante la Corte Interamericana sobre excepciones preliminares en el caso, celebrada en 1991, el Estado de Surinam reconoció su responsabilidad internacional por dichas muertes, pasándose entonces directamente a la fase de reparaciones⁸⁵. Para el cálculo de éstas, la Corte envió a un relator especial a Surinam, quien pudo comprobar las condiciones de vida de las comunidades saramaka afectadas y las consecuencias de los crímenes sobre éstas⁸⁶.

⁸⁵ Caso *Aloeboetoe* (Fondo), Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C (No. 11) (1991), párr. 22.

⁸⁶ Caso *Aloeboetoe* (Reparaciones), Sentencia de 109 de septiembre de 1993, Serie C (No. 15) (1993), párr. 40.

Tomando en consideración los datos aportados por esta misión, la Corte se desvió de su práctica habitual sobre el cálculo de las reparaciones, alegando que «las leyes de Surinam relativas al derecho a la familia» no tenían validez para la «tribu Saramaca», que aplica su propio derecho consuetudinario sobre estas cuestiones⁸⁷. Bajo esta premisa, la Corte decidió calcular las reparaciones tomando en cuenta el propio derecho consuetudinario saramaka, aunque tamizado por consideraciones —quizá criticables, por lo poco razonadas— de compatibilidad con los derechos de la Convención Americana, especialmente en relación con la igualdad de género. Según la Corte:

el derecho surinamés...no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los «ascendientes», la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aún cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca⁸⁸.

Sobre esta premisa, la Corte ordenó al Estado de Surinam el pago de la indemnización respectiva a las múltiples esposas, así como a los padres y madres de las víctimas, según el derecho saramaka en la versión de la Corte⁸⁹.

El derecho a la vida y el derecho a la cultura

La jurisprudencia de los órganos del sistema en casos de reparaciones a violaciones del derecho a la vida han tenido cada vez más en cuenta las dimensiones colectivas de estas violaciones, violaciones perpetradas en muchos casos con objetivos que van más allá del caso concreto y que encajan dentro de políticas dirigidas no sólo de exterminio de personas, sino de exterminio de pueblos y culturas.

El caso clave en este sentido fue el caso *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, una horrenda masacre que llevó a la muerte de al menos 88 personas. Los hechos que dieron lugar al caso se produjeron en 1982, en el contexto de uno de los casos más claros de genocidio en época contemporánea, donde las masacres planificadas y llevadas a cabo metódicamente por el ejército guatemalteco y fuerzas paramilitares, se enmarcaban dentro de una política que tenía como blanco los pueblos mayas y otros pueblos del país, convertidos en blanco precisamente por su identidad y su pertenencia a una cultura

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 58.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 60.

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 66.

indígena. En este caso, donde, al igual que en el caso *Aloeboetoe*, el Estado guatemalteco asumió públicamente su responsabilidad⁹⁰, estaba en la mesa no sólo los criterios consuetudinarios de distribución de las compensaciones, sino, más abiertamente, la cuestión de la reparación de daños perpetrados no sólo contra víctimas individuales, sino contra una comunidad y contra una cultura. Como afirmó la Comisión Interamericana en su demanda de reparaciones ante la Corte,

sólo desde la perspectiva colectiva, fundada en la comprensión de los elementos socio-culturales característicos del pueblo maya como son su cosmovisión, espiritualidad y estructura social comunitaria, y en el reconocimiento de la magnitud de los actos genocidas cometidos en su contra, pueden determinarse las medidas de reparación que tiendan a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas por el Estado⁹¹.

Aunque la Corte no entró a considerar la existencia de un acto de genocidio —con el argumento de que «en materia contenciosa sólo tiene competencia para declarar violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos del sistema interamericano»— sí tomó en cuenta para resolver sobre reparaciones el «impacto agravado» de las violaciones cometidas sobre «los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores, y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres»⁹². La Corte consideró que la muerte de mujeres y ancianos en la comunidad, en cuanto «transmisores orales de la cultura maya achí», impidieron la transmisión de la cultura a las nuevas generaciones, produciendo un «vacío cultural»⁹³; que los miembros de la Comunidad, debido al control militar, no pudieron celebrar libremente «ceremonias y ritos» para honrar a las víctimas de la masacre⁹⁴; y que esta presencia militar provocó la sustitución de la «estructura comunitaria tradicional» por una «estructura militarista y vertical», eliminando las «normas y valores matas de respeto y servicio»⁹⁵.

Sobre la base de estas consideraciones, la sentencia de la Corte sobre reparaciones en el caso incluye una amplia panoplia de medidas que buscan no sólo resarcir a los familiares directos de las víctimas, sino también compensar a la comunidad Plan de Sánchez en su conjunto por el sufrimiento experimentado y los daños cometidos contra la supervivencia de su lengua y cultura. En-

⁹⁰ Caso *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala* (Fondo), Sentencia de 24 de abril de 2004, Serie C (No. 105) (2004) párr. 30.

⁹¹ Caso *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala* (Reparaciones), Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C (No. 116) (2004), párr. 90(a).

⁹² Caso *Masacre de Plan de Sánchez* (Fondo), *supra*, párr. 51

⁹³ Caso *Masacre de Plan de Sánchez* (Reparaciones), *supra*, párr. 49(12).

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 49(13).

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 49(16).

tre estas medidas, la Corte ordenó a Guatemala la realización de un «acto público de reconocimiento» y «desagravio de las víctimas»⁹⁶; el mantenimiento de la capilla que rinde tributo a las víctimas de la masacre⁹⁷; y la difusión de la cultura maya achí, así como diversos proyectos de desarrollo⁹⁸.

La Corte adoptó una aproximación similar en un caso también relativo a Surinam, el caso *Comunidad Moiwana*. Los hechos de la demanda estaban relacionados con el asesinato de más de 40 hombres, mujeres, niños y niñas pertenecientes al pueblo n'djuka a manos de las fuerzas armadas, que llevó al completo abandono de sus tierras tradicionales por medio a las represalias y a las consecuencias de no haber honrado a los muertos conforme a la costumbre n'dujka, lo cual «no sólo provoca el enojo del espíritu de quien falleció, sino también puede ofender a otros ancestros fallecidos de la comunidad»⁹⁹. En este caso, la Corte ordenó medidas de reparación que iban también más allá de las compensaciones monetarias de las familias de las víctimas, incluyendo actos de resarcimiento simbólico y, sobre todo, el reconocimiento de un título de propiedad de la Comunidad sobre «los territorios tradicionales de los que fueron expulsados»¹⁰⁰.

El derecho a la tierra y a los recursos naturales

A pesar de la importancia de los fallos de la Corte en casos relativos a violaciones de derechos individuales, la jurisprudencia del sistema interamericano ha conseguido una mayor relevancia en relación con el derecho a la tierra y los recursos naturales, un aspecto crucial de las reivindicaciones de los pueblos indígenas de América y de todo el mundo, cuya garantía es precondición para el ejercicio de los derechos indígenas en todos los ámbitos. El derecho a la tierra y los recursos naturales de los pueblos indígenas fue el objeto del famoso caso *Awás Tingni*, el primer pronunciamiento de la Corte Interamericana —y, en general, el primer pronunciamiento tan categórico de un órgano internacional de derechos humanos— en relación con los derechos *colectivos* de los pueblos indígenas. La sentencia de la Corte en el caso *Awás Tingni*, de agosto de 2001, se ha visto seguida de una serie de importantes pronunciamientos, tanto de la Corte como de la Comisión, que han asentado y desarrollado la jurisprudencia sentada por la Corte en dicho caso.

⁹⁶ *Ibid.*, punto resolutivo n.º 1.

⁹⁷ *Ibid.*, punto resolutivo n.º 6.

⁹⁸ *Ibid.*, punto resolutivo n.º 9.

⁹⁹ Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C (No. 124) (2005), párr. 86(9).

¹⁰⁰ *Ibid.*, punto resolutivo n.º 3.

El caso Awas Tingni y la norma de propiedad comunal indígena

El caso *Awas Tingni* ejemplifica muchas de las dinámicas jurídicas y políticas que afectan al acceso y uso de las tierras y territorios de los pueblos indígenas. El caso se inició en 1995, cuando la Comunidad Awas Tingni, una pequeña comunidad mayangna ubicada en la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN) de Nicaragua, tuvo conocimiento del otorgamiento por el gobierno nicaragüense de una concesión a favor de una empresa transnacional para la explotación forestal en un extensa área (60.000 hectáreas), ubicada en el corazón de su territorio tradicional. El gobierno otorgó dicha concesión sin informar previamente a la Comunidad y sin el consentimiento de ésta, basándose en el argumento, común a muchos países latinoamericanos, que, en la medida en que dichas tierras no contaban con un título de propiedad a favor de la Comunidad, eran tierra de nadie cuya propiedad recaía en último término en el Estado. La concesión dio lugar a un prolongado contencioso que llevó a la Comunidad a agotar todos los recursos disponibles ante los tribunales ordinarios, hasta conseguir finalmente en 1997 la suspensión definitiva de los trabajos de explotación, pero sólo debido a una cuestión formal y sin reconocer los derechos de la Comunidad sobre sus tierras tradicionales.

El gran paso jurisprudencial que da la Corte en el caso *Awas Tingni* es la interpretación «evolutiva» del artículo 21 de la Convención Americana, que consagra el derecho individual a la propiedad privada en su formulación liberal clásica, en un sentido que da cabida a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, propiedad de carácter comunal y no necesariamente garantizada a través de un título formal de propiedad otorgado por el Estado. Según la Corte,

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables ...esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal¹⁰¹.

En el caso *Awas Tingni* y en otros de pronunciamientos posteriores, como en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*, ambos contra Paraguay, y *Moiwana v. Surinam*, la Corte ha desarrollado los elementos fundamentales de la propiedad comunal indígena, elaborando una jurisprudencia cada vez más compleja que atiende al fundamento de ese derecho y su interacción con el derecho estatal y los derechos de terceros.

¹⁰¹ Caso *Awas Tingni* (Fondo), *supra*, párr. 148.

El carácter colectivo de la propiedad indígena

Seguramente, uno de los elementos que más fueron subrayados en la sentencia de la Corte en el caso *Awás Tingni* fue el carácter *colectivo* de la propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras y recursos naturales, que, en términos generales, lo diferencia de los sistemas liberales de propiedad individual ahora predominantes en los Estados en los que viven. De acuerdo con la Corte:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad¹⁰².

El énfasis en la dimensión «colectiva» del derecho indígena a la tierra gana una mayor comprensión si se contrapone a los términos en que se articula el reconocimiento de la norma genérica de propiedad en la que ésta se inscribe: el derecho de propiedad «privada» recogido en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce el «derecho al uso y goce de sus bienes» a «[t]oda persona»¹⁰³. La interpretación «evolutiva» del derecho fundamental a la propiedad recogido en estos y otros instrumentos internacionales o regionales va por tanto más allá del texto de estas disposiciones para amparar los valores sobre los que éstas se fundamentan.

La especial relación entre los pueblos indígenas y sus tierras y territorios

La relación entre los pueblos indígenas y sus tierras y territorios tradicionales tiene dimensiones que van más allá de la función meramente material o económica. En su sentencia en el caso *Awás Tingni*, y en otros pronunciamientos posteriores, la Corte se hace eco de la «estrecha relación» cultural y espiritual que mantienen los pueblos indígenas con las tierras que tradicionalmente han ocupado. En los términos de uno de los pasajes más emblemáticos de la Sentencia:

...la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras¹⁰⁴.

¹⁰² *Ibid.*, párr. 149.

¹⁰³ Convención Americana, art. 21(1).

¹⁰⁴ *Caso Awás Tingni*, cit. en nota 27, párr. 149.

La vinculación del derecho de propiedad con la reproducción cultural de estos pueblos termina teniendo implicaciones *territoriales* que desde luego desbordan la concepción agrarista-distributiva del derecho a la tierra definido en función de las necesidades de reproducción material. La sentencia del caso *Awás Tingni* se acerca así a la noción de territorio propia de la ecología cultural y recogida, entre otros, en el Convenio N.º 169 de la OIT, y de hecho el término «territorio» ha comenzado a ser utilizado expresamente en fallos posteriores de la Corte. Así, en el caso *Yakye Axa*, la Corte se refirió a la «estrecha relación» entre los pueblos indígenas y sus «territorios tradicionales», haciendo mención expresa a las disposiciones del Convenio de la OIT:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación *con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran*, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural¹⁰⁵.

De este modo, la Corte entiende que la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios debe ser salvaguardada por el derecho de propiedad consagrado en la Convención Americana¹⁰⁶. Aunque en este caso, el uso de la noción de territorio se veía facilitada por el hecho de que Paraguay había ratificado el Convenio N.º 169, en casos posteriores la Corte ha continuado refiriéndose a territorios en relación con países que no han ratificado el Convenio¹⁰⁷.

Una de las consecuencias del vínculo social y cultural reconocido por la Jurisprudencia de la Corte entre los pueblos indígena y sus territorios tradicionales es el reconocimiento de derechos de propiedad comunal a grupos que, en sentido estricto, no se consideran «indígenas». Éste era el caso, por ejemplo, de la Comunidad Moiwana, perteneciente al pueblo n'judka, una de las identidades de la población *maroon*, descendientes de esclavos africanos que se sentaron en Surinam en el siglo XIX y que conviven con los pueblos indígenas del país. La Corte consideró que Moiwana, como «comunidad tribal», mantenía vínculos culturales y espirituales con sus territorios similares a los de los pueblos indígenas, vínculos que sustentan su derecho sobre los mismos¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Caso *Yakye Axa* (Fondo), *supra*, 135.

¹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 137.

¹⁰⁷ *Vid.* Caso Moiwana, *supra*, punto resolutivo n.º 3 (ordenado a Surinam que asegure a los miembros de la Comunidad Moiwana «su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios»).

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrs. 132-133.

El origen consuetudinario del derecho de propiedad comunal indígena

Uno de los aspectos más rupturistas de la jurisprudencia de la Corte en el caso *Awas Tingni* y en otros casos posteriores es su caracterización de la propiedad comunal indígena como una propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el propio uso y posesión tradicional de las comunidades y pueblos indígenas.

La principal implicación del reconocimiento de la dimensión cultural y colectiva del derecho de propiedad comunal indígena en *Awas Tingni* es precisamente la fundamentación de este derecho en las propios sistemas normativos (o «culturas jurídicas», como los denomina García Ramírez), con independencia del reconocimiento estatal. La Sentencia de la Corte no deja lugar a dudas a la hora de señalar que el «derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres» constituyen el fundamento último del derecho de propiedad indígena, un fundamento que sirve además de criterio para la identificación y garantía de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas¹⁰⁹. En los términos de la sentencia:

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial y el consiguiente registro¹¹⁰.

Según este razonamiento, por tanto, la posesión *de hecho* no debe ser entendida como una irregularidad jurídica convalidada por el mero transcurso del tiempo o por razones de justicia distributiva o benevolencia estatal —no es una «posesión precaria», como argumentó la defensa del estado de Nicaragua¹¹¹— sino como un acto con implicaciones normativas para los poseedores según sus propios criterios de normatividad. En los términos rotundos de la Corte: «Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios»¹¹².

El razonamiento gana en perspectiva cuando se lee a la luz de los alegatos presentados por la infructuosa defensa del estado de Nicaragua, cuyo principales argumentos para negar la pretensión de *Awas Tingni* consistieron que la Comunidad no había «acreditado formalmente su condición de

¹⁰⁹ *Caso Awas Tingni*, cit. en nota 27, párrs. 138, 154, 164, 173.

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 151.

¹¹¹ Véase *Contestación de la República de Nicaragua a la Demanda presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Mayagna de Awas Tingni* (21 de octubre de 1998), reproducida en Gómez Isa (ed.), *El caso Awas Tingni vs. Nicaragua*, cit. en nota 25, págs. 127-155, párr. 141(e).

¹¹² *Caso Awas Tingni*, cit. en nota 27, párr. 155.

comunidad indígena conforme a la ley»; en el hecho de que «la extensión superficial de las tierras reclamadas por la Comunidad no guardan proporción con el número de miembros de la Comunidad»; en la afirmación muchas veces reiterada de la existencia de «corredores» o «zonas de bienes nacionales» entre las tierras de las comunidades indígenas;¹¹³ o en incluso el hecho de que la Comunidad «está conformada por personas que no tienen un pasado ancestral común, ni ocupación ancestral común de las tierras que reclaman»¹¹⁴. Argumentos firmemente enraizados en una cultura jurídica de los Estados, que presumen la titularidad de todas aquellas áreas que no cuentan con un título formal de propiedad, incluidos los territorios indígenas.

Al fundamentar el derecho de propiedad comunal indígena con el derecho consuetudinario de estos pueblos en el caso *Awas Tingni*, la Corte está implícitamente reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a dotarse de y regirse por sus propios sistemas de control normativo, sistemas que interactúan con el derecho positivo de los estados en donde viven y a los que se le conceden ámbitos específicos de validez frente a estos estados. Este reconocimiento se hará aún más claro en el caso *YATAMA*, también en relación con Nicaragua, que analizaremos más adelante.

Los deberes del Estado en relación con la propiedad comunal indígena

Otro de los elementos de la jurisprudencia de la Corte en el caso *Awas Tingni* respecto al derecho de propiedad comunal indígena es la asociación de este derecho a un deber correlativo de los estados de hacer efectivo este derecho a través de las garantías que sean necesarias. En particular, la sentencia de la Corte concluye que el reconocimiento de los derechos de propiedad comunal indígena debe garantizarse a través de un título de propiedad formal u otra forma similar de reconocimiento estatal, que otorgue seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción predatoria de terceros o, como en el caso *Awas Tingni*, de los agentes del propio Estado.

La cuestión de la titulación constituyó un eje central del caso *Awas Tingni*. Como vimos anteriormente, la falta de un título fue el principal argumento empleado por el estado de Nicaragua para negar los derechos de propiedad de la Comunidad Awas Tingni sobre las tierras objeto de concesión para la explotación forestal y arrogarse la titularidad de esos derechos¹¹⁵. La sentencia

¹¹³ *Ibid.*, párr. 141(f),(g),(i).

¹¹⁴ Véase Audiencia pública del caso *Awas Tingni*, cit. en nota 35, pág. 233.

¹¹⁵ Véase *infra*, nota 26 y texto correspondiente.

de la Corte fue por ello especialmente sensible con esta cuestión, que asoció de manera muy directa al propio reconocimiento de un derecho de propiedad comunal indígena, hasta llegar a concluir la violación de este derecho debido a la prolongada omisión de acción por parte del estado de Nicaragua para responder a la demanda de titulación de la Comunidad Awas Tingni.

Para llegar a esta conclusión, la Corte se apoya en el reconocimiento del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas sobre sus tierras y recursos naturales en el ordenamiento constitucional y legislativo nicaragüense¹¹⁶. Este reconocimiento, en su día señero en el panorama comparado latinoamericano, no fue objeto sin embargo de una regulación específica posterior, ni desembocó en las reformas necesarias en el aparato —y la mentalidad institucional— para garantizar los derechos de propiedad comunal indígena, incluida una política sostenida de titulación de las tierras indígenas.

La sentencia de la Corte en el *caso Awas Tingni* concluye que la distancia entre el reconocimiento constitucional y legal de los derechos de propiedad comunal indígena en Nicaragua y los mecanismos para hacer efectivos estos derechos a través de la demarcación y titulación territorial constituye una violación de los compromisos internacionales adquiridos por el estado en materia de derechos humanos, *inter alia* de los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, que determinan la obligación de todos los estados parte de hacer *efectivos* los derechos recogidos en la misma a través de todas las medidas que resulten necesarias. Resulta «evidente la existencia de una normativa que reconoce y protege la propiedad comunal indígena en Nicaragua»¹¹⁷, afirma la Corte, pero, sin embargo, «no existe un procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas»¹¹⁸, y «atendiendo a sus características particulares»¹¹⁹.

La ausencia prolongada de titulación de las tierras de la Comunidad suponía un claro límite a la efectividad del derecho de propiedad de cara a la propia Comunidad y frente a pretensiones concurrentes de propiedad por

¹¹⁶ Constitución Política de Nicaragua (La Gaceta Diario Oficial, N.º 5, de 9 de enero de 1987), reformada por la Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua, Ley N.º 192 (La Gaceta, Diario Oficial, N.º 124, de 4 de julio de 1995), art. 5 (reconociendo «las formas comunales de propiedad de [las] tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas» de los pueblos indígenas); Ley que regula el Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, Ley N.º 28 (La Gaceta, Diario Oficial, N.º 238, de 30 de octubre de 1987), art. 36(2) (definiendo la propiedad comunal indígena como «las tierras, aguas y bosques que han pertenecido *tradicionalmente* a las comunidades de la Costa Atlántica»).

¹¹⁷ Caso *Awas Tingni* (Fondo), *supra*, párr. 122.

¹¹⁸ *Ibid.*, párrs. 126.

¹¹⁹ *Ibid.*, párr. 122.

parte de terceros o del propio Estado, hasta el punto de convertir este reconocimiento en papel mojado. En los términos de la sentencia,

La Corte considera que...los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes¹²⁰.

Como consecuencia, la Corte estimó que la falta reiterada de respuesta a las solicitudes de titulación de Awas Tingni constituyó una violación del derecho propiedad de la Comunidad. La sentencia de la Corte impone a Nicaragua el deber de titular las tierras de la Comunidad como forma de reparación de la violación de sus derechos¹²¹. Pero la sentencia va más allá, tomando en consideración no sólo la reparación de las violaciones específicas de los derechos de la Comunidad, sino también la eficacia general del reconocimiento de los derechos de propiedad indígena amparados por la Constitución y las leyes nicaragüenses y la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, la Corte impone a Nicaragua la obligación de remediar el vacío existente en el ordenamiento jurídico nicaragüense adoptando «en su derecho interno...las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, los usos y costumbres de éstas»¹²².

El conflicto entre la propiedad comunal y los derechos de terceros

El caso *Awas Tingni* representaba un típico caso en el que el Estado reivindicaba la propiedad de tierras tradicionales indígenas como «tierras nacionales» o «baldías» y, aunque el caso involucraba también un tercer actor, una compañía forestal transnacional, la sustancia del caso se reducía a una relación Estado-pueblos indígenas. Los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya* in-

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 153.

¹²¹ *Ibid.*, párrs. 153, 164 y 173(4).

¹²² *Ibid.*, párr. 173 (3).

corporaban un nivel adicional de complejidad. Ambas comunidades se ubicaban en el Chaco paraguayo, una región en la que las comunidades indígenas fueron desposeídas progresiva e ilegítimamente de sus tierras tradicionales, que pasaron a manos de iglesias y latifundistas, llevando a los miembros de estas comunidades a situaciones de miseria y semiesclavitud. En algunas ocasiones, como el de la Comunidad Yakye Axa, organizaciones misioneras buscaron contrarrestar la escasez y pobreza de las tierras comunitarias restantes trasladando a comunidades a nuevas ubicaciones. En otras, como el de Sawahoyamaya, los miembros se dispersaron en distintas fincas ganaderas en las que eran empleados. Como resultado de estas dinámicas de desposesión, las tierras reclamadas por las comunidades Yakye Axa y Sawahoyamaya como sus territorios ancestrales se encontraban ocupados por terceros con título de propiedad sobre las mismas.

En estos casos, la Corte no ha aceptado que en estos casos las comunidades indígenas hayan perdido completamente su derecho sobre sus territorios tradicionales, incluso cuando hayan pasado a manos de un tercero. Según la Corte, las comunidades que han perdido la posesión de sus tierras «por causas ajenas a su voluntad» mantienen una pretensión válida sobre las mismas, incluso en casos en los que la propiedad corresponda ahora a «terceros inocentes»¹²³. Más bien, se trataría de conflictos entre «la propiedad privada de los particulares» y la «propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas», ambas amparadas por la Convención Americana, y que deben ser resueltas conforme a los principios que rigen las limitaciones a los derechos humanos¹²⁴.

Para resolver este tipo de conflicto, la Corte ha aplicado su propia jurisprudencia sobre el carácter especial de la propiedad comunal indígena. Desde esta perspectiva, toda limitación al derecho de propiedad comunal indígena, sea en nombre del título de propiedad de un tercero o por cualquier otro motivo, tiene que tener en cuenta las implicaciones más amplias que tiene la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios tradicionales:

Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados...deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio

¹²³ Caso *Comunidad Indígena Sawahoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C (No. 146) (2006), párr. 128.

¹²⁴ Caso *Yakye Axa* (Fondo), *supra*, párr. 65.

desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida...Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros¹²⁵.

Tomando en cuenta las implicaciones de la propiedad comunal indígena para el goce de estos derechos, la Corte se inclina hacia el reconocimiento de la prioridad del derecho de propiedad comunal indígena sobre la propiedad privada, sin perjuicio de la indemnización que pueda corresponder al propietario de buena fe. Pero esta prioridad no es siempre absoluta, e incluye restricciones. «Esto no significa que siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos sobre los primeros», afirma la Corte, aceptando la posibilidad de que los Estados «se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas» a devolver el territorio tradicional. En estos casos, los pueblos indígenas tienen derecho a «[l]a elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos»¹²⁶, teniendo siempre en consideración «el significado que la tierra tiene» para estos pueblos¹²⁷.

Como subrayó la Corte en una sentencia posterior, la del caso *Comunidad Sawhoyamaya*, los Estados asumen la carga de justificar las razones «concretas» y «justificadas» que impiden el reconocimiento y titulación de la propiedad comunal. En este caso, la Corte también dio indicaciones para dotar de contenido a estas nociones. Así, por ejemplo, el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos de terceros, o que las tierras estén siendo explotadas productivamente por sus actuales propietarios¹²⁸. La Corte señaló, en este sentido, que ese tipo de argumentos suponen una aproximación a la propiedad indígena desde criterios de «productividad de la tierra y del régimen agrario», resultando «insuficiente[s] a las peculiaridades de dichos pueblos»¹²⁹. Queda por ver, sin embargo, cuál será la reacción de la Corte ante otro tipo de justificaciones comunes en los discursos de los Estados para limitar las posibilidades de recuperación de tierras indígenas, como la falta de fondos disponibles para el pago de indemnizaciones a terceros (como en el caso del Fondo sobre Tierras y Aguas Indígenas de Chile), las necesidades de tierras de sectores no indí-

¹²⁵ *Ibid.*, párrs. 146-147.

¹²⁶ *Ibid.*, párr. 149.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C (No. 146) (2006), párrs. 138-139.

¹²⁹ *Ibid.*

genas de la población (como el caso de los colonos no indígenas que han emigrado a las tierras indígenas en Brasil o Nicaragua) y, por supuesto, la cuestión crucial de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

La extinción de los derechos de propiedad indígena

Los casos *Yakye Axa* y *Sawoyamaya* planteaban no sólo sobre la cuestión del conflicto entre la propiedad comunal indígena y la propiedad privada, sino también sobre la cuestión relacionada de hasta cuándo se conservan los derechos de las comunidades indígenas sobre tierras poseídas ahora por otras personas. En ambos casos, Paraguay planteaba un argumento muy común en los conflictos sobre la propiedad indígena: que estaba siendo «condenad[a] por «pecados» cometidos durante la Conquista», y que, de seguirse con el reconocimiento de tierras no detentadas actualmente por las comunidades, se llegaría al absurdo «de que todo el país podría ser reivindicado por los pueblos indígenas, ya que son los primitivos habitantes de la extensión territorial que hoy se denomina Paraguay»¹³⁰.

En el caso *Sawhoyamaya*, la Corte fijó criterios precisos para dilucidar la cuestión de la prescriptibilidad del título indígena sobre sus tierras tradicionales, remitiéndose para ello a su propia jurisprudencia sobre la relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios ancestrales. Según la Corte

Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario se extinguirá¹³¹.

Notablemente, la Corte interpretó esa relación de forma amplia, de forma que incluye no sólo el uso permanente por motivos productivos, sino también usos periódicos, y también con finalidades culturales y espirituales

Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca

¹³⁰ *Cit. ibid.*, párr. 125.

¹³¹ *Ibid.*, párr. 131.

o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de sus culturas¹³².

Aunque todavía queda por desarrollar en usos concretos, éste es quizá uno de los elementos más rupturistas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en relación con el derecho de propiedad comunal indígena, definiendo la vigencia de este derecho aún en situaciones que, conforme al derecho interno, supongan una extinción formal de este derecho. A este respecto, es preciso recordar que, conforme a las reglas que rigen el derecho internacional de derechos humanos, el contenido de las obligaciones de los Estados en esta materia es autónomo respecto de lo establecido en el derecho estatal¹³³.

El principio de continuidad de la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios admite excepciones en aquellas situaciones en las que las comunidades indígenas hayan sido arrebatadas de sus tierras por el ejercicio de la violencia o por la amenaza de este ejercicio. Esta situación, en la que se encontraba, por ejemplo, la Comunidad Moiwana en Surinam, no extingue los derechos de propiedad comunal sobre sus tierras y, en caso de que están ocupadas por terceros, de reivindicarlas ante el Estado. En este tipo de casos, de los que todavía no existe una amplia casuística ante el sistema interamericano, el criterio general definido por la Corte es que los pueblos en cuestión se hayan visto impedido de ocupar o usar sus tierras tradicionales «porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real»¹³⁴.

El derecho a la participación política

Una situación de «contención» de la que se refiere el Juez Sergio García Ramírez, donde la violación de los derechos indígenas se muestra a través de formas más solapadas que el asesinato y el despojo de tierras, es la limitación de la participación indígena en la toma de decisiones de los Estados en los que viven. Estas limitaciones afectan sustantivamente al ejercicio de la autodeterminación indígena en la práctica totalidad de los países americanos.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Caso *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*, Informe N.º Caso (Belice), reproducido en CIDH, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2004*, OEA/Ser.L/II.122/Doc. 5 rev.1 (23 de febrero de 2005), párr. 117 («los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido que los derechos de propiedad protegidos por el sistema no se limitan a aquellos intereses de propiedad que ya están interesados por los Estados o que estén definidos por la legislación interna, sino más bien a que el derecho de propiedad tiene un significado autónomo en el derecho internacional»).

¹³⁴ *Ibid.*, párr. 132.

El caso YATAMA v. Nicaragua

En el caso de *YATAMA v. Nicaragua*¹³⁵, la Corte Interamericana tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de participación política de los pueblos indígenas, sentando una jurisprudencia de grandes repercusiones para los sistemas políticos de países con población indígena o minorías etnoculturales. El caso se inició a raíz de la exclusión del partido político YATAMA (*Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka*, «hijos de las madre tierra» en lengua miskita), de las elecciones municipales de Nicaragua de 2000. YATAMA, un partido político mayoritariamente *miskito*, es la sucesora de la organización anterior, MISURASATA, una de las guerrillas indígenas que protagonizó la guerra civil en la Costa Atlántica durante los años ochenta. La organización se organiza conforme a procedimientos comunales de toma de decisiones, donde una lista preliminar de candidatos es elegida por las comunidades pertenecientes a la circunscripción electoral correspondiente, en una suerte de ejercicio de «democracia comunitaria.»

Originalmente constituida como una «asociación de suscripción popular», YATAMA se vio obligada a constituirse en partido político por la reforma de la Ley Electoral nicaragüense en el año 2000¹³⁶. Esta reforma también incorporó una serie de requisitos adicionales para que los partidos regionales pudieran presentar candidatos a las elecciones, incluyendo entre otros la necesidad de contar con candidatos en «al menos en el ochenta por ciento (80%) de los municipios» de las dos regiones atlánticas¹³⁷. Debido a una serie de resoluciones contrarias del órgano electoral nicaragüense que argumentaban la falta de cumplimiento de éste y otros requisitos formales, YATAMA quedó formalmente excluida de participar en las elecciones municipales de 2000, y sin recurso alguno contra esta exclusión¹³⁸. Las elecciones tuvieron finalmente lugar, registrándose el mayor índices de abstención registrado entre las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica del país¹³⁹.

Participación política y discriminación

La exclusión de YATAMA de participar en las elecciones nicaragüenses de 2000 constituye un buen ejemplo de cómo unas reglas de carácter general

¹³⁵ *YATAMA vs. Nicaragua*, Sentencia de XXX

¹³⁶ Ley Electoral (Ley No. 331), publicado en La Gaceta Diario Oficial de 24 de enero de 2000

¹³⁷ *Ibid.*, art. 82.

¹³⁸ Según el artículo 173 de la Constitución de Nicaragua, *cit.*, «De las resoluciones del Consejo Supremo en materia electoral no habrá recurso alguno ordinario ni extraordinario».

¹³⁹ Según los hechos probados por la Corte, la Costa Atlántica registró un nivel de abstencionismo de hasta el 80%. *Vid.* Caso *YATAMA*, *supra*, párr. 124(69).

pueden tener consecuencias discriminatorias para los pueblos indígenas y otros grupos¹⁴⁰. En este caso concreto, los requisitos formales excesivos de la legislación electoral nicaragüense supusieron, en la práctica, un impedimento para la participación de YATAMA, especialmente a través del requisito de presentar candidatos en el 80% de los municipios, un requisito imposible de cumplir por un partido indígena que deriva su apoyo de las áreas donde se concentra mayoritariamente la población indígena.

En este caso, la Corte Interamericana concluyó que Nicaragua había violado el derecho a la participación política de los candidatos de YATAMA por incluir requisitos en su legislación que privaron de efectividad al derecho a la participación política, sin discriminación de ningún tipo¹⁴¹. La Corte subrayó que «es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para [que] dichos derechos políticos puedan ser ejercidos *de forma efectiva*, respetando el principio de igualdad y no discriminación»¹⁴², sin que pueda permitirse que «su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación»¹⁴³. En el caso específico de YATAMA los requisitos que regulaban el derecho a la participación política tuvieron un efecto discriminatorio que restringió injustificadamente el ejercicio de este derecho de los candidatos de esta agrupación.

El reconocimiento de mecanismos especiales de participación

La Corte aprovechó su fallo además para elaborar una jurisprudencia sobre la participación política de importantes implicaciones para los pueblos indígenas. La Corte atacó especialmente el requisito de constitución de partidos políticos como cauce exclusivo para el ejercicio de la participación política. Para la Corte, «[n]o existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electo a través de un partido político»¹⁴⁴, una forma que, como en el caso de YATAMA, puede ser ajena a

¹⁴⁰ Vid. Amicus Curiae presentado por el Programa de Derechos y Políticas Indígenas (*Indigenous Peoples Law and Policy Program*), Universidad de Arizona, en el Caso YATAMA v. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso No. 12.388 (2005) [En adelante, Amicus de la Universidad de Arizona].

¹⁴¹ Caso YATAMA, *supra*, párr. 225.

¹⁴² *Ibid.*, párr. 195 (énfasis añadido).

¹⁴³ *Ibid.*, párr. 204.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 215 (notas al pie omitidas).

las formas de organización política indígena¹⁴⁵. Desde este punto de vista, la garantía del derecho a la participación política de «grupos específicos de la sociedad» puede permitir, según la Corte, el reconocimiento de otros mecanismos de participación electoral:

hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales¹⁴⁶.

Los pueblos indígenas son un buen ejemplo de estos «grupos específicos de la sociedad» cuyas «tradiciones y ordenamientos especiales» deben ser tenidas en cuenta a la hora de regular los mecanismos estatales de participación política. En este sentido, los Estados tienen obligaciones efectivas de hacer efectiva la participación indígena no sólo a través de una legislación no discriminatoria, sino a través del establecimiento de medidas especiales que, dependiendo de las circunstancias específicas, tomen en cuenta las formas indígenas de organización social y política. En palabras de la Corte,

La Corte estima que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas... puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención¹⁴⁷.

En consonancia con esta interpretación del derecho a la participación política, la Corte obligó a Nicaragua a reformar su legislación electoral, incluyendo las «medidas necesarias» para garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas «tomando en cuenta sus tradiciones, usos y costumbres»¹⁴⁸.

Aunque no especifique claramente cuáles son estas «medidas necesarias», resulta evidente que la Corte está pensando en medidas especiales o de acción afirmativa que van más allá de las reglas generales que regulan la participación política para el conjunto de la sociedad, y que toman en cuenta las

¹⁴⁵ *Ibid.*, párr. 214.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 215 (notas al pie omitidas).

¹⁴⁷ *Ibid.*, párr. 225.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 259.

dimensiones colectivas de las sociedades indígenas más allá de la suma de electores individualmente considerados. En el derecho comparado relativo a los pueblos indígenas y a las minorías, estos mecanismos han adoptado formas diversas, incluyendo sistemas de «cuotas étnicas» o escaños reservados, órganos consultivos indígenas, circunscripciones electorales especiales, regiones autónomas, o mecanismos de reconocimiento de las formas indígenas de elección de representantes¹⁴⁹.

Aunque no desarrollada hasta sus últimas consecuencias, la jurisprudencia de la Corte en el caso *Awas Tingni* tiene importantes implicaciones que van más allá del derecho a la participación política electoral, implicaciones que atañen de forma general al derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas. El fallo de la Corte que se refiere precisamente a uno de los derechos clásicos del ideario liberal reconoce abiertamente la existencia de las instituciones y formas de organización indígenas, «cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado»¹⁵⁰. El fallo de la Corte toma en consideración las implicaciones directamente políticas de estas instituciones y formas de organización, que relaciona a un derecho general a la «toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades»¹⁵¹, de las que la participación electoral y la integración en los órganos electivos de representación política son sólo una parte. Con esta jurisprudencia, la Corte continúa elaborando una interpretación de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana que, profundizando en la brecha abierta en el caso *Awas Tingni*, apuesta por un modelo multicultural de sociedad donde el reconocimiento de los derechos indígenas termina por cuestionar las estructuras básicas del Estado.

5. Conclusión: el reto de la implementación

En este capítulo, se ha analizado cómo, durante las últimas décadas, el sistema interamericano de derechos humanos se ha mostrado cada vez más receptivo para acoger demandas de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, hasta convertirse en todo un referente a nivel internacional en la defensa de estos derechos. Este proceso ha sido posible gracias al activismo de los pueblos indígenas del continente y de sus organizaciones de apoyo, que han sabido utilizar los mecanismos y normas del sistema interamericano, basados en concepciones individualistas de los derechos humanos, para promover in-

¹⁴⁹ Amicus de la Universidad de Arizona, *supra*, pp.28-40.

¹⁵⁰ Caso *YATAMA*, *supra*, párr. 215.

¹⁵¹ *Ibid.*

interpretaciones «evolutivas» que reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El caso *Awás Tingni v. Nicaragua* marca un antes y un después en la labor de los órganos del sistema interamericano. A partir de este caso, las sentencias y decisiones recientes de la Comisión y de la Corte han elaborado una jurisprudencia cada vez más detallada en aspectos claves para los pueblos indígenas, como el derecho a la vida y la integridad cultural; el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales; y el derecho a la participación política. Esta jurisprudencia va dotando, poco a poco, de contenido a las obligaciones de los Estados americanos en virtud de la Convención y la Declaración, hasta tal punto que, incluso a pesar del estancamiento en el proceso de discusión del proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya no es posible hablar de la falta de reconocimiento expreso de los derechos indígenas en el marco del sistema interamericano.

La jurisprudencia de los órganos del sistema en relación con los derechos de los pueblos indígenas es, sin embargo, un primer paso que sólo apunta al principio de un proceso más amplio para lograr la efectividad de estos derechos. Detrás de los avanzados pronunciamientos de la Comisión o de la Corte se incluyen graves problemas para hacer cumplir a los Estados dichas decisiones, procesos que se enfrentan no sólo a la falta de voluntad de los Estados, sino también a factores sociales, políticos y económicos más amplios que limitan o niegan a los pueblos indígenas en América y en todo el mundo el goce de sus derechos humanos. La cuestión de la implementación es sin duda el próximo gran reto al que se enfrenta el sistema interamericano de derechos humanos en relación con los derechos indígenas, una cuestión donde el sistema se juega ahora todo el papel que ha conseguido abrirse durante las últimas décadas en la defensa de los derechos de estos pueblos.

Fuentes de información

Todas las sentencias y resoluciones no interlocutorias y sentencias emitidas por la Corte Interamericana, los informes y casos de la Comisión, así como los textos de la Declaración y la Convención Americana y el resto de los instrumentos interamericanos de derechos humanos se encuentran disponibles en Internet, en las páginas de la Comisión y de la Corte, que se actualizan con regularidad. La información se encuentra disponible en los tres idiomas oficiales de la OEA (castellano, inglés y francés), si bien suele transcurrir un cierto tiempo para disponer de la traducción oficial de algunos de los documentos, sobre todo en el caso de la Corte. Otra página relevante es la página del Programa de Derechos y Políticas Indígenas de la Universidad de Arizona, que incluye una sección completa relativa al caso *Awás Tingni* y otros casos llevados por el programa ante el sistema interamericano.

La página de la Comisión: <http://www.cidh.org>

La página de la Comisión incluye todos los informes de admisibilidad, fondo y solución amistosa, así como las resoluciones de medidas cautelares, en la totalidad de los casos. Estos documentos se reproducen, total o parcialmente, en los informes anuales de la Comisión, que se encuentran disponibles en la sección de *Informes anuales*. Junto con éstos, se incluye una sección sobre *Informes especiales*, donde pueden encontrarse todos los informes sobre países, así como los informes sobre situaciones específicas a los que hemos hecho referencia en el capítulo. De especial relevancia es el informe *La situación de los derechos de los pueblos indígenas en las Américas* (2000). En su sección de *Documentos Básicos*, la página de la Comisión incluye todos los instrumentos normativos del sistema interamericano, así como un formulario-tipo de peticiones.

Dentro de la sección *Relatorías*, se encuentra la página monográfica de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que incluye información completa sobre los casos relativos a pueblos indígenas ante la Comisión y la Corte. Esta página monográfica incluye asimismo información sobre el proceso de discusión del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La página de la Corte: <http://www.corteidh.or.cr>

En la sección de *Jurisprudencia*, podrán encontrarse todos los *Casos contenciosos* fallados por la Corte, incluyendo sentencias sobre excepciones preliminares (anteriores al reglamento de 2003), sobre el fondo y sobre reparaciones; las *Medidas provisionales*, donde se incluyen todas las resoluciones de la Corte hasta la fecha bajo este procedimiento; y *Cumplimiento*.

La página del IPLP: <http://www.law.arizona.edu/depts/iplp>

La página del Programa de Derechos y Políticas Indígenas de la Universidad de Arizona (*Indigenous Peoples Law and Policy Program – IPLP*), incluye toda una sección, disponible en inglés y en castellano, con todos los documentos relevantes del caso *Awas Tingni* en el procedimiento ante la Comisión y la Corte, algunos de los cuales fueron publicados en edición impresa en Felipe Gómez Isa (ed.), *El caso Awas Tingni: nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Deusto, Universidad de Deusto, 2004. La selección reviste un especial interés práctico, en la medida en que incluyen documentos que pueden servir de modelo para otros casos, como

la petición ante la Comisión, la demanda ante la Corte y las contestaciones a los escritos de Nicaragua. La página incluye también la transcripción de las audiencias sobre el fondo del caso, un documento especialmente relevante y que no suele hacerse público, así como varios *amicus curiae* presentados ante la Corte, elaborados por prestigiosas universidades y ONG en nombre de organizaciones indígenas.

PARTE III

Dinámicas sociales y movimientos indígenas

Cooperación internacional con los pueblos indígenas

Jesús González Pazos

*«Reafirmamos el papel vital de los pueblos indígenas
en el desarrollo sostenible»*

Párrafo 25 de la Declaración Política de la Cumbre Mundial
sobre Desarrollo Sostenible.

Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002.

Preámbulo

Inicialmente, para comenzar este documento sobre la cooperación internacional con los pueblos indígenas, es preciso constatar el hecho mismo de la multiplicidad de significados y matices que se han dado, y se dan, al término de desarrollo. Sin embargo, todos ellos dependerán de las distintas disciplinas desde las que se estudie, interprete o se intervenga, pero también, y esto suele obviarse frecuentemente, desde las diferentes intencionalidades políticas que operen en ese proceso.

En el caso de los pueblos indígenas, han sido precisamente las consecuencias del desarrollo, más que los procesos de etnocidio y genocidio extremo operados durante siglos, las que han supuesto una mayor destrucción de las culturas y pueblos indígenas en las últimas décadas. La concepción del desarrollo como modernización, crecimiento económico y asimilación, ha traído consigo la pérdida de territorios, de recursos y la desaparición y/o desestructuración social, económica y cultural

Sin embargo, entenderemos aquí el desarrollo como un proceso de cambio integral, que deberá ser respetuoso con la identidad política, social y económica de cada pueblo y caracterizado por la solidaridad, la justicia, la equidad y el respeto a los derechos humanos individuales y colectivos. Las Naciones Unidas, establecen en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo que éste lo es como «un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la pobla-

ción y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se deriven»¹. En esta definición podríamos ubicar en gran medida el sentido verdadero de las que deben ser las intervenciones de la cooperación internacional en general y, con los pueblos indígenas en particular, como promotoras de esos procesos y como su razón de ser más profunda. Entonces, será ésta una obligación permanente, por respaldar de modo efectivo todas las potencialidades de los modelos de desarrollo de estos pueblos, atendiendo especialmente al reconocimiento y respecto de sus derechos individuales y colectivos.

Introducción

En la admisión de la situación particular de los pueblos indígenas y la premisa política y operativa de una actuación específica en el campo de la llamada cooperación internacional al desarrollo, se justifica la importancia y urgencia de definir modelos y estrategias.

Igualmente, se reconoce la tendencia negativa que, en general y hasta fechas recientes, ha dominado la planificación e implementación de muchos proyectos y programas de desarrollo. La relación histórica de los pueblos indígenas con los distintos poderes económicos y políticos ha sido caracterizada por la impronta colonial, lo que se traduce en una relación de subordinación y dominio. Históricamente la visión de estas colectividades ha estado centrada en una percepción de atraso, de rémora y obstáculo para el desarrollo civilizatorio, centrado en términos casi exclusivamente de interés económicos. La cooperación internacional, en muchos momentos también ha percibido a los pueblos indígenas en este mismo sentido, tutelando en gran medida los modelos de desarrollo que deberían implementarse. Estas situaciones han generado unas consecuencias que no han hecho sino agravar en muchos casos las condiciones de vida y la vulneración de derechos; así, se ha incidido en procesos de mayor pobreza, de marginalidad social, de reasentamientos forzosos, de especial discriminación o merma de derechos de las mujeres indígenas, de violencia étnica,..., en suma, como ya señalábamos anteriormente, hacia una mayor desestructuración social, política, económica y cultural.

Afortunadamente, la constante resistencia y el protagonismo asumido en las últimas décadas por los pueblos indígenas, y la revisión, especialmente por parte de algunas ONGD, de estas políticas, ha supuesto un importante

¹ «Declaración sobre el derecho al desarrollo». Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1.986.

cambio en esta situación, por lo que, desde la cooperación internacional, se van aprobando e implementando algunas directrices que pretenden invertir ahora esta tendencia. A pesar de todo es necesario mantener la denuncia sobre gran parte de la cooperación bilateral (directa de gobiernos) y multilateral (a organizaciones internacionales), así como sobre las políticas neoliberales que abren los territorios indígenas a las transnacionales para la explotación de sus recursos, sin el reconocimiento de derechos que sobre los mismos poseen los pueblos indígenas y aquellos otros que como a tales corresponden. No se puede obviar, por ejemplo, que constituyendo aproximadamente el 5% de la población del planeta (+/- 350 millones), y se calcula que sus territorios contienen el 70% de la biodiversidad del planeta, lo que supone la conversión de estos espacios en objetivos prioritarios de enormes intereses económicos y políticos.

En este panorama y para revertir realmente esa situación pseudocolonial y/o paternalista, se debería asumir el fundamento teórico y práctico del reconocimiento del derecho que asiste a los pueblos indígenas a definir y determinar su propio desarrollo social, económico, político y cultural, así como la implementación de mecanismos reales que provean las actuaciones que ellos aprueben en el marco del respeto a sus formas de vida y a sus territorios. Como reconoce la Unión Europea, «consiste no en aislar a los pueblos indígenas de los procesos de desarrollo ni asimilarlos en la corriente principal de la sociedad sino en permitirles una participación plena y libre con arreglo a sus propias condiciones. Se trata esencialmente de una cuestión de derechos humanos y de democratización de las sociedades»². (el subrayado es propio y remarca una crítica al término por la subordinación que se infiere de su uso, a pesar de lo positivo del reconocimiento).

Así mismo, el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas establece que éstas «tienen derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos»³. Igualmente, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el derecho de todos los pueblos a la autodeterminación y dice que en «base a este derecho pueden decidir libremente su situación política y procurar libremente su desarrollo económico, social y cultural»⁴.

² «Proyecto de documento de trabajo de los Servicios de la Comisión sobre el apoyo a los pueblos indígenas en la cooperación al desarrollo de la Comunidad y de los Estados miembros». ES/08/97/1180200.W00 (EN). Comisión de las Comunidades Europeas. (pág. 6).

³ «Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas», Art. 1. Resolución 1994/45 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías. 28 de octubre de 1.994.

⁴ «Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 1». Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1.996 de las Naciones Unidas. Entrada en vigor 3 de enero de 1976. www.unhchr.ch/

Por último, una cuestión también recogida en el Pacto Internacional anteriormente citado y que supone una alusión directa a una de las grandes problemáticas de los pueblos indígenas, señala que «todos los pueblos pueden disponer libremente, para sus propios propósitos de sus fuentes de riquezas y recursos naturales sin violar los deberes que surgen de la cooperación internacional, basados en el principio del beneficio común y del derecho de los pueblos»⁵

Por lo tanto, y como ya se ha indicado, para asegurar la implementación real de políticas válidas de actuación, es necesario definir directrices, procedimientos, herramientas y metodologías específicas que establezcan como base la aceptación de los derechos que confiere el derecho internacional. En esta orientación, a continuación se plantean algunos elementos principales que se considerarían rectores y regirían las distintas actuaciones.

Objetivos de la cooperación

El punto de partida será el reconocimiento, por parte de la cooperación internacional, de los pueblos indígenas como socios de pleno derecho y, por lo tanto, como sujetos activos de su desarrollo. Este elemento central marcará la política de trabajo y respaldo a los procesos implementados por los pueblos indígenas en los distintos campos de actuación, tanto en la vertiente de acciones de desarrollo específicas, como en la presencia y participación indígena en los foros e instituciones nacionales e internacionales de toda condición, o cualesquiera otras acciones que conciernan al caso. En este sentido, el marco global será el fortalecimiento de las capacidades y habilidades para conformar, implementar y controlar su propio desarrollo.

De esta forma, los objetivos principales de la cooperación internacional deberán ser:

- Contribuir al reconocimiento y establecimiento del derecho y capacidad de los pueblos indígenas para articular sus propios procesos de desarrollo social, económico, político y cultural.
- Respalidar la participación indígena en todos los procesos de decisión que les afecten y el reconocimiento de sus derechos territoriales y gestión sostenible de los recursos existentes en los mismos.

Un paso más, sería la definición y aprobación de ejes de actuación que incidieran en el logro de estos objetivos anteriormente señalados, tales como:

⁵ Ibíd, Art. 2.

1. Apoyo a la presencia activa en los procesos locales, nacionales e internacionales de los pueblos indígenas para consolidar sus derechos humanos individuales y colectivos. En especial a los procesos de reconocimientos jurídicos de sus derechos y su ejercicio práctico.
2. Inclusión de los problemas de los pueblos indígenas en el marco de diálogo entre gobiernos e instituciones multilaterales.
3. Respaldo a las organizaciones indígenas y a sus estructuras como representantes de sus pueblos, con atención especial en el apoyo a la definición de estrategias y modelos de desarrollo propios, así como a la participación activa de las mujeres indígenas en todos los ámbitos y niveles de actuación y decisión.
4. Reconocimiento de la especificidad indígena en la formulación y desarrollo de proyectos de cooperación, tanto bilateral, multilateral como a través de ONGD. En este sentido, «no deberían priorizarse o sostenerse proyectos que eludan, se desinteresen, desvinculen o no se comprometan en algún nivel, con la solución de carencias o conflictos (permanentes, eventuales o imprevistos) que se presentan en las comunidades o pueblos indígenas en donde pretenden operar con otro tipo de metas. Entre dichos problemas ineludibles están el genocidio, racismo, el despojo territorial, la destrucción ecológica, la explotación laboral o comercial, la represión, el etnocidio cultural»⁶.
5. Apoyo a aquellas acciones que incidan en la protección y defensa de los territorios y de los sistemas culturales y medioambientales de los pueblos indígenas.

En suma, todo lo anterior se podría refundir en un objetivo en los términos siguientes:

- Partiendo del respeto a los derechos individuales y colectivos, mejorar el impacto de la cooperación internacional respecto a los pueblos indígenas mediante el respaldo a sus propios procesos de desarrollo y el logro de una mayor participación y control de éstos en los procesos políticos, sociales, económicos y culturales que, bien en el orden nacional y/o internacional, les afecten directamente.

Por otra parte, se hace necesario explicitar y repetir nuevamente la necesidad de la aceptación de la especificidad del trabajo de cooperación para el desarrollo con los pueblos indígenas.

⁶ «Autodesarrollo Indígena en las Américas». Documento 10. IWGIA. Copenhague, Dinamarca. 1.989.

Esta especificidad tiene algunos elementos y parámetros nítidos que se deben tener en cuenta como condiciones previas y comunes en todos los sectores de intervención. Algunos han sido identificados por distintas instancias y se encuentran recogidos en tratados internacionales, caso del «Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo», o Convenio 169, el cual «se sustenta en los principios de reconocimiento, respeto y participación de los pueblos indígenas. Reconocimiento de sus derechos, valores e identidad propia; respeto y protección de su integridad, cultura, formas de organización social y económica consagradas por el derecho consuetudinario; libre participación en instituciones electivas y en la adopción de decisiones susceptibles de afectarles directamente. (...)»

El instrumento jurídico internacional reconoce las aspiraciones de dichos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y a decidir sus prioridades en lo que atañe a su desarrollo económico, social y cultural, en la medida que éste afecta sus vidas, sus creencias, su bienestar material y espiritual»⁷.

Igualmente, es importante destacar, en la misma línea argumentativa, que a pesar de la dificultad de señalar tendencias y recomendaciones claras de las experiencias con pueblos indígenas en la cooperación para el desarrollo, dada la ausencia de evaluaciones sistemáticas, desde la experiencia europea si se han podido identificar algunos rasgos generales, del tipo:

«Las acciones de desarrollo que no tienen debidamente en cuenta la situación, las aspiraciones y las prioridades de los pueblos indígenas pueden tener un impacto imprevisto o incluso negativo con respecto a ellos. (...) La experiencia demuestra que sólo se consigue la sostenibilidad a largo plazo y cierto sentido de propiedad local cuando los pueblos indígenas participan activamente en la concepción y la implementación de programas y proyectos. (Igualmente) el reconocimiento básico de los pueblos indígenas y su derecho a la tierra son las condiciones previas esenciales para que estas poblaciones participen en los procesos de desarrollo de manera significativa. El nivel de reconocimiento en la legislación nacional determina las posibilidades para solucionar las necesidades especiales de los pueblos indígenas en los enfoques sectoriales, por ejemplo por lo que se refiere a la enseñanza y la atención primaria.

Por último,

«lo limitado de los recursos humanos y la rigidez de los procedimientos y de los presupuestos en las organizaciones donantes pueden constituir un obstáculo para que los pueblos indígenas accedan a los recursos y puede impedir la flexibilidad necesaria en el proceso de desarrollo.

⁷ «Pueblos Indígenas». Organización Internacional del Trabajo, Equipo Técnico Países Andinos. Lima, Perú. 1.998.

No existen modelos ya hechos para la implementación de las propias estrategias de desarrollo de los pueblos indígenas por lo que respecta a la sanidad, la enseñanza, la economía, etc. Esas estrategias implican la articulación de los conocimientos, tecnologías, recursos y objetivos políticos, culturales y sociales de los indígenas y los no indígenas. Es muy necesario seguir investigando, establecer proyectos piloto e intercambiar experiencias, entre los donantes y entre los pueblos indígenas, por lo que respecta a esos complicados procesos»⁸.

Así, aún reconociendo esa dificultad para establecer modelos, y teniendo siempre en cuenta la propia diversidad de los pueblos indígenas, sí se pueden inferir algunos principios generales a tener en cuenta: a) la integralidad de una política global para con los pueblos indígenas; b) la consulta libre informada previa, como principio insoslayable de cualquier acción (proyectos a gran escala especialmente); c) el reconocimiento de las estructuras tradicionales y su no sustitución por nuevas formas organizativas forzadas y ajenas; d) apoyo a la participación plena y libre de las comunidades indígenas en todo el ciclo del proyecto; e) creación y recreación de capacidades para la definición y adopción de estrategias que permitan la implementación de sus propios modelos de desarrollo; f) protección a los derechos territoriales y a sus recursos, así como a la propiedad intelectual colectiva sobre sus conocimientos.

Todo lo anteriormente planteado se refundiría en una sumatoria que vendría definida por el llamado enfoque de derechos. Basado en el reconocimiento, defensa e implementación de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, debe ser el elemento de base de la cooperación internacional para la articulación y puesta en práctica de sus modelos de desarrollo. Y todo ello en el marco global del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas.

Comunicación para el desarrollo

Partiendo de una necesaria integralidad de las actuaciones de desarrollo, dado que este carácter es básico en la visión indígena, queremos a continuación centrarnos en lo que podemos definir como un caso práctico de actuación desde la cooperación internacional. Esto, entendiendo la necesidad de ir más allá de la teoría general, para mejor ubicarnos en campos más específicos que nos permitan distinguir mejor algunas de las tendencias y especificidades que se deberán tener en cuenta a la hora de respaldar los procesos

⁸ «El tema indígena: Contexto dentro de la Comunidad Europea». Organización Internacional del Trabajo, Equipo Técnico Multidisciplinar. San José, Costa Rica. 1.999.

de desarrollo indígena, como son la creación y recreación de capacidades y, sobre todo, la consideración de los pueblos indígenas como insustituibles protagonistas de su presente y futuro.

Anteriormente hemos definido el objetivo primordial de la cooperación con los pueblos indígenas como aquel que busca aumentar y reforzar sus procesos de desarrollo, así como su mayor participación y control de los ámbitos económico y socio-político que les afectan directa o indirectamente. En este marco, y reconociendo el incremento ostensible del papel de los medios de comunicación en nuestro mundo actual, constatamos también la importancia de éstos en el proceso de cooperación y desarrollo. Así, será un elemento vital para los pueblos indígenas el control y manejo de los medios para la articulación de estrategias de comunicación por la defensa de sus intereses y derechos como pueblos y para la implementación de sus modelos de autodesarrollo.

La comunicación para el desarrollo se debe pensar entonces más allá del tecnicismo de los medios y del extensionismo de propuestas pre-elaboradas, para considerarla como una instancia de construcción y negociación en un marco de reafirmación de identidades políticas, culturales y sociales. En este sentido, la comunicación, que ha sido vista en la inmensa mayoría de los proyectos de cooperación como un elemento secundario o marginal (sin análisis y con una simple función de apoyo a otros sectores, prefijada), se convierte en elemento central que articula verdaderos procesos de discusión y reflexión en los que los pueblos van definiendo su presente, su futuro y las líneas de su propio desarrollo, algo que debería entenderse siempre como previo e irrenunciablemente necesario a todo proyecto de desarrollo.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la existencia de factores externos que inciden negativamente en esta línea de actuación. Así, estas posibilidades dependen, de forma determinante, del acceso y manejo de estos pueblos a las nuevas tecnologías de la comunicación e información y a los beneficios que éstas reportan. No obstante, la accesibilidad a las mismas es altamente desigual en las distintas regiones geográficas y grupos sociales. Esta desigualdad contribuye al aumento de la brecha entre aquellos que tienen acceso y control sobre las fuentes de información y quienes se ven desprovistos de las mismas, reforzando la marginación que ya existe en términos de desarrollo y de recursos técnicos. Por que no debemos olvidar que el hecho tecnológico también está inmerso en el hecho político y, por lo tanto, hay que ser conscientes que sobre su concepción, desarrollo y aplicación actúan un complejo de intereses, planteamientos, estrategias y opciones políticas⁹.

⁹ ZUBERO, I, *Participación y democracia ante las nuevas tecnologías. Retos políticos de la sociedad de la información*. IMANOL ZUBERO. En www.uned.es/ntedu (módulo primero, de Tecnología y Sociedad).

Por otra parte, y dado que el desarrollo indígena está ligado tanto al derecho de estos pueblos a determinar y dirigir los procesos en sus territorios, como al poder negociar oportunidades más justas en el marco de desarrollo de sus estados, mantener el control sobre sus procesos culturales, decidir sobre el uso de los recursos naturales y productivos, y tener acceso a los mercados son elementos fundamentales, entre otros, del mismo. En esto, la comunicación también jugará un importante papel.

La comunicación se convierte entonces en un instrumento vital para alcanzar y desarrollar elementos como la apreciación de la cultura como fuerza mediadora en el desarrollo y propiciar la participación y toma de decisiones compartida¹⁰.

En las comunidades indígenas los procesos de conocimiento, información y comunicación que tienen que ver con el desarrollo y, en general, con los procesos de modernización y cambio, se operan a través de canales comunicativos diversos, tanto formales (institucionales: escuelas, sistemas de salud, programas de desarrollo, fondos de crédito, etc.) como informales (tradicionales: la familia, comunidad, organizaciones tradicionales, unidades productivas, etc.).

Estos últimos se estructuran en base a sistemas tradicionales de conocimiento y comunicación, que permiten reproducir la cultura y las formas productivas y de manejo del territorio en base a recursos y métodos al alcance de la persona. Es necesario decir que los sistemas tradicionales de comunicación y conocimiento están permanentemente sufriendo fuertes procesos de cambio, los cuales varían dependiendo del proceso de aculturación por la presión de la sociedad no indígena.

En el marco de un enfoque de comunicación para el desarrollo, estos canales deben ser aprovechados para generar, integrar y difundir conocimientos e informaciones útiles y culturalmente adecuadas y permitir en un proceso de retroalimentación continua entre varios interlocutores y/o grupos, lo que se ha dado en llamar comunicación participativa. Así, un uso planificado y participativo de los canales existentes por parte de protagonistas indígenas en el marco de procesos de desarrollo sobre base cultural es una condición para la creación de sistemas de comunicación intercultural.

Esto, nuevamente, nos permite apreciar la importancia que tendrán los proyectos de formación en comunicación para el desarrollo en los pueblos indígenas. La comunicación se debería articular primeramente entre miembros de la misma cultura (tal y como se hace en la sociedad occidental), los cuales conocen perfectamente el código y significados que constituyen la

¹⁰ KOTTAK, C. P., *Antropología. Una exploración de la diversidad humana*. Ed. McGraw-Hill. Madrid. 1.996.

complejidad de los símbolos que usa un determinado pueblo. Evidentemente, esto no quiere decir que nadie ajeno a un pueblo específico no pueda hacer comunicación, pero se resalta, en este caso, la necesidad de dar cobertura a la posibilidad, y derecho, de que sean los propios pueblos indígenas los que trabajen la comunicación en el desarrollo.

Por otra parte, debemos ser conscientes de que cuando la comunicación se realiza por agentes externos, entra en juego, en la inmensa mayoría de las ocasiones, el factor de aculturación. Si estamos de acuerdo en que la cultura son nuestras representaciones mentales, nuestras formas de vida, nuestro patrimonio material, etc., entendemos que «aculturarse» significa cambiar todo, o gran parte de esos valores propios y asumir otros ajenos. En este proceso la comunicación, y más específicamente en las últimas décadas, los medios de comunicación se han convertido en una importante herramienta para el mantenimiento y recreación, o para el cambio, de los modelos culturales y también del sistema dominante, tanto en términos culturales como políticos y económicos. Por lo tanto, los medios de comunicación juegan un papel determinante para la supervivencia o desaparición de las culturas, base de la identidad (del ser y estar) de los pueblos. Esto nos lleva a comprender mejor que el control de los mass media es un objetivo de muchos intereses político-económicos, por lo que también debe entenderse como estratégico en cualquier proceso de desarrollo por parte de todos los actores que en él intervienen y, especialmente en lo que es nuestra preocupación: el respaldo y apoyo a la implementación real de los procesos de desarrollo indígenas.

Por todo lo hasta aquí apuntado, decimos que, siendo «importante que el mundo exterior tome conciencia de la vida y los derechos de estos grupos. (Sin embargo), resulta igualmente importante el hecho de que las comunidades indígenas desarrollen sus propias políticas de comunicación, encargándose de las imágenes presentadas.....»¹¹.

Y esto último nos sitúa mejor el problema en lo que atañe a los pueblos indígenas, dado que nos permite afirmar que cualquier trabajo en el área de comunicación y desarrollo debería ir también enfocado a reforzar la identidad cultural. Por eso tendría, igualmente, que ser controlado en todo momento por los miembros de dicha comunidad, sino incidirá negativamente en ese refuerzo, convirtiéndose en un elemento aculturizador.

Así mismo, la comunicación para el desarrollo debe ser entendida en una concepción integral, donde intervienen factores económicos, sociales, políticos y culturales, definiendo el espacio de realización de la comunicación en la cultura y las relaciones humanas individualizadas y sociales.

¹¹ «Zebra News; editorial». AA.VV., n.º 34, dic.-97.

El objetivo es fomentar el desarrollo de acciones de reflexión y solidaridad dirigidas a elevar la calidad de vida de la población indígena para que desarrolle de manera digna sus potencialidades físicas e intelectuales, fomentando el intercambio de conocimientos, experiencias y revalorizando las prácticas tradicionales. Igualmente, consolidando la democratización de la propia comunicación en función del desarrollo y respetando la noción que sobre este concepto manejan los pueblos indígenas, relacionada siempre a la realidad concreta donde se desenvuelven. Por último, como una herramienta clave para el refuerzo y manejo de los diferentes procesos de defensa e implementación de los derechos humanos individuales y colectivos

Por lo tanto, desde las organizaciones indígenas y desde la cooperación internacional, algunos de los objetivos a perseguir en este campo serían aquellos explicitados en la reciente Declaración de los Pueblos Indígenas ante la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (diciembre 2.003):

1. Fortalecer la diversidad cultural y lingüística de los pueblos indígenas del mundo y en consecuencia fortalecer su derecho a la comunicación, con sus contenidos, valores y medios adecuados determinados por ellos mismos.
2. *Promover el reconocimiento y ejercicio de las libertades y derechos fundamentales de los pueblos indígenas como condición esencial para una sociedad incluyente más justa y solidaria.*
(...)
5. *Crear las condiciones para que los pueblos indígenas tengan acceso a los recursos financieros que permitan que las TIC (Tecnologías de la información y comunicación) se desarrollen apropiadamente y bajo sus propias condiciones sin afectar a su integridad*¹².

La necesidad está en introducir la comunicación no sólo en los procesos de cooperación sino también como «asunto central de las agendas políticas y del proyecto alternativo de sociedad. Supone, además, plantear los debates sobre comunicación en el horizonte de la transformación social: democratizar la comunicación forma parte de un proyecto más amplio que es radicalizar la democracia y construir otro mundo posible»¹³

¹² «Declaración de los Pueblos Indígenas ante la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información». Ginebra (Suiza). 10 de diciembre de 2.003. www.choike.org/nuevo/informes/1402.html.

¹³ MARI SAEZ, V. M., «La Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información: desafíos para la sociedad civil», Revista de Información y Debate *Pueblos*. N.º 10, marzo de 2004.

Participación indígena en los foros internacionales: *Lobby político indígena*

Lola García Alix

Patricia Borraz

Introducción

Durante los últimos treinta años, el trabajo de *lobby* político por la promoción y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas dentro de organismos intergubernamentales se ha convertido en una de las áreas principales de trabajo para muchas organizaciones indígenas del mundo.

A lo largo de estos últimos treinta años, y cada vez en mayor número, los pueblos indígenas han presentado ante las Naciones Unidas la horrible imagen de la discriminación, opresión y marginalización que sufren y han reclamado a la comunidad internacional y muy especialmente a los organismos internacionales de derechos humanos, el reconocimiento de sus derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos internacionales de protección de estos derechos que garanticen su supervivencia social, política y económica como pueblos diferenciados.

El trabajo coordinado de los cientos de organizaciones indígenas que han venido participando en las reuniones de los organismo de Derechos Humanos de la ONU ha conseguido que a lo largo de estos últimos treinta años se haya consolidado un movimiento indígena internacional que ha conseguido que numerosas instituciones intergubernamentales consideren hoy de forma específica la situación, los problemas y las demandas de los pueblos indígenas del mundo.

Desde sus comienzos en los años 70, este movimiento indígena internacional ha cuestionado muchos de los conceptos y prácticas del derecho internacional centrado exclusivamente en la protección de los derechos del individuo y los intereses de los Estados, por considerarlos inadecuados para la protección de sus derechos colectivos como pueblos.

En este contexto, el principal objetivo de los pueblos indígenas en relación al trabajo de *lobby* político dentro de los organismo de Derechos Huma-

nos de las Naciones Unidas ha sido, por un lado contribuir al reconocimiento, promoción y defensa de sus derechos y libertades fundamentales como pueblos diferenciados y por otro impulsar la creación de espacios políticos e institucionales a nivel internacional desde donde promocionar el desarrollo e implementación de políticas y programas para la implementación práctica de sus derechos.

Considerando estos objetivos, los logros alcanzados por el movimiento indígena internacional en pos del reconocimiento, promoción y defensa de sus derechos dentro del sistema de las Naciones Unidas son evidentes y se pueden clasificar bajo las siguientes categorías:

1. Creación de un espacio institucional al más alto nivel para la consideración de las cuestiones relacionadas con los pueblos indígenas.
2. Desarrollo de normas jurídicas internacionales legalmente obligatorias y no-obligatorias relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas.
3. Establecimiento de mecanismos especiales de protección de los derechos de los pueblos indígenas.
4. Incremento de la atención dada por las agencias de las Naciones Unidas a los problemas, demandas y aspiraciones de los pueblos indígenas.

De todas maneras, es importante señalar que a pesar de los avances conseguidos por los pueblos indígenas en el marco de las Naciones Unidas, no podemos obviar que a nivel nacional, regional e internacional todavía continúa existiendo una fuerte resistencia o escepticismo sobre la legitimidad de los derechos de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas continúan sufriendo el despojo de sus tierras y recursos, discriminación, exclusión y marginación, asimilación forzada y otras formas de genocidio cultural. Los indicadores sociales y económicos muestran que siguen sufriendo de índices elevados de pobreza y exclusión, y que sus niveles de bienestar están frecuentemente muy por debajo de los niveles nacionales. Además, muchos Estados continúan negando la mera existencia de los pueblos indígenas, y una gran mayoría de ellos continua implementando políticas que amenazan sus identidades o ponen en peligro sus vidas y bienestar. Todos estos elementos están inseparablemente vinculados a las violaciones de derechos humanos y perpetúan la injusticia, el empobrecimiento y la marginación de los pueblos indígenas.

Sin duda, los logros conseguidos por los pueblos indígenas durante estos últimos treinta años, como son la proclamación por parte de la Asamblea General de los dos Decenios sobre las Poblaciones Indígenas del Mundo, el establecimiento del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, la nominación de un Relator Especial y la discusión en torno

al Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas han puesto un nuevo foco de atención sobre la grave situación en la que continúan viviendo millones de personas pertenecientes a los pueblos indígenas. El compromiso y apoyo de la comunidad internacional continua siendo hoy de vital importancia para su supervivencia y su futuro como pueblos.

No cabe duda de que las instituciones intergubernamentales como la ONU, juegan un papel crucial en la protección, promoción y avance de la normativa jurídica internacional en materia de derechos humanos, pero también tienen una gran responsabilidad en establecer medidas concretas para que los Estados miembros asuman sus compromisos y obligaciones en relación a la implementación y protección práctica de estos derechos.

En este contexto, el apoyo y fortalecimiento del trabajo de *lobby* político de los pueblos indígenas continua siendo fundamental, no solo para mantener y desarrollar los logros conseguidos, sino fundamentalmente para que se promuevan medidas concretas de implementación y respeto de sus derechos y poder así mejorar substancialmente el bienestar de los pueblos indígenas en todo el mundo.

Los ámbitos de participación

El primer registro que existe de demanda de participación por parte de los pueblos indígenas a una institución intergubernamental fue en el decenio de los años 20 cuando un líder indígena iroquis viajó a Ginebra para informar a la Sociedad de Naciones (organismo precursor de las Naciones Unidas) sobre la situación de los pueblos indígenas en Canadá y pedir su mediación en el largo conflicto que mantenían con su gobierno. Lamentablemente a pesar de todos los esfuerzos, la Sociedad de Naciones decidió no considerar su caso, argumentando que las demandas presentadas por Deskaheh eran un asunto de carácter interno de Canadá y por ello fuera de la competencia de la Sociedad de Naciones. El gobierno de Canadá no permitió a Deskaheh volver a Canadá después de su viaje a Ginebra.

Después de la creación de las Naciones Unidas en 1946 hubo varios intentos para que la organización tuviera en consideración la situación de los pueblos indígenas. Entre estas iniciativas merece la pena mencionar una propuesta hecha por el gobierno boliviano en 1948 de crear una sub-comisión para estudiar los problemas sociales de los pueblos aborígenes. Lamentablemente esta iniciativa tampoco consiguió prosperar dentro del sistema y todavía tendrían que pasar más de 20 años para que la situación de los pueblos indígenas volviera a ser formalmente considerada por las Naciones Unidas.

A finales de los años 60 y principios de los 70, surgieron en un gran número de países, movimientos indígenas en contra de las violaciones sistemáticas de sus derechos más fundamentales y de las políticas discriminatorias y asimilacionistas imperantes de la época. En el transcurso de esta lucha se desarrolló un proceso organizativo de los pueblos indígenas a escala local, nacional y regional, del que surgió un incipiente *lobby* internacional indígena, que apeló la atención de la comunidad internacional y especialmente de los organismos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con el objetivo de que consideren su situación y tomaran las medidas adecuadas para la protección de sus derechos fundamentales.

Este incipiente *lobby* internacional indígena, contó con el apoyo de un número reducido de organizaciones No-Gubernamentales y algunos expertos independientes y consiguió que la Subcomisión sobre la Prevención y Discriminación de las Minorías¹ empezara considerar formalmente la situación de los pueblos indígenas. En 1972 el Consejo Económico y Social, autorizó a la Subcomisión sobre la Prevención y Discriminación de las Minorías a realizar un estudio especial sobre la discriminación en contra de los pueblos indígenas. Este estudio, que comenzó en 1971 y terminó en 1986, constituyó un momento clave en la historia de las relaciones de los pueblos indígenas y la ONU.

El Estudio comienza con una definición de trabajo sobre quienes son los pueblos indígenas y considera un amplísimo espectro de temas, como son la identidad indígena, cultura, sistemas legales, salud, vivienda, educación, lengua, etc. Sus conclusiones reflejan claramente que las condiciones en las que viven los pueblos indígenas del mundo son favorables a la discriminación en los diferentes temas considerados por el relator para este estudio y termina con una serie de propuestas y recomendaciones.

Mientras la Subcomisión elaboraba este estudio, tuvo lugar en Ginebra uno de los eventos de mayor relevancia para la formación de un movimiento indígena internacional como fue la **«Conferencia de las Organizaciones No-Gubernamentales sobre la Discriminación de las Poblaciones Indígenas en las Américas»** celebrada en Ginebra en 1977.

Esta conferencia elaboró uno de los primeros documentos indígenas internacionales titulado **«Proyecto de Declaración de Principios para la Defensa de las Naciones y los Pueblos Indígenas del Hemisferio Occidental»²**. Entre las recomendaciones más importantes de esta conferencia, esta

¹ Actualmente llamada Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos que es el órgano subsidiario principal de la Comisión de Derechos Humanos. Esta formada por 26 expertos individuales nominados por sus gobiernos respectivos. Pero no representan posturas gubernamentales. Es un organismo asesor no gubernamental.

² Esta declaración esta incluida en el documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/476/Add.5, Annex 4 (1981).

el establecimiento de un grupo de trabajo dependiente de la Subcomisión sobre la Prevención y Discriminación de las Minorías de la ONU, para que considerara la situación de los pueblos indígenas.

Pero quizás, uno de los resultados más importantes de esta conferencia fue el establecimiento de un modelo de coordinación entre los diferentes pueblos indígenas del mundo para la formulación de sus demandas, que ha sido utilizado y desarrollado por los pueblos indígenas en reuniones internacionales posteriores.

A raíz de esta conferencia, un número reducido de ONGs indígenas consiguió obtener el estatus consultivo como ONG ante el Consejo Económico y Social, y los representantes de las organizaciones indígenas empezaron a participar formalmente, de forma progresiva y en número cada vez mayor en los organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas.

El Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI)

En 1981, la Subcomisión teniendo en cuenta la recomendación de la Conferencia de ONGs de 1977 y de los informes presentados periódicamente por el relator Martínez Cobo sobre la discriminación en contra de los pueblos indígenas, recomendó a la Comisión de Derechos Humanos el establecimiento de un Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas. Un año más tarde, en 1982 el ECOSOC autorizó a la Subcomisión la creación de dicho grupo de trabajo como organismo subsidiario de la Sub-Comisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

El Grupo de Trabajo de la ONU sobre Poblaciones Indígenas (GTPI) establecido por el ECOSOC in 1982, se reúne anualmente en Ginebra, generalmente la última semana de julio.

El GTPI esta compuesto de cinco expertos independientes, todos ellos miembros de la Subcomisión, que preparan documentos e informes especializados que son discutidos durante la sesión. La sesión esta abierta a todos aquellos que quieran participar. Durante los últimos años, el Grupo de Trabajo ha desarrollado nuevos procedimientos de trabajo y los expertos han preparado documentos de trabajo en cooperación con organizaciones indígenas.

El GTPI tiene un doble mandato. El primero es considerar los desarrollos que han tendido lugar durante el año en relación con las cuestiones indígenas y los derechos humanos. En segundo lugar el grupo tiene como mandato el desarrollo de norma internacionales para la protección de los derechos de los derechos indígenas. El GTPI tiene un cierto número de puntos permanentes en su agenda y cada año elige un tema principal.

El GTPI fue, hasta el establecimiento del Foro Permanente, el organismo de la ONU que presenció la más activa y dinámica participación de los pueblos indígenas.

A su primera sesión celebrada en Ginebra en 1982 asistieron un máximo de 50 personas, a partir de entonces, el número de participantes fue aumentando progresivamente, ampliándose espectacularmente durante la década de los 90, donde se llegaron a registrar más de 900 participantes, convirtiéndose así, en uno de los mayores foros de la ONU en el área de los derechos humanos.

Desde sus comienzos el GTPI estableció unas normas de procedimiento flexibles, permitiendo y alentando la participación en sus deliberaciones de todas aquellas personas interesadas, y muy especialmente la de los representantes de las organizaciones y comunidades indígenas.

El establecimiento de este procedimiento de participación abierta, sin precedentes hasta entonces en los organismos de Naciones Unidas, fue fundamental tanto en la consolidación del GTPI, como punto focal para las actividades de las Naciones Unidas relacionadas con los pueblos indígenas, como en el proceso de reconocimiento del derecho a la participación de los pueblos indígenas en las reuniones de la ONU que consideren temas que afecten el presente y el futuro de los pueblos indígenas.

Desde 1982, miles de representantes indígenas han asistido a las reuniones del GTPI. En sus intervenciones los pueblos indígenas no solo han dejado constancia, una y otra vez, de la discriminación, opresión y marginalización que sufren en sus países de origen, sino que también han compartido su visión de un mundo más justo, sus propuestas, sus aspiraciones y sus demandas.

Las organizaciones de los pueblos indígenas que asisten a las reuniones del GTPI aprovechan también su estancia en Ginebra para celebrar reuniones indígenas antes y durante la reunión del Grupo de Trabajo. Las reuniones indígenas que tienen como objetivo discutir y compartir información sobre los problemas a los que se enfrentan los pueblos indígenas en las diferentes partes del mundo, elaborar estrategias para su participación en organismos internacionales y determinar posiciones comunes.

El Grupo de Trabajo ha elaborado importantes estudios, entre ellos se pueden mencionar los siguientes:

- **Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas**³ elaborado por el actual presidente del Grupo de Trabajo, Sr. Miguel Alfonso Martínez.

³ Documento de la ONU : E/CN.4/sub.2/1999/21; Documento de la ONU : E/CN.4/sub.2/1999/21

- **Estudio sobre la protección del patrimonio de los pueblos indígenas**»⁴ elaborado por la que fue durante 12 años consecutivos presidenta del Grupo de trabajo Dra. Erica Daes.
- **El Estudio sobre los Pueblos Indígenas y su relación con Tierra** ⁵ elaborado también por la Dra. Daes.

Los estudios realizados por los expertos miembros del GTPI han sido presentados y discutidos durante las sesiones del Grupo de Trabajo.

Pero el logro más importante del Grupo de Trabajo ha sido la elaboración y adopción del **Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**⁶.

En 1985, el GTPI decidió comenzar la elaboración de un proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Durante casi una década el Grupo de Trabajo dedicó gran parte de su tiempo a la redacción de un texto, en el que representantes de los pueblos indígenas, delegaciones gubernamentales, y expertos en la materia participaron muy activamente.

Sin lugar a dudas la plena y activa participación de los pueblos indígenas en el arduo proceso de elaboración de este documento tuvo una influencia fundamental en el texto final que fue adoptado por el Grupo de Trabajo en 1993 y posteriormente en 1994 por su organismo superior la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

En 1995, siguiendo los procedimientos formales, la Comisión de Derechos Humanos consideró el texto enviado por la Subcomisión y decidió establecer un Grupo de Trabajo Intersesional con el mandato de considerar el texto elaborado por el GTPI y elaborar un proyecto de Declaración para su consideración y adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un documento largo y complejo que consta de una parte preambular y 45 artículos, divididos en nueve secciones.

Este texto reconoce el amplio espectro de los derechos humanos colectivos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Entre ellos, el derecho a la libre determinación sin restricciones, su derecho colectivo

⁴ Publicado en 1993

⁵ Documento de la ONU : E/CN.4/sub.2/2001/21

⁶ Documento de la ONU: E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1 (1994).

inalienable a la propiedad, uso y control de las tierras, territorios y otros recursos naturales. Sus derechos relacionados con el mantenimiento y desarrollo de sus propias instituciones políticas, religiosas culturales y educativas así como la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas. La Declaración pone énfasis en los requisitos de consulta, participación y consentimiento libre, previo e informado, en relación con actividades de cualquier tipo que tengan un impacto en los pueblos indígenas, su propiedad y sus territorios. Establece también el requisito de una justa y adecuada compensación de las violaciones de los derechos reconocidos por la declaración y establece garantías en contra del etnocidio y el genocidio.

En la Declaración se prevén también procedimientos justos y mutuamente aceptables para resolver las controversias entre los pueblos indígenas y los Estados, entre los que figuran procedimientos tales como las negociaciones, la mediación, el arbitraje, los tribunales nacionales y los mecanismos internacionales y regionales de examen y denuncia en relación con los derechos humanos.

La Declaración señala que los derechos en ella mencionados constituyen las normas mínimas para la supervivencia y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

El Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos para la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (GTPD)

Este proyecto de Declaración elaborado por el GTPI y adoptado por la Subcomisión en 1994, fue posteriormente considerado por la Comisión de Derechos Humanos, quien decidió⁷ entonces establecer un Grupo de Trabajo abierto que se reuniría entre períodos de sesiones de la Comisión para examinar detalladamente el texto presentado por la Subcomisión y elaborar un proyecto de declaración que pudiera ser aprobado por la Asamblea General en el marco del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004).

Desde su establecimiento, el Grupo de Trabajo para discutir el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (GTPD) se ha reunido anualmente. Habiendo sido establecido en el marco de la 1ª Década para los Pueblos Indígenas del Mundo, su mandato finalizó en Enero del 2004, pero al no haber podido conseguir un consenso sobre el texto final, la Comisión de Derechos Humanos, en abril del 2005, decidió

⁷ Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1995/32, de 3 de marzo de 1995

ampliar un año mas su mandato para que pudiera finalizar su trabajo y presentar un texto final para su adopción a la Comisión de Derechos Humanos en el 2006.

Cuando la Comisión de Derechos Humanos consideró el establecimiento del GTPD, una de las demandas fundamentales de los pueblos indígenas fue el que se mantuviera el reconocimiento de su derecho a participar en todas las negociaciones que sobre la Declaración tuvieran lugar en el GTPD.

Respondiendo a esta demanda de los pueblos indígenas, la Comisión decidió establecer un procedimiento especial de participación establecido, para asegurar que las organizaciones indígenas que no tuvieran estatus consultivo con el ECOSOC pudieran participar en los debates del grupo de trabajo establecido para considerar el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Con esta decisión la Comisión de Derechos Humanos reafirmó una vez más el derecho de los pueblos indígenas a participar directamente en el proceso de discusión de sus derechos.

El derecho de los pueblos indígenas no solo a participar meramente como observadores de un proceso de negociación entre las delegaciones de gobierno, sino su derecho a participar plenamente como sujetos de derecho en esta negociación, ha sido objeto de grandes controversias entre las delegaciones indígenas y las de los gobiernos durante todo el proceso de discusión en el GTPD. La perseverancia y firmeza de la demanda de los pueblos indígenas durante todas las sesiones de este grupo de trabajo para que se les reconociera su derecho a ser actores principales en este proceso y no meramente observadores, obligó al GTPD a desarrollar unos procedimientos de trabajo más abiertos, flexibles y participativos de los que habitualmente se aplican en los organismos de la Comisión de Derechos Humanos.

El reconocimiento *de facto* por parte del GTPD de que cualquier texto que se aprobara debería ser un texto consensuado con las delaciones indígenas permitió a los pueblos indígenas, poder defender consecuentemente los principios y derechos contenidos en el texto en discusión y evitar que se diluyeran o debilitaran a lo largo de este proceso.

El proceso de discusión del texto de la Declaración ha sido un proceso arduo y difícil, donde los pueblos indígenas han luchado consecuentemente a lo largo de todos estos años, para mantener, mejorar y fortalecer el texto original, y poder conseguir así la aprobación de un instrumento jurídico fuerte y progresivo que reconociera la naturaleza colectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la libre determinación sin restricciones, el derecho colectivo a la propiedad, control y manejo de sus tierras, territorios y recursos naturales, el derecho a establecer y mantener su propias instituciones de gobierno, etc. etc.

A lo largo de este proceso los pueblos indígenas se han enfrentado a grandes retos, que en determinados momentos minaron sus expectativas de poder llegar a la adopción de una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Durante los primeros nueve años de discusión, la negociación avanzó poco y durante casi 9 años el proceso pareció entrar en un callejón sin salida. Por un lado, muchos gobiernos se dedicaron a presentar propuestas totalmente inaceptables para los pueblos indígenas, demostrando una y otra vez su intención de debilitar lo más posible el texto del proyecto de Declaración. Demostrando con ello, su falta de voluntad política para adoptar un instrumento internacional que respondiera a las demandas de los pueblos indígenas. Por su parte, también el movimiento indígena se enfrentó a desafíos de carácter interno. Si bien, durante todo este proceso, el llamado «caucus» indígena consiguió mantener una unidad inalterable en torno a la defensa de los principios de la Declaración, es importante señalar que tuvo grandes dificultades internas a la hora de llegar a acuerdos comunes sobre estrategias de diálogo y negociación con los Estados para poder avanzar en este proceso y salir del *impas*.

Durante los últimos dos años, acercándose ya la finalización de su mandato, el proceso entró en una nueva etapa, donde tanto los gobiernos como los representantes indígenas renovaron su compromiso para conseguir un texto de consenso y trabajaron arduamente para poderlo conseguir.

El trabajo realizado en las sesiones de este último año tuvo grandes resultados, y se pudieron apreciar avances concretos. Por primera vez se pudo llegar a un texto de consenso en muchos de los artículos fundamentales, como en aquellos referentes al derecho a la libre determinación, la naturaleza colectiva de los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de Tratados, etc. En base a los acuerdos conseguidos el Presidente del GTPD, Luis Enrique Chávez, elaboró un informe en el que se incluye una propuesta para el Proyecto de Declaración⁸.

Esta propuesta incluye todos los artículos en los que se había podido llegar a un consenso entre representantes indígenas y delegaciones de gobierno. En aquellos artículos, en los que no había sido posible llegar a un consenso, como en el caso de los artículos que consideran los derechos de los pueblos indígenas a tierra, territorios y recursos naturales, el Presidente del GTPD, teniendo en consideración las propuestas presentadas, incluyó sus propias propuestas de texto.

Cuando hace solo unos meses, el Presidente hizo público este informe, muchas organizaciones expresaron que después de once años de considera-

⁸ Anexo 1 del Documento ONU E/CN.4/2006/79

ción dentro del GTPD, los pueblos indígenas habían logrado un instrumento altamente significativo. Pero expresaron también que, algunos aspectos del texto deberían haberse mejorado. Sin embargo, consideraban que prolongar las discusiones en el GTPD solo serviría para menoscabar muchos de los derechos humanos fundamentales de los Pueblos Indígenas afirmados en este texto actual del Presidente. Por ello solicitaron a la Comisión de Derechos Humanos que adoptara una Resolución sometiendo el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tal como aparece en la Propuesta del Presidente del GTPD a la próxima Sesión del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, para su adopción final por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 61° período de sesiones.

Sorprendentemente, la fase final de este proceso ha coincidido con el establecimiento del nuevo Consejo de Derechos Humanos y la desaparición de la Comisión de Derechos Humanos, a la cual estaba dirigido este informe para su adopción y posterior envío al ECOSOC y a la Asamblea General. La aspiración de los pueblos indígenas de que la Comisión, enviara al ECOSOC el documento acordado, no ha sido posible, ya que la ONU decidió cerrar la Comisión y empezar urgentemente el proceso de traspaso de funciones al nuevo Consejo. El cual se reunió por primera vez en el mes de junio del 2006, con la inmejorable noticia de la aprobación final del texto de la Declaración, marcando un hito histórico para los pueblos indígenas.

Después de más de 20 años de ardua lucha la adopción por parte de la Asamblea General de una Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas puede ser una cuestión de meses, ya que, previsiblemente antes de la finalización del 2006 será aprobada por la Asamblea General.

Las Conferencias Mundiales

Desde principios de los años 90, la ONU ha organizado una serie de conferencias Mundiales que ha tenido variados niveles de participación de los pueblos indígenas.

Entre los objetivos de estas conferencias están:

- Movilizar a los gobiernos nacionales y locales y a las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) en la toma de decisiones de los grandes problemas mundiales;
- Servir como un foro mundial en donde se discuten propuestas para establecer un consenso entre las naciones sobre temas de especial relevancia para la comunicad internacional.

- Establecer procesos donde los gobiernos tomen compromisos concretos para dar solución de los problemas planteados.
- Establecer normas internacionales y guías para las políticas nacionales;

La participación y contribución de la sociedad civil, en los debates tanto en los procesos oficiales como no oficiales de estas conferencias, convirtieron estos eventos en verdaderos "foros globales" que han jugado un papel clave para guiar el trabajo de las Naciones Unidas.

Los pueblos indígenas participaron cada vez en mayor número y de forma más activa y coordinada en estos grandes eventos mundiales y donde desarrollaron un trabajo de *lobby* político sumamente importante, consiguiendo que los Programas de Acción de estas conferencias incluyeran textos referentes a los pueblos indígenas.

El Foro Permanente

El Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas de la ONU es un organismo subsidiario del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Su mandato es discutir todas las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, cultura, medioambiente, educación salud y derechos humanos.

El Foro Permanente lo componen 16 expertos independientes. 8 de ellos son nominados por los gobiernos y los otros ocho son expertos indígenas nominados por las organizaciones indígenas y elegidos por el Presidente del ECOSOC.

El Foro Permanente sesiona todos los años durante dos semanas en el mes de mayo en Nueva York. Cerca de 1.000 personas participan en estas sesiones, entre ellas delegados de los gobiernos, agencias de las Naciones Unidas, representantes de las organizaciones indígenas, ONGs e instituciones académicas.

La creación del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU es un hito histórico en la lucha de los pueblos indígenas para obtener una plataforma institucional dentro del sistema de la Naciones Unidas.

Como dijo el Jefe Oren Lyons de la Confederación Haudenosaunee durante la Reunión del ECOSOC en 2002 donde se tomó la decisión final para el establecimiento del Foro Permanente de la ONU: «La ONU no nos reconocía. Nuestros temas ni siquiera figuraban en la agenda. No existíamos. Golpeamos la puerta de la ONU en 1977 y apenas se movieron. Durante muchos años parecía que sucedía muy poco. Pero hoy, cuando miramos hacia atrás, podemos ver lo lejos que hemos llegado.»

En el Contexto de la ONU el Foro Permanente es un fenómeno bastante único. Por primera vez en la historia, representantes de los Estados y de la sociedad civil gozan de un mismo estatus en un organismo permanente de la ONU. Como lo articuló uno de los actuales miembros del Foro Permanente, el abogado indígena cree de Canadá, Willie Littlechild, «El establecimiento del Foro Permanente es un paso en dirección al reconocimiento de nuestro derecho de autodeterminación. Participaremos en el Foro Permanente en pie de igualdad con los miembros nombrados por los Estados. Por primera vez en la historia seremos parte de la familia de la ONU.»

Una de las demandas fundamentales de los pueblos indígenas en relación con el establecimiento del Foro Permanente fue el que se mantuviera el principio de la plena participación de las organizaciones y comunidades indígenas en todos los debates del Foro Permanente.

La resolución que creó el Foro Permanente y que fue adoptada por la Asamblea General en el año 2000 reconoce claramente este principio de participación abierta y dice que «... los Estados, los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo podrán participar como observadores; las organizaciones de las poblaciones indígenas también podrán participar como observadoras de acuerdo con los procedimientos aplicados en el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas»;

El modelo de participación abierto establecido para el Foro Permanente, reconoce pues el derecho de los pueblos indígenas a participar como representantes legítimos de los pueblos y organizaciones indígenas y no únicamente como ONGs. Esto es especialmente importante si se tiene en cuenta el nivel de ubicación del Foro Permanente dentro de la estructura de las Naciones Unidas.

No cabe duda que este logro es el resultado de la larga lucha de los representantes indígenas, para conseguir el reconocimiento de su derecho a participar como actores principales en los debates de las Naciones Unidas sobre temas que les afectan directamente⁹. El modelo de participación abierta aplicado.

El Foro Permanente es un organismo asesor de todas las agencias y organismos de la ONU; su mandato consiste en promover la cooperación entre

⁹ El reconocimiento por parte del sistema de las Naciones Unidas del derecho de los pueblos indígenas a participar en la discusión de temas directamente relacionados con sus derechos fundamentales, quedo también reflejado en el procedimiento especial de participación establecido por la Comisión de Derechos Humanos, para asegurar que las organizaciones indígenas que no tuvieran estatus consultivo con el ECOSOC pudieran participar en los debates del Grupo de Trabajo Intersesional de la Comisión establecido para considerar el proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

estos últimos, hacer recomendaciones e informar en general sobre las condiciones de los pueblos indígenas. El mandato puede parecer muy amplio, pero depende mucho de la voluntad de los pueblos indígenas, gobiernos y otros, para usar este nuevo instrumento como catalizador para mejorar la vida de los pueblos indígenas. Con su posición en el sistema jerárquico de la ONU, apenas por debajo de ECOSOC y a la par, p. ej., de la Comisión de Derechos Humanos, el Foro Permanente tiene un estatus considerable y un amplio espectro de acción que sin lugar a dudas le posibilita consolidar y desarrollar el trabajo de la ONU en relación con los pueblos indígenas y hacerlo más eficiente.

Aunque el Foro Permanente, en su forma actual, quizás no captura plenamente todas las aspiraciones de los pueblos indígenas, es indudable que representa un paso histórico al cumplimiento de la promesa de brindar una voz directa para los pueblos indígenas dentro del sistema de la ONU y establecer una nueva relación que indudablemente será fundamental para poder establecer una nueva relación entre los pueblos indígenas y la comunidad internacional.

Pero, no solamente los pueblos indígenas obtendrán grandes beneficios de este nuevo tipo de relación, el sistema de las Naciones Unidas en general también obtendrá importantes ventajas. Los pueblos indígenas se dirigen al Foro Permanente con propuestas de colaboración con los Estados miembros de la ONU, ofreciendo visiones, ideas, asesoramiento y conocimiento importantes y diferentes. Ahora, más que nunca, la comunidad internacional necesita en su seno a los pueblos indígenas como parte de sus esfuerzos para promover la paz, el desarrollo sostenible, erradicar la pobreza y fortalecer la democracia.

No hay duda que el establecimiento del Foro Permanente marca un hito histórico dentro del trabajo de *lobby* político de los pueblos indígenas, pero también marca el comienzo de un largo proceso que requiere de grandes esfuerzos por parte de todos los implicados, y muy especialmente de los pueblos indígenas, para que pueda cumplir su amplio mandato.

Después de los cuatro años de existencia del Foro Permanente se pueden ya ver sus muchos potenciales en términos del avance en la promoción de los derechos e intereses de los pueblos indígenas. No obstante, también se pueden observar muchos de los desafíos a los que se enfrenta el Foro Permanente que pueden afectar su capacidad de cumplir efectivamente con su mandato. Entre los desafíos más importantes está su capacidad de establecer y desarrollar formas de trabajo efectivas, que fortalezcan su capacidad de acción y que le permitan implementar sus recomendaciones más efectivamente.

Es claro que el proceso que requiere que el Foro Permanente se mueva de la teoría a la acción, del discurso político y las buenas intenciones a resultados concretos que beneficien a los pueblos indígenas y consoliden el reco-

nocimiento y protección de sus derechos fundamentales dentro del sistema de las Naciones Unidas es un proceso largo y difícil.

Pero a pesar de los retos que este nuevo organismo tiene por delante, es importante reconocer ya algunos de los logros conseguidos durante sus cinco años de existencia.

El Foro se ha convertido en el punto focal de las Naciones Unidas donde representantes indígenas, delegaciones de gobierno y agencias de las Naciones Unidas han empezado a desarrollar métodos de trabajo efectivos para poder considerar las seis áreas principales de su mandato: desarrollo económico y social, cultura, medio-ambiente, educación, salud y derechos humanos.

En base a las recomendaciones presentadas tanto por las organizaciones indígenas durante las sesiones, el Foro ha adoptando un gran número de recomendaciones importantes sobre temas indígenas. A través de sus recomendaciones al ECOSOC y a las agencias de la ONU, el Foro ha subrayado la importancia de encarar los temas indígenas desde un nivel regional para ofrecer soluciones aún más concretas a las comunidades indígenas.

También ha comenzado a identificar métodos de trabajo innovadores durante el periodo intersesional, y durante los últimos años ha organizado una serie de seminarios técnicos sobre temas de especial relevancia para los pueblos indígenas. Estos seminarios tienen como objetivo elaborar documentos y preparar recomendaciones concretas para su posterior discusión en las sesiones del Foro Permanente.

Tanto los propios miembros del Foro Permanente como el secretariado han preparado contribuciones substanciales sobre los pueblos indígenas para muchos informes oficiales de las ONU.

El Foro también ha demostrado visión en la selección de sus temas principales y, en su última sesión, decidió priorizar la implementación y seguimiento de las recomendaciones efectuadas hasta este momento.

Es importante destacar que el Foro también ha realizado esfuerzos substanciales para elevar la conciencia sobre los temas de los pueblos indígenas en el seno de los más altos organismos de la ONU. Este trabajo fue alabado por el Secretario General, quien en su discurso de apertura de la 3ª sesión del Foro Permanente, declaró que el Foro había comenzado a crear un lugar para sí mismo dentro del sistema de las Naciones Unidas.

Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas

Otro logro importantísimo del movimiento indígena en la larga lucha por la promoción y protección de sus derechos fue indudablemente el nombra-

miento en 2001, por parte de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas.

Los Pueblos Indígenas aclamaron unánimemente esta decisión de la Comisión de Derechos Humanos, ya que por primera vez, los pueblos indígenas cuentan con un mecanismo de protección para investigar quejas específicas sobre derechos humanos.

Las visitas del Relator Especial a países para recibir información directa sobre la situación de los pueblos indígenas han sido enormemente importantes para los pueblos indígenas. Estas visitas han dado la posibilidad a los pueblos indígenas de un gran número de países de poder establecer un diálogo directo con el Relator y presentarle información documentada sobre su situación. Las recomendaciones presentadas por el Relator en sus informes anuales se han convertido en un instrumento político de gran importancia para los pueblos indígenas, siendo utilizadas para promover la implementación de medidas concretas para la protección de sus derechos no solo en el ámbito internacional, sino también en el ámbito regional y nacional.

Los acuerdos ambientales multilaterales

En 1992 se celebró la famosa Cumbre de Río, la Cumbre sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), como colofón de distintas iniciativas en el seno de Naciones Unidas, que se remontan a los años 70, para tratar los problemas ambientales ligados al desarrollo económico y humano. En Río, los gobiernos de todo el mundo desarrollaron y adoptaron una serie de propuestas ligadas a la conservación de los recursos del planeta, como la Declaración de Río, la Agenda 21, el Convenio Marco para Prevenir el Cambio Climático, los Principios sobre Bosques y el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Todo ello en un nuevo espíritu que llevaba a examinar críticamente el paradigma de desarrollo válido hasta entonces, que identificaba desarrollo con crecimiento económico, al introducir los factores de respeto al medio ambiente y la relación directa entre pobreza y destrucción ecológica.

Los nuevos conceptos en los que se llevaba trabajando un par de décadas, procedían de un cada vez más amplio movimiento social ambientalista desarrollado particularmente en los países occidentales. Aunque en algunos casos este movimiento adoptó posturas de conservación a ultranza, llevando a enfrentamientos con los pueblos indígenas y las poblaciones locales, en mucho fue ligado a un reconocimiento de los pueblos indígenas como los auténticos guardianes de la tierra, los pueblos que habían desarrollado sistemas económicos y productivos sostenibles sin destruir el medio ambiente en que

vivían y que basaban su identidad en una profunda identificación y respeto por sus territorios.

Pese a los avances paralelos de la participación indígena en el seno de Naciones Unidas y del concepto de desarrollo sostenible, los pueblos indígenas no fueron llamados a participar en las negociaciones de Río. Conscientes de la importancia de los temas que se abordaban, celebraron su propia reunión en la aldea brasileña de Kari-Oca,¹⁰ donde discutieron sus puntos de vista sobre las causas y remedios de la destrucción ambiental. Y aunque nada de esto se tuvo en cuenta en la redacción de los Convenios y documentos de la Cumbre, tanto la Agenda 21¹¹ como el Convenio sobre la Diversidad Biológica¹² mencionan a las «poblaciones» y «comunidades» indígenas de forma específica. Para la Agenda 21, las «poblaciones indígenas» son uno de los Grupos Principales¹³ y les dedica su capítulo 26.¹⁴

Es decir, se produce en Río y en sus instrumentos un reconocimiento insuficiente de los derechos de los pueblos indígenas, pero a la vez se abren nuevas posibilidades de participación e incidencia en las agendas internacionales a través de la participación en las llamadas negociaciones ambientales multilaterales que ahora se inician y que incorporan, como uno de sus principios, la participación de la sociedad civil, articulada en esos Grupos Principales. Dado que desde el punto de vista de los pueblos indígenas, sus derechos como pueblos unen de forma inextricable derechos llamados humanos y derechos llamados ambientales (la autodeterminación y el desarrollo sostenible son dos caras de una misma moneda), muchos pueblos indígenas han decidido aprovechar las oportunidades de participar en este ámbito de discusión. Por ello participan ahora, en distintos niveles, en la Comisión de Desarrollo Sostenible, en las negociaciones sobre

¹⁰ «Declaración de Kari-Oca y Carta de la tierra de los Pueblos Indígenas», en *Asuntos Indígenas*, n.º 4 Octubre/noviembre/diciembre, IWGIA, Copenhague, 1992, pp. 57-61; APARICIO, T., «La Conferencia Mundial Indígena de Kari-Oca», en *Asuntos Indígenas*, n.º 4 Octubre/noviembre/diciembre, IWGIA, Copenhague, 1992, pp. 53-56.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, *Programa 21: Un Plan de Acción en pro del Desarrollo Sostenible*, Nueva York, 1998.

¹² Texto del Convenio sobre la Diversidad Biológica disponible en www.biodiv.org

¹³ Los Grupos Principales son nueve: mujer; infancia y juventud; poblaciones indígenas; organizaciones no gubernamentales; autoridades locales; trabajadores y sindicatos; comercio e industria; comunidad científica y tecnológica y agricultores.

¹⁴ Por su parte, el Principio 22 de la Declaración política de la CNUMAD señala:

Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar por que participaran efectivamente en el desarrollo sostenible.

Cambio Climático, Diversidad Biológica o en el Foro Intergubernamental sobre Bosques, además de haber jugado un importante papel en la Cumbre Río+10 o Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, en cuya Declaración, los Estados **«reconocen el papel vital de los pueblos indígenas en el desarrollo sostenible»**.¹⁵

De todos los nuevos espacios de negociación que se abren a partir de la Cumbre de Río, no todos han sido igualmente receptivos a la participación indígena. En las sesiones anuales de la Comisión de Desarrollo Sostenible, los representantes indígenas participan en un pequeño caucus que se encarga además de preparar por escrito los documentos de posición que los pueblos indígenas, como «grupo principal» debe entregar regularmente a la CDS,¹⁶ además de preparar la participación en los «diálogos de partes interesadas» que se mantienen durante las reuniones.

En relación con el Convenio Marco sobre el Cambio Climático, las organizaciones indígenas han organizado algunas reuniones preparatorias antes de las reuniones oficiales y han elaborado declaraciones sobre los temas a tratar, de gran impacto en los territorios indígenas, como es el caso del mecanismo de desarrollo limpio, los sumideros de carbono, el impacto del cambio climático (particularmente en regiones como el Ártico), el desarrollo de plantaciones o el canje de deuda por servicios ambientales. El impacto ha sido, sin embargo, escaso, ya que las reuniones de las Partes firmantes del Convenio y su Protocolo no permiten participación real en las negociaciones de actores no gubernamentales.¹⁷

El proceso sobre bosques es particularmente complejo. En las reuniones de Río no consiguió negociarse un instrumento vinculante en relación con los bosques. Para avanzar en las negociaciones y garantizar que se tendrían en cuenta los intereses de los pueblos indígenas, la Alianza Mundial de los Pueblos Indígenas y Tribales de los Bosques Tropicales,¹⁸ desarrolló una estrategia de asociación con países amigos, para organizar en Leticia (Colombia), en 1996, una reunión en la que se plantearon las cuestiones fun-

¹⁵ A/CONF/199/20, *Informe sobre la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible*, Johannesburgo, Sudáfrica, del 26 de agosto al 4 de septiembre de 2002.

¹⁶ Sobre la CDS, la participación en las sesiones anuales y los documentos presentados por los grupos principales, puede consultarse <http://www.un.org/esa/sustdev/mgroups/mgroups.htm>

¹⁷ El primer Foro Indígena sobre Cambio Climático se reunió en Lyon (Francia) en septiembre de 2000 para debatir y tomar posición ante los temas discutidos en las Conferencias de las Partes del Convenio. Ha habido posteriores reuniones en las que se han elaborado las declaraciones presentadas ante las Partes, la última en la COP9 celebrada en Montreal en diciembre de 2005.

¹⁸ «Alianza Mundial de los Pueblos Indígenas y Tribales de los Bosques Tropicales,» *Declaración de los Pueblos Indígenas y Tribales de los Bosques Tropicales*, Penang, Malasia, Londres, 1992.

damentales en relación con este tema,¹⁹ que los países asociados trasladaron al proceso. Pocos avances sustantivos se han producido desde entonces en el marco del Foro de las Naciones Unidas sobre Bosques, pese a que la Alianza ha intentado replicar estos encuentros, el último en Costa Rica en forma de reunión de expertos en torno al tema del conocimiento tradicional asociado a los bosques.²⁰

Quizá sea en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica y su proceso de aplicación en el que la participación y el *lobby* indígena han tenido una mayor repercusión, por lo que nos detendremos particularmente en este proceso.

Los Pueblos Indígenas, entonces, somos la cara humana de los temas a tratar en las discusiones sobre la biodiversidad. La forma en que se interprete e implemente este y otros artículos del Convenio afectará nuestras vidas, hábitat, derechos y el futuro de nuestra cultura. Plenamente conscientes de las implicaciones que se dan aquí, y por antecedentes trágicos que tantos hemos sufrido, nos organizamos de forma sumamente responsable para reafirmar nuestro debido espacio en la Conferencia de las Partes.²¹

El Convenio sobre la Diversidad Biológica entra en vigor en 1993. Es un Convenio cuya temática resulta verdaderamente comprehensiva. Hablar de diversidad biológica es hablar de todas las formas de vida existentes, no sólo animales y plantas, sino también del material genético en que las diferencias entre las especies se contienen. El CDB tiene tres objetivos: la conservación de la diversidad biológica, su uso sostenible y el reparto equitativo de los beneficios que se generen de ese uso sostenible. Además, el Convenio tiene algunas características que hay que tener en cuenta para valorar su importancia como instrumento jurídico internacional desde el punto de vista de los pueblos indígenas:

1. Su amplia ratificación por más de 185 países, que hace que su desarrollo afecte a los pueblos indígenas de forma mayoritaria.

¹⁹ «Declaración de Leticia y propuestas de acción de la reunión internacional de pueblos indígenas y otros pueblos dependientes de los bosques en la gestión, conservación y desarrollo sostenible de todo tipo de bosques» en POSEY, D. (Ed.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, UNEP, Nairobi, 1999, p. 581 y siguientes. En el mismo apéndice pueden encontrarse otras declaraciones indígenas presentadas en el contexto de las negociaciones ambientales multilaterales.

²⁰ Informes sobre el proceso del FNUB y la participación indígena pueden encontrarse en http://www.forestpeoples.org/documents/ifi_igo/bases/unff.shtml. La reunión de Costa Rica tuvo como resultado de consenso entre las organizaciones indígenas, instituciones y gobiernos presentes, la Declaración de Corobicí y sus recomendaciones.

²¹ *En nombre de todas las vidas: los Pueblos Indígenas y la Biodiversidad. Relato desde la Participación indígena en la Tercera Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica*, 1996, (mimeo).

2. El reconocimiento como principio de la soberanía estatal sobre los recursos biológicos (artículo 3).²² Este principio fue una de las causas de más profunda discusión durante el proceso de elaboración del Convenio. La intención, en un principio, era la de declarar la diversidad biológica como patrimonio de la humanidad, pero los países más ricos en Biodiversidad *in situ* son a la vez los países menos desarrollados económicamente, por lo que sus gobiernos presionaron para convertir el Convenio en un auténtico contrato que les permitiera obtener beneficios de la explotación de la Biodiversidad. El que el CDB tenga como uno de sus objetivos el reparto equitativo de beneficios derivados del uso sostenible de la diversidad biológica y la importancia creciente del comercio de material genético, de la reproducción de especies *ex situ*, de la manipulación genética de especies vegetales y animales, ha hecho del Convenio un complejo campo de batalla de grandes intereses económicos. En este contexto, el principio de soberanía absoluta de los estados afecta directamente a la posibilidad de control de los pueblos indígenas sobre el acceso a los recursos genéticos en sus territorios, al no reconocerse sus derechos sobre los mismos.
3. Los pueblos indígenas y las comunidades locales son reconocidos por el Convenio como poseedores de una serie de conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales,²³ relevantes para la conservación y uso sostenible de la Biodiversidad y, por tanto, susceptibles de generar beneficios económicos. Esto supone, por un lado, la novedad positiva de reconocer el valor del conocimiento tradicional en un instrumento de estas características, sustituyendo la actitud general de desprecio hacia las «primitivas y atrasadas» prácticas tradicionales. Por otro lado, ya que el uso de estos conocimientos puede producir beneficios

²² Sobre soberanía estatal, derechos indígenas y CDB, véase MACKAY, F., *Los derechos de los pueblos indígenas, la soberanía del Estado y el Convenio sobre la Diversidad Biológica*, Forest Peoples Program, 2004. Disponible en http://www.forestpeoples.org/documents/conservation/cbd_ips_sovereignty_feb04_sp.shtml

²³ La temática del conocimiento tradicional se ha ido abriendo paso en la agenda de los organismos multilaterales en los últimos años, hasta tal punto que casi puede hablarse de un proceso de discusión en sí mismo. Además del CDB, están tratando esta cuestión agencias como la UNESCO, la OMPI (Comité Intergubernamental sobre Folclore, Recursos Genéticos y Conocimientos Tradicionales); UNCTAD (Iniciativa BioTrade); o la FAO, además de las vinculaciones con el acuerdo TRIPs de la OMC. También se han producido discusiones en el campo de Derechos Humanos (Relatora Especial sobre Patrimonio Indígena y propuestas del GTPI) y en el seno del Foro Permanente (Seminario de expertos de septiembre de 2005 en Panamá, E/CN.19/2006/2, disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/session_fifth.html). Para las problemáticas relaciones del conocimiento tradicional con los derechos de propiedad intelectual, TAULI-CORPUZ, V., «Biodiversity, Traditional Knowledge and the rights of Indigenous Peoples», *Indigenous Perspectives*, Vol.6, Nos. 1&2, December 2004, Baguio City.

económicos, se trata del acceso a los mismos y del reparto equitativo de estos beneficios generados, además de su protección y promoción sujeta a las legislaciones nacionales. El Convenio no sólo trata pues de los recursos contenidos en los territorios indígenas, sino que se refiere a algo tan esencial como el conocimiento tradicional de los pueblos indígenas y las comunidades locales.

4. Pese a su importancia, el CDB no tiene mecanismos de obligatoriedad ni de sanción que puedan hacer que las Partes cumplan con los compromisos que van adquiriendo, por lo que el continuo seguimiento tanto del proceso internacional como de los desarrollos nacionales es esencial.

Estas características del Convenio hicieron que, para los representantes de los pueblos indígenas, se hiciera obvia la necesidad de una presencia masiva en el proceso de implementación del Convenio que pudiera alertar a las organizaciones y comunidades del proceso de negociación en que las Partes habían entrado y que se podía, por los principios de soberanía nacional y sujeción a las leyes nacionales, desarrollar a sus espaldas.

El mecanismo de aplicación del Convenio, dirigido por un Secretario Ejecutivo, es por medio de reuniones de los países signatarios, aproximadamente cada dos años, llamadas Conferencias de las Partes (COP), además de reuniones entre las COP (proceso intersesional). La COP tiene un organismo asesor, el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico, Técnico y Tecnológico, y ha creado Grupos de Trabajo y otros mecanismos para informar a la COP.

La participación indígena en el desarrollo del Convenio,²⁴ iniciada desde la primera Conferencia de las Partes y masiva a partir de la COP3 celebrada en Buenos Aires, se estructura desde esa reunión en una interesante instancia de participación que es el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad. El Foro era una nueva versión, en un nuevo espacio desde donde defender los derechos indígenas, de las reuniones informales del cónclave o *caucus* indígena que se realizaban previas y en paralelo a las sesiones oficiales de los distintos organismos en los que se discutían asuntos indígenas, con el fin de acordar posiciones y debatir los temas de discusión. El FIIB insistió desde su creación en su carácter de mecanismo y no de institución, en su esencia abierta y facilitadora de la participación. Se convoca de manera informal antes de las reuniones de las Conferencias de las Partes y otros organismos del CDB,

²⁴ BORRAZ, P (Coord.) *La participación indígena en el Convenio sobre la Diversidad Biológica*, WATU, Madrid, 2000; BORRAZ, P. (Ed.), *Pueblos Indígenas y CDB. Taller sobre la participación indígena en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) del 4 al 8 de diciembre de 2000*, WATU, Madrid, 2001.

elabora su propia agenda, designa a sus presidentes para cada reunión e intenta garantizar el máximo de equilibrio regional en la presencia indígena en sus sesiones y en las reuniones oficiales que allí se preparan. Durante las reuniones, organiza además trabajo de prensa y eventos paralelos para hacer conocer sus posiciones en los temas a debate y, durante los periodos intersesionales, ha coordinado la elaboración de estudios de caso para su presentación a la Secretaría y ha mantenido una cierta coordinación interregional.²⁵

Desde la COP3, el FIIB presionó para que se crease dentro del CDB un Grupo de Trabajo abierto intersesional para tratar específicamente el artículo 8 epígrafe j²⁶ y otros artículos directamente relacionados con los pueblos indígenas. Desarrollando mecanismos de presión y acuerdo con gobiernos favorables, se consiguió el establecimiento del Grupo de Trabajo especial reclamado en la COP4 en 1998, que se reunió por primera vez en el año 2000. El trabajo en el seno de este Grupo ha supuesto interesantes desarrollos desde el punto de vista del acceso a la participación de representantes no estatales dentro de un organismo de este tipo. Los representantes indígenas han creado grupos de seguimiento de los distintos temas, han participado en los grupos de contacto y de redacción, co-presiden las sesiones del Grupo, mantienen relaciones directas con la Presidencia, el Buró y con los grupos de países participantes y, en general, tienen un peso importante en las resoluciones de este Grupo de Trabajo.

El CDB es un instrumento que avanza a base de redacción de documentos. Las posturas no se fijan en discursos amplios de posición, sino que se consigue darles validez si se introducen en la redacción de los textos definitivos. Hacer el seguimiento de estos procedimientos de trabajo, a menudo solo en lengua inglesa sin traducción, no es fácil ni siquiera para muchos representantes gubernamentales. Teniendo en cuenta el procedimiento de trabajo, se puede decir que una instancia informal como el FIIB ha conseguido excelentes resultados en conseguir el reconocimiento de algunas de sus propuestas. Pero, ¿hasta donde llega ese reconocimiento?

²⁵ El FIIB tiene actualmente un grupo que hace el seguimiento de la cuestión específica de áreas protegidas, otro dedicado a la cuestión de indicadores y está además desarrollando materiales educativos y de capacitación sobre los temas del CDB.

²⁶ Artículo 8. Conservación In situ

Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (...)

(j) Con arreglo a su legislación nacional respetará, preservará y mantendrá, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;

Los representantes indígenas han repetido hasta la saciedad en las reuniones del CDB que sin el reconocimiento de sus derechos como pueblos, esencialmente su derecho a la libre determinación y sus derechos territoriales y sobre sus recursos naturales, no podían estar de acuerdo con el CDB como instrumento y se planteaban serias dudas de que pudiera cumplir con sus objetivos. Estos reiterados principios generales no han sido reconocidos en ninguna de las decisiones del CDB, en sus programas temáticos o en sus programas sobre temas transversales.

Sin embargo, se han conseguido avances sustantivos. Por ejemplo, se ha reconocido el valor del conocimiento tradicional al mismo nivel que cualquier otro tipo de conocimiento; se ha desarrollado un programa de trabajo específico sobre el artículo 8j y disposiciones conexas con valiosos elementos para la protección del conocimiento tradicional; se ha reconocido la necesidad de contar con el consentimiento fundamentado previo de los pueblos indígenas en la aplicación de ese programa de trabajo; se ha reconocido el papel del FIIB y otras organizaciones indígenas como asesores de las Partes; se ha recomendado la inclusión de expertos indígenas en distintos mecanismos del Convenio; se han recogido los derechos indígenas en la creación y gestión de las áreas protegidas, etc.

Otra estrategia que ha tenido excelentes resultados en el proceso del CDB ha sido la de intentar vincular su trabajo con otros organismos especializados en asuntos indígenas, como el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas o el Foro Permanente. En el primer caso, se ha vinculado a la Secretaría del Convenio en la discusión sobre las directrices para la protección del patrimonio de los pueblos indígenas.²⁷ En el segundo, se ha conseguido establecer una colaboración continua, que se refleja en las recomendaciones del Foro a la Secretaría y en los informes del Grupo de Trabajo sobre el artículo 8(j) en los que se da cuenta del avance en el cumplimiento de dichas recomendaciones. La Secretaría participa en las reuniones del grupo de interagencias en apoyo del trabajo del FPCI. En un ámbito más hostil al reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas como son las negociaciones ambientales, el trabajo conjunto con organismos especializados en este enfoque es esencial para introducir el debate sobre temas tan importantes como la propiedad indígena sobre sus tierras, territorios y recursos o el libre consentimiento informado previo.

Pero, pese a todo, la participación indígena queda siempre constreñida dentro de las agendas y mecanismos establecidos para el desarrollo del proceso. El mismo sistema de trabajo dificulta el desarrollo de un lenguaje propio

²⁷ Iniciada a partir de la designación de una Relatora Especial, Erica IRENE DAES, para esta cuestión, que presentó su informe final sobre el tema a la Comisión de Derechos Humanos en 1995 (E/CN.4/Sub.2/1995/26).

con el que contestar a las resoluciones del CDB. Los principios básicos que los pueblos indígenas han presentado como punto de partida para su participación real, nunca se han reconocido. La participación indígena no es apoyada financieramente de forma regular, dependiendo de los fondos de distintas agencias de cooperación y organizaciones de apoyo. Esto quiere decir que los mínimos mecanismos que permitan la preparación de las reuniones, la consulta con las comunidades o la simple transmisión de información sobre el proceso, aspectos esenciales de la participación plena y efectiva, no han podido desarrollarse. Así que una de las principales riquezas del FIIB, que es agrupar representantes de sólida formación técnica con personas con una visión más política, dirigentes más tradicionales con representantes de organizaciones, no puede aplicarse en todo su potencial en esos espacios.

Problemas tan prácticos como la barrera del idioma impiden que muchos representantes indígenas puedan seguir las discusiones en los grupos de contacto o sean elegibles para los grupos de expertos. Otros criterios suponen *de facto* una barrera para la participación en esos espacios, como la exigencia de *curricula* académicos que pocos representantes indígenas tienen y que, el FIIB ha repetido en muchas ocasiones, no significan mayor cualificación para tratar temas como el conocimiento tradicional.

Es muy importante señalar y comprender todas estas limitaciones, porque son factores que deben tenerse en cuenta siempre que se habla de consultas o de participación. Participación en la toma de decisiones no significa asistir como espectador a la toma de decisiones de otros, sino tener la posibilidad de ser reconocido en igualdad y de influir en el resultado final. El proceso del CDB, con sus luces y sus sombras, logros y limitaciones, puede ser un buen termómetro de lo que se ha conseguido, en términos de participación plena y efectiva, en ámbitos internacionales fuera de los estrictamente dedicados a asuntos indígenas.

Comercio y finanzas

Si la Cumbre de Río supuso la consagración del paradigma del desarrollo sostenible y la adopción de instrumentos legales vinculantes y no vinculantes para hacer frente a los graves problemas globales de degradación ambiental, en 1995, con el Acuerdo de Marrakech, nace un nuevo organismo que va a representar otra arena de discusión mundial con un enorme poder: la Organización Mundial del Comercio.

A diferencia de lo que sucede en instrumentos como el CDB, los acuerdos tomados en la OMC tienen mecanismos muy efectivos de sanción frente al incumplimiento, lo que hace que las decisiones negociadas en el seno de esta institución tengan una efectividad impensable en los acuerdos ambien-

tales o de derechos humanos. De hecho, tratados de comercio, objetivos de Río y derechos humanos, han entrado a menudo en contradicción y, pese al masivo movimiento global en contra, se han impuesto en líneas generales las decisiones de la OMC sobre otro tipo de consideraciones.²⁸

Como suele suceder en el espacio internacional, cuanto más importante es un espacio, en términos de poder en la toma de decisiones, más restringidas son las posibilidades reales de participación. Esto está muy claro en las negociaciones de la OMC, donde apenas hay espacios de manifestación de la sociedad civil, menos aún de participación real. En este ámbito, los pueblos indígenas han intentado elaborar un discurso propio dentro de los movimientos de oposición a las decisiones de la OMC, distinguiendo su condición de pueblos y sus derechos sobre sus tierras y territorios como asunto central. En el ámbito de estas negociaciones se ha revelado esencial la coordinación con otros actores sociales con los que se comparten muchos problemas en común para intentar conseguir un mayor impacto en el que actualmente es el espacio fundamental de toma de decisiones a nivel planetario.

Mucho antes de la creación de la OMC se habían establecido, en 1944, las llamadas instituciones de Bretton Woods, de las que forman parte el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Corporación Financiera Internacional, entre otros. El peso de estas instituciones ha sido formidable en el desarrollo de las políticas económicas y sociales de muchos países del mundo.

Curiosamente, el Banco Mundial fue una de las primeras instituciones multilaterales en tener una política específica relativa a los pueblos indígenas. La Directiva Operacional 4.10 fue adoptada en 1991²⁹ como directriz para los proyectos financiados por el Banco que podían afectar a pueblos indígenas. El valor de la DO 4.10 en la práctica ha sido escaso, según evaluaciones internas del propio BM, pero su influjo en otros mecanismos financieros ha sido considerable. En el año 2001, el BM se planteó la revisión de esta Directiva para convertirla, en el marco de una reforma mayor de sus procedimientos, en una Política Operativa. Para la elaboración de dicha política, el BM inició un proceso participativo de consultas con las organizaciones indígenas, que ejemplifica bien la complejidad y el impacto real de dichos procesos. Las consultas incluyeron una serie de reuniones regionales y una consulta electrónica.

²⁸ Sobre el impacto del proceso de globalización económica en los pueblos indígenas, véase VV.AA. *Paradigm Wars: Indigenous Peoples' Resistance to Economic Globalization*, International Forum on Globalization, San Francisco, 2005. Sobre la relación entre globalización y desarrollo sostenible, KHOR, M, *Globalization and the crisis of sustainable development*, Third World Network, disponible en <http://www.twinside.org.sg/>

²⁹ BANCO MUNDIAL, *Directiva operacional 4.20. Pueblos Indígenas*, Washington, 1991.

En todas las reuniones, las organizaciones indígenas insistieron en una serie de puntos clave, como el reconocimiento del libre consentimiento informado previo de los pueblos indígenas ante cualquier proyecto que pudiera afectarlos directamente o indirectamente. En el resultado final, la Política Operativa 4.10³⁰ adoptada finalmente en julio de 2005, este aspecto no ha sido reconocido. La política no reconoce los derechos básicos de los pueblos indígenas, además de no tener claros mecanismos para su aplicación o para establecer responsabilidad o reparación. El Banco Mundial se encuentra en proceso de elaborar un manual de aplicación de esta política que puede arrojar más luz sobre las posibilidades reales de utilizarla para evitar los tremendos impactos que los grandes proyectos de desarrollo han tenido y siguen teniendo sobre los pueblos indígenas en todo el mundo.³¹

No puede decirse que la participación indígena en el proceso de elaboración de la política haya sido inútil. Pero sí es cierto que ha quedado muy claro que las instituciones financieras intentan acomodar un mínimo de respeto por los derechos humanos de los pueblos indígenas que no suponga cambios profundos en sus modos de actuación. El decepcionante resultado de la Revisión de las Industrias Extractivas³² es también muestra de esto. Después de un interesante proceso puesto en marcha por el propio BM que llega a conclusiones claras y negativas sobre el impacto de las industrias extractivas sobre los pueblos indígenas, la decisión final desoye las conclusiones y persiste en la financiación de proyectos que implican desarrollo de dichas actividades. Tal vez la riqueza de documentación y testimonios, además de las conclusiones del informe de la Revisión, sean el resultado más útil de este proceso, que puede utilizarse en otros ámbitos para seguir combatiendo la explotación insostenible de los recursos naturales.

Comentarios parecidos podrían hacerse de los procesos de «consulta» de la Corporación Financiera Internacional o de los Bancos multilaterales regionales. La participación en este ámbito tiene el valor de llevar la discusión sobre los asuntos indígenas a espacios en que la discusión de derechos

³⁰ Puede accederse al texto de la misma en [http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/OP410_Spanish/\\$FILE/OP410Spanish.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/OP410_Spanish/$FILE/OP410Spanish.pdf). Se han publicado también las Normas de procedimiento referidas a esta Política, disponibles en [http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/BP410\\_Spanish/\\$FILE/BP410_Spanish.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/html/eswwwebsite.nsf/BillboardPictures/BP410_Spanish/$FILE/BP410_Spanish.pdf).

³¹ Para hacer un seguimiento del proceso de reforma de la DO 4.20, incluidas consultas, comentarios etc. puede visitarse http://www.forestpeoples.org/documents/ifi_igo/bases/wb_base.shtml. Para la Corporación Financiera Internacional: http://www.forestpeoples.org/documents/ifi_igo/bases/ifc.shtml.

³² Toda la documentación y conclusiones del proceso disponibles en <http://www.eireview.org>. Véase también: VV.AA., *Extrayendo promesas: Pueblos Indígenas, Industrias Extractivas y el Banco Mundial*, Tebtebba Foundation, FPp., Baguio City, 2003.

humanos no es habitual. Pero no tiene una incidencia real, hasta el momento, en las decisiones de política o acción de estas entidades.

El desarrollo sostenible y las políticas de cooperación internacional

Además de los instrumentos vinculados al medio ambiente, de los que ya se ha hablado, la Cumbre de Río y su proceso posterior supusieron la adopción del desarrollo sostenible como nuevo paradigma del progreso económico, social y ambiental. Ya se ha comentado la creación de la Comisión de Desarrollo Sostenible y la participación indígena en la misma y la celebración de la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible en 2002, diez años después de Río, para evaluar lo alcanzado en los compromisos de entonces y lo que todavía quedaba por conseguir.

La participación indígena en el proceso y en la Cumbre de Johannesburgo fue muy interesante.³³ Aunque el proceso oficial constreñía dicha participación al juego de los Grupos Principales de Río (lo que hizo que se presentaran durante todo el proceso preparatorio de dos años los documentos sobre los distintos temas en discusión), se tomó en la Cumbre una decisión de gran relevancia. Sin excluirse del proceso general de discusiones en el que se intentaba tener la mayor incidencia, las organizaciones indígenas participantes en el proceso decidieron a su vez tomar un papel propositivo y no solo reactivo y elaboraron su propia declaración política y plan de acción para conseguir el desarrollo sostenible. Este cambio de posición, que también se ha intentado en otros procesos de negociación, como el CDB,³⁴ puede suponer un cambio cualitativo en la participación indígena en muchos procesos de negociación en los que la simple reacción a las propuestas de los actores gubernamentales resulta claramente insatisfactoria. Es necesario para ello, sin embargo, un mayor esfuerzo en el trabajo coordinado y continuo entre las organizaciones indígenas más allá de la asistencia a las reuniones.

La aplicación del paradigma del desarrollo sostenible y de los Objetivos de Desarrollo del Milenio ha marcado las nuevas políticas de cooperación al desarrollo elaboradas y ejecutadas por los países desarrollados, que tienen también un profundo impacto en los pueblos indígenas.³⁵ Las agencias de cooperación han iniciado, a veces voluntariamente y a veces forzadas por las

³³ *Los pueblos indígenas y la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible*, Tebtebba Foundation, Almaciga, Baguio City, 2003. Incluye la declaración política y plan de acción de Kimberly sobre los pueblos indígenas y el desarrollo sostenible.

³⁴ Así se ha iniciado un plan propio para el desarrollo de indicadores y para el trabajo de educación, sensibilización y conciencia pública en el seno del FIIB.

³⁵ VV.AA., *Visiones indígenas sobre desarrollo y cooperación*, AEI, Madrid, 2005.

mismas organizaciones indígenas, revisiones de sus políticas de cooperación que en muchos casos ignoraban no ya los derechos sino la misma existencia de los pueblos indígenas. Dichos procesos han incluido, en ocasiones y con diferente profundidad, mecanismos de participación directa de los pueblos indígenas, como es el caso de Dinamarca o España. La incidencia de la participación indígena ha sido notable en casos como la Unión Europea,³⁶ aunque queda por consolidar un compromiso serio, no solo en los proyectos específicamente dirigidos a pueblos indígenas, sino en proyectos generales que tienen impactos sobre los mismos, como es el caso de los grandes proyectos de infraestructuras o de gobernabilidad.

Conclusiones

Los pueblos indígenas, a través de sus diferentes organizaciones y representantes, han trabajado en el nivel internacional desde hace varios años para intentar avanzar en el reconocimiento y aplicación de sus derechos como pueblos.

En este proceso se han producido victorias considerables, como el establecimiento de organismos especializados en el seno de las Naciones Unidas, el debate sobre un Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas o el reconocimiento parcial del consentimiento informado previo de los pueblos indígenas frente a actuaciones que les afectan.

El ámbito internacional no es un espacio fácil. Pese al compromiso de participación en muchas de las negociaciones en el marco de las Naciones Unidas, las reglas de procedimiento tienden a ser excluyentes, especialmente en los espacios donde se produce la verdadera toma de decisiones. Como conclusión, podemos mencionar algunas de las dificultades que pueden observarse en este proceso:

- En términos generales, salvo en el caso de los organismos especializados de derechos humanos, los procesos de toma de decisiones en el ámbito de las Naciones Unidas y otros organismos multilaterales dependen únicamente de los Estados. El sistema de Naciones Unidas identifica "pueblos" con Estados Nación, lo que excluye a los pueblos indígenas. Otros actores no gubernamentales se encuentran igualmente

³⁶ En junio de 2002 se realizó la conferencia *Speaking Out: Indigenous Views of Development and the Implementation of the EU Policy on Indigenous Peoples* en Bruselas, en la que las organizaciones indígenas presentaron estudios de caso y recomendaciones en relación con la política de cooperación de la Unión Europea. Esta reunión, junto con el *lobby* sostenido a las instituciones europeas por medio de visitas y envío de información, han conseguido mantener la temática indígena de manera específica dentro de la agenda de la cooperación europea.

excluidos y, aunque se va produciendo una progresiva incorporación de los mismos en algunos procesos, no tienen en ningún caso poder ni de voto ni de veto. Dentro de los sistemas previstos de participación de no Partes es fácil advertir que la participación es mayor cuanto más bajo es el rango del organismo, y más restrictiva conforme la capacidad ejecutiva del organismo aumenta.

- La mala estructura de gobernanza de estos instrumentos y organismos que provoca contradicciones y superposiciones en sus actuaciones, desarrollo o aplicación.
- La falta de un compromiso real y voluntad política por parte de los Estados, incluidos los que han ratificado los distintos convenios e instrumentos, para cumplir con los objetivos acordados.
- El amplio espectro de temas cubiertos en el escenario internacional, que hace difícil un seguimiento coherente de los mismos a no ser que se tenga un claro enfoque estratégico.
- La naturaleza amplia de muchos de estos procesos de negociación, que no están únicamente relacionados con Pueblos Indígenas, sino que afectan a muchos grupos de intereses diferentes, por lo que los asuntos de los Pueblos Indígenas corren el riesgo de ser considerados marginales o de no ser tratados con la especificidad necesaria. Esto hace necesario el establecimiento de alianzas con otros sectores, un proceso complejo en el que se debe profundizar.
- Su naturaleza técnica, que hace difícil la comprensión del desarrollo de las negociaciones y puede llevar a buscar una participación de expertos que desvíe de los objetivos reales de la participación y la limite.
- Los temas clave de discusión se están desviando hacia las instancias ligadas a la globalización económica, como la Organización Mundial del Comercio (OMC) o la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), donde hay dos problemas fundamentales: la imposibilidad de planteamientos políticos y holísticos sobre las cuestiones y la dificultad de acceso a las negociaciones.

Todas estas dificultades pueden verse superadas con un enfoque estratégico y una mayor incidencia de organismos de coordinación, como el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, que puede jugar un papel determinante para conectar las cuestiones de derechos humanos, desarrollo sostenible, medio ambiente, o necesidades básicas. De este modo la participación específica en las deliberaciones sobre los distintos temas en distintos escenarios responderá a un objetivo común y se podrá desarrollar un proceso en que los avances en un espacio puedan trasladarse a otros y de este modo, consolidarse.

Para ello, es esencial que las organizaciones indígenas y sus representantes trabajen en la construcción de una visión estratégica común en el espacio internacional. Esto no supone renunciar a las posiciones específicas que los distintos pueblos puedan tener frente a una cuestión determinada, sino desarrollar la suficiente coordinación para poder debatir y plantear las diferencias de modo que se puedan obtener los mejores resultados en este nivel determinado para los pueblos indígenas en su conjunto.

Por otro lado, una participación plena y efectiva en el ámbito internacional solo es posible si se articula con las acciones en el nivel regional, nacional y local. Por ello, la participación internacional no debe considerarse como asistencia a reuniones desvinculadas de los procesos locales, sino como parte de un proceso local para la defensa y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas. En este sentido, las actividades de coordinación, comunicación y capacitación se convierten en factores esenciales para posibilitar una verdadera participación en el ámbito multilateral.

Medios de comunicación y empoderamiento indígena. EnREDando con las nuevas tecnologías

Joseba Arregui

«Ignacio Arregi, M.^a Teresa Orue,
Mireya eta Rikardo Arregiri»

«De que nos sirve tanta reflexión sobre estos temas si la información nunca llega a las Comunidades Indígenas. Hay que crear nuevas formas de enseñar y comunicar que lleguen a la gente y preserven su sabiduría»
Noemí Bravo, Mixe de Oaxaca

Introducción

En la última década del siglo xx, el auge de las TIC ha posibilitado la creación por parte de los PIs de un movimiento paradiplomático (Cuarto Mundo) de alcance mundial y estructura descentralizada. Además, Internet ha coadyuvado a extender la cultura y realidad de los derechos humanos y los derechos de los PIs a los cuatro vientos; coordinando, preparando y divulgando experiencias a nivel mundial en las que se han intercambiado discursos, visiones, valores, estrategias, anhelos y problemáticas, produciéndose un nivel de homogeneización y cohesión del discurso entre pueblos extremadamente dispares. Por lo tanto, cualquier tarea de seguimiento o investigación de la actividad paradiplomática indígena hace necesario un seguimiento de su presencia y desarrollo en Internet¹.

La presencia e importancia creciente de los PIs, tanto en foros institucionales como en grandes cumbres alternativas organizadas por la sociedad civil internacional, no se ha traducido en una mayor presencia en los medios de

¹ SETON, K. «Fourth World Nations in the Era of Globalisation: An Introduction to Contemporary Theorising posed by Indigenous Nations». *Fourth World Journal* , 4(1). 1999

comunicación, que siguen utilizando discursos tradicionales y estereotipos de origen colonial para tratar la problemática y realidad indígena contemporánea. Como forma de superar esta realidad, los PIs han utilizado los recursos que les brinda Internet para asegurar su presencia y ejercer su derecho a la autorrepresentación, su libertad de expresión y el derecho de autodeterminación que les asiste. Esta proyección de su naturaleza política en el ciberespacio, más allá de las fronteras y control directo de los Estados, constituye un novedoso y original ejercicio de ciberdiplomacia.

El objetivo de este artículo es reflexionar sobre las oportunidades que Internet ofrece a la hora de plantear iniciativas de comunicación descentralizadas e iniciativas de empoderamiento cultural y político capaces de superar la tradicional marginación que los PIs sufren en los grandes medios de comunicación. Si bien nuestro artículo destaca esta relación no queremos dejar de lado la relación con los medios de comunicación de masas tradicionales. Consideramos que la radio, la televisión y la prensa escrita, por su carácter mayoritario siguen siendo cruciales para educar a las sociedades envolventes en la nueva realidad indígena y facilitar el diálogo intercultural entre civilizaciones tan dispares. Así mismo, consideramos que la producción, realización y emisión de material comunicativo tiene gran potencial, tanto como apoyo a iniciativas de desarrollo como para reforzar la actividad paradiplomática indígena. Por ello, pretendemos llamar la atención sobre la necesidad de considerar el área de comunicación como parte importante del trabajo diario de las organizaciones y muy especialmente de la actividad paradiplomática realizada cuando éstas se hallan en el extranjero.

Entre la alterofilia y la alterofobia

Desde la llegada de los primeros europeos la diversidad de culturas, sociedades, ecosistemas y tradiciones políticas que encarnan los PIs han representado un problema complejo de difícil solución para la civilización europea. La imposición de un modelo hegemónico-reduccionista-asimilacionista, que convirtió a los indígenas en una clase inferior y subordinada al poder colonial primero y al de los Estados después, no ha conseguido que los PIs sean finalmente asimilados y desaparezcan. Esta relación tensa entre PIs y sociedades no-indígenas se ha movido históricamente entre la alterofilia y la alterofobia.

Las visiones estereotipadas principales sobre los PIs tienen su origen durante el periodo colonial cuando los indígenas sufrieron un doble fenómeno de imposición de la cultura foránea y de negación, supresión y marginalización-periferialización de la propia. El resultado fue su invisibilización, es decir la desaparición de los PIs de la escena pública y su conversión en

realidades ocultas (*hidden nations*), que la sociedad dominante no consideró dignas de atención o respeto².

Las oportunidades para el diálogo intercultural fueron escasas y se vieron reducidas cuando la maquinaria ideológica colonial comienza a producir una historia colonial que pretende legitimar la conquista, la necesidad y bondad del nuevo sistema, ofreciendo una imagen negativa del indígena contrapuesta al proyecto de civilización euro-cristiano.

El choque entre visiones y sobre cómo integrar al indígena en la civilización occidental dio lugar a un importante debate intelectual en el siglo XVI entre los partidarios de un trato humano a los indígenas y aquellos que negaban esa posibilidad. El debate entre Las Casas y Sepúlveda levantó pasiones y sacudió conciencias. En la visión de Sepúlveda, denominada el «indio cerdo»³ (Hanke, 1941), los indígenas son descritos como salvajes, crueles, rebeldes ingobernables, herejes y capaces de los más abyectos comportamientos que una mente civilizada pudiese imaginar. La caracterización de los indígenas como salvajes «*bichos de mato*» fue un elemento importante de la política extrema de Descubrimiento y Conquista que animaba las empresas europeas. Esta caracterización facilitaba la aplicación de las estrategias de guerra y genocidio a la hora de establecer control sobre los territorios indígenas.

Frente al modelo deshumanizador de Sepúlveda se impuso un colonialismo piadoso que lideraron Las Casas y Vitoria. La propuesta de Vitoria es la que a la larga condicionó más la postura oficial y el actual imaginario colectivo⁴. El indígena es aceptado como ser humano pero se le considera «rústico, menor y miserable». La relación que aquí se infiere es la de amo-siervo, quedando en manos del poder colonial civilizar y velar por el bienestar de los indígenas. Esta propuesta de paternalismo colonial niega la autonomía y la calidad de sujeto político de los PIs presentando a los indígenas como meros objetos pasivos que sufren la acción de actores o procesos exteriores.

En definitiva, la sociedad colonial se concedió a sí misma la centralidad y en su paradigma civilizatorio al indígena le quedó sólo ser tratado como bárbaro o como salvaje-hereje. A pesar de que surgen idealizaciones, la más famosa la propuesta por Rousseau en su visión del buen salvaje, tanto la ciencia como la literatura del siglo XVIII tienden a considerar a los indígenas como pertenecientes a los estadios más bajos de la civilización del momento

² SPICER, E. «The nations of a state» *Boundary 2*, 19(3). 1992

³ HANKE, L. *La Lucha por la Justicia en la Conquista de America*. Madrid: Ediciones Istmo. 1949.

⁴ Vitoria fue una importante fuente de inspiración para el padre de la «Indian Law» Marshall y su caracterización de los PIs como «naciones dependientes» que mantenienen una relación con el gobierno USA como la que mantiene un siervo con su señor.

y carentes del gobierno y estructuras básicas que caracterizaban a las sociedades civilizadas de la época.

Estas visiones coloniales no cambiaron mucho con la independencia de las primeras colonias americanas. Los nuevos Estados consideraron a los PIs como realidades primitivas que debían desaparecer ante el avance de los modernos Estados-nación republicanos. La convivencia en términos de igualdad entre indígenas y republicanos fue descartada por la mayoría de los padres fundadores. Los procesos de construcción de las nuevas repúblicas se realizaron mediante procesos de expansión territorial y conquista de las naciones indígenas. El caso de los EEUU, por su reflejo tanto en el cine como en la televisión, constituye sin duda el ejemplo más conocido popularmente. El periodo republicano, a la vez que asimilaba a los PIs, produjo una versión de la conquista de los PIs, que impulsó la imagen del «indígena desaparecido»⁵ (*vanishing indian*) como algo anacrónico, una rémora del pasado que estaba condenada a desaparecer ante el imparable avance de la civilización moderna que produce la «Conquista del Oeste». Así pues, en el imaginario liberal el proceso de colonización y conquista constituye una forma de superar situaciones de salvajismo, barbarie, pobreza crónica y atraso que la visión colonial/republicana achaca a los PIs. Esta visión se popularizó tanto en el sistema educativo como en los medios de comunicación, principalmente prensa escrita y folletos, y literatura de la época. Por ejemplo, el Circo de Buffalo Bill que recorrió diferentes ciudades europeas constituye un ejemplo de esta popularización del mito del «Viejo Oeste» que influyó en el imaginario popular de la época. En la primera mitad siglo XX esta popularización pasó principalmente al cine que divulgó estos mitos y estereotipos a nivel mundial convirtiéndolo en un referente de la incipiente cultura de masas mundial.

La reestructuración de la sociedad internacional tras la II Guerra Mundial y la segunda oleada de descolonización no trajeron grandes cambios para los PIs, ya que la ideología de la construcción nacional y desarrollo internacional imperante desde los 60 integra muchos de los estereotipos negativos anteriormente comentados. Por ejemplo, la teoría de Rostow sobre los estadios de desarrollo coloca a las culturas tradicionales en estadios iniciales de desarrollo y les niega valor alguno. Se retoma el mito de la conquista de las últimas fronteras (Ártico, Amazonia, Siberia etc) y se concluye que

⁵ FENIMORE COOPER, con su obra *El Último Mohicano* (1824), constituye uno de los precursores de esta visión. Tanto Uncas como Magua se corresponden con los estereotipos del indio cerdo y buen indígena comentados. Sin embargo, la idea del ocaso de los pueblos indígenas frente al avance de los colonos constituye una de las ideas centrales de este libro y el protagonista continua siendo un hombre blanco atrapado entre dos mundos: el viejo mundo de los pobladores nativos y el nuevo mundo que representa los colonos y la siempre expansiva sociedad moderna.

sólo la desaparición y asimilación de los PIs en la modernidad garantizan su «desarrollo». La lucha contra la pobreza se convirtió así en lucha contra los PIs en la medida en la que los Estados y agentes internacionales impulsaban estrategias de «invasión mediante desarrollo y transmigración». Aparece el indígena miserable, indigente y dependiente de las redes de bienestar social estatales e internacionales (*welfare colonialism*). Al haber integrado los viejos estereotipos en complejos planes de ingeniería social, esta ideología y praxis del desarrollo ha colocado a los PIs en una situación de crisis sin parangón y amenazado su supervivencia como realidades contemporáneas autónomas y singulares.

Cuando hablamos de indígenas se nos hace difícil liberarnos de las imágenes y estereotipos creados por las diferentes olas de colonización que han descrito al indígena como un ser bárbaro, periférico, salvaje, primitivo, pre-moderno y anacrónico con una cultura tradicional, local y estática, incapaz de integrarse y convivir con la civilización moderna. Debido a ello, los indígenas aparecen en nuestro imaginario colectivo como la antítesis de la modernidad, como obstáculos al desarrollo que pertenecen al pasado, a un mundo superado, y en la medida en que se integran en nuestro mundo tendemos a incluirlos en categorías modernas tales como campesinos o trabajadores. Este es el discurso del «indígena desaparecido» (*vanishing indian*) que ha cultivado históricamente la ideología y sociedad dominante.

Durante todo este tiempo los medios de comunicación han reproducido, reforzado, apoyado y popularizado las visiones negativas y estereotipadas que las sociedades mayoritarias han tenido sobre los PIs. La influencia de los medios de comunicación de masas ha recreado, mantenido y reforzados los mitos y discursos colonizadores favoreciendo su adopción como parte de la cultura popular, a través, sobre todo, del cine, radio y televisión. El resultado, tal y como señalan, *afecta a todas las capas sociales que conforman la sociedad dominante ya que* la permanente difusión social de un imaginario descalificador del «diferente», impregna a todos los sectores de las sociedades nacionales: los indígenas no sólo son discriminados por los grupos más beneficiados, lo cual podría atribuirse a una herencia ideológica colonial, sino, también, por los miembros no-indígenas de su propio sector social. Ya sea porque el ciudadano pobre no-indígena encuentra y prefiere encontrar su identificación cultural en el comportamiento de los estratos hegemónicos y privilegiados, o bien porque el desprecio por el «otro» descalificado, convierte tal ejercicio en el reaseguro de la existencia de un grupo «inferior» en la escala social, que le permite obtener beneficios secundarios en posibles alianzas políticas y oportunidades de acceso a mayor participación social».

Más recientemente, el creciente protagonismo político indígena y su movilización en contra de numerosas situaciones de injusticia (Chiapas, Bolivia, Ecuador, Chile) han recibido un tratamiento negativo que ha vuelto a utilizar

la imagen estereotipada del indígena como levantisco y enemigo del desarrollo. P.e, los Mapuches denuncian que se les haya tildado de «terroristas» por oponerse a los proyectos de desarrollismo que amenazaban con ocupar sus territorios. Los indígenas aparecen por tanto relacionados con otras noticias que captan la atención de los medios y desde una óptica negativa en la que el esfuerzo mediático por explicar y contextualizar estas realidades es muy escaso y se manejan estereotipos e imágenes populistas.

Tal y como nos recuerda Maybury-Lewis⁶ la imagen del indígena anacrónico y antimoderno sirve a los intereses de todos aquellos que se benefician del abandono y posterior ocupación de los territorios indígenas o aquellos que desearían que los PIs desaparezcan y dejen de reclamar la creación de estados multiculturales.

En la última década, junto a la imagen del indígena indigente/miserable o el indígena levantisco, aparecen nuevos estereotipos relacionados en cierta manera con la crítica postmodernista y el avance del Desarrollo Sostenible como paradigma alternativo. Se populariza la imagen del indígena exótico y se desarrolla un interés en aquellas culturas y costumbres que más chocan con nuestro mundo desarrollado. Hay un interés por las comunidades no contactadas y por los pueblos que mantienen su carácter genuino. Este nuevo interés por los indígenas puros, incorruptos aparece también en las publicaciones, programas e incluso catálogos turísticos especializados en turismo ecológico, cultural y de aventura. Lo culturalmente genuino y el paisaje virgen que contrasta con el mundo urbano se encarnan en el indígena.

La combinación entre exotismo y resistencia ante los proyectos de desarrollo internacional constituye una combinación muy atractiva para mucha gente del Primer Mundo. Esta imagen romántica es constantemente repetida en los medios de comunicación que tienden a presentar la problemática indígena como una lucha agónica y desigual entre David y Goliat. Últimos testimonios de un mundo condenado a desaparecer ante el empuje de la globalización depredadora.

Junto al indígena exótico aparece también el «indígena ecológico»: el indígena pasa a encarnar el ideal de «homo ecologicus», en equilibrio constante con el medio ambiente, al que aspira el Desarrollo Sostenible. Muchos grupos ecologistas y movimientos alternativos, sobre todo después del levantamiento zapatista, encuentran inspiración en los PIs. La carta del Chief Seattle o la leyenda de los Guerreros del Arco Iris, que se cita como inspiradora del nacimiento de Green Peace, son ejemplos de esta idealización y utilización instrumental de los PIs, sus visiones y sus culturas por parte de movimientos ecologistas y de «Nueva Era».

⁶ MAYBURY-LEWIS, D. «The Internet and Indigenous Groups». *Cultural Survival Quarterly*, 21(4). 1998

Por último, ligado a la popularización del movimiento «Nueva Era» se produce el «indígena mágico». Se ve al indígena no modernizado como poseedor de secretos, conocimientos, experiencias y vivencias propias de las sociedades no industriales que la sociedad industrial y postindustrial ha olvidado o erradicado. Los libros de Castañeda, el interés por los chamanes y las religiones animistas, el consumo de drogas como el peyote y la ayahuasca han inspirado este interés creciente por las culturas indígenas y sus religiones. Se percibe una sabiduría, un vínculo, un equilibrio con el mundo natural y espiritual del que los occidentales carecemos.

EnREDados: indígenas a un clic de distancia

Los PIs han permanecido al margen de los beneficios y han sufrido las peores consecuencias de las grandes revoluciones políticas, culturales y tecnológicas que han marcado nuestra historia reciente. La brecha tecnológica históricamente ha condicionado negativamente la relación que los occidentales hemos tenido con los PIs y la imagen que de ellos tenemos. En el siglo XXI invertir esta tendencia y presentar la realidad indígena de forma que las sociedades occidentales tecnológicamente orientadas puedan reconocerla y tratarla de forma respetuosa constituye una cuestión fundamental. Lo es más en la actual Sociedad del Conocimiento que basa su desarrollo en el conocimiento, la información y la comunicación como ejes principales de futuro desarrollo.

Si bien el paradigma dominante tiende a representar a las culturas indígenas como atrasadas tecnológicamente, la realidad es que desde los primeros contactos los PIs han adaptado la tecnología occidental a sus necesidades. Es en esta tradición de desarrollo tecnológico por contacto que debemos encontrar el precedente de Internet como herramienta de empoderamiento y supervivencia étnica.

Desde el inicio del contacto interétnico, los indígenas fueron desarrollando nuevas estrategias de supervivencia entre las cuales, y dependiendo del grado de vitalidad de la cultura originaria, se cuentan las tendientes a la apropiación y resignificación de aquellos bienes culturales producidos por la sociedad hegemónica que puedan favorecer los procesos organizativos de sus pueblos. Existen numerosos ejemplos históricos, como la apropiación del caballo o de las tácticas militares del colonizador, así como procesos actualmente en curso que articulan aspectos centrales de su cosmovisión con conocimientos provenientes de la sociedad global. Tal es el caso de la complementación del sistema andino de salud con las propuestas de la medicina occidental o la adopción de las nuevas tecnologías productivas junto con la revalorización de los principios agroecológicos de los pueblos americanos.

Estas prácticas, que vinculan y entrecruzan mundos distintos y concepciones a menudo opuestas, constituyen innegables fortalezas interculturales de los indígenas que facilitan su interacción con el nuevo paradigma informático⁷.

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) ha supuesto una auténtica revolución a nivel mundial y ha abierto una ventana de oportunidad a los PIs, que gracias a la Red pueden contar con un medio alternativo para romper la gruesa capa de silencio, ocultamiento y de invisibilidad a la que han sido sometidos por las sociedades dominantes. A pesar de la existencia de una preocupante brecha digital⁸ relacionada con la situación de miseria y analfabetismo que sufren los PIs, afortunadamente, la revolución digital contiene territorios, rostros y protagonistas indígenas. Internet, a pesar de los riesgos que implica, se presenta como una poderosa herramienta que ayuda a los PIs en su lucha constante por mantener su cultura y mejorar los términos que gobiernan sus relaciones con otras naciones⁹. Lejos de constituirse únicamente en una tecnología de homogenización cultural la experiencia indígena en la Red demuestra que Internet es una importante herramienta de resistencia cultural y apoyo al ejercicio de la autodeterminación indígena. Además, tal y como señalan Crawford & Bray-Crawford el acceso a las TIC proporciona y acrecienta las oportunidades de participar en el proceso de autodeterminación y aumenta las posibilidades de lograr avances en materia política, económica, social, educativa y cultural en el siglo XXI.

Es por esto que podemos hablar de Internet como herramienta de empoderamiento de los PIs, que ha permitido mantener una voz y una presencia diferenciada, definir su interés y cuestionar las decisiones de los gobiernos y otros actores internacionales que afectan a sus vidas. También proporciona a los PIs y otras minorías culturales un medio asequible con el que dirigir sus mensajes a una audiencia mayoritaria. Esta apropiación de Internet se origina en la necesidad que tienen los PIs de transmitir al mundo una perspectiva indígena sobre su historia, sus realidades, sus culturas, los hechos que les afectan y las contribuciones que realizan al mantenimiento de la diversidad cultural y biológica del planeta. Además, el desarrollo de Internet ha posibilitado una comunicación directa, más barata y de alcance mundial. En gran medida es el matrimonio perfecto entre la necesidad de los PIs de comunicar y el uso de

⁷ HERNANDEZ & CALCAGNO, *Op. Cit.*

⁸ El acceso a las TIC se concentra principalmente en los países del Primer Mundo y en las élites del Tercero. Los sectores marginados de las ciudades y zonas rurales quedan al margen de estas tecnologías que constituyen una de las columnas vertebrales del desarrollo político, cultural, económico y social del siglo XXI. El no acceso a estas tecnologías es concebido como un factor de riesgo que aumenta la distancia entre ricos y pobres, generando así un nuevo factor de subdesarrollo.

⁹ MAYBURY-LEWIS, *Op. Cit.*

una tecnología que vehicula un contenido política y culturalmente relevante para ellos.

La presencia en Internet¹⁰, desarrollada durante la última década, ha concedido una presencia continua, que supera las apariciones puntuales de los PIs en los foros internacionales y en programas de noticias y especializados de las cadenas internacionales por satélite. Es más, el uso de las TIC y especialmente de Internet son características del movimiento indígena internacional conocido como Cuarto Mundo¹¹. va más allá y afirma que la mayoría de la información publicada por los PIs es digital y que no resulta tan fácil conseguirla en las bibliotecas. Crawford & Bray-Crawford ahondan en esta presencia y consideran que se trata de una actividad paradiplomática en toda regla que denominan «ciberdiplomacia».

One criterion for independence, for being a sovereign country, is having a territory. In cyberspace, the parallel could be drawn of a virtual territory, the presence on the WWW, the Home Page being the capital and all the related documents being the territory. A number of recognized countries have such a territory in cyberspace, and increasingly unrecognized nations are mapping out their own cyber-territories.

Another criterion for independence is international relations, and the parallel here would be international relations. Many peoples and nations with limited ability to travel and conduct diplomatic affairs may utilize the electronic ability to initiate and/or develop relations with other governments, both recognized and unrecognized.

La ciberdiplomacia ha concedido presencia real y ha ofrecido una importante herramienta para homogeneizar visiones y discursos, coordinar estrategias políticas, dar a conocer problemáticas, intercambiar experiencias y crear una alianza de amplia base y ámbito mundial a favor de los PIs. Sin reparar en la ciberdiplomacia nos resultaría difícil explicar el éxito y la creciente presencia y protagonismo del que disfrutaban los PIs¹². Esta modalidad de actividad paradiplomática lejos de reemplazar modelos más tradicionales de diplomacia los complementa. Gracias a Red, los PIs han podido desarrollar posiciones comunes en numerosas cumbres, seminarios y encuentros internacionales y desarrollar la capacidad de crear redes y alianzas con otros PIs con los que comparten objetivos políticos, económicos y sociales. Así mismo, las organizaciones locales o regionales han podido seguir desde casa

¹⁰ Los números especiales de *Cultural Survival Quarterly* (1998) *The Internet and Indigenous Groups* CSQ 21(4); (1998) *Focus: Aboriginal Media, Aboriginal Control* (1998) CSQ 22 (2).

¹¹ SHETON, *Op. Cit.*

¹² Sin duda alguna el caso más popular y estudiado de ciberdiplomacia, uso de Internet y presencia indígena en clave moderna y positiva ha sido encarnado por el movimiento zapatista.

los distintos procesos y debates que afectan a indígenas de todo el mundo. Una simple conexión telefónica posibilita el contacto con organizaciones internacionales e indígenas que trabajan en apoyo a los PIs y el desarrollo de líneas específicas de trabajo. Los indígenas del Primer Mundo son quienes abanderan esta presencia indígena en el ciberespacio, pero, poco a poco, indígenas de otros continentes se han unido a este esfuerzo.

Una muestra de esta creciente presencia indígena lo constituyen la existencia de numerosos portales y páginas web indígenas o pertenecientes a organizaciones internacionales y ONGs que se han especializado en temática indígena. Entre las páginas indígenas destacar NATIVWEB como portal de referencia. Junto a la mencionada cabe destacar las páginas pertenecientes a CWIS, IITC que ofrecen numerosos documentos de interés especializados en temática internacional. Entre los pertenecientes a las ONGs destacar IW-GIA, SURVIVAL INTERNATIONAL, CULTURAL SURVIVAL, DOCIP que ofrecen interesantes documentos necesarios para el seguimiento de la actualidad indígena y de su presencia paradiplomática. Por último señalar la existencia de importantes recursos pertenecientes a la ONU y accesibles en la red.

Gran parte de las páginas Web existentes han sido establecidas y siguen funcionando gracias a la cooperación con ONGs e instituciones académicas que ofertan información de alta calidad sobre políticas nacionales y marcos legales, herramientas en Derechos Humanos y los últimos avances producidos dentro del sistema ONU que resultan de interés para los PIs.

Entre los ejemplos de uso de Internet para garantizar la presencia y desarrollo político indígena destaca el ejemplo de Nunavut. Antes de constituirse como gobierno autónomo, los documentos de discusión más importantes estaban a disposición pública en la Red y su página web sirvió como herramienta para presentar y reforzar su presencia dentro de la sociedad política y cultural canadiense y mundial¹³. La presencia virtual en este caso fue anterior a la existencia real de un gobierno autónomo en lo que constituye un interesante ejemplo de descentralización y participación mediante el uso de Internet. Otro caso paradigmático lo constituye la experiencia del Tíbet y su gobierno en el exilio que ha desarrollado una importante presencia en la red como forma de cohesionar a las diferentes poblaciones alejadas geográficamente y coordinar las iniciativas de apoyo desarrolladas a escala mundial.

En definitiva, la ciberdiplomacia tiene como objetivo remarcar la existencia de los PIs como actores políticos modernos, autónomos y singulares y trata de educar a la sociedad no indígena (a la opinión pública en general

¹³ ZELLEN, B. «Surf's Up: NWT's Indigenous Communities Await a Tidal Wave of Electronic Information» *Cultural Survival Quarterly*, 21(4). 1998

y a las fuerzas políticas y sociales, en particular) sobre la realidad actual que sufren, especialmente en forma de violaciones de los derechos humanos, y las iniciativas y alternativas que protagonizan. El fin último es crear amplias alianzas y movilizar a favor de un diálogo intercultural y un nuevo orden mundial, basado en la libre determinación, capaz de integrar la diversidad cultural y política que representan los PIs.

La creación en 2003 del Foro Global de los Pueblos Indígenas la Sociedad de la Información, que se realizó paralelamente a la celebración de la primera fase de la Cumbre sobre la Sociedad de la Información de Ottawa (Canadá) en (2003), hizo posible la inclusión de reivindicaciones indígenas en el Plan de Acción. La segunda fase que se celebró en noviembre de 2005 en Túnez también contó con presencia indígena para asegurar que el acceso y el respeto a las culturas indígenas están presentes en las estrategias diseñadas para combatir la brecha digital. Esta presencia indígena surge de la conciencia de que Internet es una tecnología capaz de establecer comunicaciones a nivel global que superan las fronteras de los estados tradicionales y tienen un impacto importante tanto en la forma en la que se hace política en el siglo XXI así como en las actitudes privadas y comportamientos de la ciudadanía, especialmente jóvenes y niños que pueden resultar más influenciados.

Por otro lado, las TIC desempeñan un papel importante a la hora de crear las condiciones que garanticen la participación indígena y la descentralización tanto en la acción política, como en el desarrollo económico y social de sus comunidades en el siglo XXI. La experiencia de los Navajos¹⁴ resulta francamente relevante en este aspecto y muestra el camino a seguir.

Una herramienta para el desarrollo y la pervivencia cultural en el siglo XXI.

Históricamente los medios de comunicación han actuado como herramientas de asimilación y homogeneización cultural al servicio del estado moderno. Internet es una tecnología que encierra enormes riesgos pero que, a la vez, ofrece enormes ventajas y que ya está siendo apropiada y adaptada a las realidades y necesidades de los PIs.

El desarrollo de Internet ha permitido romper este círculo que durante décadas ha mantenido a los indígenas marginados y en silencio, y ha permitido el desarrollo de un modelo de comunicación alternativa que ofrece múltiples ventajas cuando lo comparamos con los medios tradicionales. Además, la presencia en Internet pretende asegurar la presencia y pervivencia cultural de los PIs tan necesaria para las culturas minorizadas y reforzar su vínculo

¹⁴ TIDWELL, T. «Sovereignty Unplugged: Wireless Technology and Self-Governance in the Navajo Nation?» *Cultural Survival Quarterly*, 29(2). 2005

comunitario, su identidad cultural, su autoestima y orgullo tanto a nivel personal como colectivo. Internet ofrece la posibilidad de trabajar una línea de reforzamiento comunitario a nivel local entre comunidades geográficamente aisladas y simultáneamente, garantizar una proyección y el desarrollo de un vínculo de carácter global con otros PIs y colectivos lejanos. Está adaptación a la dimensión «glocal» y a la tecnología de los ordenadores tanto para responder a las necesidades locales como para posibilitar alianzas globales coadyuva en la redefinición de las identidades culturales y nacionales de los distintos PIs.

Los grandes medios están controlados por las grandes elites nacionales e internacionales y la presencia indígena en clave positiva puede considerarse todavía residual. El desarrollo de medios de comunicación tradicionales resulta demasiado caro y su emisión demasiado limitada. Es por ello que Internet constituye una alternativa ideal que permite una comunicación más barata y de difusión mundial para culturas que sufren de aislamiento geográfico, económico, político, cultural y social. Además, permite a los PIs presentar su cultura, realidad, anhelos y reivindicaciones con su propia voz y eliminar una intermediación que tradicionalmente se ha mostrado demasiado parcial y lesiva. Por otro lado permite a los PIs ofrecer una visión de sí mismos, su cultura y su historia que difícilmente encontraremos en los libros de texto educativos o en los grandes medios de comunicación. Internet también ofrece a los indígenas la posibilidad de actualizar contenidos de forma fácil, inmediata, barata y directa, respondiendo de esa forma a los contenidos racistas, representaciones negativas o simples malentendidos presentes en los medios y popularizados entre las sociedades mayoritarias.

Otra de las ventajas de Internet es su dimensión multimedia que resulta de gran utilidad para las culturas indígenas de profunda tradición oral y altos niveles de analfabetismo. La posibilidad de combinar audio, video, información visual y texto permite una mejor adaptación a culturas donde las ceremonias y los relatos orales son tan importantes en los procesos de transmisión de conocimiento. La videoconferencia es otra aplicación que goza de gran popularidad entre los PIs que tiene acceso a ella y que ya se han familiarizado con el uso de teléfonos móviles. Además la posibilidad de utilizar diferentes idiomas permite combinar el ámbito local y el global y exponer, por primera vez en la historia, los idiomas y tradiciones culturales a audiencias geográfica y culturalmente muy distantes. Un buen ejemplo de esta ingeniosa combinación de formatos que ilustra el potencial concientizador, educativo y comunicativo de la Red lo constituye AIROS o DIÁLOGO ENTRE LAS NACIONES. Se trata de un portal indígena que permite el acceso principalmente, a radio en Internet y una gran variedad de documentos sonoros que abarcan distintos temas relacionados con la historia y realidad actual de los PIs. Se trata de un formato tradicional adaptado y testigo de la realidad indígena que emite y

hace accesibles sus contenidos a escala global. Junto a la dimensión multimedia resalta lo atractivo de la interactividad muy importante para culturas donde la interacción social y el trabajo en grupo son tan importantes. Junto a este ejemplo, debemos citar otras experiencias interesantes de radio por Internet es son el «Indigenous Media Network», que cuenta con la colaboración de Maories (Nueva Zelanda), Quechuas (Perú), Sherpas (Nepal), Navajos (USA), Mohawks (Canada), Massais (Kenia) y Saamis (Noruega) y constituye una interesante experiencia de intercambio de información, experiencia y utilización de Internet para el reforzamiento de la identidad pan-indígena entre PIs diversos y muy alejados geográficamente.

En definitiva el uso de Internet por parte de los PIs ha permitido mostrar un visión compleja de sus propias culturas, su historia, la riqueza de sus ecosistemas y los esfuerzos que los indígenas diariamente realizan para responder a los múltiples desafíos con los que se enfrentan¹⁵. Las páginas Web indígenas tienden a difundir aspectos históricos, sociales, políticos, lingüísticos, ecológicos, etno-conocimientos y técnicas, legislación, denuncias de acciones que atentan contra territorios, organizaciones, personas, derechos humanos y culturales, globalización, economía, política indígena, relaciones con la sociedad nacional y las empresas transnacionales, cosmovisión, historia, arte, difusión de las lenguas nativas a través de cursos, diccionarios, gramáticas, etc.

Sin duda alguna una de las áreas que mejor y más intensamente trabajan los PIs en Internet está relacionada con la conservación del medio ambiente y el Desarrollo Sostenible. Son muchos los documentos e iniciativas internacionales que han reconocido el papel fundamental que los PIs desempeñan a la hora de garantizar el mantenimiento y supervivencia de los ecosistemas en los que viven. Este reconocimiento constituye uno de los ejes centrales de la presencia indígena en Internet y se encuentra en el centro de la agenda política pan-indígena. Esta área de educación ambiental permite a los PIs dar una imagen moderna, contemporánea y positiva de si mismos y mostrar la contribución que realizan al bienestar mundial. Así mismo permite presentar su historia, conocimiento tradicional, cosmovisión etc. De una forma más interesante y relacionado con una temática que la población no indígena considera relevante y que permite presentar las reivindicaciones y derechos indígenas de forma menos conflictiva.

Lenguas vivas en el territorio digital

La experiencia protagonizada por los indígenas hawaianos ilustra positivamente el potencial que tienen los TIC para la preservación y revitalización

¹⁵ DELGADO, G. «The Internet and Indigenous Texts» *Cultural Survival Quarterly*, 21(4). 1998

de lenguas indígenas en situación agónica. Warschauer (1998) describe la idoneidad de las TIC para grabar, digitalizar y diseñar material educativo que ha permitido el resurgimiento del idioma hawaiano. La experiencia hawaiana muestra como Internet ha sido utilizada y adaptada para integrar y reforzar las estructuras sociales y culturales tradicionales de este pueblo indígena. Por otro lado este contacto con las TIC ha permitido a los PIs resolver problemas de índole tecnológica y adaptar distintos programas informáticos a sus realidades culturales, haciendo posible el matrimonio entre modernidad y tradición. La traducción del software a distintos idiomas indígenas constituye un buen ejemplo de exitosa combinación que facilita el empoderamiento cultural indígena. Además, gracias a Internet cualquier persona del mundo puede ahora acceder y escuchar lenguas que le han resultado desconocidas hasta ahora y que la mayoría consideraba al borde de la desaparición.

Ciberexposiciones y Comercio Electrónico

Junto con estos usos de Internet debemos destacar el florecimiento de cibermuseos o muestras de arte indígena, tanto de carácter comercial como no comercial, que ofertan la posibilidad al público de apreciar artefactos culturales que van desde la artesanía a la música indígena. Esto demuestra que las nuevas tecnologías han empezado a ser empleadas por parte de las poblaciones indígenas para ofrecer sus productos en todo el mundo. De esta forma Internet permite a estas poblaciones tratar directamente con los consumidores, lo que le supone mayores ingresos en la medida que desaparece el papel de los intermediarios. A la vez, estas poblaciones adquieren un mayor conocimiento de las preferencias de los consumidores y, en función de ellas, pueden seguir una determinada estrategia productiva. Aún así, la presencia de estas formas de arte tradicional digitalizadas plantean importantes cuestiones sobre la forma en (la) que las culturas indígenas y no indígenas conciben los derechos de propiedad intelectual y el grado de control que pueden ejercer los PIs sobre estos materiales una vez se hayan digitalizado. También se plantean cuestiones relacionadas con la calidad y veracidad de la información publicada y el peligro de su comercialización por actores privados que actúan en la Red.

Educación a distancia y telemedicina

Otra dimensión de Internet vital para la supervivencia cultural está relacionada con el desarrollo de la teleeducación. Mediante la aplicación de las TIC las poblaciones indígenas cuentan con nuevas oportunidades para

mejorar su educación y elevar las bajas tasas de analfabetismo de sus comunidades. Internet les permite acceder a fuentes de conocimiento que, de otro modo, ya sea por la distancia geográfica o por los obstáculos económicos, sería imposible disfrutar. En cuanto al ámbito médico-sanitario, existen diversas experiencias, basadas en la telemedicina, destinadas a ofrecer atención sanitaria a la población indígena. Éstas son muy importantes si tenemos en cuenta que en las regiones indígenas más inaccesibles, la atención médica es extremadamente difícil debido a los problemas de penetración en el territorio. De esta forma la telemedicina puede llegar a convertirse en la única alternativa para salvar la vida de los colectivos que viven en zonas geográficas aisladas.

Tanto en teleeducación como en telemedicina las posibilidades de combinar la tecnología y ciencia moderna y el conocimiento tradicional y las formas de reproducirlo nos ofrecen una nueva dimensión en la que la combinación de tradición y modernidad parece posible.

Medios de comunicación. Un área prioritaria

Si bien la experiencia indígena de uso de Internet resulta apasionante no podemos olvidar que esta creciente presencia en Internet fluye paralela a una escasa participación en los medios de comunicación de masas tradicionales. Internet es una herramienta para llegar a colectivos concretos y públicos más segmentados, pero los medios tradicionales siguen siendo fundamentales a la hora de promover los derechos indígenas y concienciar a las sociedades mayoritarias sobre los temas que componen la agenda indígena. Tal y como hemos mencionado anteriormente el creciente desarrollo de la televisión digital y por satélite y la emisión de canales temáticos brinda nuevas oportunidades. Los indígenas, en una versión contemporánea del «buen salvaje», comienzan a recibir atención por parte algunos medios de comunicación internacional como la CNN, NATURA y la BBC y los canales temáticos especializados en ecología, viajes y culturas. Muchos de estos programas inciden en aspectos exóticos, la destrucción de sus ecosistemas, sus difíciles condiciones de vida y la lucha agónica de culturas en crisis profunda y en trance de desaparición.

Junto a esta presencia testimonial en los medios de comunicación existe una interesante experiencia de desarrollo de radios locales, videos y películas indígenas que no terminan de encontrar su reflejo en los medios mayoritarios. Esto es especialmente preocupante en aquellos países que han dado pasos en el reconocimiento de su naturaleza multicultural y que han reconocido la necesidad de cambiar políticas y terminar con situaciones de discriminación hacia los PIs. Sin embargo, la realidad muestra una escasa

presencia en los medios públicos lo cual convierte a esta situación en todavía más preocupante.

Sin embargo, estas islas de presencia no rompen el mar de silencio que oculta y desfigura una realidad indígena que sigue protagonizada por viejos estereotipos y lecturas negativas que dominan el paisaje mediático. Es por ello que se hace necesaria una estrategia de comunicación capaz de reforzar la presencia en Internet y garantizar la cobertura de los grandes medios. Esta estrategia de comunicación debe ser priorizada dentro de las tareas propias de la actividad política y paradiplomática. La experiencia demuestra que las visitas al extranjero plantean oportunidades comunicativas insospechadas a las representaciones indígenas, que pueden recibir una atención a sus reivindicaciones mayor que la recibida en sus propios países. Este contacto puntual si es trabajado y contemplado dentro de una estrategia más amplia puede abrir importantes vías de colaboración con los medios de comunicación y crear sinergias con el trabajo realizado en Internet.

Algunos puntos que sugerimos debe contemplar esta estrategia indígena son: Posibilitar la auto-representación indígena y comunicar la realidad indígena mostrando su visión del mundo y sus vivencias; promover una relación de respeto entre iguales; educar y sensibilizar en la interculturalidad; mostrar la realidad desde la visión del protagonista indígena; ser una propuesta alternativa a los grandes medios; mostrar la experiencia de resistencia a la imposición cultural y la rica labor y el potencial de la contribución indígena al mantenimiento de la diversidad cultural y biológica del planeta; informar, formar y entretener creando empatía hacia los indígenas; crear interés en los Pueblos Indígenas y sus reivindicaciones. Fomentar un compromiso en forma de participación en actividades de apoyo: lobby político y otras.

Uno de nuestros objetivos principales será establecer una buena relación con los medios que nos identifiquen como proveedores fiables de información de calidad y rigurosidad. Esta oferta de calidad, que facilitará su trabajo, se convertirá en una baza importante en apoyo de la causa indígena.

Conclusiones

La imagen tradicional del indio primitivo y premoderno, con un modo de vida triste y miserable no se corresponde con la realidad posmoderna del ciberdiplomático indígena, que es capaz de presentar su realidad nacional y defender sus intereses tanto en el ciberespacio como en complejos foros internacionales. En este sentido, los indígenas constituyen un ejemplo de culturas tradicionales pioneras en la apropiación de las TIC y han protagonizado un salto tecnológico que rompe los modelos lineales, inspirados por Rostow, de claro tinte colonialista. En menos de una década, los PIs han pasado de

ser calificados como premodernos a postmodernos; del «vanishing Indian» al indígena virtual enREDado en política internacional. En definitiva, los PIs se han constituido en sujetos políticos y de comunicación capaces de construir y difundir mensajes propios que tienen su origen en la cosmovisión y realidad indígena.

Esta relación entre PIs e Internet supone una nueva área de desarrollo teórico-práctico llena de importantes desafíos y oportunidades que nos plantean cuestiones sobre iniciativas de ciberdiplomacia que posibilitan la presencia de nacionales sin estado y culturas minorizadas en la red.

Internet se ha convertido en una importante herramienta de concientización a favor de culturas minorizadas en estado agónico, lenguas en trance de desaparición, ecosistemas en crisis etc. Sin embargo, es necesario que los PIs sean perfectamente conscientes de la necesidad de delimitar y controlar qué contenidos deben formar parte de las webs, ser cuidadosos con qué aspectos de su cultura se mantienen en secreto. En una época en la que los derechos de propiedad intelectual se han convertido en herramienta de apropiación de la cultura indígena esta cuestión tiene carácter vital y la exposición en Internet puede convertir cualquier contenido en público y facilitar su apropiación.

La existencia de un importante esfuerzo paradiplomático y una mayor presencia e información sobre los PIs en Internet no supone una mayor participación a nivel local. Gran parte del esfuerzo paradiplomático liderado por los PIs y sus aliados está dirigido a la reformulación de políticas al más alto nivel de toma de decisiones (ONU, Banco Mundial, OMC) y no redundan directamente en una mejora directa de la calidad de vida. Es en este nivel de comunicación e intercambio de experiencias entre los propios indígenas, especialmente a nivel local y regional, donde reside el gran desafío futuro del Internet indígena. El acceso a Internet y el desarrollo de herramientas que responden y cohesionen a los PIs a nivel local, estatal y regional es el gran reto si queremos combatir la brecha digital, política, económica, social y cultural que sufren los PIs. Se trata de ir más allá de la mera reacción a la información negativa y desarrollar herramientas y aplicaciones en áreas tales como la educación intercultural, el cuidado del medioambiente, la telemedicina etc. centrada en la solución de problemas más concretos y cercanos a la realidad local. Este desarrollo en Internet puede completar las iniciativas ya realizadas por comunicadores indígenas y los documentos producidos en formatos audio, video o film.

Sin embargo, no debemos olvidar que Internet es un medio complementario y que en modo alguno sustituye a los medios de comunicación tradicionales mayoritarios. Es necesario diseñar una estrategia amplia de comunicación que tome en cuenta la diversidad de puntos mencionados en este artículo y garantice una presencia y voz indígena. Además existe una importante red de radios locales, videos y films indígenas que no encuentran salida en los

grandes medios. Aunque el desarrollo de la próxima generación de Internet y la ampliación de la banda ancha hace posible la difusión de videos en la Red, a corto plazo y teniendo en cuenta el nivel de penetración real de Internet, el esfuerzo renovado por estar presente en los medios tradicionales debe ser contemplado como un área vital de la defensa y promoción de los derechos indígenas y de su agenda política. El esfuerzo coordinado entre PIs, organizaciones indígenas, ONGs de apoyo e instituciones académicas debe intensificar su esfuerzo y formar un número mayor de comunicadores indígenas capaces de realizar su tarea en el siglo XXI.

Los medios de comunicación indígenas al servicio de los derechos humanos y colectivos —el caso de Ecuador—

Mónica Chuji

1. Introducción

Los escasos medios de comunicación que han sido implementados, o apropiados, por las organizaciones indígenas han jugado un papel fundamental en la promoción y defensa de los derechos humanos, en el fortalecimiento de la identidad cultural, en la educación bilingüe, en la interculturalidad, así como en la movilización social.

El presente texto narra y hace lectura de cómo los medios, en general, fueron usados como instrumento de aculturización, así como del proceso de apropiación de los medios de comunicación, especialmente la radio, por parte de las organizaciones indígenas. Para el efecto se trabaja desde dos líneas: por un lado se define la comunicación desde la visión indígena y cómo ésta ha servido para garantizar la permanencia de la cultura a lo largo del tiempo y se contrasta con la comunicación occidental en sus formas distintas de concebir y ejercer la comunicación; por otro lado se realiza un recuento histórico del proceso de influencia de las iglesias en las comunidades indígenas para evangelizar usando los medios de comunicación como estrategias de sometimiento; en este punto también se analiza el proceso de cómo paulatinamente estos medios, que fueron usados para su adoctrinamiento, se fueron convirtiendo en medios de fortalecimiento de la identidad, de la educación, así como de la organización, consolidando paulatinamente un movimiento político.

El texto se basa, particularmente, en las experiencias de las organizaciones en el uso y manejo de los diferentes medios de comunicación, radio, periódico, video y correo electrónico. Por tanto se describen los procesos de las radios pioneras en el Ecuador, así como de otras experiencias en el ámbito comunicativo.

2. Comunicación indígena

Hablar de comunicación es hablar de culturas y si hablamos de culturas es hablar de diferencias de relaciones, de percepciones y del habla. No se puede comprender la comunicación sin comprender los procesos históricos, sociales, económicos, políticos y culturales, toda vez que este componente atraviesa toda relación y construcción social. En esta diversidad cultural se inscriben los pueblos y nacionalidades indígenas como sociedades diversas.

Para los pueblos indígenas la comunicación ha constituido, y constituye, una parte esencial en el proceso de formación de la cultura. Del conjunto de formas de comunicación creadas desde los pueblos indígenas, el habla ha sido la más importante y a partir de aquello se ha configurando otras formas de comunicación, como son los dibujos, las cerámicas, tejidos¹.

La comunicación desde la cosmovisión y cultura de los pueblos indígenas, tiene una estrecha relación con su entorno, es decir, se entiende la comunicación en una relación constante con la *Pacha Mama* o *Allpa Mama*; esta relación se da a través de los rituales para la cosecha y la siembra —con las concentraciones comunitarias, por el uso de los instrumentos propio de alertas y llamados como es el *churu* (concha), las piedra, rondador, pingullo y otros instrumentos².

Aparte de ese relación intrínseca con su entorno, la comunicación en el mundo indígena se la concibe como ese espacio vivo de secuencias que se concretan en la transmisión, intercambio, re-generación de conocimientos ancestrales y actuales, como una «herencia oral» viva de la sabiduría acumulada de los antepasados «La comunicación es una práctica social cotidiana y milenaria de los pueblos indígenas que es fundamental para la convivencia armónica entre los seres humanos y la naturaleza...la comunicación tiene como fundamento la ética y una espiritualidad en el que los contenidos, los sentimientos y los valores son esenciales...»³. Este detalle del sentido y concepción de la comunicación es lo que le distingue, según Bélgica Chela, la comunicación indígena de la comunicación moderna occidental. Entonces, por un lado los pueblos indígenas viven la comunicación como un hecho cotidiano de seres humanos mientras la sociedad moderna no puede entender la comunicación fuera de los medios. Este contraste se la entiende principalmente en la época moderna,

¹ KOWIL, ARIRUMA, y FLORES, GERMÁN, «Comunicación, Interculturalidad y Racismo», en *Comunicación en el tercer milenio*, Abya Yala, Quito, 2001.

² CHELA, Bélgica, Directora de Noticias, ERPE. Entrevista, Riobamba, Abril 2003.

³ CMSI. Declaración de los Pueblos Indígenas ante la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información (CMSI), Ginebra 12 de Diciembre de 2003.

donde los medios están por sustituir la comunicación personal, ya que la oralidad es y ha sido una de las prácticas que se han dado en toda cultura sea esta occidental, oriental, Abya Yala, etc. Es en la actualidad en que los medios vienen a ser para los pueblos indígenas instrumentos que facilitan esa comunicación.

Para los pueblos y nacionalidades de la Amazonía la comunicación tiene otras dimensiones, que van mucho más allá de lo lingüístico; los *yachak* (sabios y sabias, en la lengua kichwa) son los especialistas en comunicar con «otras realidades» —u otras dimensiones de la realidad de diferentes maneras, quizá el más conocido es la toma de ayahuasca o yagé, considerada sagrada y utilizado principalmente para posibilitar la comunicación con las fuerzas espirituales de la selva, y como tal puede entenderse como una lengua ritual empleada principalmente para la realización de curaciones. Al denominar esta lengua «sagrada», se quiere decir que la misma encierra un conjunto de saberes, una visión del mundo desde el cual los *taitas* o *ruku* (padre-sabios) construyen su experiencia con el mundo natural, social y espiritual⁴, así como de «dar sentido» a las relaciones entre los seres humanos y las entidades y fuerzas no visibles o intangibles. La interpretación de los sueños es un elemento importante comunicativo dentro del conocimiento de pueblos amazónicos⁵. Estos presagian lo que sucederá en el corto plazo por lo que deben ser comunicados o consultados con los mayores. Alrededor del sueño se construye un espacio de encuentro y de comunicación que se retroalimentan con la realidad del mundo indígena.

La comunicación entendida en el mundo andino como se anotó arriba, así como la comunicación mas específicamente en los pueblos amazónicos, a pesar de las pequeñas diferencias de formas, finalmente convergen en una relación íntima con los mundos que componen la *allpa mama* o *pacha mama*: el *kay pacha*, *jawa pacha* y con el *uku pacha* (el mundo de arriba, el mundo de abajo, y este mundo).

La comunicación es y ha sido la forma más eficaz que les permitía a los pueblos indígenas transmitir el conocimiento ancestral de generación a generación, como una forma de garantizar la continuidad de la cultura.

En este contexto la comunicación indígena se puede entender como la acumulación y manifestación vivencial de las relaciones entre colectividades de seres humanos, y de los mismos con su entorno natural y cósmico. Constituye entonces ese puente que permite el acercamiento al otro, para encontrarse, para descubrirse para construir la reciprocidad.

⁴ GARZÓN CHIRIVI, O., *Rezar, Soplar, Cantar – Etnografía de una lengua ritual*, Abya Yala, Quito, 2004.

⁵ KOWIL. *Op. Cit.*,

El habla colectivo: Identidad y resistencia de las nacionalidades y pueblos

En un acto de comunicación, la oralidad en el idioma propio es fundamental sobre todo en la significación de los mensajes. No significa lo mismo una frase en kichwa traducida al castellano o cualquier otro idioma; su significado y mensaje no es el mismo. Por ello el habla constituye un factor fundamental en la vigencia de toda cultura y, en el caso particular de los pueblos indígenas, el idioma y su habla ha sido y es un instrumento de poder que se ha manejado colectivamente y de manera estratégica.

En este sentido se puede distinguir la modalidad de las formas que las culturas indígenas utilizan el habla para la comunicación: las reuniones para definir la fecha propicia de la minga, de la cacería, de la siembra o para organizar una protesta. El significado de este «hablar colectivo» podemos resumirlo citando una descripción de una reunión de mujeres Otavalas: «...todas las participantes intervienen continuamente... Da la impresión que se trata de un solo discurso colectivo interpretado por distintas voces o interlocutores... en muy pocas ocasiones la comunicación se encuentra personalizada... las diferencias no se establecen entre los discursos de cada un(a) de l(a)s locutor(a)s sino que son diferencias de un consenso o discurso colectivo de fondo...»⁶. En este mismo sentido se refiere el dirigente de Comunicación de Ecuarrunari: «Lo fundamental y lo más eficaz es la comunicación directa... Cuando hay mingas, reuniones, congresos... una comunicación de ida y vuelta... Es la estrategia que se ha utilizado para acciones de coyuntura, para movilizaciones... analizado, reflexionado y de allí tomando decisiones a nivel general entre todas las provincias»⁷.

Esta identificación colectiva de los pueblos que se teje por el hablar colectivo ha sido la base de la sobrevivencia y resistencia cultural que ha mantenido vivo, como pueblos, a través de estos largos 500 años. Al tratar el tema de éste artículo —los medios de comunicación indígenas al servicio de sus derechos humanos— no hay que olvidar que es el hablar en su propio idioma y las otras formas tradicionales de comunicación colectivas que debe mantenerse y defenderse.

La comunicación colonial y neocolonial en la dominación de los otros

La comunicación, entiéndase ésta desde la visión indígena, como el intercambio y transmisión de conocimiento, ha sido un punto clave en las relaciones sociales de poder y de dominación. Si nos remontamos a la Edad Media en

⁶ SANCHEZ PARGA, JOSÉ, *Aprendizaje, conocimiento y comunicación en la comunidad andina*, CAAP, Quito, 1988.

⁷ ZHINGRI, PATRICIO, Ex Dirigente de Comunicación de Ecuarrunari. Entrevista, Quito, Abril 2003.

donde el conocimiento, la información acumulada en los textos, eran celosamente guardados y mantenidos en secreto por quienes controlaban las abadías, como una forma de controlar el poder, tal como relata la novela del Italiano Humberto Eco, en el «Nombre de Rosa»⁸, pues en las culturas indígenas ésta se manifestaba de forma abierta. Sin embargo estas tienen sus límites. Existe cierto conocimiento que los Yachak se reservan y la comparten solo entre yachak aliados y defenderse de los contrarios. Pero en general los conocimientos son compartidos porque se requiere de ella para vivir en su territorio.

Esta relación de poder y por ende de dominación se impuso en las culturas indígenas a raíz de la invasión europea iniciado en los siglos XV y XVI. Las formas de dominación a que fueron sometidos los pueblos indígenas no eliminó eficazmente su cultura. Por tanto debían buscar formas o mecanismo para poder entrar en el interior en las entrañas de sus formas y medios de relacionarse colectivamente. Fue entonces en donde se usó el propio idioma para poder desarticular su lógica y desde su habla propia influir en la aculturización y en la homogenización. Así entonces fue la evangelización cristiana en idioma propio, en este caso el Kichwa, esos mecanismos con los cuales intentaron la asimilación a la cultura criolla, esto a la vez conllevaba a la supresión de los idiomas indígenas.

Este proceso dio lugar a las luchas que se emprendieron por el derecho a una educación propia y en el propio idioma iniciado en los tiempos modernos por Dolores Cacuango y Tránsito Amaguaña, en la zona de Cayambe, en la sierra ecuatoriana en los años 1930⁹.

Los medios modernos de comunicación, durante gran parte de los dos últimos siglos estaban fuera del alcance de los pueblos indígenas; comenzando por los periódicos como el primer medio de comunicación masivo desarrollado durante el siglo XIX, que excluyó a los pueblos indígena en el uso del idioma, con el masivo analfabetismo y la concentración de éste medio en los centros urbanos, sin hablar de los contenidos, que se puede suponer sus dimensiones, relacionándolo con los contenidos que actualmente se difunde.

Con la invención y desarrollo de la radio durante el siglo XX, en Ecuador éste medio terminó, principalmente, en manos de los grandes grupos de poder económicos, que a su vez controlaban el Estado y, siguiendo con la tradición occidental, la Iglesia católica el segundo poder que acaparó las radio, seguido por grupos protestantes de procedencia de los EE.UU., quienes utilizaron éste medio para promover sus respectivos intereses, excluyendo a los pueblos indígenas, así como a los afroecuatorianos y las clases populares, de cualquier acceso real al uso de los medios de comunicación radiofónicos.

⁸ ECO, HUMBERTO, *El nombre de Rosa*, RBA Editores, Barcelona, 1994.

⁹ RODAS, RAQUEL. *Crónica de un sueño: Las escuelas indígenas de Dolores Cacuango*, Proyecto EBI, MEC-GTZ, Quito, 1989.

El sistema de concentración de la propiedad de los medios en manos de empresarios ligados al poder económico y político, mantienen hasta la actualidad prácticas discriminatorias y hasta racistas, tal como señaló el Relator Especial de las NNUU, Rodolfo Stavenhagen, durante su visita al Ecuador en abril de 2006, refiriéndose a la cobertura dada por ciertos medios comunicación durante las movilizaciones contra el TLC promovidas por el movimiento indígena: «En la prensa hubo un discurso de tinte racista por parte de algunos comentaristas que va en contra de la tradición que el Ecuador siempre ha tenido y en contra de la tolerancia mutua y de la convivencia que es la base de la resolución de los conflictos.» Además, señala que «hay un peligro en estas movilizaciones recientes que es la posible criminalización de la protesta social, aplicando el derecho penal a legítimas expresiones... Y esto plantea un desafío para el libre ejercicio de los derechos humanos y para la protección de los mismos no solo de los pueblos indígenas sino de todos los sectores del país¹⁰».

Si bien en la actualidad estas manifestaciones explícitas de racismo no son tan directas, el racismo estructurado en las programaciones de los medios, especialmente la televisión, es común. Más allá de las profusas imágenes estereotipadas de las y los «indios», «pobres merecedores de simpatía» o «indios malignos» y «alzados» cuando exigen sus derechos, son generalmente invisibilizados como pueblos diversos con derecho a tener su propia voz. Con la excepción de escasos y cortos programas dirigidos al sector indígena en los canales locales de televisión, los medios masivos no promueven ni dan espacios propios a programaciones indígenas.

Esta exclusión racista mediática se conjuga directamente con lo económico, de tal manera que son inseparables. Pero las comunidades, como los afroecuatoriano y el sector urbano pobre no son un mercado apremiante en relación al consumo.

Ahora bien estos medios, a la que muchos llaman «instrumentos de poder» y que fueron usados para adoctrinarles a los pueblos indígenas, fueron esporádicamente apropiados por las organizaciones indígenas de Ecuador en la década de los 60, particular que a continuación anotaremos.

3. El proceso de apropiación de los medios de comunicación por parte de las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador

Escuelas Radiofónicas Populares del Ecuador ERPE

En la década de los 60 en Ecuador se dieron dos pasos significativos en el proceso de apropiación de las radios emisoras por parte de los indígenas,

¹⁰ TAMAYO, EDUARDO, *Relator alerta grave situación indígena*, ALAI-Net, 04/05/06. En <<http://alainet.org/active/11346&lang=es>>

los cuales contribuirían en el fortalecimiento de la identidad y las organizaciones indígenas.

En 1962 se creó las Escuelas Radiofónicas Populares del Ecuador (ERPE) en la provincia andina de Chimborazo, bajo el auspicio del entonces obispo de Riobamba, Monseñor Leonidas Proaño, «el Obispo de Los Indios» y uno de los promotores de la teología de la liberación en Ecuador. Como su nombre sugiere, ERPE fue establecido para promover la educación popular, especialmente, pero no exclusivamente, entre las comunidades indígenas kichwas del pueblo Puruwa de Chimborazo. Junto con el trabajo del Monseñor Proaño a favor del sector indígena y popular, ERPE promovió una larga campaña nacional de alfabetización y concienciación a través de la radio (1962-1974) en donde aproximadamente 18.000 indígenas y campesinos de 16 provincias de las 18 existentes en ese entonces en el Ecuador fueron beneficiarios, tanto en la lectoescritura como en sus derechos, proceso histórico que impactó y contribuyó en fortalecer las organizaciones indígenas de esa época.

Mientras Monseñor Proaño seguía a la cabeza de la Iglesia en Chimborazo, ERPE mantuvo su papel de medio de comunicación progresista dentro del ámbito religioso, pero posteriormente se dio un cambio y asumió un conservador. Más tarde, en 1985, ERPE se independizó de la Iglesia y pasó «a los propios, actores, los propios protagonistas¹¹». La renovación de ERPE terminó con la antigua política de «traducir al kichwa lo que se decía o escribía en castellano», sino que en «los reportajes comunitarios, la gente empezaron a hablar en su propia idioma¹².»

El traspaso de la radio de las manos de la iglesia a manos de los actores propios de esta provincia fue un logro y un cambio fundamental en el proceso de reafirmar y fortalecer la identidad, los derechos y principalmente el derecho a hablar en su propio idioma.

Las comunidades empiezan a identificarse con la radio, empiezan a usarla como un medio para poder socializar sus demandas, para poder informarse y principalmente para dar a conocer sus necesidades. La radio se convirtió en un instrumento útil aliado para posicionar una demanda y fortalecer sus organizaciones. El mismo hecho de poder hablar en su propio idioma, el Kichwa, públicamente a través de un medio que sólo podían hablar los con poder, se estaba ejerciendo un derecho que les fue negado.

Actualmente, ERPE continúa su labor comunicativa, con los actores locales y en su propio idioma a favor de las comunidades y organizaciones indígenas, campesinas y populares, habiendo desarrollado una política interesante de autofinanciamiento basada en la producción agrícola orgánica.

¹¹ CHELA. *Op. Cit.*

¹² CHELA. *Op. Cit.*

nica, y realizando varias líneas de trabajo con mujeres, salud, etc., incluso proyectando desarrollar la comunicación electrónica en las zonas rurales de Chimborazo¹³.

Cabe mencionar otras experiencias importantes de radio comunitaria educativa que tuvieron lugar en la zona andina norte de Cayambe y sur de Imbabura en la misma época como la Radio IRFEYAL (Instituto Radiofónico Fe y Alegría) y Radio Mensaje de Tabacundo, que trabajó desde 1964 en la educación indígena entre las comunidades kichwas. Esta radio dio seguimiento al trabajo emprendido por Dolores Cacuango, además apoyó otras luchas en que protagonizó la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI), fundada por el Partido Comunista del Ecuador en 1944¹⁴.

La Radio Federación Shuar

Paralelamente en la misma década de los 60 en que se desarrollaba ERPE, en el sur de la Amazonía ecuatoriana, se promovía otra experiencia radiofónica que, en términos del derecho a la autonomía y autogestión organizativa de las nacionalidades y pueblos, fue significativamente más radical.

Los Shuar y Achuar¹⁵, nacionalidades indígenas vecinos que comparten una misma cultura e idioma y cuyos territorios ancestrales se ubican principalmente en lo que ahora son las provincias de Morona Santiago, Zamora Chinchipe y Pastaza, en alianza con un grupo de misioneros Salesianos progresistas, crearon la Federación Interprovincial de Centros Shuar y Achuar (FICSH-A¹⁶) en 1964. Es de notar que la creación de la FICSH-A marcó un hito en la historia de las nacionalidades y pueblos del continente latinoamericano por ser una de las primeras organizaciones formadas exclusivamente a base de su identidad cultural y como pueblo o «nacionalidad».

Hasta ese entonces, los centros¹⁷ Shuar (más que los Achuar que se ubican más alejados de las zonas de influencia de la colonización) habían sufrido un proceso de pérdida de sus tierras, así como de sometimiento cultural frente

¹³ ERPE, en <<http://www.erpe.org.ec/>>

¹⁴ GALARZA, TEODORO, *Estrategias Interactivas en la Radio Comunitaria Educativa*, Quito, Tesis doctoral, Quito, febrero 2003.

¹⁵ Además, los Shuar y Achuar, comparten una misma cultura con los pueblos Wampis y Awajún, cuyos territorios se ubican en la Amazonía noroccidental de Perú. Para detalles vea <http://www.usfq.edu.ec/1PARQUE/aspsoc.html>

¹⁶ Desde 1993 denominado Federación Interprovincial de Centros Shuar (FICSH) como consecuencia de la creación de la Federación Indígena de Nacionalidad Achuar del Ecuador (FINAE, ahora Nacionalidad Achuar del Ecuador, NAE).

¹⁷ Los «centros» a que se refiere constituyen agrupaciones de poblaciones shuar y achuar en una áreas, que pueden entenderse como forma de «comunidad».

un conjunto de campesinos colonos, el Estado ecuatoriano, y las misiones católica y protestantes. Los objetivos principales de la Federación eran y sigue siendo la defensa de su identidad cultural y territorios, la promoción de una educación propia, el mejoramiento de sus condiciones de vida a través del desarrollo económico basado en el comunitarismo y cooperativismo.

Además, es notable la importancia que la FICSH-A (hoy FICSH) dio al tema de la comunicación, como elemento estratégico frente a los problemas que la nueva Federación enfrentaba a consecuencia de los impactos de la colonización: divisiones intra-étnicas y la pérdida de identidad. A esto se sumaba las condiciones geográficas de los territorios ancestrales, puesto que se encontraban dispersos en un área superior a los 10.000 km², que abarca zonas inhóspitas de selva montañosa, como las cordilleras Kutukú y el Cóndor.

En estas circunstancias en 1968, la Misión Salesiana, adquirió y donó una radio emisora de onda corta a la FICSH-A, con la cual se crea la Radio Federación. Este acontecimiento marcó rotundamente las dinámicas del proceso de consolidación de la organización Shuar y Achuar del Ecuador.

Desde su inicio la radio tuvo un carácter socio cultural, educativo y organizativo. «Lo que más impactó fue de música Shuar. Es que el Shuar y los colonos nunca habían escuchado el canto Shuar... en la radio»¹⁸. En sus programas se trató temas fundamentales como la defensa de los territorios, la valorización de la cultura, la educación y todo en su propio idioma, el *Shuar Chicham*.

En los centros o comunidades se logró la recepción de la Radio Federación que se convirtió en un medio en donde se escuchaban a sí mismo a través de la música. La demanda por tener acceso a una aparato para sintonizar fue grande pero se dificultaba dado que los Shuar no tenían acceso al dinero para adquirir, por lo que la Federación gestionó un proyecto en Japón y consiguió 2.000 unidades a bajo costo. Con ésta y una segunda remesa de aparatos, la Radio Federación logró una recepción masiva entre los Shuar y Achuar de la programación de la radio.

Pero más allá de la programación cultural, los Shuar y los Achuar le dieron un uso estratégico y aprovecharon su cobertura para afirmar un derecho a definirse como pueblo. Así entonces, la Radio Federación jugó un papel fundamental en el fortalecimiento y consolidación de la misma Federación en sus primeros años de formación, permitiendo que la gran masa de los centros Shuar y Achuar pudieran entender la necesidad de unirse y organizarse, como pueblos con su propio derecho, e identificarse con la FICSH-A y sus objetivos y trabajo en pro del rescate y fortalecimiento

¹⁸ ATAMAIN, BOSCO, Ex Director del SERBISH, 1988-2000. Entrevista, Sucúa, abril 2006.

cultural, la defensa territorial, el respeto a sus derechos, etc.: «...Se trabajó, y la gente se concientizó, no totalmente pero casi 90% ya sabían qué era la Federación Shuar, sus objetivos y principios... Todo eso se fue entendiendo...». Esto permitió que la Federación se fortalezca y pudiera negociar con mayor peso frente a las autoridades gubernamentales y sectores de colonos. Es decir, la radio fue un medio que facilitó potencialmente la reivindicación del pueblo Shuar y Achuar frente a los poderes estatales que cuestionaban y reclamaban atención y anunciaban su presencia milenaria en ese territorio.

En esa época, los Shuar y Achuar estuvieron sometidos, como tantos pueblos colonizados, a formas violentas y discriminatorias de represión por parte de los colonos, y las autoridades y la fuerza pública locales: «Ellos dominaban todo... [Por ejemplo] luego de un baile popular, al día siguiente los calabozos estaban llenos de Shuars. Por cualquier pretexto: Adentro...» En esto, la Radio Federación protagonizó la lucha contra el racismo: «Había programas bastante fuertes en contra de las autoridades, la policía... La gente ya fue tomando conciencia del poder de la Federación, ya se daban cuenta sobre la situación del pueblo... Ya no fácilmente se podía engañar a la gente, comprándoles sus terrenos por un machete... Cuando habían luchas frontales... por la radio se comunicaban y toda la gente [Shuar] se concentraba para enfrentar cualquier agresión ante la fuerza pública y de los mismos colonos¹⁹.» La radio sirvió para la movilización social, para concienciar y para empoderar.

A la vez, la Radio Federación implementó una política de acercamiento al sector mestizo colono porque, «...creímos que no teníamos que marginar a la gente colona... [que] se sienta tomando en cuenta y no trate de desafiar al pueblo Shuar. También concienciar para que no hayan choques, para que el colono también entienda qué es la Radio Federación, qué principios sigue... Que los Shuar tienen los mismos derechos...»²⁰. Así que, a través de su lucha organizada —en lo cual la Radio Federación protagonizó un papel fundamental—, las nacionalidades Shuar y Achuar lograron avanzar en el ejercicio de sus derechos, y a la vez ganar el respeto de un importante sector de los colonos. «Al público colono se le ganó por los programas en castellano [realizado por] un colono amigo...»

Con el acompañamiento de la radio al proceso organizativo de estas dos nacionalidades, la federación ha logrado incidir a nivel político en la provincia, ha logrado elegir diputados indígenas para el Congreso Nacional, ha logrado colocar concejales y captar algunas alcaldías. La fuerza pública tiene mas respeto por el pueblo Shuar y Achuar.

¹⁹ ATAMAINT. *Op. Cit.*

²⁰ ATAMAINT. *Op. Cit.*

Educación radiofónica con identidad

La FICSH-A a través de la radio promovió un concepto de un sistema de educación indígena propia afín a sus tradiciones y realidad cultural, que era una de las razones principales la creación de la Federación, dentro del marco de los objetivos de rescate de la identidad Shuar y Achuar; un concepto radicalmente distinto a lo de la educación «asimilacionista»²¹ hasta ese entonces impartida mediante el sistema nacional de educación y por medio de las misiones religiosas «En los centros funcionaban escuelas de los misioneros o escuelitas hispanas [fiscales]. Eso traía consecuencias bastante duras... No hablamos nuestra propio idioma por que los educadores eran foráneos, los programas eran distintos fuera del ambiente... los materiales no eran apropiados... no se tomaba en cuenta la lengua materna, todo era castellanizado»²².» Las dos nacionalidades se dieron cuenta que la educación era una arma indispensable para poder enfrentarse a la sociedad y al sistema occidental que se estaba insertando en sus centros, por lo que su prioridad fue el de masificar la educación propia a todo el pueblo Shuar y Achuar. Frente a esta necesidad se enfrentaba con el problema de cómo implementar un sistema educativo propio entre todas los centros Shuar y Achuar, dispersadas en una área geográfica con escasa vías de comunicación a la que se sumó la falta de recursos y de docentes propios para más de 150 centros que agrupaban la Federación en ese entonces y que en ese momento solo contaban con 15 maestros.

La solución a la que se llegó era la implementación de un sistema de educación radiofónica. Esta iniciativa se hizo realidad y arrancó en 1968 con la ayuda de los misioneros que acompañaban a la Federación; en 1972 se constituyó como el «Sistema de Educación Radiofónica Bilingüe Intercultural Shuar» (SERBISH), que finalmente fue oficializado por el Estado en 1977, luego de un largo periodo de desconocimiento.

SERBISH continúa su trabajo iniciado en la década de los 70 con ciertos cambios implementados desde la organización FICSH. Su contribución fue el de levantar un sistema propio de educación de los Shuar y para los Shuar, haber alzado las tasas de alfabetización entre adultos y haber asegurado el funcionamiento de los centros educativos de primaria secundario y haber impulsado la formación de toda una generación de docentes, mujeres y hombres

La contribución del SERBISH a exigir al Estado el ejercicio del derecho a una educación propia de los pueblos indígenas ha sido crucial; conjuntamente con otras iniciativas de esta características implementa-

²¹ MUÑOZ SEDANO, A., *Enfoques y modelos de educación multicultural e intercultural*, disponible en <www3.unileon.es/dp/ado/ENRIQUE/Diversid/Enfoques.doc>

²² ATAMAIN. Op. Cit

das en otras provincias, más la demanda que hiciera la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, se logra que el Estado ecuatoriano reconozca el derecho a la educación bilingüe en 1988 con la creación de la Dirección Nacional de Educación Intercultural Bilingüe (DINEIB), y aprobada por el Congreso Nacional en 1992. En 1998, la Asamblea Nacional Constituyente reconoció el derecho de las nacionalidades indígenas del Ecuador a contar con un sistema de educación intercultural bilingüe²³.

La experiencia de ERPE y de la Radio Federación Shuar, cada una con sus propias dinámicas, han servido de ejemplo para otras organizaciones que, en los últimos diez años, han gestionado su propia radio emisora con el fin de fortalecer a sus comunidades. Estas radios están, principalmente en los Andes, así tenemos: Runakunapak Yachani Wasi (Simiatug, Bolívar), Radio Ilumán (Otavalo, Imbabura), Radio Inti Pacha (Cayambe, Pichincha), Radio Inti Churi (Bolívar), y Radio Salasaca (Tungurahua). En el caso de la Amazonía, La nacionalidad Achuar, que se separó de la Federación Shuar y estableció la Federación Interprovincial de la Nacionalidad Achuar del Ecuador FINAE, ahora Nacionalidad Achuar de Ecuador (NAE), en 1993, también creó su propia radioemisora, «La Voz de la FINAE» de ahí que ninguna otra organización ha podido gestionar su propia radio debido a varios factores que más adelante se explicará.

Particularmente la radio federación jugó un rol muy importante en la reconciliación de lazos de unidad entre los pueblos Awajún, Wampis, Shuar y Achuar de Perú y Ecuador respectivamente, separados por una guerra entre estos dos países.

A partir de 1941, después del conflicto armado entre los Estados Ecuador y Perú los pueblos Shuar, Achuar, Wampis y Awajún, que proviene de una misma raíz cultural y lingüística, y que compartían un mismo territorio, fueron divididos. En este caso la radio jugó un papel importante en el acercamiento de estos pueblos que se vieron enajenados por la influencia del nacionalismo impuesto por los Estados. Principalmente después de la firma de la paz entre los dos países en 1998, la Federación Shuar a través de la radio empieza a restaurar las relaciones y promueven el Primer Encuentro Binacional entre estos dos pueblos. De allí en adelante se han dado otros encuentros para fortalecer la cooperación y emprender acciones conjuntas siempre con la ayuda de la radio como medio para mantenerse informados y comunicados²⁴.

²³ MONTALUISA, LUÍS, Participación comunitaria en la Educación Intercultural Bilingüe del Ecuador, Quito, sin fecha. En <www.sit.edu/publications/docs/ops04ecuador.pdf>

²⁴ COICA, Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica, Documentos de archivo.

La Radio Inti Pacha

La Radio Inti Pacha (Tierra del Sol) se ubica entre las radios de la nueva generación surgidas en los últimos diez años a raíz de las grandes movilizaciones promovidas por la CONAIE. Esta ubicada en Cayambe en el norte de la región andina, es un ejemplo —entre muchos otros que se podría mencionar— de un proceso autónomo y autogestionado desde su principio.

Su génesis fue resultado de la desinformación generada durante el Levantamiento de 1990 en donde, dice Ricardo Ulcungo, «Los medios locales hablaron en contra del movimiento indígena, en contra de los derechos de los indígenas y, es más, no teníamos espacios en los medios locales. Eso nos hizo reflexionar sobre obtener una radio²⁵.» . La Radio Inti Pacha (RIP), fue creada por y pertenece a la Corporación de Indígenas de Cangahua (CO-INCA), tiene como objetivo dar servicio a todo el pueblo Kayambi²⁶, quienes se encuentran organizadas en 168 comunidades con una población de aproximadamente 450.000 personas, muchos de ellos dispersadas en Quito y otras partes del norte del país a consecuencia de la migración por factores económicos.

Aunque la RIP comenzó a salir al aire en 1995 usando un sencillo transmisor no fue hasta el 2000 que logró su legalización, periodo en que la Radio enfrentó una fuerte resistencia por parte de las autoridades. «Empezamos a funcionar aunque no teníamos la frecuencia... Los militares quisieron decomisar los equipos, pero no pudieron porque las comunidades estaban atentos... salían y no les dejábamos quitar los equipos... teníamos el respaldo de la ciudadanía...»²⁷. Igualmente, el Consejo Nacional de Radiodifusión y Televisión (CONARTEL), controlado por las grandes empresas mediáticas, se opuso a reconocer y dar una frecuencia a la radio, y solamente cedió por una larga y amplia campaña de acciones apoyado por una alianza de organizaciones indígenas como la CONAIE y Ecuarunari, diputados y municipios, entre otros «Cuando compramos la radio, dijimos, «con o sin permiso vamos a seguir operando», y así se hizo respetar. Porque, si no hubiéramos hecho así, a lo mejor no nos hubieran dado la frecuencia.»

Desde su inicio la RIP, ha sido autofinanciado bajo una política que combina el servicio social con una de comercio ético, salvo unas pocas ayudas externas. «En gran medida, las cuñas y los comunicados a las comunidades no cobramos, servicios sociales no cobramos, pero hay otros actos que la radio tiene que cobrar... [Además cobrando a] las empresas, las tiendas y los

²⁵ ULCUANGO, Ricardo, Diputado por el Movimiento Pachakutik, Congreso Nacional. Entrevista, Quito, Abril 2003.

²⁶ ULCUANGO. *Op. cit.*

²⁷ ULCUANGO. *Op. cit.*

almacenes, el Municipio, el Consejo Provincial. Pero lo que no hemos metido es la Coca Cola, ni productos [agro]químicos, ni tabaco, ni licores...»

La programación de la RIP se realiza en los dos idiomas —kichwa y castellano— basándose en el fortalecimiento cultural del pueblo Kayambi y a la vez el principio de la inclusión y participación: «Impulsamos la recuperación de la identidad [del pueblo Kayambi]. Estamos trabajando con la Dirección de Educación indígena... Damos espacios a las organizaciones, que tengan sus programas, así como a la juventud, la niñez, y a las mujeres... Además, realizamos debates políticos, análisis sobre la coyuntura...» Información y noticias nacionales e internacionales se consiguen principalmente por Internet o telefonía de *Ecuachaski* y las redes informativas de la Agencia de Noticias Plurinacional del Ecuador (ANPE), la Coordinadora de Radios Populares del Ecuador (CORAPE) y la Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica (ALER).

Bajo similares principios de ERPE y la Radio Federación Shuar, de promover la interculturalidad y fortalecer alianzas con el sector mestizo, la RIP se ha planteado incidir en la sociedad no indígena «hemos abierto a la gente, para sus mensajes, sus saludos, música y la programación variada... A determinados horarios dirigimos un seguimiento poblacional: la juventud, la tercera edad... Eso nos ha permitido también entrar en la ciudad. No somos cerrados, no decimos que «esta radio es sólo de los indígenas y debe ser de los indígenas»... El personal que bajamos desde las comunidades también trabaja con personal de la ciudad que nos apoyan... Así empatamos para penetrarnos en la ciudad con nuestra emisora...» El éxito de ésta política se demuestra con el hecho que, según datos del Municipio de Cayambe, la RIP ha logrado el primer puesto de sintonía en la zona entre las emisoras locales.

La Radio Inti Pacha, una emisora comunitaria autofinanciada es una herramienta de fortalecimiento organizativo y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, tal como señala uno de los promotores de esta iniciativa «La radio en gran medida ha contribuido con la información sobre los derechos en la Constitución... [incluso] del Convenio 169... [Y apoyando] el proceso organizativo de los gobiernos comunitarios, haciéndoles ver cuales son sus derechos y cómo tenemos que seguir actuando... En gran medida eso ha motivado a la población a que ejerza mayor autoridad, mayor organización, a que las comunidades ejerzan sus propios derechos...» Para esto, la RIP se involucra y apoya a las organizaciones indígenas y populares en sus luchas: «Nosotros hemos sido muy claros: Estábamos difundiendo sobre el TLC [Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos], dando espacio a nuestros dirigentes, también haciendo las reflexiones. Claro, nuestra radio no podía estar neutral, ninguna emisora es neutral. Nuestra radio tenía que estar al lado de la comunidades, a favor de las movilizaciones, a favor de la gente.»

Esta afirmación nos muestra que los medios de comunicación si constituyen un instrumento de poder que mueven masas y que depende de quienes controlan para identificarse con determinado sector. Por tanto no se puede hablar de la neutralidad u objetividad de los medios masivos toda vez que estos responden a sectores influyentes. En este caso y otros que hemos señalado, la radio ha sido un elemento determinante en la cohesión del movimiento indígena a nivel local y a nivel nacional.

Durante las movilizaciones en contra del Tratado de Libre Comercio, TLC, esta posición contrajo intentos de clausurar la RIP por parte de ejército y el Jefe Político de Cayambe²⁸ siguiendo órdenes del gobierno, acción fallida debido al apoyo de la gente y organizaciones afines, y por lo tanto «seguimos con más fuerza difundiendo, informando, haciendo la reflexión...» Cuando las organizaciones hacen uso legítimos de estos medio para poder contrarrestar las ofensivas del poder, estas son amenazadas y en otros clausurados.

Del texto impreso al texto electrónico: la experiencia de Ecuarunari

La Confederación de los Pueblos de Nacionalidad Kichwa del Ecuador, ECUARUNARI²⁹ es la organización regional andina que conforma la CONAIE conjuntamente con las otras dos organizaciones regionales, CONFENIAE y CONAICE³⁰), fundada en 1972. Esta Confederación está conformada por 13 pueblos organizados que representan aproximadamente 1.500 comunidades de los diversos pueblos kichwas de la sierra ecuatoriana.

En 1983 Ecuarunari publicó el primer número de su periódico *Rikcharishun*³¹ («Despertemos»), producido de forma rudimentaria por dirigentes y colaboradores sin experiencia, con muy pocos recursos. Rikcharishun continuó publicándose de manera muy irregular hasta mediados de los años 1990. Pero, en 1996, se creó la Dirigencia de Comunicación, que dio un importante paso para sistematizar el trabajo de comunicación y permitió que la Confederación contara con un Plan Estratégico de Comunicación, buscar financiamiento, y retomar nuevamente la producción del periódico. La publicación del periódico Rikcharishun se reinicia de manera regular entre 1998 y 2001, con un tiraje de 1.000 mensuales.

²⁸ CEDHU, Comisión Ecueménica de Derechos Humanos, Ecuador: Militares encargados de la represión de indígenas y campesinos, Boletín de Prensa No. 03, marzo 2006. En <<http://cedhu.org/html/modules.php?name=News&file=article&sid=287>>

²⁹ ECUARUNARI, en <<http://www.ecuarunari.org/>>

³⁰ Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana y Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Costa Ecuatoriana.

³¹ Vea <www.ecuarunari.org/conaie/rikcharishun.html>

Durante éste periodo, Rikcharishun se publicó en castellano con breves resúmenes en kichwa, debido que aún no existía un hábito de lectura en su propia idioma, también porque estaba dirigido al sector de habla hispana.

El periódico contenía artículos que trataban de temas prioritarios del movimiento indígena, que ayudaba a las bases a informarse «no sólo de la política nacional sino también la política internacional, lo que pasa con los otros pueblos indígenas a nivel de Abya Yala... [Porque] a veces no se conoce en los medios de comunicación nacional. Esta comunicación es más propia. Es de los pueblos indígenas, pero no sólo para los pueblos indígenas sino también para la sociedad en general...» A la vez, «sirve como memoria histórica, para tener parte de la historia del proceso organizativo, de lucha, organizativo, político, ideológico, del movimiento indígena³²». Consciente de que no era posible hacer del periódico un medio masivo, principalmente por las limitaciones económicas, la política de la distribución de Rikcharishun se dirigió hacia las 13 organizaciones de base de Ecuarunari, comenzando con los responsables de comunicación y presidentes de las federaciones, y de allí a organizaciones de otros sectores sociales y ONG, además algunos cooperantes del exterior. Significativamente, el periódico también se distribuyó a las radioemisoras indígenas y afines, los cuales solían difundir los contenidos en sus programas, leyéndolos directamente en castellano y traduciéndolos al kichwa. Así que de ésta manera Rikcharishun también llegó a las comunidades.

Este medio impreso que tuvo acogida en las comunidades y que alimentaba a las radios comunitarias, enfrentaba un problema logístico de distribución y otros de carácter económico lo cual llevó a la suspensión de la producción en el 2001. Este problema ha sido también vivido en la regional amazónica la CONFENIAE cuando publicaba su periódico «La Voz de la CONAFENIAE» a mediados de la década del 90.

Paralelamente el Ecuarunari comenzó a utilizar la comunicación electrónica. «Necesitamos utilizar esta tecnología a nuestro favor, así como hace la comunicación dominante... Los utilizamos también a nuestro favor para informar, difundir, comunicar entre los pueblos hermanos... de aquí a Bolivia, a Perú, a cualquier parte del mundo... Antes era por teléfono, pero ahora es a través de la nueva tecnología...³³».

Ecuarunari ha creado Ecuachaski, un noticiero electrónico, con una lista de distribución de unas 2.000 direcciones, que envía y reenvía casi diariamente información sobre las nacionalidades y pueblos del Ecuador y del mundo, y ahora también cuenta con su propio sitio Web.

³² ZHINGRI, Patricio, «Comunicación para el despertar de los pueblos indígenas», *Revista América en Movimiento* (ALAI), Número 399-400, 12 septiembre 2005.

³³ ZHINGRI. *Op. cit.*

Pero si bien la comunicación electrónica ahora juega un papel clave en el ámbito interorganizacional y de difusión de información hacia el público urbano, existe una brecha muy acentuada con el sector rural. Para Ecuarunari una solución es, siguiendo la experiencia del periódico Rikcharishun, enviar información electrónica a las radioemisoras para que ellas la difundan hacia las comunidades. En las mismas zonas rurales existen varias iniciativas locales que buscan promover el acceso al Internet en zonas rurales, como ERPE que, considera el acceso a la información a través de la comunicación electrónica (las «TIC») como un derecho. Bélgica Chela plantea la realización de un proyecto piloto «Red de Telecentros Educativos», con el fin de fortalecer a la educación regular y bilingüe en las comunidades de la provincia de Chimborazo, en los campos pedagógico, tecnológico, y de capacidad local³⁴.

El Video, así como su «gran hermano», la televisión, es el medio de comunicación más atractivo y seductor y por lo tanto el más potente por su capacidad de «reproducir y reconstruir» la realidad con imagen y sonido. Hasta el año 1990, las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador sólo habían conocido éste medio cuando se les había apuntado una cámara hacia ellos, como objetos del discursos ajenos. De igual forma, sus imágenes y voz siempre habían sido mediadas por otros, sea con buenas o malas intenciones³⁵.

Pero esta relación comenzó a cambiar con la producción del video del Levantamiento Indígena de junio de 1990³⁶ un video que recogió diversas filmaciones realizados por diferentes videastas en distintos lugares de la sierra, los acontecimientos de este levantamiento histórico y los reunió en una sola cinta. Editado a bajo costo en pocos días e inmediatamente distribuido y proyectado en las comunidades, el video tuvo un gran impacto: por primera vez, la gente de las comunidades pudieron verse, en la pantalla, ellas mismas como protagonistas de su propia historia y, además, pudieron ver a los demás pueblos y comunidades que habían participado en el levantamiento, rompiendo de cierta manera el sentido de aislamiento localizado que había acompañado acciones anteriores. Este video aportó significativamente entre las decenas de comunidades que han visto el video, al sentido de unidad del movimiento indígena. Por lo tanto, se puede percibir una cierta homología entre el rol que el video jugó en el periodo pos-levantamiento en el cual el movimiento indígena emergió como fuerza en la lucha para su derechos y el papel de la Radio Federación Shuar en promover la consciencia de identidad y la unidad política de un pueblo.

³⁴ Vídeo: Uniendo la voz y la imagen de las Nacionalidades y Pueblos

³⁵ Evidentemente, ha habido realizadores de cine que se han solidarizado con la lucha de los pueblos indígenas en Ecuador, como, por ejemplo, Jorge Sanjinés (*Fuera de aquí*, Ecuador-Bolivia, 1977) y los hermanos Gustavo e Igor Guayasamín (*Los Hieleros*, 1980, etc.).

³⁶ Producido por Julio García y el entonces Centro de Estudios y Difusión Social (CEDIS).

Alentado por el impacto del video del levantamiento de 1990, la CONAIE decidió crear un área de video dentro de su Departamento de Comunicación en 1993, con la ayuda de un cooperante especializado en video, con el propósito de promover una producción en video propia de la Nacionalidades y Pueblos.

El primer video de la CONAIE fue producido como parte de la campaña a favor del Proyecto de Ley Agraria de los pueblos indígenas en 1994. En esta campaña el video, producido principalmente a base entrevistas con líderes de base, se utilizó para difundir el proyecto de ley entre las organizaciones y comunidades, concientizándolas acerca los derechos a la tierra y el territorio y la economía campesina, lo que coadyuvó a preparar el terreno para lograr el levantamiento del mismo año; levantamiento que hizo que el gobierno de ese entonces, derogue su proyecto de ley agraria privatizador a favor de los grandes agricultores y hacendados, y adopte la actual ley que responde a los intereses de los indígenas y campesinos.

Desde ese año hasta 2002 la CONAIE mantuvo una producción regular sobre varios temas como el de la mujer, medio ambiente, y otras luchas, además apoyando producciones propias de organizaciones filiales como Ecuarunari, que produjo un video «Movimiento Indígena Ecuatoriano, Luchas Locales y Resistencias Globales». De tal modo que el video está siendo utilizado principalmente para los propósitos de socialización, concienciación y educación sobre diversos temas, así como una forma de memoria o «historia viva»³⁷ de hechos y procesos protagonizados por las Nacionalidades y Pueblos.

El trabajo en video de la CONAIE ha dado lugar también a la realización de cuatro Festivales Continentales de Video de Abya Yala, el primero se dio en 1994³⁸ cuyo rasgo distintivo y objetivo fue el de llevar las proyecciones de los video concursantes a las comunidades. A la vez, los festivales han posibilitado a la CONAIE acumular una videoteca con más de 500 títulos de videos relacionados con la temática indígena, que son prestadas a las organizaciones, escuelas bilingües, ONG, etc., y el público.

Sin embargo se debe resaltar las limitaciones de la distribución de los videos y el uso de la videoteca debido a cuestiones económicas lo cual ha limitado la difusión hacia las comunidades. No obstante hay que recalcar la eficacia del impacto del video-imagen y que lo que queda es explotar ese potencial aprovechando la tecnología VCD y DVD, cuya reproducción y distribución es relativamente económico así como los equipos de reproducción.

³⁷ ZHINGRI. *Op. cit.*

³⁸ El Primer Festival de Cine y Video de Abya organizado por la CONAIE tuvo gran impacto a nivel nacional. En la coordinación estaba ALBERTO MUENALA y DAVID TURNER.

Otra dificultad en la producción y sostenimiento de una videoteca ha sido y es la falta de personal capacitado y los costos que implica sostener una producción regular de modo que se autogestione y se autofinancie.

La televisión: un medio por conquistar

Aunque en las organizaciones indígenas nacional y regionales se ha hablado de incursionar en la televisión, en la práctica esto no se ha logrado. Lo que si se ha hecho es experimentar con programas indígenas en canales locales de corta duración, con una importante acogida entre las comunidades locales; esto ha mostrado el potencial de incidencia que tiene éste medio, y que debe ser conquistado por las organizaciones.

Actualmente existe una sola excepción, que es un noticiero nacional de 30 minutos transmitido entre las 05:30 y 06:00 de la mañana, hablado en kichwa, cuyos contenidos son nada más que una traducción de las noticias en castellano de la noche anterior, que no incluye información proveniente directamente de las nacionalidades y pueblos y sus organizaciones³⁹, lo que hacer recordar el uso de las lenguas indígenas por religiosos cristianos durante la colonia para facilitar la evangelización y educación de los pueblos indígenas. Cabe recalcar que tener un espacio en un medio, en este caso la TV, traducir la noticia del castellano al kichwa no es ejercer el derecho a la comunicación cuando se esta diciendo lo que los medios dicen; un pueblo ejerce su derecho a la comunicación a través de determinados medios cuando dice, lo que ese pueblo piensa desde su realidad, siente, opina, interpreta, reflexiona alrededor de temas de interés para ese pueblo.

Han existido otras experiencias de programa indígenas en las provincias de Bolívar, Chimborazo, e Imbabura. En ésta última provincia en el 2001, *Taripana*, un programa bilingüe kichwa-castellano tipo «revista» de una hora semanal sobre una variedad de temas, principalmente locales pero también nacionales, logró una alta sintonización entre las comunidades Otavalo y Kayambi. Finalmente, Taripana no pudo mantenerse en el aire, principalmente por falta de financiamiento e inversión necesarios para sostener el proyecto hasta se establezca económicamente.

La Radio Inti Pacha de Cayambe está empeñada en ampliar su servicio para incluir un canal local de televisión para contrarrestar los nocivos contenidos de los canales televisión, «...Para entrar con nuestras políticas, con nuestras propuestas, los derechos colectivos, con lo que están haciendo nuestras organizaciones. Informar a través de videos... Entonces, es nece-

³⁹ ZHINGRI. *Op. cit.*

sario contar con un canal de televisión propio, pero no solamente para los indígenas, si no también entrar en la ciudad, porque la información tienen que ser tanto para la área rural como para la ciudad⁴⁰.» Propuesta que de ser conseguida se revertiría la relación urbano rural.

Pero la apropiación de la televisión por parte de las nacionalidades y pueblos no es tarea fácil. «El Consejo Nacional de Radio y Televisión nos ha impuesto límites [geográfica], o diciendo que no existe una frecuencia, que no es posible — eso nos ha dificultado» No es coincidencia que, de todos los medios de comunicación disponibles, la televisión es uno de los medios más difíciles de acceder; sus costos son, de hecho, una limitante pero mas allá de eso, está la concentración del poder económico y político en el país que controlan principalmente la asignación de las frecuencias, dado a su poder de incidencia en la sociedad Este ha sido y es uno de los motivos por el cual en la Amazonía no se ha podido conseguir más radioemisoras propias aparte de las que hemos mencionado.

Formación de comunicadores y redes de comunicación indígenas y alternativas

Las organizaciones indígenas del país han promovido actividades de capacitación a comunicadores indígenas del país para que apoyen el quehacer organizativo en sus respectivas comunidades. Para lo cual se ha hecho alianzas u convenios con universidades y centros educativos que brinden este servicio. En este sentido la CONAIE y el ECUARUNARI desde los «90 han promovido la creación de la Red de Comunicadores Kichwas, con el propósito de formar comunicadores indígenas vinculadas a las organizaciones indígenas y mejorar la «comunicación interna» dentro del movimiento indígena: «Aunque hemos tenido algunas problemas internos, continuamos con el proceso de consolidar la Red de Comunicadores Kichwas, porque queremos fortalecer en cada federación provincial [de la región andina] con dirigentes y responsables de comunicación, para poder coordinar y hacer que la información llegue a nuestras organizaciones de base⁴¹».

Paralelamente se han dado otras experiencias que siguen vigentes hasta la actualidad y es el caso de la Coordinadora de Radios Populares Educativas de Ecuador, CORAPE que desde la década del 90» inició su trabajo en coordinar una red con las radios comunitarias de las provincias andinas como amazónicas. Lo que se destaca de esta experiencia es la creación de la Red Kichwa con las radios de habla kichwa del Ecuador y articuladas a la Red Kie-

⁴⁰ ULCUANGO. *Op. cit.*

⁴¹ ZHINGRI. *Op. cit.*

chua que enlace radios de habla Kichwa-Quechua⁴² por toda la región andina (Ecuador, Perú y Bolivia), promovida por la Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica (ALER) que cuenta con un sistema satelital a través del cual funciona.

Un nuevo espacio que actualmente usa la CONAIE y la Ecuarrunari para la difusión e intercambio de noticias entre las organizaciones indígenas del país y de la región andina es la Agencia de Noticias Plurinacional del Ecuador ANPE, que según sus promotores es «el resultado de la acumulación del movimiento indígena en los campos de la radio, la prensa, el video y la fotografía, y que unifica las distintas experiencias comunicativas que se hacían aisladamente... Sirve para posicionar al movimiento indígena a nivel nacional e internacional... Sin embargo, la ANPE no solo da a conocer a la información referida a los pueblos indígenas, sino a otros sectores sociales y, como los campesinos.» Además, ANPE se considera como base para otro proyecto más ambicioso, que es de crear una Agencia Andina entre las organizaciones indígenas de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú⁴³.

Las mujeres en los medios de comunicación indígena

La presencia y la voz de las mujeres indígenas en la conducción de medios de comunicación han sido esporádicas. El papel de las mujeres a nivel comunitario organizativo es el de una interrogante a la hora de concretarse el ejercicio a la dualidad que es un principio que rige a los pueblos indígenas. Esta discusión es de doble carácter: por un lado es la relación frente a la sociedad externa al Estado y a los mismos medios masivos, y por el otro es la relación al interior de la comunidad y la organización. Ahora bien, es de esperarse la poca presencia de las mujeres en los medios de comunicación, tomando en cuenta que no tienen la oportunidad de poder acceder a la educación para formarse o capacitarse en las mismas condiciones que el resto de la población. Sin embargo el reducido espacio que ha logrado conducir ha significado un paso mas para el resto de mujeres.

En el caso de la Amazonía esta disparidad es más acentuada. En esta región donde habitan diez nacionalidades solo dos de ellas tiene una radio propia, el resto se limita a un espacio que se acuerda con las radios comerciales u católicas en cada una de las provincias. Paradójicamente, en los espacios que las radios conceden a los programas indígenas son conducidas por mujeres.

⁴² Efectivamente Kichwa y Quechua son el mismo idioma andino, hablado desde el sur de Colombia hasta el norte de Argentina y Chile, pasando por Ecuador, Perú y Bolivia, donde predomina entre los idiomas indígenas.

⁴³ ZHINGRI. *Op. cit.*

El poder hablar en idioma propia y que es además una mujer la que conduce el programa, es por demás decirlo un desafío. Primero porque es romper con el cerco que se le ha impuesto a la mujer al interior de la comunidad como en la sociedad no indígena y, además porque poder abrirse y dirigirse hacia su pueblo es hacer y tener una triple incidencia: mostrar la capacidad de desenvolvimiento de las mujeres, reivindicar el derecho a una igualdad de oportunidades y ejercer el derecho de la identidad. Esto hecho ha cuestionado el esquema homogéneo del uso del idioma castellano y la predominancia masculina en los medios masivos, opacando la diversidad cultural y obstaculizando el camino para llegar a una pluralidad cultural.

Es de indicar que, en el caso de la Amazonía, las experiencias en donde mujeres indígenas han conducido programas de radios han sido en la Radio Puyo, Pastaza y en Radio Sucumbíos en Sucumbíos⁴⁴.

4. Conclusion: el derecho a ejercer los derechos indígenas a través de los medios

No se puede negar la contribución de los medios de comunicación que han sido apropiadas por las organizaciones indígenas, principalmente la radio, en la revitalización de la identidad cultural y la autoestima de los pueblos y nacionalidades como un primer paso para abrir el camino hacia la conquista de los otros derechos. Este proceso no ha sido sencillo. Como hemos visto, fueron estos medios que sirvieron, en un principio para legitimar su condición de indios sin derechos y, al contrario, posicionarles como destinados a servir a la clase poderosos y a Dios.

Pero este (hablar en idioma propio) que el pueblo indígena empezó a ejercer a través de la radio, desconociendo que todo ser humano y colectividad tenía derecho a la cultura, tal como se señala en los derechos civiles y políticos⁴⁵, fueron una muestra de cómo, por una auto conciencia de pueblo, de colectividad se fueron apersonando y ejerciendo ese derecho no conocido, desafiando a una sociedad y a un estado que omitía el derecho de los pueblos indígenas como seres humanos.

Una de las primeras acciones que eran promovidas en las localidades fue la organización, la movilización social, la protesta, la defensa de los territo-

⁴⁴ El trabajo que realicé en Radio Puyo me permitió experimentar un desafío fuerte en donde me permití romper el esquema que tenía la iglesia, al menos en mi programa, en cuanto a formalidades, para abrir el micrófono a las comunidades que querían escucharse y hacer escuchar su voz.

⁴⁵ En 1966 la ONU reconoció los Derechos Económicos Sociales y Culturales. Se fundamenta en la equidad, en igualdad de oportunidades de todos y todas y respetando las diferencias.

rios, la interculturalidad; esta última en la medida en que la programación se abría al resto del público, se involucraba al otro en aras de construir una sociedad libre de discriminación, respetando las diferencias. Se podría hablar de este modo, de una contribución a la interculturalidad que desde ese entonces se venía construyendo.

Otro derecho que fueron ejerciendo sin las garantías del Estado fue el de la educación. Sin lugar a duda, tanto la experiencia de ERPE en los Andes como de la Radio Federación en la Amazonía, así como las radios IRFEYAL y Mensaje, desde sus distantes bases ideológicas, coincidieron en educar a la población indígena cuyo objetivo se vislumbraba en un poder conocer las dos realidades y fortalecer la propia cosmovisión. De ahí que se multiplicó la educación en lengua propia.

Si bien las experiencias de estas históricas radios pusieron los cimientos para ir tejiendo, paulatinamente, esa base social que le permitiera más adelante soportar las movilizaciones para exigir al estado el reconocimiento como pueblos, no se han dado mayores progresos en lo que concierne a tener acceso fácilmente a más medios de comunicación que cubran las necesidades y demandas de todas las nacionalidades.

Esa muestra se dio durante el levantamiento indígena de 1994 en donde los medios de comunicación estigmatizaban a los indios movilizados y trataban de direccionar las noticias en medio del asombro de toda una población urbana que jamás pensó en un acto tan organizado como el levantamiento.

De allí que, el movimiento indígena fue poco a poco incidiendo en las estructuras políticas que convergieron en la asamblea constituyente, en donde, entre los derechos colectivos consta el derecho a la comunicación. «La Constitución reconoce varios derechos acerca la comunicación e información, pero «no sirven» en la práctica...»

Los pueblos indígenas ven cada vez más a los medios de comunicación como una herramienta útil capaz de reafirmar sus demandas y democratizar la palabra. Al respecto, el Diputado Ricardo Ulcuango dice:

«La comunicación se ha vuelto un poder, incluso poder de decisión en el quehacer político del país... A través de los medios de comunicación tienen el control político directo... el control de la información. Esos son los aspectos que no permiten democratizar la comunicación... Yo diría que los medios de comunicación son incluso la última palabra. Ahí está reflejando el control económico y político del país⁴⁶».

Pero el trabajo no termina allí, con la apropiación de los medios y la multiplicación de las experiencias, es necesario proyectarse hacia la autodeterminación de los pueblos indígenas con el apoyo de los medios de comunicación.

⁴⁶ ULCUANGO. *Op. cit.*

Desafíos «internos» de la comunicación indígena

Si bien el primer desafío para las nacionalidades y pueblos indígenas del Ecuador siempre ha sido el de lograr el ejercicio de su derecho a la comunicación, (lo que implica usar los medios de comunicación para difundir, para incidir en la opinión pública...) también el movimiento enfrenta desafíos «internos» relativos a la comunicación, que nos reta a enfrentarlos y superar si es que la «comunicación indígena» (entendido como el uso y manejo de los medios de comunicación modernos) sea incluyente y autogestionada.

Para llevar a cabo este derecho, es necesario tener la radio, la televisión y el Internet. Son sistemas que, por su calidad inherente de cada medio, estructuran y de cierto modo determinan la forma de comunicación de maneras que no necesariamente contribuyen a una comunicación verdaderamente horizontal y participativa, es decir que su «apropiación» y los sistemas en que se manejan pueden conducir o por lo menos ocultar a relaciones verticales. Por ejemplo, una de las razones principales dadas para promover la Red de Comunicadores Kichwas es porque, «Nos facilitará un flujo informativo de ida y vuelta, porque ahora la mayor información es desde la dirigencia regional [andina] y nacional [CONAIE] hacia las bases y de ahí no tenemos retroalimentación.»

Este artículo no es el espacio para profundizar los problemas internos del movimiento indígena ecuatoriano, pero deberán mencionarse algunas en que el tema de la comunicación tiene un rol importante que jugar, y por lo cual las políticas y prácticas comunicacionales deberán manejarse con conciencia para promover y fortalecer relaciones de equidad e inclusión, y no lo opuesto.

El sistema predominante de los medios tiende a facilitar la difusión de información de una vía, problemas que se agravan en ciertas organizaciones por la baja conciencia que tienen acerca la importancia de la comunicación; estos problemas —con notables excepciones tiene que ver con la ausencia de políticas de comunicación claras, la falta de recursos económicos adecuados, entre otros factores:

«Lo que se ha difundido son entrevistas a dirigentes, pronunciamientos de asambleas, del presidente de la organización entorno a temas de coyuntura... Pero es una presencia de todas formas impuesta desde un centro, que no tiene la réplica. No sabemos que la gente piensa, de lo que está diciendo su dirigente ... que se está discutiendo a nivel de CONAIE... Debería haber una política clara de comunicación... para que desde las discusiones de base de estas organizaciones, se pueda discutir temas que vienen de las preocupaciones que vienen desde ahí, es decir desde el saber qué dificultades están enfrentado⁴⁷».

⁴⁷ BEDON, JOSÉ LUÍS, Ex Director de Comunicación, CONAIE, 2003-2006. Entrevista, Quito, Abril 2006.

Este déficit de comunicación horizontal de dos vías no deberá verse en términos funcionalistas como un problema operativo organizacional, sino que los medios de comunicación son indispensables para facilitar el diálogo, el encuentro y la concertación entre los diversos pueblos y otros sectores sociales, base fundamental para la construcción de una sociedad plurinacional, objetivo primordial del movimiento indígena ecuatoriano. Con esto quiero resaltar la irremplazable práctica de la comunicación colectiva que los pueblos y nacionalidades mantenemos en plena vigencia.

Los pueblos indígenas no podemos enfrentar la avalancha de contenidos e imágenes en la actual globalización sin tener los mismo instrumentos por los cuales fluye la información. Los indígenas necesitamos estar informados porque como es conocida la información es poder. Esto no lleva a exigir el derecho a la información como un derecho humano indispensable tomando en cuenta que la sociedad actual exige cada vez mas estar al tanto de los ocurre en el mundo. Pero más allá de eso, la defensa de los derechos humanos, los derechos indígenas necesitan estar acompañados y fortalecidos por los medios de comunicación indígenas y no indígenas de manera que garanticen el libre ejercicio.

¿Complementariedad o subordinación? Distintas maneras de entender la relación entre mujeres y hombres en el mundo indígena

Norma Vázquez García

Perspectiva de género: una mirada crítica a las explicaciones tradicionales de las relaciones entre mujeres y hombres

La *perspectiva de género* se ha convertido en un elemento del lenguaje cotidiano en diversos ámbitos: desde las organizaciones de cooperación al desarrollo hasta diferentes organismos gubernamentales manejan tal concepto referido a sus políticas o a sus inquietudes, aunque no siempre coincidan en lo que quieren decir con tal perspectiva.

Para el presente trabajo retomaré la definición de *perspectiva de género* que hace Angélica Fauné (1999)¹ considerándola «un *instrumento conceptual operativo* que hace posible mirar la realidad desde una nueva perspectiva, que trasciende la explicación biológica de las diferencias entre los sexos, y se concentra en la identificación de los factores culturales, históricos, sociales, económicos, entre otros, que diferencian a hombres y mujeres y que generan *condiciones y posiciones de desigualdad* entre ellos, *con el fin de intervenir de manera eficaz en su modificación*» (la cursiva es mía).

Esta perspectiva, en tanto instrumento operativo para el cambio, parte del análisis sobre las relaciones de género existentes en cada comunidad o grupo social, teniendo claro que las relaciones de género son universales en tanto que:

1. Todas las sociedades están formadas por mujeres y hombres²;
2. En todas las sociedades existe una construcción cultural de lo femenino y masculino (que se puede observar tanto en los roles como en las subjetividades);

¹ Citada en «Género desde la perspectiva de las mujeres indígenas», documento referencial de la Primera Cumbre de Mujeres Indígenas de las Américas.

² Quiero añadir aquí el señalamiento de un alumno atento: «todas no, en El Vaticano sólo hay hombres y además, bastante mayores».

3. Cada sociedad tiene un conjunto de normas, tradiciones y valores que hacen *más o menos flexible* la asignación de lo femenino a las mujeres y lo masculino a los hombres;
4. En todas las sociedades hay una división del trabajo que, entre otros elementos, toma en cuenta el sexo;
5. En todas las sociedades se construyen determinadas relaciones de género;
6. Cada cultura teje una serie de ideologías, tradiciones y rituales que tienden a presentar las identidades y relaciones de género como algo «natural», estable y necesario más que como una construcción histórica que responde a necesidades de las personas y su entorno;
7. En la mayoría de las sociedades y en la mayoría de los aspectos, lo masculino tiende a valorarse más que lo femenino;
8. En la mayoría de las sociedades las mujeres están en desventaja con respecto a los hombres.

Las culturas indígenas, como el resto, tienen una concreción particular de las relaciones de género³ aunque es bastante común encontrar en ellas una división del trabajo bastante similar al de otras culturas, en donde las tareas de reproducción de la vida familiar son responsabilidad de las mujeres en tanto las tareas de producción son asignadas a los hombres.

También es cierto que, en la práctica, en muchas culturas indígenas hay una gran flexibilidad para que las mujeres realicen algunas tareas consideradas como masculinas, por ejemplo, tareas agrícolas o comerciales. No existe, sin embargo, la misma flexibilidad para que los hombres desarrollen tareas domésticas y de cuidado de la prole, incluso en algunas comunidades es aceptada con resignación la realidad la dejación y abandono masculino de sus responsabilidades conyugales y paternas.

Sin embargo, las ideologías de los Pueblos Indígenas —con sus particularidades— tienden a ser más rígidas en el mantenimiento de esa división del trabajo y, por tanto, suele haber menos aceptación de cualquier intento de cambio. Esta dinámica no es exclusiva de las comunidades indígenas, también ocurre en contextos rurales de comunidades no indígenas. En el ámbito urbano, por el contrario, hay una mayor flexibilidad para tolerar cambios en la división sexual del trabajo y esa tolerancia alcanza a las familias indígenas que viven en las ciudades⁴. Ya que la migración responde generalmente a la

³ Una amplia descripción de las relaciones de género entre varias culturas indoamericanas se encuentra en Hernández y Murguialday: *Mujeres indígenas ayer y hoy*. 1992

⁴ CAROLINE MOSSER y CATHY MCILWAINE realizan un análisis de las distintas formas de organización familiar en la Ciudad de Guatemala actual y los distintos roles de mujeres y hombres en ellas en *La violencia en el contexto del postconflicto. Según la percepción de comunidades urbanas pobres de Guatemala*.

necesidad de buscar fuentes de ingreso, no queda más remedio que aceptar ciertos «trastornos» en la organización de la vida familiar para lograr ese objetivo.

Asimismo, lo que significa ser mujer o ser hombre en cada comunidad indígena también contiene semejanzas y diferencias con otras culturas. Aunque es común a todas ellas la existencia de roles diferenciados para unas y otros y la diferente valoración de ambos, en algunas culturas funciones asignadas tradicionalmente a la feminidad suelen ser muy valoradas —la capacidad de procreación se asimila a la fertilidad de la Madre Tierra, por ejemplo, y se le tiene en alta consideración— y también se permite a las mujeres cumplir funciones importantes para la vida material y espiritual de la comunidad —como sanadoras, chamanas, guías espirituales—, realizar tareas en rituales y celebraciones, y se les respeta y venera en su condición de ancianas.

En el terreno de la reproducción, las culturas indígenas suelen ser tan tajantes como la mayoría de las sociedades occidentales y orientales: las mujeres son principalmente madres y como tal se espera de ellas que más tarde o más temprano (más temprano mientras menos oportunidad tengan de estudiar o trabajar fuera de casa) tengan una prole suficiente (el número de hijas e hijos considerado adecuado puede variar según la situación social y la tradición) y desarrollen la función maternal.

El control de la sexualidad femenina por parte de las familias también es un elemento variable en las comunidades indígenas, siendo en muchas de ellas menos estricto que en la cultura occidental. Sin embargo, la elección libre de pareja entre mujeres y hombres coexiste con el robo de mujeres o con formas simuladas de raptó en donde los hombres eligen y las mujeres aceptan fugarse. Estos modelos de formación de pareja conviven con el arreglo de matrimonios por parte de la familia.

Sea cual sea la forma en que se constituye la pareja mujer-hombre, lo cierto es que en el imaginario colectivo de la mayoría de las culturas indígenas la soltería femenina, la no maternidad, y formas no heterosexuales de relaciones afectivo-sexuales son difíciles de integrar e incluso imposibles de imaginar.

Cada cultura construye y cultiva diferentes ideologías para justificar y mantener las diferencias de género haciendo énfasis en su biología o en su funcionalidad, cuando no en su carácter sagrado (determinadas por fuerzas superiores o divinas). En las culturas indígenas también hay ideologías que tienden a *naturalizar* las actuales relaciones de género y en la medida que el respeto a la Naturaleza forma parte de la tradición indígena, las relaciones actuales de género se explican como parte de un orden natural predeterminado que no se puede ni debe alterar porque forma parte de una armonía cósmica a la que el ser humano se debe integrar.

La perspectiva de género, como señala Fauné en la definición inicial, parte de la creencia que en la construcción de las relaciones de género inciden factores culturales, históricos, sociales, económicos, entre otros. Esta idea ha sido y sigue siendo la piedra angular en la confrontación de esta perspectiva con los enfoques que justifican las relaciones existentes y se niegan a considerar su historicidad.

Es posible pensar, por tanto, que la resistencia y/u oposición de los Pueblos Indígenas a mirar con otra perspectiva las relaciones de género en su interior será semejante a las que el pensamiento feminista suscita en otros contextos, con la diferencia de que los Pueblos Indígenas se pueden encontrar argumentos que priman la necesidad de la autoafirmación y revalorización de sus culturas frente a la cultura dominante negándose a reconocer formas discriminatorias existentes en sus propias culturas.

Cuenta la crónica de la plenaria de la II Cumbre Indígena que la lectura preliminar de la mesa de género suscitó un debate entre los asistentes al exponer ideas como «el género es una imposición extranjera que erosiona la cosmovisión indígena, que enfrenta a las mujeres y hombres, que desequilibra la *Chachawarmi*, la armonía de la completud de los sexos...»⁵

Esta supuesta armonía, que va a ser un argumento reiterativo usado para rechazar el análisis de género, se construye como argumento ideológico a partir de la fuerte vinculación de las culturas indígenas con la naturaleza; así, se encuentran en muchos de los discursos de mujeres y hombres indígenas referencias a «metáforas biologicistas que vinculan la cultura a la sangre, la carne y a descendencia, lo cual niega las posibilidades de tener identidades múltiples o de reconocer la hibridez cultural que enriquece los procesos de las civilizaciones» (Hernández Castillo, 2001, pag. 216)

También es posible encontrar entre los sectores no indígenas pero que apoyan las reivindicaciones de estos pueblos, actitudes de proteccionismo ante lo que consideran cambios negativos impuestos por las culturas dominantes, en el caso que nos ocupa, considerar que las relaciones de subordinación/dominio entre mujeres y hombres así como la devaluación de lo femenino están ausentes en las culturas originarias y surgen a partir de los procesos de conquista y colonización.

Por otro lado, la precaria situación de vida de las comunidades indígenas en general y de las mujeres de esas comunidades en particular hace que derechos básicos ganados en otras sociedades (educación, salud, tierra, trabajo...) tengan un carácter perentorio, lo que lleva a pensar que la satisfacción de las necesidades prácticas de género de las mujeres aparezcan como condición básica para la reivindicación de otros derechos.

⁵ «Género en la II Cumbre Indígena: un debate controversial». www.radiofeminista.net

De ahí que la perspectiva de género en los Pueblos Indígenas implique un constante reto ya que requiere del equilibrio entre la valoración y el cuestionamiento, así como una visión del *derecho a tener derechos* que vaya más allá de la satisfacción de las necesidades básicas de sobrevivencia. La construcción de esta visión requiere de las reflexiones realizadas dentro de los movimientos indígenas sobre las relaciones de género así como del reconocimiento de los deseos y afanes de las mujeres.

Es también una herramienta útil la distinción de aquellos contenidos de las cosmovisiones indígenas que, aunque no utilicen los términos occidentales, coinciden en las formas de entender la realidad y las aspiraciones para transformarla. Por ejemplo, conceptos como *respeto*, *valoración*, *reconocimiento*, *balance*, *equilibrio* son parte integral de los discursos de las mujeres indígenas y sin duda son absolutamente compatibles con la propuesta de nuestro discurso de construir relaciones de género con equidad y justicia.

De la dualidad y la complementariedad

Una importante reivindicación de los Pueblos Indígenas es la de recuperar su derecho a explicarse el mundo que los rodea. La cosmovisión de un pueblo constituye «... el conjunto estructurado de los diversos sistemas ideológicos con los que un grupo social, en un momento dado, pretender aprehender el universo (y) adquiere las características de un macrosistema conceptual que engloba todos los demás sistemas, los ordena y los ubica⁶.»

Las organizaciones indígenas han recuperado elementos claves de la cosmovisión de sus antepasados a la que recurren para explicar su realidad actual⁷. Los grupos mayas guatemaltecos han sido particularmente activos en esta tarea. Dentro de esa cosmovisión encontramos dos conceptos claves para entender cómo explican hoy diversas organizaciones indígenas las relaciones de género: la *Dualidad* y la *Complementariedad*.

Para definir el concepto *dualidad*, retomo las palabras de María Estela Jocón⁸ que señala como «todo en el universo se rige en términos de Dualidad, el cielo y la tierra, la felicidad y la tristeza, la noche y el día y se complementan: el uno no puede estar sin el otro. Si hubiera diez días con sólo sol moriríamos, no lograríamos soportarlo. Todo se rige en términos de Dualidad, indudablemente, el hombre y la mujer».

⁶ LOPEZ AUSTIN. *Op. cit.*, p. 31.

⁷ Y que les sirve también como reivindicación de su derecho a la identidad como pueblo.

⁸ «Mujer indígena de la Asociación Política de Mujeres Mayas, Moloj, Mayib' Ixoquib', Guatemala». Citada en *Género desde la perspectiva de las mujeres indígenas*.

La idea de la *dualidad* no es exclusiva de las cosmovisiones indígenas. El pensamiento feminista retoma la evidencia empírica de la *especie humana sexuada* para sustentar su análisis de las consecuencias psicosociales de esta diferencia. Aunque el alcance que se le atribuye a esas diferencias anatómicas-fisiológicas da lugar a distintas corrientes feministas (sea que se considere esa diferencia sexual como un atributo de la persona o que se asimila la diferencia a la totalidad de la persona)⁹, lo cierto es que dentro del pensamiento moderno, el feminismo ha hecho énfasis en la importancia de esta dualidad para comprender las relaciones sociales de desigualdad que se tejen alrededor de ella.

La idea de *dualidad*, sin embargo, entra en conflicto con el concepto de *persona* propio de la Ilustración y base importante del pensamiento moderno. Persona que, por encima de sus diferencias anatómico-fisiológicas, se constituye en *ciudadano*¹⁰. El concepto de persona también ha nutrido al feminismo de la igualdad para denunciar la exclusión de las mujeres del pacto social que da origen a las sociedades modernas y para exigir igualdad de derechos y reconocimiento de su condición de ciudadanas.

Para la cosmovisión maya, la dualidad se completa de manera natural con el segundo concepto: *Complementariedad*. Hombre-Mujer no se conciben como entidades polarizadas sino contrarios complementarios, la armonía entre ambos —en la medida que son dos caras de una misma entidad— se considera fundamental para el desarrollo histórico social de una comunidad.

Para la cultura aimara¹¹, complementariedad significa también *completitud*, un estado que la persona alcanza únicamente cuando forma una pareja heterosexual. La persona integra, ciudadana (jak'i) es aquella mujer u hombre que dejan atrás la soltería y asumen el compromiso de formar una familia. Sólo al casarse, las personas adquieren el derecho al protagonismo social, a ser autoridad y dirigir las fiestas. Aunque esta complementariedad es exigida por la comunidad a hombres y mujeres, es más frecuente encontrar hombres solteros que son considerados incompletos en su proceso de desarrollo como personas. La soltería en las mujeres, sin embargo, es imposible de imaginar y, por supuesto, de aceptar.

⁹ Una profunda disertación sobre este tema la realiza MARÍA JESÚS IZQUIERDO en *El malestar en la desigualdad*.

¹⁰ El uso del masculino no es casual. El pacto social que da origen al concepto de ciudadanía se basa en el prototipo de una minoría de varones, adultos, blancos y propietarios que excluye al resto de las personas. Un análisis del tema del pacto social de la modernidad y sus consecuencias se encuentra en Baratta, «El estado mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza».

¹¹ Las características de la cultura aimara fueron proporcionadas por Abel Ticona en entrevista realizada en enero de 2003.

Por otro lado, aunque sólo la persona *jak'i* puede ser autoridad comunitaria, en la realidad actual, esta función recae en los hombres siendo escasa la participación de las mujeres en las actividades consideradas más importantes por su tradición.

La complementariedad, como se puede deducir de los ejemplos anteriores, ya no es un concepto que se basa en una evidencia (como la dualidad) sino que se construye a partir de la definición de un tipo de relación y es, como concepción ideológica-política, un elemento a debate. En la actualidad, existen en el pensamiento indígena dos visiones diferenciadas sobre cómo entender la complementariedad¹².

La Corriente Conservadora defiende la complementariedad como una característica innata de la sociedad indígena —derivada necesaria y naturalmente de la dualidad— y presupone una armonía *de hecho* en las relaciones actuales entre mujeres y hombres. La Corriente Revisionista o Crítica acepta la necesidad de la complementariedad pero considera que hay que construirla porque «actualmente esa famosa complementariedad de la cultura maya no existe, y afirmar lo contrario resulta una agresión. Sólo se quedó en la historia, ahora lo que hay es una total desigualdad, pero la complementariedad y la equidad *se pueden construir*»¹³.

Dentro de esta corriente existen dos posturas sobre el *cómo* construir la complementariedad. Una de ellas se plantea *recuperar* las relaciones igualitarias entre mujeres y hombres y la alta consideración de las mujeres en las sociedades originarias que se perdieron durante los procesos de conquista y colonización; otra, pone en duda la existencia de esas relaciones igualitarias originarias y aunque se preocupa por el rescate de las tradiciones y valores de sus culturas, centra su interés en la reconstrucción y reinterpretación de sus tradiciones reconociendo los pluralismos internos y esforzándose por *construir* la complementariedad con equidad¹⁴.

La complementariedad y la división de trabajo

A pesar de sus diferencias, tanto la corriente conservadora como la crítica tienen en común considerar a la familia como un pilar de la vida comuni-

¹² Un desarrollo más amplio de estas ideas se encuentra en «Género desde la perspectiva de las mujeres indígenas».

¹³ Alma López, concejala quiché citada en el artículo de Aída Hernández Castillo: «Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género».

¹⁴ Sobre estas distintas maneras de entender la construcción de la complementariedad con equidad véase: «Género desde la perspectiva de las mujeres indígenas» y «Entre el etnocentrismo feminista y el esencialismo étnico. Las mujeres indígenas y sus demandas de género».

taria indígena y como la expresión de la complementariedad de los sexos. La familia entendida como una formación nuclear heterosexual que interactúa con la generación anterior y que tiene fuertes compromisos comunitarios.

Tal idea de familia está fuertemente amenazada por el fenómeno de la migración, observado como un riesgo de pérdida de las tradiciones y, en última instancia, de la cultura. De ahí que las diferencias generacionales sean otro punto de tensión dentro de la cultura indígena ya que muchas jóvenes que se ven obligadas o deciden vivir en las ciudades, se encuentran con otros modelos de mujer y de familia que chocan con los que forman parte de la cultura en la que han vivido sus primeros años.

El acento puesto en la familia y la defensa de esta institución como el lugar *natural* en el que se concreta la complementariedad tiene importantes implicaciones prácticas, entre otras:

- Considerar que la división de trabajo por sexo tiene un carácter natural, cuando no divino y por tanto considerar como algo *ajeno* a la cosmovisión cualquier replanteamiento en torno a la organización de la vida familiar y comunitaria.
- Considerar inamovibles los roles al interior de la familia: el reproductivo asignado a las mujeres y el productivo a los hombres.
- Considerar una *cualidad* femenina el realizar su función natural (léase el trabajo doméstico y la crianza) al tiempo que *ayuda* al hombre en el trabajo productivo.

La *naturalidad* de la división del trabajo y de la asignación de la gestión doméstica a las mujeres es tan grande que cualquier interrogante al respecto resulta sorpresiva. Como ejemplo ilustrativo propongo lo ocurrido durante la entrevista realizada para la elaboración de este documento con dos dirigentes de organizaciones indígenas.

«En el café que acoge la entrevista estamos tres personas: ella, él y yo (la entrevistadora). Ella habla con interés y mira a la entrevistadora directamente a los ojos aunque su voz es bajita, apenas se oye por encima del ruido; él aparece cansado, distraído ¿quizá poco interesado? Pregunta la entrevistadora sobre cómo se las han arreglado para dejar tantos días a la familia en la comunidad. Ella responde inmediatamente y narra todo lo que tuvo que hacer: acumular agua, leña, buscar ayuda entre las mujeres de la familia para el cuidado de sus dos niñas y, como corolario, las largas discusiones con el marido sobre la importancia de su viaje. Cuenta que tuvieron que intervenir otras mujeres de la organización e incluso un hombre respetable de la comunidad para convencerle de que le permitiera salir, cuenta como el compromiso de sus compañeras de que él ni notaría su ausencia en el quehacer de la casa fue un punto definitivo para que aceptara dar el permiso. Mientras habla es palpable su preocupación y dice que le gustaría saber cómo están sus hijas

y marido. El, mientras tanto, mira el techo, observa los cuadros, creo que apenas la oye. De pronto se incorpora y pregunta *¿hay otro tema? Sí*, respondo, *me gustaría saber cómo se las arregló usted para venir*. Hay sorpresa en su mirada y no sabe qué responder. *¿Cómo?* Repregunto: *la compañera nos ha contado sus dificultades me gustaría saber las suyas*. El no sabe qué responder, creo que ni siquiera sabe si la pregunta va en serio pero la mirada fija de su compañera le hace reaccionar. *Yo no, no, no hubo nada. Bueno, la compañera, o sea, la mujer ya sabe que esto es así. Sí, es duro para ella porque extraña y no le gusta estar sola pero ya sabe que la lucha es así*. Insisto en la pregunta *¿pero las tareas de la casa? ¿Qué pasa cuando no está usted?* *Eso no, eso ya sabe ella, eso en las parejas ya se sabe* dice y a continuación explica lo que su organización está haciendo a favor del diálogo familiar para que las mujeres entiendan el compromiso de la lucha. A los pocos minutos, termina la entrevista»¹⁵.

Como consecuencia, la participación de las mujeres en los espacios comunitarios para la toma de decisiones está limitada tanto por la carencia de tiempo libre debido a las grandes cargas de trabajo doméstico, como por la convicción ideológica (llamada «complementariedad») de que la voz femenina no tiene lugar en la vida pública.

De hecho, buena parte de las quejas de las mujeres indígenas organizadas tienen que ver con el nulo o escaso reconocimiento comunitario (incluidos los consejos de ancianos y las propias mujeres no organizadas), cuando no el rechazo, del aporte de las mujeres en el espacio público.

«Las mujeres dicen que las sesiones no son tan importantes, que sólo quitan el tiempo y porque los hombres dicen que si no hay productos materiales no tienen por qué ir a platicar por gusto», «... y que las mujeres únicamente sirvan para cocinar, acompañar, rezar, cantar y servir la comida»¹⁶. «Los consejos de ancianos dicen que las mujeres no deben de estar en estas cosas, ellas no tienen nada que hacer aquí, ellas están en su cocina, tienen que preparar la comida, cuidar a los hijos, ellas no saben nada... Como integrante de una comunidad, uno tiene que ver por todos, yo tengo que ver por los compañeros y cuando les toque tienen que ver por mi» (mujer indígena de Oaxaca, México. Agosto 2002)¹⁷.

En el terreno de la participación política de las mujeres hay dos argumentos que se esgrimen con más frecuencia para resistirse o minimizarla, ambos basados en la visión conservadora de la complementariedad. El primero es

¹⁵ Notas de la reunión del 21 de noviembre de 2003.

¹⁶ ADICI, Diagnóstico Comunitario Participativo, pag. 25

¹⁷ Citada en «El empoderamiento para garantizar la plena, activa y propositiva participación de las mujeres indígenas y el fortalecimiento del liderazgo», documento referencial de la Primera Cumbre de Mujeres Indígenas de las Américas.

el que señala que los problemas de hombres y mujeres son los mismos —ya que no se concibe la existencia del conflicto entre ambos— y que, por tanto, la organización existente —aunque esté formada mayoritariamente por hombres— ya vela por los intereses de las mujeres¹⁸.

El otro argumento sostiene que al formar las mujeres parte de una unidad dual no puede tener problemas específicos y, por tanto, una mirada centrada sobre sus condiciones específicas de vida es una visión particular e incompleta, y la pretensión de actuar para mejorarlas es un atentado contra la armonía del cosmos.

La complementariedad y los valores de la cultura

Una tarea que reiteradamente se asigna a las mujeres es la transmisión de la cultura, en tanto que responsables de la crianza y educación de sus hijas e hijos y las encargadas de enseñar la lengua y los valores comunitarios. Hay muchas mujeres que se reconocen y reivindican a sí mismas como *hijas de la Madre Tierra*, garantes de la permanencia de la lengua y las tradiciones que tienen la gran responsabilidad de garantizar la continuidad de su cultura para sus hijos y los hijos de sus hijos¹⁹.

Preservar la cultura es una gran tarea, sobre todo cuando la encomienda no se debate para ver que se quiere conservar y cómo y, sobre todo, para delegar responsabilidades al conjunto de la comunidad. Ante la carencia de este debate y la aceptación de que esta función recae en las mujeres, ellas mismas oscilan entre la reivindicación y el cuestionamiento de tal labor. La reivindicación como formulación general y el cuestionamiento en los aspectos concretos como se verá en este apartado.

La participación social y política de las mujeres crea un desequilibrio en la organización de la vida familiar que es vista como un peligro para la preservación de la comunidad.

«Cuando las mujeres indígenas salen de la comunidad para participar en su organización o al asumir un cargo de liderazgo, necesariamente deja de lado las tareas domésticas y (re)productivas, y esto muchos hombres lo ven

¹⁸ Argumento utilizado incluso por las mujeres indígenas chiapanecas organizadas en el EZLN que, desde su aparición, enarboló como conquista la Ley Revolucionaria de las Mujeres. Ver Marisa Belausteguigoitia, «Descarados y deslenguadas: el cuerpo y la lengua india en los umbrales de la nación».

¹⁹ En casi todos los documentos elaborados antes o durante el IV Encuentro Continental de Mujeres Indígenas de las Américas hay una constante referencia a la capacidad de trabajo de las mujeres, a su espíritu de sacrificio, a su inagotable energía así como a la obligación que tienen de lugar por preservar su cultura con todo lo que ello significa de carga de trabajo y responsabilidad política.

como una situación innecesaria ya que son ellos que están en la lucha por sus derechos, y no piensan que es necesario que las mujeres se involucren y dejen de lado a la familia... La participación de la mujer indígena no sólo puede ser vista como competencia para los hombres indígenas, sino que también puede ser percibida como un peligro para la supervivencia cultural de sus Pueblos Indígenas²⁰.

El concepto de complementariedad, se centra no sólo en la división de trabajo —aunque tiene en ello un pilar fundamental— sino en la creencia de lo que significa ser mujer indígena en donde los valores de la sumisión (traducidos en obediencia a la autoridad masculina y respeto a las jerarquías establecidas) tienen todavía un fuerte peso y se combinan con una actitud de protección hacia las mujeres al considerárseles más frágiles. Cuando una mujer indígena cuestiona estos valores no sólo se cuestiona su identidad de mujer sino su identidad como indígena. «Otros llegan al extremo de acusar a mujeres indígenas destacadas como disfrazadas de indígenas para imponer el feminismo al resto de mujeres indígenas»²¹.

Intentar despojar a alguien de un elemento clave de su identidad —en este caso negar el carácter indígena de una mujer que cuestiona valores tradicionalmente sostenidos por quienes sustentan el poder en sus comunidades— es un elemento disuasorio para evitar conflictos generados por la participación política e incluso actividades comunales realizadas por las mujeres fuera del hogar, sobre todo, pensando que más allá de esa comunidad que la contiene desde la infancia, las mujeres indígenas no cuentan con respaldos suficientes para mantener su rebeldía, más aún, se encontrarán con discriminaciones racistas en cuanto salgan de sus comunidades.

Un elemento muy importante en la lucha por la valoración de la cultura indígena se centra en el traje, sobre todo en el traje de las mujeres. La utilización de la ropa tradicional fuera de las comunidades tiene varios significados, puede ser producto de la convicción, de la necesidad, un signo de rebeldía, de autoafirmación o sencillamente una manera de estar porque no se tiene otra alternativa. Sin embargo, también en torno al uso del traje las mujeres tienen distintas posturas (Monzón, sf): la reivindicación del traje como una opción política; el abandono por razones económicas o políticas; su uso como un símbolo ceremonial pero combinándolo con el uso de otras vestimentas; la consideración de que el uso en las mujeres es una imposición masculina ya que muchos hombres indígenas abandonan el traje sin que la comunidad les sancione.

Es evidente que las mujeres, al asumirse transmisoras de la cultura, tienen que empezar ellas mismas por mantener uno de los símbolos más fuertes

²⁰ MEENTZEN. Citada en *El empoderamiento para garantizar la plena, activa y propositiva participación de las mujeres indígenas y el fortalecimiento del liderazgo*. 2000.

²¹ Idem.

de identificación como lo es la vestimenta. Pero también es poco funcional ante determinadas actividades. Cada mujer resuelve el uso del traje como mejor puede pero no deja de llamar la atención como nuevamente son ellas las que se tienen que enfrentar con dilemas y cuestionamientos del entorno al usarlo o no usarlo.

Llama la atención como cuando las condiciones económicas lo permiten, los hombres indígenas adaptan su vestimenta a las condiciones del entorno sin tantas complicaciones en tanto que para las mujeres la decisión de modificar su aspecto la pone en la disyuntiva de sentirse mal consigo misma o en el riesgo de no poder desenvolverse adecuadamente en el entorno. Y siempre con la sombra de poner en peligro la cultura²².

Algo parecido pasa con la lengua. Las mujeres guatemaltecas refugiadas en México durante los años 80 se enfrentaron con serias dificultades al ser monolingües. También padecen dificultades similares todas aquellas que migran a las ciudades a trabajar sin manejar apenas el castellano. La preservación de la lengua, un derecho a defender, se convierte a la vez en una limitación para las mujeres que salen de sus comunidades lo que las pone en desventaja en el mundo laboral.

Es reveladora la experiencia de las refugiadas guatemaltecas en su proceso de castellanización. La necesidad de comunicación con la población mexicana y entre las distintas etnias llevó a la organización Mamá Maquín a impulsar programas de alfabetización y enseñanza del castellano que tuvo resultados muy positivos²³. Aunque no se reseñan las causas de los diferentes porcentajes de castellanización y alfabetización entre las mujeres de distintas etnias, si nos enteramos que la comunicación familiar se siguió manteniendo en la lengua originaria y que, a pesar del esfuerzo de las mujeres por mantener los rasgos de identidad cultural de sus hijas e hijos, la mayoría de quienes nacieron en el refugio mexicano se comunicaba principalmente en castellano.

Otro elemento de la cultura que ha tomado cada vez más relevancia son los rituales. Se está haciendo costumbre que en los encuentros de mujeres de todo tipo las actividades den comienzo con algún tipo de ritual lo que ocasiona más de una contrariedad, en parte, porque las diferencias entre las distintas

²² De las notas de la entrevista de noviembre de 2003 con dos dirigentes indígenas: «Les pregunto que tal el frío en Bilbao. Nos embarcamos en lamentaciones sobre el clima y la añoranza del sol un buen rato. Se quejan de que han tenido que caminar mucho, ella me muestra sus pies doloridos ya que sus zapatos no son nada adecuados para soportar el frío y los largos paseos bilbaínos. Comenta además que sus faldas no la dejan andar aprisa por lo que se queda atrás con frecuencia. El río y coincide en lo mucho que han tenido que caminar pero muestra con satisfacción sus zapatos de gruesa suela. No cabe duda que está en mejores condiciones para soportar mejor el clima y el ritmo de trabajo».

²³ En el recuento de su experiencia dan cuenta de la castellanización del 94% de las mujeres jacaltecas, el 91% de las mames, el 68% de las chujes y el 50% de las kanjobales. Mamá Taquín (1999). *Nuestra experiencia antes los retos del futuro*.

culturas indígenas también se traducen en diferencias en el uso y rescate de los rituales. Para algunas mujeres indígenas de Chiapas, por ejemplo, esos rituales no tienen significación puesto que han asumido los rezos de la iglesia católica como parte de su cultura²⁴, para otras mujeres guatemaltecas, sin embargo, esos rituales forman parte de la lucha por el rescate de su cosmovisión.

Cuenta Mercedes Oliveira la experiencia durante una reunión de Mamá Maquín: «El inicio de la asamblea se planificó para el 28 de mayo que en el calendario ritual, según el sacerdote maya que contrataron, era el último de los 5 días «negros» del tzolkin, durante los cuales no se pueden hacer ritos. Esto originó la discusión para decidir si se retrasaba un día el inicio de los trabajos o se empezaba sin el ritual maya. La mayor parte de las mujeres que habían viajado desde diferentes regiones del país opinaron que se iniciaran los trabajos sin el ritual pero finalmente decidieron esperar hasta la madrugada del siguiente día por el temor de ser víctimas de algún daño si no lo hacían. La falta de significado colectivo y real quedó en evidencia el día siguiente, pues en la ceremonia sólo estuvieron el Ajq'ij, su familia y alguna de sus dirigentes»²⁵.

No cabe duda que la espiritualidad y los ritos tienen gran importancia en la vida de las personas. Pero también es cierto que la experiencia concreta de las comunidades indígenas integra de distinta manera los ritos tradicionales de manera que mientras para algunas mujeres es fundamental integrarlas a sus reuniones y eventos, para otras, no pasan de ser un elemento folclórico. Esto no sería más que una muestra de la diversidad de los Pueblos Indígenas pero cada vez más se va imponiendo una distinta valoración entre quienes rescatan los ritos tradicionales y quienes no (dando por supuesto, además, que para todas tienen el mismo significado y los saben), haciendo sentirse *menos indígenas* a quienes no los practican.

Un último aspecto a destacar en torno a los valores de la cultura está relacionado con los temas relacionados al cuerpo (sexualidad, maternidad, violencia física). Ya se señalaba en las primeras páginas que parte de la complementariedad hace referencia al rol materno de las mujeres. Para la mayoría (por no decir todas) de las mujeres indígenas, la maternidad no es ahora una opción, es un destino. Tienen que cumplirlo para poder sentirse y ser reconocidas como *mujeres* plenas. Sin embargo, cuando tienen oportunidad y confianza para hablar de sus experiencias sexuales y reproductivas, sus reflexiones son muy coincidentes con las de las mujeres no indígenas.

«Al primer hijo lo esperé con mucho amor, nomás que al mes me volví a embarazar y me preocupé mucho porque mi niño estaba muy chiquito. Antes

²⁴ Sobre todo si se toma en cuenta la fuerte influencia de la diócesis de San Cristóbal de las Casas entre las poblaciones indígenas chiapanecas.

²⁵ MERCEDES OLIVEIRA (sf). *La cosmovisión maya en el trabajo de género en Chiapas y Guatemala*.

decíamos que hay que tener los hijos que Dios quiera. Llegaba la noche y venga lo que venga; ahora podríamos planificar. ¿Por qué tener diez hijos si no hay dinero?, no hay justificación. Tengo cuatro hijos y no reniego, pero si volviera a nacer no tendría más de dos». «Era mi sexto embarazo, yo pensaba que ya eran muchos hijos, pero mi esposo no... Si por mi fuera, ya no me habría embarazado, pero volví a encargar»²⁶.

Si las mujeres indígenas pudieran regularían su maternidad, usarían anticonceptivos, explorarían su sexualidad con sus parejas... el problema es que no se atreven a hacerlo de manera abierta. Eso no significa que no tengan sus formas de resistencia. En los talleres impulsados por la Coordinadora Nacional de Mujeres Indígenas de México se habló del aborto, de la violencia, del dolor por las y los hijos muertos al nacer, del cansancio del cuerpo, de la falta de placer en las relaciones sexuales, del machismo y también de cómo se las arreglan para transgredir las imposiciones.

Esta rebeldía es contradictoria porque convive con el miedo, la culpa y la resignación, sobre todo entre las mujeres de más edad. Desde mi punto de vista, esta capacidad de resistencia femenina llevó a que los hombres guatemaltecos refugiados en México se opusieran a que Mamá Maquín llevara adelante los talleres sobre Salud Reproductiva, por temor a que las mujeres ganaran en autonomía y les exigieran prácticas de anticoncepción. El miedo de ellas, por otra parte, les dificultó defender estos talleres²⁷.

Y es que, como en el resto del mundo, el precio de la resistencia puede ser muy alto y las mujeres indígenas no están exentas de sufrir la violencia y, además de la cotidiana en forma de golpes o humillaciones, la sombra de la muerte también forma parte de su experiencia colectiva. Baste recordar el asesinato de Rosa Gómez, indígena tzotzil zapatista, asesinada por su marido (también zapatista) después de participar en la Convención Estatal de Mujeres en 1994. Asesinato dentro de una organización indígena que se levantado como seña de identidad la lucha por los derechos de las mujeres²⁸.

La lucha de las mujeres indígenas como el de todas las mujeres ha seguido y seguirá un camino en donde se combinen el miedo con la rebeldía aunque, sin duda, el peso de sentirse y ser acusadas de *traidoras de su cultura* es

²⁶ Testimonios de mujeres participantes en los Talleres realizados por La Coordinadora Nacional de Mujeres Indígenas de México realizados entre julio y octubre de 2002 y recogidos en el artículo de Gisela Espinosa (2004) «Doscientos trece voces contra la muerte. Mortalidad materna en zonas indígenas».

²⁷ MAMA MAQUÍN (1999). *Nuestra experiencia ante los retos del futuro*.

²⁸ A diez años de la salida pública del Ejército Zapatista de Liberación Nacional vale la pena recordar que entre las diversas acciones en torno a la defensa de los derechos de las mujeres indígenas están la Ley Revolucionaria de las Mujeres y más recientemente queda en la memoria colectiva la presencia de la Comandante Esther en el Congreso de la Unión Mexicano el 28 de marzo del 2001 diciendo «Soy indígena y soy mujer y eso es lo único que importa ahora».

un elemento añadido de dificultad en su camino. De ahí que una garantía para que las mujeres puedan defender el derecho a su propia voz y estén en posibilidad de responder a las críticas surgidas desde sus propias comunidades, sea la existencia de organizaciones fuertes y permanentes, pues la afirmación de su identidad indígena y la revalorización de su género requieren de la construcción de relaciones de identificación y confianza con otras mujeres, requiere de la construcción de una voz colectiva.

La complementariedad vista desde las feministas indígenas

Se puede observar en la literatura de varias organizaciones indígenas un amplio listado de las problemáticas de las mujeres indígenas que muestra su desventaja en todos los terrenos con relación a sus compañeros. Menos visible es, sin embargo, la constatación de la tensión que tienen que vivir cuando se les exige participación para cambiar esa situación a la vez que, ideológica y prácticamente, se ponen obstáculos para la misma.

Cuando se acepta su derecho a la participación en espacios públicos tienen que asumir que eso no significa una redistribución de las tareas de la casa y tienen permiso siempre y cuando no descuiden a la familia y la casa, lo que se traduce en agotadoras jornadas y en dificultades para entrenarse en las habilidades sociales requeridas para la participación pública.

Por ello es que mientras siga imperando el concepto de complementariedad como algo *realmente existente* y se niegue la posibilidad de observar la realidad de las relaciones de género por temor a que se «destruya el equilibrio género-etnia que se pretende promover» según la formulación frecuentemente encontrada en los comunicados y documentos de diversas organizaciones indígenas, las mujeres tendrán serios problemas para transformar su posición de subordinación en otra que las considere sujetos con derechos y, por ende, agentes de la mejora de sus condiciones de vida.

La complementariedad se convierte en una fuente de tensiones para las mujeres que tienen que defender su identidad étnica —asumiendo ellas también el discurso de la complementariedad— a la vez que reconocen sus difíciles vivencias cotidianas. No es casual que, cuando se les pregunta, hablen largamente de su carga de trabajo, de su falta de derechos y de los malestares físicos que les ocasiona esa permanente tensión generada al interior de sus familias y comunidades:

«Me da dolor de cabeza y de corazón; se desespera y se le trastorna la menstruación; me siento triste; se me descontrola el carácter; (tengo) dolor de estómago; (tengo momentos de) desesperación y llanto»²⁹.

²⁹ BARRIOS-KLÉE y GAVIOLA (2001). *Mujeres mayas y cambio social*.

Para elaborar una estrategia en concordancia con la inquietud de las mujeres indígenas de transformar sus malestares en propuestas (algunas de las involuacradas en esta tarea se llaman a sí mismas feministas³⁰ y otras no lo hacen pero reconocen la necesidad de una nueva mirada y práctica para superar su situación de extrema marginación) es importante tomar partido por su visión de la complementariedad y acompañar su insistencia en la necesidad de que la equidad de género y el respeto y valoración de las mujeres son imprescindibles para construir la armonía entre los seres humanos y la naturaleza establecida en su cultura.

La complementariedad dice María Estela Jocón, indígena guatemalteca es «partir del **respeto** y la **valoración** del otro, de unos hacia otros, y no de la supremacía del uno sobre el otro. Es una **relación respetuosa**, sincera, equitativa, de balance, de equilibrio, de respeto y armonía, en la que tanto el hombre como la mujer tienen la oportunidad, sin que suponga una carga más para la mujer, sino un elemento facilitador. Solamente así se podrá estar bien espiritualmente, con el propio ser humano, con la tierra, el cielo y los elementos de la naturaleza que nos dan oxígeno».

El respeto a las mujeres indígenas y la valoración de su persona (no sólo de su «aporte» a la familia y la comunidad) pasa por una práctica en donde se reconozcan y se discutan con ellas sus deseos e inquietudes y no solamente sus problemas y dificultades. Llama la atención, por ejemplo, los resultados bastante diferentes de dos diagnósticos realizados con la misma población de mujeres³¹, resultados que surgen de *enfoques* distintos sobre cómo abordar la realidad de la indígena maya.

Al preguntar a las mujeres sobre sus sentimientos, necesidades y deseos, las autoras del primer diagnóstico abrieron la puerta a que las mujeres pensaran en ellas como personas, actividad sorprendente para ellas pues no es la práctica generalizada pensar que ellas pueden tener inquietudes y aunque les cuesta verbalizarlas, fueron capaces de empezar a verlas. Ese reconocimiento de su deseo es la base para iniciar procesos de empoderamiento (individuales y colectivos), de reconocer que tienen posibilidades de salir adelante con sus propias habilidades y motivadas por impulsos propios.

Las mujeres indígenas que han ganado camino en este proceso de valoración —y podemos imaginar lo difícil que es—, son capaces de generar propuestas y reflexiones propias, donde integran las inquietudes surgidas de la reflexión de su identidad como mujer y como indígena.

³⁰ Y reclaman al movimiento feminista no indígena no tenerlas suficientemente en cuenta reclamando su compromiso con la lucha de las mujeres indígenas.

³¹ El primer diagnóstico es el titulado «Acercamiento a la realidad de las mujeres indígenas de las áreas rurales de la Verapaz» realizado por Marie-Joséphine Gobels y Marta Fidelia Quib del Departamento de Promoción de la Mujer del Centro de Información, Investigación y Documentación. El otro es el «Diagnóstico Comunitario Participativo» realizado por Alfonso Buc Choc y el Equipo ADICI.

«Como feminista indígena me propongo recuperar los principios filosóficos de mi cultura y hacerlos aterrizar en la realidad del siglo XXI, es decir, criticar lo que no me parece de mi cultura aceptando orgullosamente que a ella pertenezco. El feminismo indígena, para mí, parte de un principio, las mujeres somos, desarrollamos, revolucionamos con el objetivo de construirnos como **una persona independiente que se forma en comunidad, que puede dar a los otros sin olvidarse de sí misma**. Los principios filosóficos que yo recuperaría de mi cultura son la equidad, la complementariedad entre hombres y mujeres, entre mujeres y mujeres, y entre hombres y hombres³²».

El feminismo indígena en su desarrollo seguramente podrá enseñarnos cómo desde una cultura que prima el diálogo sobre la confrontación se logra construir relaciones respetuosas y de equidad y cómo se pueden frenar los procesos de violencia masculina ante los cambios que las mujeres le exigen. Sin duda, su experiencia particular será de gran utilidad para otras experiencias feministas y seguramente convergerá en su camino con planteamientos históricos de esta propuesta política.

La resolución adoptada por las indígenas participantes en la Primera Cumbre de las Mujeres realizada en Oaxaca, en diciembre pasado es una muestra de esta confluencia ya que ellas asumen el empoderamiento como una estrategia de actuación y reconocen que éste «no es un *proceso neutral* ya que con la participación y el cambio de relaciones de poder o la búsqueda de este cambio se puede encontrar alteraciones sociales y culturales, ya que se da una redistribución del poder o de la participación en los espacios de toma de decisiones. El empoderamiento es una forma de liberación de los antiguos patrones que mantienen a las mujeres indígenas aisladas del control en sus vidas, llegar a esa justicia social donde puedan obtener la libertad y control sobre situaciones que otras personas tienen, creando al mismo tiempo un desequilibrio o confrontación con mujeres y hombres indígenas que contradicen la necesidad de una participación más activa de las mujeres indígenas en espacios de poder y participación»³³.

Reconocer que se necesita una redistribución del poder es aceptar que el poder actual no nos gusta porque es injusto para con las mujeres y alienante para los hombres y que no hay complementariedad que valga para las mujeres ni para los hombres si insiste en mantener esta injusticia.

³² Alma López, concejala quiché. En R. Aída Hernández Castillo, *op. cit.*

³³ «El empoderamiento para garantizar la plena, activa y propositiva participación de las mujeres indígenas y el fortalecimiento del liderazgo».

PARTE IV

Dinámicas políticas y pueblos indígenas

Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas

Bartolomé Clavero

1. Establecimiento de los Estados y sus fronteras¹

Los Estados de lo que hoy llamamos América Latina nacen en la primera mitad del siglo XIX dotándose, como normas fundamentales, de constituciones confeccionadas por las que entonces eran minorías de cultura europea, pero afectando seriamente a las mayorías indígenas. Sus planteamientos generales ignoran su presencia y sus disposiciones particulares, cuando la contemplan, lo que proyectan es una asimilación sin consideraciones. Aquellas constituciones de hace cerca de dos siglos predicaban derechos y libertades, pero también entendían que la humanidad indígena no habría de disfrutarlos hasta que no dejara de serlo, esto es, hasta que no abandonase lo que les distinguía.

Era la indígena entonces una inmensa mayoría que por regla general no sólo mantenía lenguas y culturas propias, modos propios de comunicación y convivencia, sino también un notable control del territorio y los recursos. Formaban pueblos y comunidades que en parte se habían mantenido independientes del colonialismo europeo, inclusive del español, y que en ningún caso se habían dejado someter enteramente. Los únicos pueblos indígenas realmente dominados eran los extinguidos, también bastantes. Entre los su-

¹ Para completar el presente texto puedo remitir a dos libros míos que amplían explicación y registran bibliografía: *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, y *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, ambos publicados por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, uno en 2000 y el otro en 2005; Por otro lado, se pueden encontrar textos de *Pro-nunciamientos Indígenas de las Constituciones Americanas* en internet: <http://www.alertanet.org>, *Portal de Derecho y Sociedad* que ofrece ulterior información acerca de derecho indígena. Sobre la tesitura actual, tengo en la red un libro también de libre acceso: <http://www.us.es/de-recho/clavero/retablo.pdf>, *Retablo Constitucional de Derecho Indígena: Ecuador, Venezuela, Bolivia, México*.

pervivientes del sometimiento colonial, abundaban las comunidades de carácter local o también regional que mantenían un grado desigual, a menudo acentuado, de autonomía o autogobierno con cierto control de sus vidas y de su hábitat. Entre los pueblos que mantenían su independencia, los había que entraron en una política de tratados o acuerdos formales con las potencias coloniales entendiendo justamente que así se aseguraban un trato de respeto y una relación de reciprocidad.

Las constituciones de los estados latinoamericanos comenzaron en la primera mitad del siglo XIX por ignorar dichas realidades. Pretendiendo que heredaban unas fronteras trazadas por el colonialismo, las cuales en realidad eran ficticias, no aceptaban que existiesen territorios indígenas independientes. Por ejemplo, la primera constitución de Chile, de 1824, hace esta única previsión explícita referente a indígenas: «Corresponde al Congreso cuidar de la civilización de los indios del territorio». Una institución del estado se atribuye así poderes sin reserva ni garantía ninguna de derechos para los presuntos beneficiarios, *los indios del territorio*. La misma constitución ha comenzado definiendo su espacio: «El territorio de Chile conoce por límites naturales: al sur, el Cabo de Hornos; al norte, el despoblado de Atacama; al oriente, los Andes; al occidente, el mar Pacífico». Lo hacía de modo que se extendía a tierras indígenas incluso en casos que, como el de los mapuches, habían mantenido a raya al colonialismo español consiguiendo que reconociera formalmente la frontera del río Bío-Bío. El espacio constitucional comienza por ignorar el territorio indígena con la virtual expropiación masiva, no sólo de tierras, que ello implica. Se ignora, pretende ignorarse, que existen como pueblos organizados con autoridades propias.

Un intento anterior de constitución en Colombia, de 1811, hace previsión de «tratados y negociaciones» con indígenas, pero bajo los mismos supuestos. De una parte ha definido el espacio del estado incluyendo los mismos territorios respecto a cuyos pueblos se hace tal previsión de acuerdos. De otra parte los tratados se contemplan como medios provisionales para establecer los poderes del estado e introducir población no indígena que se hiciera cargo del territorio. No deja de amenazarse con la guerra si no hay conformidad de parte indígena. De todo esto se hace previsión expresa en dicha constitución. En otros casos la política es similar aunque las constituciones no la formulen.

México hereda tratados entre España y Naciones indígenas por toda la zona norte que luego, a mediados del siglo XIX, pasaría a los Estados Unidos. Los hay de reconocimiento mutuo con acuerdo de amistad y comercio y también que establecen una relación más estable en términos confederativos. Por la significación de esto último, veamos con algún detalle un ejemplo. En 1793 la nación española y la nación cherokee se suman mediante tratado a una confederación de otras naciones indígenas por aquella zona. Uno de los

puntos básicos del tratado es el de la garantía de fronteras: «Las expresadas Naciones (indígenas)... piden que sus Ministros (de España) arreglen y convengan con los Estados Americanos, los límites de cada una, fijándolo de un modo permanente, para evitar todo motivo de discordia». Esos Estados Americanos son los Estados Unidos con quien tales Naciones tienen también firmados tratados de fronteras que no se estaban respetando por esa parte no indígena.

España y los Estados Unidos efectivamente acuerdan a continuación, en 1795, un tratado de fronteras. No contiene exactamente lo previsto por las Naciones indígenas pues, como si éstas no existieran o como si no se tratase de sus territorios, las delimita directamente, sin espacios intermedios, entre España y los Estados Unidos. Hay más: «Existiendo varios tratados de amistad entre las expresadas naciones (indígenas) y las dos potencias (España y Estados Unidos), se han convenido en no hacer en lo venidero alianza alguna o tratado, excepto los de paz, con las naciones de indios que habitan dentro de los límites de la otra parte». No sólo así las constituciones, sino también los tratados entre Estados, procuran cancelar los tratados con indígenas, reduciéndolos a simple recurso en evitación de guerra sin compromisos sustanciales algunos. Cuando se suscriba un nuevo tratado de fronteras entre España y los Estados Unidos en 1819, ya en vísperas de la independencia definitiva de México, se sentará la tónica de mostrarse todavía menos consideración con los pueblos indígenas concernidos, como si los tratados con ellos no existieran. Ignorándolos, México independiente prefiere la herencia de las fronteras con los Estados Unidos acordadas por España.

España no entendía de confederaciones o adoptaba la pose interesada de no enterarse. En el mismo tratado susodicho de 1793 procedía a este género de manifestaciones: «La Nación Española y todas las Naciones Indias expresadas en este Tratado aprueban y ratifican todo lo que en él se contiene, y recíprocamente prometen y juran de ser garantes unos de otros, y de considerarse dichas Naciones Indias como una sola bajo la protección de Su Majestad Católica Rey de España y Emperador de las Indias». El horizonte indígena era precisamente el contrario, el del mantenimiento de la pluralidad confederativa, como no dejaba de reflejarse en el mismo tratado: «Las Naciones Chichas, Creek Talapuche, y Alibamón, Cherokee, y Chactá, hacen una alianza ofensiva, y defensiva, de modo que todas en general, y cada una en particular, prometen considerar unas a otras como parte de sus propias Naciones, de socorrerse recíprocamente y de no determinar punto esencial, que pueda influir en la seguridad y conservación de cada una sin consultar a las demás». En su versión del tratado, España quería reducir las naciones indígenas a una sola y someterlas además a lo que llamaba su protección, lo que evidentemente no eran los términos del acuerdo para las otras partes. Y un tratado es cosa como mínimo de dos, no lo que pretenda una parte sola.

La primera constitución efectiva de México ya independiente establece en 1824 una federación de estados, pero sin admitir, pese a los propios tratados, que las naciones indígenas pudieran constituirlos ni formar parte. La técnica la copia México de los Estados Unidos. Se constituyen estados de la federación allí donde la minoría no indígena fuera capaz de hacerse cargo. Donde no, el territorio quedaba sujeto directamente a los poderes federales para la puesta en práctica del tipo de política que hemos visto formularse en Colombia. México también seguiría recurriendo a tratados como un medio más de penetración en el territorio en percusión de su dominio definitivo frente al propio sentido de los acuerdos para la parte indígena. Aunque, como hemos visto en los tratados entre España y los Estados Unidos, los estados querían domesticar a los pueblos indígenas en el sentido de recluirllos dentro de sus fronteras, de las estatales, y excluirllos así del ámbito internacional, durante un buen tiempo la realidad es bien otra. Por regla general tales mismas fronteras seguían siendo ficticias. Eran territorios indígenas con desigual, aunque creciente, población no indígena y con una precaria presencia de los estados. En el interior de ellos mismos, la realidad también se acercaba a menudo a esta situación. Comunidades y pueblos indígenas seguían controlando parte importante de territorios y recursos establecieran lo que estableciesen, presumieran lo que presumiesen, constituciones y tratados de Estados.

A mediados de siglo, en 1857, el federalismo se recupera con una nueva constitución en México, tras un periodo poco constitucional. Ya existe la frontera actual con los Estados Unidos como si no existieran pueblos indígenas. A un lado y al otro las respectivas federaciones de estados entendían que la cuestión indígena ya era doméstica y que las relaciones internacionales les correspondían a sí mismos en exclusiva, a México y a los Estados Unidos, no a los estados internos de cada federación ni tampoco, mucho menos, a los pueblos indígenas. Mas he aquí la única referencia a indígenas de dicha constitución mexicana: «Los Estados (de la Federación) no pueden en ningún caso celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado, ni con potencias extranjeras. Exceptúese la coalición que pueden celebrar los Estados fronterizos para la guerra ofensiva o defensiva contra los bárbaros». La exclusiva del derecho internacional seguía sin funcionar respecto a pueblos indígenas en México y por el resto del continente de América. Los casos que contemplamos son ejemplos.

Los estados nunca estuvieron dispuestos a admitir independencias indígenas ni a buscar acomodo alguno mínimamente digno para los pueblos que resistían o que incluso evitaban el contacto. He aquí lo que tenía que decir sobre el particular en su libro sobre *Derecho Internacional* el escritor de aquellos tiempos al que se tenía por la parte no indígena de toda Latinoamérica como la máxima autoridad en esta y otras materias, Andrés Bello:

«Un pueblo bárbaro, que desconoce los deberes de la humanidad y las leyes de la guerra, debe mirarse como enemigo del género humano». No se hacía exclusión ni del genocidio. Deberes de la humanidad y leyes de la paz y de la guerra no hace falta decir qué parte unilateralmente presumía los unos y definía las otras.

2. Imperativo de civilización y privación de derechos

Chile nacía apropiándose de un plumazo del territorio mapuche o haciendo el intento, pues aún le costaría, con el objetivo, que se confesase, de su civilización, como hemos visto. Era una alegación usual en unas primeras constituciones latinoamericanas que, en algunos casos, se ha mantenido de forma expresa durante bastante tiempo. La constitución de Perú de 1823 atribuye al Senado, una cámara del Congreso, «velar sobre la conservación y mejor arreglo de las reducciones de los Andes y promover la civilización y conversión de los infieles de su territorio conforme al espíritu del Evangelio», lo que la de 1823 reformula en términos más laicos para encomendárselo ahora a autoridades departamentales: «Entender en la reducción y civilización de las tribus de indígenas limítrofes al departamento y atraerlos a nuestra sociedad por medios pacíficos». Con unas o con otras atribuciones de competencias, el objetivo de la civilización es lo usual, se registre o no por la norma constitucional. Desde 1853 y durante largo tiempo la constitución de Argentina ha atribuido al congreso el cometido de «conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo». La de Paraguay especificó en 1870: convertirlos «al cristianismo y a la civilización».

Algunas formulaciones constitucionales se producen en términos de mayor continuidad con el colonialismo por seguir confiando en autoridades religiosas. He aquí la disposición de la constitución del Ecuador en 1830: «Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indios, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable». Lenguaje tan directo no resulta habitual en las normas constitucionales, pero lo es la previsión del gobierno religioso de los territorios indígenas. A veces la constitución tan sólo hace la previsión de que los mismos puedan atenerse a un régimen especial, al margen del general que la propia constitución contempla, dándose con esto cobertura a concordatos eclesiásticos o leyes estatales entregando pueblos indígenas a órdenes religiosas con la misión de que les civilicen. El caso más destacado al respecto es el de Venezuela donde dicha previsión constitucional (1858: «los territorios ocupados por tribus indígenas, podrán ser... regidos por leyes especiales», cambiando el lenguaje, pero no el fondo, en las consecutivas) da

pie a una legislación de misiones con dicha política de civilización religiosa que dura todavía durante la mayor parte del siglo XX.

Cuando las fórmulas constitucionales son tan vagas, no pensemos que siempre significan lo mismo. Cuando Panamá se independiza de Colombia, a la entrada del siglo XX, existen en su territorio pueblos indígenas independientes que se resisten al nuevo Estado como se habían resistido al anterior, al colombiano, y al colonialismo español precedentemente. Algunos, como el kuna, tenían suscrito tratado de reconocimiento mutuo con España que Colombia, como era pauta, ignoró al independizarse. Pues bien, la constitución de Panamá hace desde 1941 la previsión de que «la Ley podrá crear comarcas sujetas a regímenes especiales», lo que en su caso es una fórmula de resignación a independencias indígenas intentando reducirlas a autonomías domésticas mediante legislación especial. La excepción tampoco es que excluya la regla. Conforme a un planteamiento que venía de la propia independencia y a una práctica que procedía de Colombia, la misma constitución panameña dispone que «la Ley dispondrá los auxilios que se le deban prestar a dicha Religión (la católica) y podrá encomendar misiones a sus Ministros en las tribus indígenas». En el caso de Panamá esto se da en un contexto que puede ayudarnos a entrar en la apreciación de lo que significase la misión civilizatoria en manos religiosas o en las políticas.

Panamá se caracteriza por constitucionalizar la libertad religiosa desde su independencia: «Es libre la profesión de todas las religiones», reza la constitución de 1904. Tal otra referencia a una sola religión viene a continuación por vía de excepción: «Se reconoce que la Religión Católica es la de la mayoría de los habitantes de la República», con dicha consecuencia de financiación pública y encargo misionero. Nótese que en un mismo párrafo se reconoce libertad de religión en general, para «todas las religiones», y si le niega en particular a indígenas con el proyecto de someterseles a gobierno misionero. Y no hay indicio ninguno de que hubiera conciencia de la contradicción. No es difícil adivinar la lógica subyacente que ni siquiera advierte discordancia en la denegación de libertad que viene a continuación y como consecuencia de su reconocimiento.

Para el sector social que producía las constituciones, la religión católica propia o, por virtud de la libertad religiosa, todas las confesiones cristianas representaban civilización, la civilización en singular pues no reconocían otra, mientras que la gente indígena, de no dejarse convertir, sólo tendría barbarie o carencia pura y simple tanto de civilización como de religión, incultura rotunda en suma y no cultura propia alguna. La expresión de barbarie para indígenas también aparece en constituciones como ya hemos detectado. Sus religiones se tenían por supersticiones y no se entendían por tanto comprendidas en la categoría que cualificaba para la libertad: «todas las religiones». Antes de ser libre, el individuo indígena tenía que ser civilizado.

Mientras tanto no podía tener los derechos ni gozar de las garantías que las mismas constituciones contemplaban. Podía ser entregado sin los unos ni las otras a gobierno de misiones.

La civilización implicaba ante todo conversión religiosa e implicaba más cosas. El individuo indígena cristiano o que pasara por tal tampoco escapaba a las previsiones de aquella política civilizatoria que entrañaba una suspensión implícita, pero bien efectiva, de derechos y garantías. Desde temprano hay constituciones que dibujan la visión y plantean el programa con extrema claridad. Ya en 1811, el primer intento de constitución de Venezuela procede a la formulación con explicaciones. Sienta ante todo que «la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios» es partícipe de la misma libertad que cualquier otro venezolano, de «los derechos de que gozan por sólo el hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie», pero puntualizando al tiempo que tal parte, la indígena, precisa y se hace acreedora de un tratamiento especial para el que habrían de dotarse instituciones: «escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias... a fin de conseguir por estos medios sacarlos del abatimiento y rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de las cosas y que no permanezcan por más tiempo aislados y aun temerosos de tratar a los demás hombres», excluyéndose en este caso que fueran los «Curas de sus parroquias» quienes se hicieren cargo. Esta constitución tampoco dejaba de marcar un territorio del estado apropiándose de territorios indígenas. Y hay más.

Dicho mismo programa constitucional venezolano se extiende a anunciar el resultado final en el terreno económico de esas previsiones que parten de la igualdad de derechos para dejarla en suspenso mientras que no se adquiera una cultura, la criolla que se considera como única. Helo: «el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas (a los «ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios») y de que están en posesión, para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan como verdaderos señores». Adviértase no sólo lo que se dice, sino también cuanto se implica. Resulta que los indígenas sólo serán propietarios cuando admitan un sistema de propiedad privada, pues antes se les dice que no lo era. Tendrían tierras «concedidas», se entiende que primero por el colonialismo y ahora por el Estado, y además «en posesión», no en propiedad. Se implica más. No se dice que lo que se está programando es la desaparición de pueblos y comunidades indígenas como propietarias y más que propietarias. El transcurso al sistema de propiedad privada, «como verdaderos señores», entraña la renuncia al control colectivo de los territorios, a la propia autonomía, así como el abandono de las propias culturas. La igualdad de derechos que se programa tiene como requisito la pérdida de los propios derechos.

Cada vez que cualquiera de aquellas constituciones latinoamericanas se refiere al objetivo civilizatorio de cara a la humanidad indígena, sea dicho en términos religiosos o en los laicos, es eso exactamente lo que se está programando, un acceso a una cultura con renuncia a la propia, un logro de derechos con pérdida de los propios, sin contarse con el consentimiento de la humanidad supuestamente interesada, pues se parte de entenderla como bárbara y así incapacitada. Y los términos del intercambio son absolutamente desiguales pues se pierden poderes sobre territorio, recursos y gobierno propios que pueden amparar los derechos individuales a cambio de unos derechos bajo poderes ajenos.

No nos fiemos de cómo la parte no indígena sigue viendo esta historia en términos de contraposición entre derechos colectivos, los indígenas, y derechos individuales, los constitucionales. En ambas parte hay poderes y derechos y la clave reside en la libertad humana para moverse entre ellos. La parte criolla, la que hacía aquellas constituciones, ni siquiera concibe que los individuos indígenas pudieran ejercer una libertad de adhesión a sus comunidades y pueblos o de adopción de otra cultura. Para ella, la parte no indígena, la persona indígena, mientras que sea indígena, no puede tener por sí derechos.

3. Cobertura constitucional de la propiedad comunitaria

Si hay alguna constante en el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX es la de dar por supuesto que es incompatible con las comunidades indígenas en lo que toca a la propiedad de las tierras y los recursos. Ante la realidad y la resistencia de formas comunitarias, se muestra más dispuesto a ceder en cualquier otro terreno que en éste del derecho de propiedad. Aparecía como objetivo final porque era el primero: «las dividan y dispongan (de las tierras) como verdaderos señores» en régimen de propiedad privada. Tan asumido se tiene esto por aquellas constituciones que lo normal es que ni siquiera se especifique por ellas mismas. Se da por supuesto como digo. Los congresos y los gobiernos emprenden políticas privatizadoras frente a las comunidades indígenas en cuanto que tienen la oportunidad y cuentan con la fuerza. De conseguir arrasar con la propiedad comunitaria, destruyen culturas, modos de vida, accesos a recursos y, en suma, las comunidades mismas. Mas el interés donde se centra es en la propiedad.

Hay momentos de políticas no agresivas o incluso permisivas con las comunidades sin que impliquen, como ya sabemos, reconocimiento de derechos, pero marcándose en todo caso una diferencia. A veces esta otra posición llega a elevarse a formulación constitucional. He aquí lo que dice en 1838 la primera declaración de derechos de Guatemala independiente del colonialis-

mo español y de la Federación de Centroamérica: «Las leyes amparan al débil contra el fuerte», por lo cual, entendiéndose que los indígenas están en el primer caso, «las leyes deben protegerlos a fin de que se mejore su educación; de evitar que sean defraudados de lo mejor que les pertenece en común o en particular; y que no sean molestados en aquellos usos y habilidades aprendidos de sus mayores, y que no sean contrarios a las buenas costumbres». El inciso que se refiere, entre las cosas a ser protegidas aun con las consabidas limitaciones, a pertenencias «en común» implica realmente el reconocimiento de las comunidades a más efectos que los dominicales. Así fue en Guatemala. A la postre se trata de treguas. Avanzado aquel siglo, el XIX, no dejarán de adoptarse también en su caso, como expresión que se entiende de constitucionalismo, liberalismo y progresismo, la política agresiva frente a las comunidades comenzándose por el programa de privatización.

Estos prolegómenos son oportunos para que apreciemos el importante giro que se produce en algunos de los estados latinoamericanos, no en todos, entrado el siglo XX. Comienza en México y sigue por Perú, Bolivia, Ecuador, Guatemala... El cambio lo trae la revolución mexicana, cuya constitución establece en 1917 lo siguiente: «los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren ... Sólo los miembros de la comunidad tendrán derecho a los terrenos de repartimiento y serán inalienables los derechos sobre los terrenos mientras permanezcan indivisos». No nos despiste el lenguaje. Se está nada menos que constitucionalizando la propiedad comunitaria y, con ello, ofreciendo cobertura a todo el resto de la vida de la comunidad, permitiendo con todo un margen, sólo un margen, de autonomía y de derecho indígenas. Que sea la propia constitución la que ofrece garantías a la propiedad comunitaria declarándola inalienable pone término a la política privatizadora, pero también priva a la comunidad del ejercicio de un grado importante autonomía conforme al propio derecho. Como ya hemos podido andar detectando, la protección puede suponer incapacitación.

El modelo mexicano no es que tenga seguimiento, sino que otros estados, por los conflictos que también arrastran, vienen ahora a una posición constitucional semejante. La constitución del Perú provee en 1920 que «los bienes de propiedad de comunidades de indígenas son imprescriptibles» pues «La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas», añadiéndose que «la ley declarará los derechos que les correspondan». Ley se entiende la del estado con la implicación consabida de protección que incapacita. La también peruana de 1933 ratifica y refuerza sin cambiar de línea: «Las comunidades indígenas tienen existencia legal y personería jurídica. El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. La ley organizara

el catastro correspondiente. La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es, asimismo, inembargable».

La constitución de Bolivia declara en 1938 en términos más generales que «reconoce y garantiza la existencia legal de las comunidades indígenas». La del Ecuador de 1945 se compromete a un respeto de la propiedad que no se reduce a la privada: «el estado también protegerá la pequeña propiedad y la propiedad comunal», al tiempo que se establece una procuraduría «para la defensa de las comunidades indígenas». La de Guatemala del mismo año, 1945, determina que «las tierras ejidales y las de comunidades que determina la ley, son inalienables, imprescriptibles, inexpropiables e indivisibles» tras haber declarado «de utilidad e interés nacionales el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas». En 1946 la constitución de Panamá resulta más ambigua: «el Estado dará protección especial a las colectividades campesinas e indígenas con el fin de integrarlas de manera efectiva en la comunidad nacional en cuanto a sus normas de vida, lo económico, lo político y lo intelectual. La acción relativa a los indígenas se efectuará conservando y desarrollando al mismo tiempo los valores de la cultura autóctona». El desarrollo ulterior de unas y otras previsiones, según los estados, fue muy desigual, pero aquí nos interesan las manifestaciones constitucionales que está marcando un cambio de tendencia algo más consistente que el de las treguas por tablas del siglo XIX.

He dicho algo más consistente en términos así relativos porque hay altibajos y también giros en redondo de marcha atrás. No lo supone una reforma constitucional de México en 1934 cambiando el lenguaje florido de «condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población» por el más sintético e inespecífico de «núcleos de población», pero sin alteración de fondo. Sí la hay en Guatemala con una nueva constitución en 1956 que limita la atención a indígenas a una sola frase marcando realmente un cambio de rumbo: «Se declara de interés público el fomento de una política integral para promover el desarrollo de la cultura y el mejoramiento económico y social de los grupos indígenas». La constitución de Bolivia mantiene en 1967 el registro comunitario, pero con un nivel de compromiso bastante rebajado: «Se garantiza la existencia de las propiedades comunitarias, cooperativas y privadas. La ley fijará sus formas y regulará sus transformaciones», también esto que puede perfectamente cubrir políticas privatizadoras. Aun atravesándose igualmente en sus casos fuertes altibajos, las constituciones respectivas del Ecuador en 1978 y la del Perú de 1979 siguen refiriéndose a «comunidades indígenas» como entidades reconocidas a ser objeto de protección, no sujeto de derecho.

El estado más constante en la línea de garantizar la propiedad comunitaria como cobertura constitucional de la misma comunidad es el pionero, México,

pero en su caso la quiebra viene a producirse de forma bastante radical en 1992. Ahora es cuando se reforma el artículo que comenzara hablando de «conduñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus» y etcétera para producirse una modificación de fondo. La constitución deja de ofrecer su protección a la propiedad de las comunidades pasando a favorecer las privatizaciones que se decidan, bajo la fuerte presión a estas alturas del mercado, por las comunidades mismas. No se retira protección del estado por admitirse autonomía de comunidades ni pueblos, pues esto sigue fuera de la agenda constitucional, sino para abrir espacio de maniobra a todo tipo de intereses anticomunitarios. En realidad la reforma constitucional de 1992 también establecía que «la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas», pero esta ley nunca ha llegado, mientras que, en cambio, han venido diligentes las leyes que abren espacio a dicho juego de intereses en el mercado. El año 1992 hubo otra reforma constitucional en México para proclamar que «La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas», pero la importante evidentemente para los indígenas era la de signo anticomunitario. Un reconocimiento de pasado, ese de los orígenes de México, encubría un ataque de presente. El neozapatismo se presentó como una respuesta a la defensiva.

Toda la implicación a favor de las comunidades indígenas que tuvo el reconocimiento constitucional de la propiedad es también toda la que alcanza en su contra el dismantelamiento de tal garantía. Los estados latinoamericanos quieren recuperar unos planteamientos originales con otra retórica, ahora la políticamente liberal y económicamente mercantil, frente a propiedad y a comunidad indígenas. Sin embargo, en los últimos tiempos también se asiste a una recuperación indígena que interesa a las constituciones. Lo ocurrido por 1992 en México es también una muestra de la complejidad de una situación. El reconocimiento de la «pluriculturalidad» no fue sólo una cortina de humo o una maniobra de encubrimiento del viraje sustantivo en materia de propiedad. Respondía también o incluso principalmente a una pujanza de reivindicaciones indígenas ante las que se quería así salir al paso. Y aún más. El reconocimiento de las culturas en plural, con todo lo que representa frente al supremacismo civilizatorio, por no decir racismo puro y simple, eso que se arrastra desde tiempos coloniales, va a ser un motivo clave para las mismas constituciones.

3. Derecho a la cultura y autonomía indígena

Llegamos ya a constituciones que están vigentes. Lo hemos hecho con la reforma mexicana de 1992 que dismantela la garantía constitucional de la propiedad comunitaria con todo lo que venía implicando para las comunida-

des indígenas desde los tiempos de la revolución. La del mismo año que se refería a la multiculturalidad por orígenes indígenas va a ser en cambio objeto de otra reforma, que la amplifica, en 2001. Durante estos últimos años, el motivo de la pluralidad de culturas en el interior de los estados con los derechos que su reconocimiento pueda generar se ha convertido en la clave de un pronunciado giro del constitucionalismo por Latinoamérica. Veamos. Repito que ya hemos llegado al momento actual. Como la historia constitucional previa, con racismo y todo, no se esfuma por las buenas y sigue, cuando menos, latente o, cuando más, virulenta, ha sido conveniente introducirnos a través de la visión histórica.

La constitución de Panamá habla desde 1972 de «la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales». Desde 1985, la de Guatemala hace lo propio en términos más precisos y comprometidos de derecho, no así en los de concesión a la que se procede, sino en los de reconocimiento que se debe: «Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres». El compromiso en realidad se neutraliza en la misma constitución por medio de la interposición de ley en el momento de tratarse de «Comunidades Indígenas» («una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección»), ley que a su vez nunca ha llegado, pero ya tenemos un principio constitucional de indudable relevancia. Es derecho «de las personas y de las comunidades», del individuo y de la colectividad, individual y comunitario, el de acceso a la propia cultura, la indígena del caso, el derecho a su respecto y dignidad, disponibilidad y uso, mantenimiento y desarrollo, como forma de comunicación para la persona y de convivencia para la colectividad, con el requerimiento de autonomía que su mismo reconocimiento, el del derecho así doble a la cultura, implica. Mas de esto, de la autonomía, no se hace previsión. Una vez que se reconoce este derecho a la cultura propia como derecho constitucional no tiene en realidad sentido someterlo a la mediación de ley del estado sin cabida para autonomía indígena, pero ahí se tiene ya el registro, aunque constitucionalmente desactivado.

Además de estos casos y el de México que ya hemos visto y al que volveremos, a identidad indígena o a multiculturalidad que la implica hacen hoy referencia de diversa forma las constituciones de Nicaragua, Colombia, Paraguay, Perú, Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela desde, respectivamente, 1987, 1991, 1992, 1993, 1994 las dos siguientes, 1996 y 1999. Algunos de estos estados abundan ulteriormente como veremos. Nicaragua presenta el interés de que suma el reconocimiento de la autonomía, lo que puede ofrecer el espacio político para el desenvolvimiento del derecho a la cultura propia tanto de individuos como de comunidades, pero la constitución no vincula una cosa con la otra. La misma autonomía se establece en unos términos exclusivamente territoriales que, por la propia experiencia habida desde 1987,

no parecen los adecuados a las necesidades del caso. Ahí se tiene un intento más interesante quizás por los problemas que plantea que por los logros que alcanza, al menos hasta el momento. El reconocimiento más categórico de derecho indígena en Nicaragua no ha venido por vía constitucional, sino internacional, de lo que trataremos luego.

En 1998 la constitución del Ecuador registra «los principios de equidad e igualdad de las culturas» como cánones rectores del orden institucional y de la práctica política. El 1999 le sigue la de Venezuela registrando «el principio de igualdad de las culturas» como directriz a su vez de la «interculturalidad» que habrá de constituir a partir de ahora la guía del derecho y la política. No es ya que constitucionalmente se reconozca la multiplicidad de las culturas, sino que también se aborda como cometido constitucional la interrelación entre ellas. De la interculturalidad me ocuparé luego. Vamos por pasos entre el derecho a la cultura propia, la autonomía de los pueblos indígenas y el acomodamiento constitucional de la multiculturalidad de los Estados. Son los principales motivos actuales para el derecho indígena en las constituciones latinoamericanas. En todo, pues estamos en el presente, ya debemos extendernos algo más. Y ya conviene referirse más a casos que a ejemplos.

No dejemos de insistir en todo lo que se implica de entrada, pues resulta de la máxima importancia. El principio de la igualdad entre culturas constituye el título y el motivo para el derecho a la propia cultura, un derecho ante todo individual, el derecho de todos y todas, de cada una y cada uno, a aquella cultura en la que se individualiza y socializa, así como desde luego a toda aquella a la que libremente acceda y por la que, acumulando o alternando, libremente opte. La premisa del derecho mismo a la identidad cultural la constituye el principio de igualdad entre culturas, sin acoso entre ellas en dirección ninguna, si lo que ha de representar es libertad individual y no adscripción forzosa a la comunidad de origen ni derivación forzada hacia otra cultura como la que se identifique con el estado y promueva por el mismo. Si rige un principio de igualdad entre culturas, la misma identidad cultural del estado, por mucho arraigo incluso que haya logrado, ha de quedar suspendida y debe ser desactivada. Tal es el horizonte que se abre con el derecho a la propia cultura.

Las constituciones del Ecuador y de Venezuela guardan cierta consecuencia en lo que toca a la formulación del principio, el de igualdad entre culturas, y el reconocimiento del derecho, el que resulta doble, individual y colectivo, a la identidad cultural. Ecuador registra el «derecho colectivo» de «los pueblos indígenas» a «mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico»; como derechos individuales de forma menos precisa, «el derecho del a la identidad» y «el derechos a participar en la vida cultural de la comunidad». He aquí el registro colectivo en Venezuela: «Los pueblos indígenas tienen

derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto». Es la expresión colectiva del derecho individual a la propia cultura, el cual se ve amparado y garantizado ante todo por la capacidad del mismo pueblo y no tanto por el reconocimiento del Estado. Sin embargo, con toda la lógica constitucional que ahora conduce a la autonomía indígena, estas constituciones no la reconocen como derecho constitucional. Tanto la una como la otra pueden permitir que se establezca en algún grado, pero el caso es que de momento el derecho individual y el derecho colectivo a la cultura propia no acaba de vincularse a la autonomía indígena como vía para la reconstitución de unos estados reconocidamente multiculturales ni siquiera cuando se ha declarado la igualdad entre las culturas en presencia por la constitución misma.

En 2001 la constitución de México parece dar, como en 1917, un gran paso. Ahora, reforma mediante, proclama: «Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía» a unos determinados efectos que relaciona. En el principio abunda, puntualizando: «El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional». Siguen más limitaciones. La autonomía indígena se regulará por el derecho particular de los estados internos («El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas»), quedando así a la determinación de ellos, de los estados y no de los pueblos. Además ocurre que cuando la constitución se ocupa de los primeros, desaparecen los segundos: «Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley» estatal. Los sujetos de derecho a la libre determinación, los pueblos, se esfuman en el momento de la verdad. Y las comunidades se recluyen en el ámbito municipal bajo legislación de estado. En la constitución de México, hay reconocimiento de la pluriculturalidad, pero no del derecho individual y colectivo a la propia cultura, lo cual indudablemente facilita dicha operación de desconexión entre proclamación de principios y previsión de posibilidades.

En 2004, Bolivia procede a una reforma constitucional de tipo procedimental. Con vistas a un cambio de la constitución que se augura completo («La Reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial ...»), se concede entrada a «los pueblos indígenas» como agentes autónomos de representación política: «la representación popular se ejerce a través de los partidos políticos, agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas»; «los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y los pueblos indígenas que concurren a la formación de la voluntad popular son personas jurídicas de derecho público».

De entrada, con esta reforma, un principio de propia determinación de los pueblos indígenas está asumiéndose. En este caso, pendiente así de reconstitución, el asunto está abierto. De momento, tampoco registra la constitución de Bolivia el derecho individual y colectivo a la propia cultura.

Aunque la cultura propia no se reduce por supuesto a la lengua y puede existir incluso sin idioma distintivo, el reconocimiento constitucional de las lenguas indígenas es un buen indicio de hasta qué punto se toma en serio la multiculturalidad y, en su caso, el derecho a la propia cultura. La constitución del Ecuador, la que sienta el principio de «equidad e igualdad de las culturas», dispone lo siguiente sobre lenguas: «El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas». También el estado «garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe», en el cual «se utilizará como lengua principal la de la cultura respectiva, y el castellano como idioma de relación intercultural». Las lenguas, como las culturas, son iguales, pero resultan algunas más iguales que otras, sobre todo una. No todas merecen mención constitucional. Y el castellano es el idioma oficial de estado y el de relación intercultural en la sociedad. Oficial es una vieja consideración que ahora relativamente se participa a las lenguas de los pueblos indígenas, pues éstas son de uso oficial sólo para ellos. Y no puede decirse que no haya una fórmula de articulación: la interculturalidad cuyo medio lingüístico es así en exclusiva el castellano.

¿Cabe otra opción? El castellano puede resultar lengua franca de relación no sólo en el interior del Ecuador, sino también indudablemente respecto al anchísimo espacio de la humanidad castellanófona, allá bastante por encima de los trescientos millones de individuos. El quichua, que es naturalmente la lengua quechua y también una lengua franca en algunos otros medios indígenas, serviría en su caso de relación con una humanidad de una decena de millones. Si hubiera opción, no sería cuantitativa, sino cualitativa, quiero decir entre prioridades diversas de solidaridad con humanidades más afines o más vecinas. Pero el caso es que no hay necesidad de optar pues no tiene por qué haber polaridad ni por ende exclusión ni reducción. Cabe la compatibilidad entre más de una lengua y, con ello, entre más de una solidaridad. Podría haber igualdad al menos entre el castellano y el quichua como lenguas oficiales de interrelación cultural satisfaciendo esto quizás a las algo más numerosas que concurren dentro de las fronteras del Ecuador siempre que las mismas, todas ellas, tengan reconocimiento y reciban respeto no sólo formularios desde luego. Digo que quizás porque tampoco me atrevo a ser muy asertivo en materia cuyo discernimiento no me corresponde. Lo es de propia determinación de los individuos y pueblos indígenas por supuesto.

La constitución del Ecuador tiene además el gesto de ser la primera y la única de la historia constitucional entera de toda América que no sólo se refiere a lengua indígena, a lengua no procedente de Europa, sino que la utiliza. Se trata desde luego del quichua: «Ama quilla, ama llulla, ama shua». He aquí unos principios generales del derecho de honda raigambre entre quechuas y bien conocidos por el espacio andino, desde la Colombia meridional al Chile septentrional pasándose por el Ecuador, Perú y Bolivia, por decirlo en términos de estados. La constitución ecuatoriana empaña el gesto traduciendo inmediatamente al castellano: «No ser ocioso, no mentir, no robar». ¿Cómo puede pensarse que la fórmula es desconocida entre no quichuas? O peor, ¿pueden existir en el Ecuador gentes no quechuas tan a distancia de sus vecinos quichuas que efectivamente la desconozcan? ¿Y por qué no se ha sentido la misma necesidad de traducir todo el resto de la constitución en el mismo momento que toda ella se formula al menos al quichua? ¿El conocimiento que falla en una dirección se presume al contrario en la otra? Tamaña presunción definitivamente desequilibra la balanza de igualdad entre culturas.

¿Y qué decir de la función de interculturalidad? ¿Qué añade o que modifica respecto a la tradicional de oficialidad? «Se utilizará el castellano como idioma de relación intercultural», cual hemos visto. Parece que no se trata ahora de un factor de desequilibrio, sino de reequilibrio entre culturas a través de la comunicación mutua por el medio más expedito, el castellano. La interculturalidad parece un corolario necesario del multiculturalismo precisamente para que el mismo no confine en guetos excluyentes, sino que equilibre en vasos comunicantes. Si la oficialidad del castellano, la que ya implicaba la propia lengua de las constituciones con independencia de que expresamente se declarase, ha sido un factor discriminatorio, cuando no destructivo, de lenguas indígenas, su función de interculturalidad vendría ahora a significar en cambio la apuesta constitucional por el reconocimiento y el respeto de las mismas. ¿Es así? No lo resulta si el acento donde se pone es en la comunicación antes de asegurarse la concurrencia. Sin base en un efectivo sistema de pluralidad, ya no digo de igualdad, entre culturas, la interrelación por medio del castellano puede sencillamente encubrir y hasta potenciar la dinámica arraigada de postergación y destrucción de culturas indígenas. La oficialidad de una lengua atacaba de frente, lo que es peor por supuesto, pero el acento sobre la interculturalidad con esas prisas, sin el trámite del multiculturalismo en serio, no corrige la tendencia del mismo ataque ni se ve que cancele el acoso.

Aunque cada caso es una historia, quiero decir no sólo cada estado, sino también y ante todo cada pueblo y hasta cada comunidad, algunas consideraciones pueden generalizarse. Lo dicho para Ecuador puede valer para la serie referida de constituciones latinoamericanas que vienen adoptando los princi-

pios de multiculturalidad o también de interculturalidad. No hay ninguna por ahora que los articule con el doble derecho, por individual y por colectivo, a la propia cultura, lo que es, debería a ser, a la libre determinación. No hay constitución que se plantee el acomodamiento de autonomías indígenas y no indígenas como corolario del derecho a la cultura propia por supuesto de todos y todas, de indígenas y de no indígenas. Debe insistirse pues no es lo que las constituciones asumen.

La principal dificultad sigue radicando en la conjugación entre derechos individuales y poderes colectivos, inclusive los del estado, lo cual no es exclusivamente de interés indígena. Resulta de un alcance tan patentemente general que la ignorancia implica complicidad con la situación dada, la que ha producido la historia vista. Adviértanse unos síntomas de que el constitucionalismo latinoamericano sigue sin romper amarras con un pasado que viene del colonialismo. Las constituciones que contemplan el derecho del pueblo a la determinación no registran el derecho del individuo a la identidad y viceversa. Ninguna además reconoce vinculación entre el derecho a la cultura y la autonomía indígena. La parte no indígena sigue contando por doquier con el Estado.

4. Justicia de Estado, jurisdicción indígena, representación política

En el contexto latinoamericano las constituciones vienen cobrando fuerza normativa propia, lo que quiere decir que, con independencia de avatares políticos, el aparato de justicia puede apreciar, amparar y concretar derechos constitucionalmente reconocidos sin necesidad así de que medie ni determinación de gobierno ni regulación de ley. La ley hemos visto cómo viene a interponerse en momentos decisivos desactivando reconocimientos de las constituciones. Cabe preguntarse si estos mismos, por ser constitucionales, permiten o favorecen una competencia judicial directa respecto a derechos indígenas. Sería importante porque unos poderes del estado podrían verse así obligados a respetarlos. La justicia tal vez sustraería el propio desarrollo constitucional a los cauces más políticos propios de la ley, el de los congresos que acuerdan, el de los gobiernos que ejercen la iniciativa y el de las presidencias de las repúblicas que sancionan o vetan. En todo caso se generaría una dinámica favorable al menos a los derechos recocidos por las constituciones, inclusive aquellos que, como los indígenas, más resistencias encuentran en el campo actual de la política.

No da la impresión que ese de apertura a la intervención judicial sea el efecto inmediato del reconocimiento constitucional de derechos indígenas y alguna razón habrá si la tendencia actual es la contraria. Obsérvese de entrada el extraño uso de un tiempo verbal en la constitución actual de Ecuador,

la de 1998: «El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos...»; o en la de Venezuela, la de 1999: «El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida». El uso del futuro quiere indudablemente comprometer la acción estatal venidera con esas y otras medidas. No sólo se trata de reconocer, sino también de garantizar. Pero hay más.

¿A qué viene el uso del verbo en futuro para referirse a una realidad de presente, la de existencia de los pueblos, o incluso para el propio derecho, para los propios derechos colectivos? ¿No se trata precisamente del reconocimiento igualmente de su existencia, la de tales derechos de pueblos y comunidades indígenas? Como el derecho individual a la identidad cultural requiere el derecho colectivo a la cultura propia para ser efectivo, también el primero se ve afectado. ¿Puede haber reconocimiento de futuro de derechos individuales? ¿Y de realidades dadas?

Por ahí parece que anda una clave de aplazamiento o incluso de suspensión de derechos indígenas reconocidos. De eso, del reconocimiento constitucional, resulta entonces que no se trata para el caso indígena. La efectividad de un registro queda diferida para el futuro, para un futuro mediado, entre otros elementos, por la ley, incluso con el sinsentido de considerarse «derechos humanos» los derechos indígenas, como hacen expresamente estas mismas constituciones, la del Ecuador y la de Venezuela. Entiéndase bien. Derechos indígenas como el derecho a la cultura propia pueden lógicamente entenderse como derechos humanos. Lo que no tiene sentido es que unas constituciones que proceden al reconocimiento de dicha equivalencia teóricamente para reforzar unos derechos, los indígenas por humanos, los dejen diferidos y encomienden a la determinación y la eventualidad de la ley.

Difícilmente puede la justicia por sí misma apreciar, amparar y concretar unos derechos formulados del tal modo. Ha de quedar todavía a las resultas de lo que determine la ley, la ley del Estado siempre o también de los Estados en el caso de federalismo. No es otro el planteamiento de la Constitución de México cuando en 2001 registra el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas para encomendar inmediatamente su regulación a los estados de la Federación, como hemos visto. También se refiere la constitución actual de México en tiempo futuro al mismo acto de reconocimiento: «El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta», etc. ¿Qué órgano ni instancia de justicia puede

apreciar aquí, en la constitución misma, un derecho en rigor constitucional o un derecho sin más?

Bajo ley entonces, tampoco parece expedita la competencia judicial para la apreciación de derecho específicamente indígena. Se interpone entonces la formación tanto institucional como personal de la magistratura de los estados. Los estudios facultativos y los requerimientos profesionales responden por América Latina mal a los apremios de la multiculturalidad y peor a las exigencias de la igualdad entre culturas. Aún los preside por doquier la cultura en singular que se identifica con el Estado, lo que lastra radicalmente las propias posibilidades de unos remozamientos constitucionales. En el ámbito institucional, la situación puede ser más compleja, pues las mismas constituciones se ocupan de algún replanteamiento en línea multicultural. La cuestión es entonces si responden a las exigencias y están a la altura de los principios. No debe tomarse como signo de progreso cualquier mención o cualesquier registros de la presencia indígenas en los textos de las constituciones.

Sólo hay un caso de consideración de la pluriculturalidad para la formación de órganos de justicia del estado, refiriéndose en concreto a uno tan importante como el que arbitra el sistema, el de jurisdicción de constitucionalidad. Ocurre en la constitución del Ecuador: «Los vocales del Tribunal Constitucional serán designados por el Congreso Nacional por mayoría de sus integrantes, de la siguiente manera: Uno, de la terna enviada por las centrales de trabajadores y las organizaciones indígenas y campesinas de carácter nacional, legalmente reconocidas...». A efectos prácticos, es mera sugerencia y además puede pensarse que innecesaria pues ni siquiera reserva un cupo en el órgano mismo y la representación indígena, sin necesidad de concurrir con la sindical, ya puja legítimamente en el congreso por hacerse presente y viva en ese y otros ámbitos. Dicho de otro modo, no se garantiza mínimamente el árbitro constitucional del carácter multicultural que los nuevos principios están requiriendo y esto expresamente en el caso mismo de la constitución del Ecuador.

La justicia misma, si presenta ya un cierto rostro multicultural, es porque las constituciones también están procediendo a reconocimiento de jurisdicciones y autoridades indígenas, de aquellas que por vía consuetudinaria, al no contar con autonomía, han venido manteniéndose por las comunidades. Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998, Venezuela en 1999 y México en 2001 proceden de una u otra forma a dicho reconocimiento de jurisdicción o de autoridad. La cuestión ahora sería si los flamantes principios de igualdad entre culturas y determinación de pueblos inciden en una recomposición de la justicia, de toda ella, interesante a los individuos y pueblos indígenas.

Lo reciente en el tiempo puede ser significativo. Bolivia mantiene en su importante reforma de 2004 la misma disposición al propósito que en 1994:

«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 esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado». ¿La jurisdicción indígena se reduce a un medio entonces voluntario de «solución alternativa de conflictos» tal y como si fuese lo mismo o algo similar que el arbitraje o la mediación? ¿Es así como puede entonces compatibilizarse, sólo además esto, con la jurisdicción del estado? ¿Y es la ley, la ley de estado, la que en último término pueda ocuparse de organizar unas relaciones?

Veamos la formulación de las constituciones que registran el principio de la igualdad entre culturas. El Ecuador: «Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional». Venezuela: «La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos... Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional».

Se mantiene lo visto y se añade algo más, haciéndose en realidad explícito lo que puede estar sobrentendiéndose por otras constituciones al reconocer jurisdicción indígena. La misma donde viene constitucionalmente a situarse es a un nivel local que para el Estado es inferior, sometido netamente a instancias superiores ya no indígenas ni tampoco multiculturales. Desde tales supuestos se plantea la necesidad de ley que realice una tarea constitucionalmente clave, pero dejada pendiente de forma intencionada por constitución, la de compatibilizar y coordinar jurisdicciones. Es ley siempre del estado y nunca, concurrentemente al menos, de los pueblos. No hay autonomía política que pudiera permitir la consideración de esta otra posibilidad de concurrencia en la coordinación.

No va a sorprendernos a estas alturas la inconsecuencia con un principio de igualdad entre culturas. Lo que interesa subrayar en este punto es que la

jurisdicción indígena se encuentra con la absoluta imposibilidad de incidir en materia de interés constitucional como la de reconocimiento y garantía de libertades de individuos y comunidades de su competencia o la de composición y convivencia entre unos y otras, entre derechos individuales y colectivos. Ya por el encuadramiento de la constitución, cualquiera que puedan ser eventualmente unas leyes de desarrollo, por esa vía de una justicia apenas multicultural, o nada incluso tal para quienes no son indígenas y para las instancias de control de alcance general, tampoco parece que vaya a advenir un desenvolvimiento de principios y derechos consignados en la constitución misma. Pasa con la justicia como con la lengua. Quien es quichua tiene la obligación constitucional, no sólo la opción cultural, de aprender el castellano. Quien habla por casa español no tiene constitucionalmente ni por qué saber lo que significa «Ama quilla, ama llulla, ama shua». Tal es para las constituciones la igualdad entre culturas a la hora de la verdad.

Incapacitada por regla general la justicia para hacerse cargo, sin mediación de ley, de derechos constitucionales cuando son indígenas, el desarrollo de las previsiones de la constitución que les interesan habrá de ser entonces legislativo y reglamentario, pasando así por la determinación política de congresos y gobiernos, esto que no suele serles favorable por Latinoamérica, pero que en todo caso tampoco tiene por qué resultar o presumirse a estas alturas excluyente de indígenas. El caso del Ecuador ilustra especialmente la resolución de unos pueblos por concurrir al ejercicio mismo de tales poderes. Como la propia constitución ecuatoriana actual, la de 1998, testimonia, pues lo más novedoso de ella se debe a la participación indígena, en los últimos años se ha producido una potenciación no sólo de su presencia, sino también de su autoridad, por encima incluso de ratios cuantitativas, en órganos políticos, más en particular en el congreso, dado cuanto la presencia indígena significa en el seno de una sociedad multicultural por América. No es entonces de despreciar las posibilidades de un desarrollo constitucional conforme a los nuevos principios por las vías más políticas. El futuro está abierto.

La otra constitución que, junto con la del Ecuador, registra el principio de igualdad entre culturas, la de Venezuela, formaliza un cupo indígena para la representación congresual: «Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres». La fórmula tampoco es nueva. Colombia la adopta en 1991. Puede importarse que tampoco guarde relación entonces con el nuevo principio de la igualdad entre culturas. No parece que responda al mismo a estas alturas ni que sirva para impulsar una práctica que lo active. Aunque sus resultados a corto plazo puedan resultar apreciables, con un cupo limitado ocurre como con la protección que incapacita.

Colombia también cuenta con corte constitucional que, aun sin participación indígena ni composición multicultural, está mostrándose por lo general respetuosa con la garantía de derechos indígenas y cuya jurisprudencia, a falta de algo equivalente, viene cobrando autoridad doctrinal en Venezuela. Pero en Colombia no existe un principio constitucional de igualdad entre culturas y esto no deja de pesar en una jurisprudencia que también tiende a primar intereses de la defensa o de la economía que entiende nacionales por encima de cualesquier derechos indígenas. Por Venezuela, con igualdad entre culturas y todo, sin mayor replanteamiento del sistema, unas disfunciones parlamentarias y judiciales en particular o constitucionales en general, pues no parece que haya salvedad, pueden igualmente seguir enquistadas. Entre principios multiculturales e instituciones estatales, se producen cortocircuitos, pero permítaseme repetir la conclusión de que el porvenir no se encuentra en absoluto bloqueado.

5. Constituciones de Estados y derecho internacional

La constitución de México define actualmente, desde la reforma de 2001, cuáles sean los pueblos indígenas: «aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre los pueblos indígenas». La definición casi literalmente procede del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, un convenio que acto seguido, tras la identificación, excluye expresamente a los pueblos indígenas del derecho de los pueblos en el orden internacional, esto es, de la libre determinación. Desde 1999 la constitución de Venezuela, que se manifiesta de lo más militante a favor de este derecho de los pueblos, copia la regla de exclusión del referido convenio cuando se trata de indígenas: «el término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional» con referencia a indígenas. Por la misma cita prácticamente literal del convenio internacional, en México la exclusión puede sobrentenderse aunque no se haga explícita, lo que responde además a la lógica de la propia constitución, como hemos visto. El asunto de fondo ya lo conocemos.

Nos interesa que el derecho internacional ahora se cruce con el derecho constitucional por lo que interesa a pueblos indígenas. El mismo registro mexicano del derecho de libre determinación, con su desactivación aparejada, es de un carácter preventivo. En Naciones Unidas ya es proyecto oficial, actualmente en discusión formal, el de una Declaración de Derechos

Indígenas que parte del derecho de libre determinación guardando mayor consecuencia que la constitución de México, pues lo que contempla a continuación es una autonomía en serio, no sólo por sí misma, sino también por otorgarse garantía internacional a la iniciativa y al consentimiento indígenas, limitándose así notablemente la determinación constitucional de los estados al efecto. He aquí un contexto sin el cual no se entiende el paso de México en 2001. El otro es interior, el ya aludido de unas reivindicaciones y unos acuerdos que finalmente se defraudaron.

El orden internacional es más que contexto. Constituye derecho, el de los derechos humanos, que también interesa a la parte indígena por sí mismos y por cuanto compromete a los Estados. Hoy existen jurisdicciones internacionales a las que pueden llegar reclamaciones indígenas con resultados vinculantes. Pongo sólo un ejemplo al que ya he hecho alusión cuando me referí a las limitaciones del régimen de autonomía en Nicaragua. En 2001, Awas Tingni, una comunidad indígena de la Costa Atlántica, vence a este estado, por haber dispuesto unilateralmente de recursos suyos, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual resuelve que el reconocimiento del derecho de propiedad de la Convención Americana de Derechos Humanos («Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes») debe extenderse a comunidad: «protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal».

Es así como viene ahora a entenderse que un derecho propietario que, como sabemos, puede sustentar materialmente y cubrir jurídicamente a más dimensiones de la comunidad constituye derecho humano, un derecho que queda por encima de la disponibilidad del Estado. Importa no sólo el contenido, sino también el rango del derecho. Por esto dije antes que el reconocimiento más categórico de derecho indígena en Nicaragua ha podido últimamente venir por vía no constitucional, sino internacional. Por eso también afirmé que la calificación de los derechos indígenas como derechos humanos por las constituciones del Ecuador y de Venezuela no va todavía en serio, pues a continuación los someten a determinación de la ley del Estado. Ahora, por el precedente judicial que sienta la sentencia del caso Awas Tingni en el orden interamericano, el reconocimiento del derecho de propiedad comunitario por encima de los estados puede acabar interesando a más comunidades y pueblos por América.

El cruce en curso entre derecho constitucional y derecho indígena resulta bien significativo a la luz de cuanto hemos visto. Los estados han venido empeñándose en reducir la presencia y resistencia indígenas a un asunto doméstico desde un punto de partida que, si no era de carácter reconocidamente internacional, desbordaba fronteras estatales. Lo de que no se le reconocía no está dicho lógicamente desde una perspectiva indígena que ha de ser la pri-

mera, pues se trata de su propia tierra. Ante la invasión europea, no hace falta presumir que, desde unos inicios coloniales, el planteamiento indígena es el internacional. No hay que suponerlo porque se tiene la constancia.

Cuando comienzan a constituirse Estados por América los pueblos indígenas que aún se mantenían independientes siguen optando por el internacionalismo frente a las previsiones no sólo de los estados, sino también de un derecho que entonces se decía de gentes. Son los pueblos indígenas los que optan por el reconocimiento y la reciprocidad. Suscriben tratados y plantean confederaciones donde pueden perfectamente caber los estados mismos. Son éstos los que se cierran a la posibilidad del acomodo. Su propia cultura supremacista, por no decir racista, les conducía a la violación sistemática de los acuerdos contraídos con los pueblos indígenas. En el seno de Naciones Unidas existen hoy foros con participación indígena suscitando cuestiones como esa misma de responsabilidades ajenas pendientes a causa de dicha conculcación masiva de tratados, con implicación de derechos propios también por reconocer.

No es el tema de este capítulo el internacional, sino el constitucional, pero me parece que debemos evitar los compartimentos estancos en el orden del derecho pues esto es lo que menos interesa a la reclamación legítima de unos derechos como los indígenas. Muchas veces se discute si conviene moverse más en el orden internacional, en el estatal, en el de los pueblos o en el más local de las comunidades. Naturalmente no me corresponde, pues no soy indígena, participar en decisión ninguna de este tipo, pero no se ve incompatibilidad entre unos niveles y otros. Entre el constitucional y el internacional, hubo, hay y conviene que siga habiendo conexión fuerte frente al propio empeño de los estados por eliminarla ayer y reducirla hoy.

6. Principios constituyentes y agentes constitucionales

Los principios más valiosos para indígenas, los de multiculturalidad y derechos consiguientes a la propia cultura, el individual y el colectivo, siguen figurando en las normas constitucionales aunque no se tengan en cuenta ni se les guarde respeto por los Estados. Se trata de principios y derechos de alcance constituyente o, más aún, reconstituyente, quiero decir que están requiriendo un replanteamiento a fondo de la estructura constitucional, precisamente lo que no ocurre. El derecho individual a la cultura propia es un derecho constituyente y además primario en sí y porque de por sí puede demarcar el ámbito colectivo del sujeto constitucional de derecho a la propia determinación. ¿Se toma y respeta como tal? ¿Se reconstituyen así los estados? Si no lo hacen, tampoco es que la culpa sea por entero de ellos. No parece haber alguna figuración, aunque fuera teórica, del sistema institucional y el ordenamiento jurí-

dico que efectivamente respondieran a la igualdad entre culturas heterogéneas y a la determinación de pueblos autoidentificados, esto es, no delimitados artificiosamente por fronteras coloniales o constitucionales ni por convenciones internacionales. Con todo y pese a todo, los principios y los derechos están formulados y además ya figuran en constituciones. Ahí están bien a la vista, aunque la doctrina constitucionalista imperante por Latinoamérica sea la primera que siga por lo común empeñada en ignorarlo.

Los principios no tienen por qué confiarse en exclusiva a las instituciones ni a sus intelectuales, sobre todo cuando resulta que defraudan. Un sistema constitucional no se reduce a entramado institucional con batería doctrinal. Al frente, muy por delante, el constitucionalismo sitúa a las libertades. Tanto o más que los titulares de poderes, los titulares de derechos de libertad pueden ser agentes constitucionales, quiero decir promotores del constitucionalismo, de un sistema que se caracteriza precisamente por ese detalle de situar a las libertades con precedencia a las instituciones, concibiendo a las segundas como funcionales para las primeras, a los poderes como funciones de los derechos. A la luz de los principios de igualdad entre culturas y determinación entre pueblos, los agentes constitucionales más competentes pueden ser entonces indígenas por América. No tienen los mismos por qué quedar a las resultas ni ponerse a la espera de unos desarrollos constitucionales en manos ajenas. Ejerciendo sus libertades tanto individuales como colectivas no sólo se cuidan de sí mismos, sino que también ahora contribuyen, pueden hacerlo, al desenvolvimiento de un sistema en interés general y conforme a sus principios.

Los pueblos con derecho a la propia determinación son agentes constitucionales también a los efectos de reconocimiento. En América, con un constitucionalismo aún vivo que se ha producido sin solución sustancial de continuidad con respecto al colonialismo, se trata del reconocimiento de los estados por los pueblos antes que la viceversa, con anterioridad a lo que vemos en las actuales constituciones, el reconocimiento de los pueblos por los estados. Es un proceso el primero que también puede que se halle actualmente en marcha. Cuando unas representaciones contrastadamente indígenas participan en procesos constituyentes por Ecuador o por Venezuela, cuando están dispuestos a hacerlo por Bolivia o cuando han hecho el intento sin mucho éxito de momento por México, pues su reforma de 2001 ha frustrado la puesta en práctica de unos acuerdos formales con instancias federales, cuando todo esto acontece, unos pueblos pueden estar iniciando con ello el movimiento de reconocimiento de los Estados. No suelen éstos apreciarlo porque andan inconscientes de la necesidad de un consenso indígena con el que nunca han contado. Siguen presumiendo los estados que son únicos actores constituyentes y exclusivos agentes constitucionales, pero están ellos mismos aceptando principios que contradicen la propia pretensión del monopolio.

Decía que no hay por ahora figuración teórica del sistema que habría de instalarse para que principios constituyentes y agentes constitucionales confluyeran. Tal vez ni siquiera corresponda. ¿Cómo va a poder una intelectualidad escasamente multicultural prefigurar el sistema constitucional y el ordenamiento jurídico que han de estar a la determinación de los pueblos y su concurrencia? Si se trata realmente de libertades en igualdad, tanto de las individuales como de las colectivas, ni una academia ni una política culturalmente sesgadas, cuando no todavía supremacistas, están legitimadas para anticipar nada, absolutamente nada, respecto a derechos indígenas. Ya he dicho por mi parte demasiado. Del futuro no me corresponde decir nada.

Los *Ombudsman* y los derechos de los pueblos indígenas en América Latina

José Aylwin

El reconocimiento jurídico de derechos de pueblos indígenas en América Latina

Producto de diversos factores —entre ellos la organización y movilización indígena, y los procesos de recuperación democrática verificados en años recientes— la mayor parte de los Estados de América Latina han ido introduciendo reformas en sus ordenamientos jurídicos, dando acogida, al menos en parte, a las demandas de los pueblos indígenas por el reconocimiento de su existencia y derechos. Es así como Panamá (1972), Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992 y 2001), Guatemala (1985), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), Bolivia (1994), Ecuador (1994 y 1998) y Venezuela (1999) han elevado a rango constitucional los derechos de los pueblos y/o de las personas indígenas. Otros países como Chile, si bien no consideran estos derechos en sus ordenamientos constitucionales, sí lo han hecho en su legislación (1993).

El carácter pluriétnico y pluricultural de los estados y de las sociedades que la componen es recogido por diversos ordenamientos constitucionales (Colombia, Bolivia, Ecuador, México, Perú y Venezuela). La naturaleza colectiva de los «pueblos indígenas» es reconocida por Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Paraguay y Venezuela.

El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, tanto en el sistema jurídico estatal como a través de sistemas de jurisdicción indígena, han encontrado acogida en los ordenamientos constitucionales y/o legales de 19 estados de la región. En el plano constitucional, destacan los reconocimientos hechos a estos derechos por los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) así como por Paraguay y México. En general estos reconocen el derecho de las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial conforme a su costumbre o derecho consuetudinario, siempre que éste no sea contrario a la constitución

y las leyes y/o a los derechos fundamentales. Se subraya la necesidad de que la ley establezca las formas de coordinación de estas jurisdicciones especiales con el sistema jurídico estatal. Algunos de estos ordenamientos jurídicos reconocen también el derecho de los indígenas a acceder en forma plena a la justicia estatal, así como el derecho a que sus costumbres jurídicas o derecho consuetudinario sean considerados por esta.

Otro de los aspectos de mayor desarrollo normativo ha sido el de los derechos de los indígenas a la tierra (o a sus territorios). Tales derechos han sido especialmente reconocidos en las constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela. Varias constituciones reconocen el derecho que los indígenas tienen a la regularización (a la demarcación en Brasil y Venezuela o el saneamiento en Bolivia) y a la protección (inalienabilidad, inembargabilidad, entre otros derechos) de las tierras y/o territorios que habitan (Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay y Venezuela entre otros). Algunas constituciones (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Venezuela) reconocen además derechos de los pueblos indígenas (usufructo, consulta o beneficio) sobre los recursos naturales (renovables)¹ que se encuentran en sus tierras. Otras reconocen el derecho de los indígenas de acceder a la tierra cuando carezcan de ella (Argentina, Paraguay y Guatemala). Chile hace un reconocimiento similar en su legislación (1993).

Colombia y Venezuela reconocen en sus constituciones derechos de participación especial de los indígenas. En el primer caso se establece un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional indígena, y en el segundo la garantía de la representación en la Asamblea Nacional y en las entidades federales y locales.

Colombia, México y Nicaragua, además, reconocen en sus constituciones el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía, estableciendo diversos mecanismos para su ejercicio.² En el caso de Colombia, la constitución (1991) considera a los territorios indígenas como una de las entidades territoriales del estado. Tales entidades son autónomas para la gestión de sus intereses, los que incluyen el gobierno por autoridades propias y la administración de recursos y el establecimiento de tributos. Los territorios indígenas, cuya conformación queda entregada a la ley, serán gobernados por consejos formados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades de

¹ En el caso de los recursos del subsuelo, estos quedan —por regla general— condicionados a la propiedad que los estados tienen sobre los mismos de acuerdo con los ordenamientos constitucionales hoy vigentes. Se reconoce en varios países a los indígenas, sin embargo, el derecho a ser consultados antes de emprenderse la explotación de dichos recursos (Brasil, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Venezuela).

² Panamá, desde mediados del siglo xx, establece en su legislación el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de dicha autonomía política territorial a través de la figura de las Comarcas.

acuerdo a la Constitución de ese país. En el caso de México, la constitución (2001) reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y a la autonomía para decidir sus formas internas de organización, aplicar sus sistemas normativos propios, dejando, en lo central, la determinación de las características de tales derechos a las entidades federativas. En el caso de Nicaragua la ley estableció en 1987 dos comunidades autónomas en la Costa Atlántica, reconociendo en ellas el derecho de los indígenas a autogobernarse a través de consejos regionales electos democráticamente.

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se ha visto reforzado por la suscripción por parte de los Estados de tratados internacionales de derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. Gran relevancia tiene en este sentido el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas (1989) el que ha sido ratificado por 11 Estados latinoamericanos.³ Igualmente relevante ha sido la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, cuyas disposiciones han sido interpretadas por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en beneficio de los derechos no solo individuales de las personas indígenas, sino también de los derechos colectivos de las comunidades y pueblos indígenas, entre ellos la propiedad comunal.⁴

Estas convenciones internacionales adquieren mayor importancia toda vez que en numerosos estados las constituciones, o bien las instancias jurisdiccionales, les han asignado rango constitucional, o autoridad superior en el ordenamiento jurídico, razón por la que prevalecen frente a otras disposiciones legales y vienen a constituirse en normativa orientadora de la legislación interna en esta materia.

A pesar de los avances que este proceso ha significado, el ejercicio por parte de los pueblos y comunidades indígenas de los derechos que les han sido reconocidos se ve dificultado por múltiples factores. En muchos países donde hay reconocimiento constitucional de los derechos indígenas, no se

³ Los estados latinoamericanos que lo han ratificado son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay y Perú.

⁴ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido además que las disposiciones contenidas los proyectos de declaración de derechos indígenas de la ONU y de la OEA, aún sin haber sido aprobados como tales por las instancias respectivas, al igual que aquellas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, pueden ser consideradas al abordar casos sobre derechos indígenas. Así el 2001 al resolver el caso de la comunidad de *Awás Tingni vs. Nicaragua*, la Corte aplicó lo que denominó un método de interpretación «evolutivo» que toma en cuenta los desarrollos contemporáneos del derecho de propiedad en relación con los pueblos indígenas y la tierra (Párr. 146-149). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, 2001

han dictado las leyes que hagan posible su operacionalización práctica.⁵ Por otro lado, las políticas que los estados impulsan para hacer efectivos estos derechos son insuficientes. En muchos casos, los recursos destinados a los programas públicos orientados a los indígenas y sus comunidades, sean éstos de desarrollo, cultura o de saneamiento o adquisición de tierras, son muy limitados, y no permiten su concreción. Tampoco se considera en ellos la opinión indígena, ni se permite de un modo efectivo la participación de las comunidades en su gestión. Por otro lado, muchos gobiernos no han tenido voluntad para dar cumplimiento a la normativa relativa a los pueblos indígenas, como se evidencia muchas veces en el caso de las políticas de tierras y recursos naturales.⁶

Tampoco los Estados destinan los recursos que son necesarios para garantizar un adecuado acceso de los indígenas a la justicia estatal, para la reclamación de sus derechos, o para incentivar el desarrollo de las jurisdicciones indígenas reconocidas por la constitución y/o las leyes. Tal omisión en la acción incrementa la situación de desprotección en que se encuentran los pueblos indígenas y sus derechos, así como su situación de discriminación económica, social y cultural en relación a la población no indígena⁷.

Los Ombudsman como instituciones de protección de los derechos humanos

Si bien es efectivo que las constituciones en América Latina han establecido mecanismos para la protección y resguardo de los derechos humanos en ellas incorporados, destacando entre estos el amparo constitucional o tutela,

⁵ Es el caso, por ejemplo, de las leyes de compatibilización o de coordinación de las jurisdicciones indígenas con los sistemas jurídicos estatales, las que siguen sin ser dictadas a la fecha, hecho que obstaculiza el desarrollo de tales jurisdicciones, así como el acceso de los indígenas a la justicia en general. Lo mismo ocurre con las leyes que permitan el ejercicio del derecho a la autonomía, como el establecido por la Constitución y la ley en Nicaragua en 1987, derecho que solo vino a ser reglamentado el 2004. Algo similar ha ocurrido en el caso de Colombia, donde los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Constitución de 1991 a través de la figura de las entidades territoriales indígenas, siguen a la fecha sin ser desarrollados por la ley.

⁶ Los procesos de regularización de territorios indígenas, o de adquisición de nuevas tierras para indígenas han avanzado muy lentamente en la mayoría de los estados del continente. Muchos de estos territorios se ven afectados por la presencia de terceros no indígenas, o por proyectos carreteros, hidroeléctricos, mineros, etc., los que se siguen impulsando en áreas indígenas con apoyo estatal, sin una consulta adecuada o aun contra la voluntad de los pueblos y comunidades indígenas.

⁷ AYLWIN, J. *Estudio documental sobre el marco normativo e institucional del Ombudsman y los derechos indígenas en América Latina* (IIDH, San José, 2005) disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm> Ver también, BARIÉ, C., *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama* (Abya-Yala, Quito 2ª edición en formato CD, 2004).

y la jurisdicción constitucional, dichos mecanismos no siempre son de fácil acceso para los sectores más vulnerables de la población, entre ellos los pueblos indígenas.⁸

Es por ello que el desarrollo en América Latina de la institución del *Ombudsman* de origen inicialmente europeo, reviste gran relevancia para los pueblos indígenas y para la protección de sus derechos.

En efecto, en las últimas décadas —en especial luego de las experiencias de los gobiernos autoritarios y de los conflictos armados que se vivieron en gran parte de la región latinoamericana, con su secuela violación masiva de derechos humanos— se han ido estableciendo en la región las Defensorías del Pueblo, Procuradurías y Comisiones de Derechos Humanos y otras instituciones afines, genéricamente denominadas *Ombudsman*. A diferencia del *Ombudsman* sueco, que fue concebido como mecanismo parlamentario de protección de derechos frente a la administración pública, estas son en la generalidad de los casos instituciones independientes de los poderes del estado que tienen funciones más amplias relacionadas no solo con los actos de la administración pública, sino con la protección, defensa y promoción de los derechos de los ciudadanos y habitantes en general.

Si bien algunos *Ombudsman* fueron inicialmente creados por ley, hoy la gran mayoría de los Estados les ha otorgado rango constitucional.⁹ Su nombramiento generalmente corresponde al parlamento¹⁰, y su duración en el cargo fluctúa entre cuatro y siete años. En el desempeño de sus funciones los *Ombudsman* gozan, por regla general, de independencia política y funcional frente al estado, así como de recursos financieros básicos.¹¹ Asimismo, gozan, al menos formalmente, de independencia administrativa, sometiéndose solo a la constitución y las leyes. En cuanto a sus competencias, la mayoría los *Ombudsman* en la región tienen como tarea defender los derechos huma-

⁸ Ello, tal vez, con la excepción de Colombia, donde la jurisdicción constitucional ha sido un mecanismo de gran importancia para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

⁹ De los 14 estados en que existe esta institución, solo uno (Costa Rica) no cuenta con reconocimiento constitucional.

¹⁰ En algunos estados en el nombramiento del *Ombudsman* tiene intervención indirecta el poder ejecutivo. Así, en Colombia la Presidencia participa en la elaboración de la terna para su elección, y en el caso de Panamá, el Presidente se reserva la facultad de perfeccionar el nombramiento a propuesta de la Asamblea. En otros, como Bolivia, Nicaragua y Perú existen formas de participación ciudadana en este proceso. Ver: BREWER-CARIAS, A., *El fortalecimiento de las instituciones de protección de los derechos humanos en el ámbito interno*, disponible en <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>

¹¹ Los limitados recursos que los Estados les asignan, sin embargo, han obligado a muchos de los *Ombudsman*, sin embargo, a recurrir a la cooperación, sobretudo de carácter internacional, para complementar el presupuesto público, cuestión que debilita la labor defensorial que estos desarrollan.

nos frente a la administración pública y de velar porque este sector ajuste su actuar a estos derechos.¹² En algunos de los casos, se les otorga una competencia genérica en la defensa de los derechos humanos consagrados en la Constitución Política y las leyes.¹³ En otros (Bolivia), dicha competencia se limita a la protección y defensa de los derechos humanos en relación a la actividad administrativa del sector público. En varios estados¹⁴, sin embargo, los *Ombudsman* no tienen competencia para conocer de las quejas del poder judicial, ni tampoco para conocer asuntos pendientes de resolución por parte de éste o modificar sus resoluciones.¹⁵

Los *Ombudsman* en la región tienen como funciones básicas las de investigación, mediación y conciliación y de educación y promoción. En materia de investigación, casi todos los estados facultan expresamente a los *Ombudsman* a iniciar y proseguir a petición de parte o de oficio cualquier indagación conducente al esclarecimiento de situaciones lesivas a los derechos humanos, y/o actos o resoluciones de la administración pública o de agentes estatales que afecten la vigencia de estos derechos. La mayor parte de los estados también establecen la obligación de los funcionarios públicos de entregar la información solicitada por el *Ombudsman*.¹⁶ En algunos casos se faculta a los *Ombudsman* para investigar y/o apremiar a particulares por la violación de derechos humanos.¹⁷

La mayor parte de los *Ombudsman* desempeñan también funciones de mediación y conciliación, favoreciendo la solución amistosa de conflictos entre las partes. Esta función, sin embargo, no puede ser ejercida en caso de violación de derechos considerados como irrenunciables, como el derecho a la vida, la integridad, y aquellos de lesa humanidad.

¹² Costa Rica, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, entre otros.

¹³ Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Perú, entre otros.

¹⁴ Entre ellos Costa Rica, México, Panamá y Paraguay.

¹⁵ Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Nicaragua, entre otros.

¹⁶ Algunos estados, como Colombia, establecen la obligación adicional de informar de la investigación a la opinión pública.

¹⁷ Es el caso, por ejemplo, de Panamá, donde pueden investigar actos u omisiones de personas naturales o jurídicas que desarrollen un servicio público (art. 4 Ley 7 de 1997); de Perú, donde conocen de las actuaciones que se realicen con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de un acto administrativo habilitante (art. 9 Ley 26.520 de 1995); de Colombia donde está facultado para hacer recomendaciones y observaciones a los particulares en caso de amenaza o violación de derechos humanos y apremiar a las organizaciones privadas para que se abstengan de desconocer un derecho humano (art. 29 Ley 24 de 1992); de Guatemala donde *Ombudsman* puede investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier personas por la violación de derechos humanos (artículo 13 Decretos 54-86 y 32-87); y de México, donde puede actuar cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen a ejercer las atribuciones que les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas (art. 6 Ley de la CNDH de 1992).

Los *Ombudsman*, además, tienen funciones educativas, las que incluyen la promoción y divulgación de contenidos sobre derechos humanos, de su mandato y el impulso de programas y políticas de derechos humanos¹⁸, y en algunos casos¹⁹, la divulgación de la Constitución Política.

A estas funciones, se agregan la de procuración, esto es la facultad de impulsar actuaciones jurisdiccionales y/o administrativas, interponer recursos y darles seguimiento; y la facultad de promover reformas legales destinadas a modificar normas consideradas lesivas a los derechos humanos o a perfeccionar el ordenamiento jurídico vigente, esta está presente en varios de los casos de estudio.²⁰

Adicionalmente, algunos *Ombudsman* tienen funciones especiales, como la de vigilar las condiciones de las cárceles y los derechos de los privados de libertad (Colombia, Ecuador, México y Nicaragua); velar por los derechos humanos de sus nacionales residentes en el extranjero (Ecuador); conocer asuntos relacionados con intereses difusos (Paraguay). A ello se agrega la facultad de conocer de los derechos de los pueblos indígenas y minorías étnicas, facultad que analizaremos a continuación.

Finalmente, una de las características de los *Ombudsman* es que sus resoluciones constituyen por lo general recomendaciones de carácter no vinculantes, es decir no tienen fuerza jurídica obligatoria para los órganos del Estado, y por lo mismo, su peso e influencia estará determinado por la autoridad y prestigio de su titular.²¹

¹⁸ El Salvador, México, Panamá y Paraguay.

¹⁹ Colombia, Nicaragua.

²⁰ Así, por ejemplo, en Bolivia el *Ombudsman* puede proponer modificaciones a decretos, leyes y resoluciones no judiciales, al igual que en Colombia, tratándose de materia de derechos humanos. En el caso de Nicaragua, Perú, Bolivia, Ecuador y México, los *Ombudsman* pueden sugerir la ratificación o suscripción de tratados internacionales relativos a los derechos humanos.

²¹ Casi todos los Estados, a excepción de Ecuador y Guatemala, disponen en sus ordenamientos jurídicos que el *Ombudsman* podrá formular recomendaciones, observaciones o sugerencias. En algunos casos, como Venezuela y Colombia, estas recomendaciones se harán sólo en materia de derechos humanos. En otros Estados, como Costa Rica, México, Panamá y Perú, estas recomendaciones no serán vinculantes o que no modificarán resolución alguna. En varios Estados el *Ombudsman* tendrá que limitarse a informar a o reportar a la autoridad correspondiente las quejas, anomalías, infracciones de las que tenga conocimiento, por lo que por sí mismo no podrá conocerlas y resolver sino solamente reportarlas. Así, en Panamá debe reportarlas al Procurador General de la Nación; en Perú, a la autoridad respectiva y, cuando corresponda, a la Contraloría. En Colombia, una vez evaluadas las pruebas, el *Ombudsman* debe remitir el caso a la autoridad competente; en Ecuador, el *Ombudsman* podrá interponer las acciones y recursos necesarios para impedir daño o peligro. Además, podrá exigir a la autoridad respectiva que resuelva. En Guatemala, el *Ombudsman* podrá ordenar el cese inmediato de la violación e interponer la denuncia o querrela ante el órgano competente. En Nicaragua, podrá iniciar o promover acciones de responsabilidad y los recursos correspondientes. En Colombia, el *Ombudsman* podrá apremiar públicamente al violador de derechos humanos en caso de que este sea

La actuación de los *Ombudsman* en materia de derechos de los pueblos indígenas

La gran mayoría de los *Ombudsman* desarrolla una acción de protección y promoción relacionada con los derechos de los pueblos indígenas. En algunos Estados esta acción tiene un fundamento legal.²² En otros ella se deriva del mandato amplio que la Constitución y/o las leyes les otorgan para la protección de los derechos humanos de los ciudadanos. En varios casos los *Ombudsman* cuentan con instancias especializadas para la atención de los pueblos indígenas.²³

Las actuaciones de los *Ombudsman* en materia de derechos indígenas han sido las propias de la acción defensorial, esto es la investigación, la mediación y conciliación y la educación y promoción en derechos humanos. Dada la realidad de los pueblos indígenas y de sus derechos, muchos *Ombudsman* han puesto énfasis al abordar la problemática indígena en algunas de las funciones defensoriales, en particular la educación y promoción en derechos indígenas orientada tanto a los propios indígenas y sus comunidades, como a sectores de la sociedad no indígena y del Estado. A continuación veremos las principales actuaciones por ellos desarrolladas en relación con los pueblos indígenas y sus derechos:

un particular. El *Ombudsman* de Guatemala, finalmente puede emitir resoluciones de censura pública en contra de autores materiales e intelectuales. GONZÁLEZ, L., *El Defensor del Pueblo. La experiencia latinoamericana*, 2004, disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>; y CUELLAR, R., *Estándares mínimos para el establecimiento y funcionamiento del Ombudsman*, 2001, disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>.

²² En Bolivia la ley que crea el Defensor del Pueblo le encomienda «*velar por el respeto a la condición multiétnica y pluricultural de la sociedad boliviana y promover la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas*» (artículo 11.9, Ley 1818 de 1997). En Colombia la Ley le encomienda «*velar por los derechos de las minorías étnicas y de los consumidores*» (artículo 9 N.º 20 Ley 24). En Nicaragua la Ley establece Procuradores Especiales, entre ellos el de Pueblos Indígenas y de Minorías Étnicas (art. 23 ley 212 de 1995).

²³ En Bolivia cuenta con un Programa de Derechos Humanos del Campesinado y Pueblos indígenas que depende de la Adjutoría de Programas Especiales del Defensor del Pueblo; En Colombia cuenta con una Defensoría Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas creada en 1993, y con una Defensoría pública creada por Ley en 1992 que provee de abogado a las personas indígenas que así lo soliciten y que demuestren incapacidad económica para obtener representación ante la justicia; Ecuador cuenta con una Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DINAPIN) creada en 1998 por resolución interna; en Guatemala, cuenta con una Defensoría de Pueblos Indígenas creada por acuerdo en 1998. En México, tanto la Comisión Nacional de Derechos Humanos como las estatales cuentan con instancias especializadas para la atención de la población indígena y la protección de sus derechos. En Nicaragua cuenta por mandato legal con un Procurador Especial de Pueblos Indígenas y de Minorías Étnicas (art. 23 ley 212 de 1995); Panamá, cuenta con un Departamento de Asuntos Indígenas creado a poco constituirse la Defensoría como una instancia dependiente de la Dirección de Quejas; finalmente Perú, cuenta en su interior con Programa de Comunidades Nativas que inició sus funciones en enero de 1997.

I. Investigación

La investigación de las quejas o denuncias de personas o pueblos indígenas por la violación de sus derechos tanto individuales como colectivos (comunidades y/o pueblos), así como aquellas asumidas por iniciativa propia (de oficio) frente a dichas violaciones, ha sido desarrollada por la mayoría de los *Ombudsman* de la región.²⁴

De especial importancia es la labor desarrollada en este sentido por los *Ombudsman* de Colombia, Ecuador, Nicaragua, Guatemala, y Perú. El *Ombudsman* de Colombia ha recepcionado un importante número de quejas de distinta índole, vinculadas en general al derecho al territorio, a la autonomía, a la cultura, al desarrollo propio, o derechos civiles y políticos de personas y comunidades amenazadas, y violaciones del derecho humanitario. Como resultado de su labor de investigación frente a estas quejas, ha emitido una serie de resoluciones e informes defensoriales constatando la violación de derechos de estos pueblos y recomendando la adopción de medidas concretas para ponerles freno.²⁵

En Ecuador, si bien las denuncias recepcionadas por el *Ombudsman* en materia de derechos indígenas son limitadas en número, su labor ha sido efectiva. Es el caso de la investigación impulsada en el caso de la comunidad *kichwa* de Sarayacu amenazada por empresa de hidrocarburos, investigación en la que por resolución defensorial de 2003 se declaró la comunidad bajo protección, articulándose esta medida con las cautelares ordenadas en el mismo caso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En Guatemala, igualmente, la atención de denuncias ha sido una de las principales labores de la Defensoría Indígena. Ella ha incluido la orientación, prevención, mediación, acompañamiento, visita, seguimiento de casos concretos frente a autoridades públicas o privados que vulneran los derechos indígenas. Entre los derechos afectados en estas denuncias se encuentran habitualmente los relativos a los derechos plenos y libertades personales, derecho a no ser discriminado, propiedad, derecho a decidir su desarrollo, y el derecho a las instituciones propias²⁶.

²⁴ En varios países las quejas y denuncias son clasificadas por derechos vulnerados y no por la pertenencia étnica de los recurrentes (casos de Bolivia, Costa Rica, México (Oaxaca) Nicaragua, Paraguay, entre otros), lo que dificulta la identificación de la labor de los *Ombudsman* en este sentido.

²⁵ Muchos de los casos en los cuales la Defensoría ha expedido estas resoluciones se refieren a situaciones en que se han decretado medidas cautelares o provisionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es el caso de la comunidad indígena *embera katío* del Alto Sinú, pueblo indígena *kankuamo* de la Sierra Nevada de Santa Marta, comunidad indígena *embera chamí* y pueblo indígena *pijao*. MORENO, M., *Estudio sobre la Atención a las Personas y Pueblos Indígenas en la Defensoría del Pueblo de Colombia*, (IIDH, San José, 2004) disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>

²⁶ PERALTA, O., *Acceso a la justicia de las Personas y los Pueblos Indígenas y la Procuraduría de los Derechos Humanos en Guatemala*, (IIDH, San José, 2005) disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>

En Nicaragua, existe un número creciente de denuncias de indígenas relativas al derecho a la vida, a la salud y previsión social, a las propias formas de organización social, entre otros derechos. Las investigaciones del *Ombudsman* han concluido en resoluciones que generalmente han confirmado la existencia en los casos denunciados de actos violatorios de derechos humanos y que estas resoluciones han sido, en parte importantes, cumplidas por los órganos del Estado²⁷. Lo mismo ha ocurrido en el caso de Perú, donde el *Ombudsman* ha desarrollado muchas investigaciones, con resultados a veces exitosos, frente a quejas o peticiones formuladas por los pueblos y personas indígenas, o bien asumidos de oficio, relacionadas con los derechos territoriales, en particular la dilación de trámites de titulación de comunidades, y el debido proceso, entre otros.

También vinculada a la función investigativa, algunos *Ombudsman* han elaborado informes en profundidad sobre situaciones violatorias a los mismos derechos. Es el caso del *Ombudsman* de Colombia, donde destacan los informes defensoriales realizados frente a la crisis humanitaria por la presencia de grupos armados en la Sierra Nevada de Santa Marta, o relativos a la situación de derechos humanos de las comunidades del norte del valle del Cauca afectadas por la misma realidad. Tales informes han determinado la adopción de medidas por parte de las instancias gubernamentales con el fin de proteger los derechos de la población indígena en el contexto del conflicto armado.²⁸

En el caso de Bolivia, destacan las investigaciones realizadas frente a temas específicos, que se han traducido en informes temáticos, como el informe especial sobre los *Derechos a la Propiedad y la tenencia de la Tierra y el Proceso de Saneamiento*, el que data de 2004.

En el caso de Guatemala cabe destacar la investigación en profundidad desarrollada por el *Ombudsman* sobre el tema de la discriminación en este país, la que se tradujo en un informe de la Procuraduría al Relator Especial de la ONU sobre Racismo y Discriminación Racial el año 2004.

La Defensoría de Panamá, a su vez, ha desarrollado investigaciones sobre temáticas sometidas a su conocimiento, como el *Informe Especial sobre los Estudios de Impacto Ambiental de los Proyectos Hidroeléctricos Tabasará N° 1 y N° 2* (septiembre del 2000) y estudios generales sobre la realidad indígena, tales como el *Informe Especial contra el Racismo* (septiembre del

²⁷ MAIRENA, R., «Acceso a la Justicia de las Personas y los Pueblos Indígenas y Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos». *Estudio de Campo en Nicaragua*, (IIDH, San José, 2005) disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>

²⁸ En el caso de la Sierra nevada de Santa Marta el gobierno de Colombia, a través del Programa Presidencial de Derechos Humanos abrió una oficina en el área para atender la crisis humanitaria allí generada por grupos armados ilegales.

2000), y el *Informe Especial sobre la situación de los Pueblos Indígenas en la República de Panamá* (diciembre del 2000).

Finalmente, el *Ombudsman* de Perú, ha elaborado informes sobre, entre otras temáticas, las personas indígenas privadas de libertad, la situación de la titulación de los territorios indígenas de la Amazonía, los pueblos indígenas en aislamiento, la actividad minera en tierras de comunidades nativas, etc. A ello se agregan los informes sobre temáticas más generales relacionadas con la realidad indígena en Perú, tales como aquellos sobre la normatividad sobre la existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades nativas, la situación de las tierras y territorios de las comunidades nativas en la amazonía peruana, y la afectación a los derechos políticos de las Comunidades Nativas.

La labor investigativa, asumida muchas veces de oficio por los *Ombudsman*, ha permitido visibilizar la situación general de los derechos indígenas o situaciones concretas de violación o amenaza de violación de los mismos. Las resoluciones y/o informes elaborados por los *Ombudsman*, conteniendo recomendaciones concretas para las instancias estatales responsables de velar por los derechos de los pueblos indígenas, han logrado no solo generar conciencia respecto a las situaciones investigadas, sino muchas veces incidir en la adopción de medidas concretas poniendo término a las situaciones violatorias de estos derechos.

II. Mediación

La función de mediación ha sido ejercida en múltiples ocasiones por los *Ombudsman* frente a denuncias específicas por la violación de estos derechos, tales como aquellas relativas a conflictos sobre derechos territoriales y ambientales que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, o frente a las demandas de reconocimiento jurídico de derechos por parte de los pueblos indígenas.

En el caso de Bolivia, el *Ombudsman* ha utilizado con éxito la mediación en numerosas oportunidades, en particular en los conflictos entre comunidades indígenas por tierras, en conflictos con empresas por megaproyectos mineros, petroleros, forestales etc., así como frente a conflictos con el Estado por la reclamación del derecho a la tierra. Así por ejemplo, el Defensor del Pueblo fue garante del acuerdo suscrito entre el Estado y los pueblos indígenas con ocasión del III marcha por el «territorio y la dignidad» el 2000.

En Colombia, la Defensoría especializada en asuntos indígenas ha intervenido también con resultados positivos mediando en casos relativos a la amplitud o extensión de la jurisdicción indígena en materia ambiental, la coordinación de la justicia indígena con la justicia estatal, y la elección de

autoridades indígenas en resguardos y la prestación de servicios de salud a comunidades indígenas.

En Costa Rica, el caso más emblemático de mediación asumido por el *Ombudsman* ha sido el del proyecto hidroeléctrico Boruca que afecta a los pueblos indígenas del territorio Rey Curré. Dicha mediación fue ejercida entre los indígenas afectados y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), compañía estatal a cargo del proyecto. A través de su actuación intentó garantizar la protección de los territorios indígenas frente a esta iniciativa y la transparencia del accionar de esta empresa en su relación con las comunidades.

En el caso de Ecuador, el *Ombudsman* impulsó la creación de red de defensores en derechos indígenas, defensores que han cumplido un importante rol en la mediación de conflictos al interior de las comunidades y en el apoyo a la vigilancia y cumplimiento de los acuerdos.

En forma similar, el *Ombudsman* de Panamá ha asumido un rol mediador en el contexto de las investigaciones frente a denuncias por la violación de derechos indígenas, en particular sus derechos territoriales y ambientales, abogando por el entendimiento entre las partes y el respeto a los derechos indígenas.

En el caso de Perú, el *Ombudsman* ha utilizado la mediación logrando, al menos en parte, dar solución de conflictos relativos a tierras indígenas, medio ambiente y recursos naturales entre comunidades nativas, y el Estado o empresas particulares en diversas áreas de la Amazonía.

III. Educación

Acciones tales como capacitación de líderes indígenas, de funcionarios estatales y jueces, elaboración y publicación de informes, manuales, programas radiales, etc., relacionadas con estos derechos, han sido impulsadas en distintos contextos de la región por los *Ombudsman* y sus instancias especializadas en la materia. Tales acciones han tenido como objeto tanto la formación en derechos humanos e indígenas de los propios indígenas, como la sensibilización de los distintos sectores de la sociedad y del Estado en relación a ellos.

Destacan en este sentido la labor desarrollada por los *Ombudsman* de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Guatemala. En Bolivia, la acción del *Ombudsman* en este campo se ha expresado en actividades tales como una campaña de difusión radial (300 radios) de las funciones del Defensor del Pueblo y de los derechos que corresponden a campesinos y pueblos indígenas en idioma *quechua*, *aymará* y castellano; la capacitación y formación sobre derechos humanos dirigidas a campesinos y pueblos indígenas; la edición

de folletos sobre derechos de los pueblos indígenas en general, el derecho a la tierra y otros derechos que atañen a los pueblos indígenas; y, la elaboración de un video sobre la perspectiva campesina e indígena de los derechos humanos en lenguas indígenas. También se han realizado jornadas de capacitación sobre justicia comunitaria y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos realizados con sectores indígenas en el 2004 como parte de un plan de acción en esta materia²⁹.

En Colombia, el *Ombudsman* ha impulsado programas de educación, campañas, centros de documentación sobre derechos humanos e indígenas orientados tanto a empoderar a los sujetos de derechos, en este caso a los pueblos y personas indígenas, como hacia quienes deben hacer cumplir esos derechos.³⁰

En Ecuador destacan el encuentro de defensores indígenas de la región andina, incluyendo a defensores desde Venezuela por el norte a Perú por el sur realizado en el 2001 por el *Ombudsman*, con el apoyo del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos; cursos de capacitación con nacionalidades indígenas sobre derechos individuales y colectivos en distintas partes del país; y la publicación y difusión de material específico para pueblos indígenas. Ello además de la conformación y capacitación de una red de cuarenta defensores de derechos indígenas que han desarrollado labores educativas en materia de justicia indígena y mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En Guatemala el *Ombudsman* ha realizado actividades de capacitación en derechos indígenas para personas indígenas y público en general, y un trabajo de apoyo a organizaciones indígenas para la presentación de sus iniciativas y peticiones frente a los órganos públicos. También ha elaborado y difundido un conjunto de trabajos sobre derechos indígenas, en particular aquellos que abordan la problemática del acceso de los indígenas a la justicia.³¹

En Perú, el *Ombudsman* ha ejecutado actividades de promoción de derechos indígenas, tanto para personas y comunidades indígenas como para

²⁹ MULLUCUNDO, E., «Estudio de Campo en Bolivia», *Acceso a la Justicia de las Personas y Los Pueblos Indígenas y la Defensoría del Pueblo*. (IIDH, San José, 2004) disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones—omb.htm>

³⁰ En el primer plano destaca el llamado plan Proamazonía desarrollado en la región amazónica entre el 2002 y el 2004; el acompañamiento para fortalecer la autonomía y el ejercicio de derechos colectivos en diversos departamentos de Colombia a objeto de reducir la incidencia del desplazamiento y fortalecer a las autoridades indígenas; y el proyecto de capacitación en derechos humanos, derecho humanitario y derechos indígenas orientado a la formación de gestores comunitarios en estas temáticas para hacer difusión de ellas en sus respectivas regiones. En el segundo plano destacan la capacitación en derechos indígenas para miembros de las fuerzas armadas a objeto de promover su respeto. (Moreno, 2004)

³¹ *El Papel de los Intérpretes en los Centros de Administración de Justicia de Alta Verapaz, y Manual de Procuración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*.

funcionarios públicos. Destacan los talleres de capacitación con comunidades nativas abordando entre otros temas el rol del Defensor del Pueblo, los derechos humanos y la problemática de las tierras y su titulación y el Convenio 169 de la OIT. A ello se agrega la elaboración y difusión de material educativo sobre derechos humanos e indígenas, entre ellos, el derecho de consulta establecido en el Convenio 169 de la OIT. Ello, además de los esfuerzos desarrollados por la Defensoría con miras a promover a nivel de los órganos del Estado y, en particular, entre los miembros del poder judicial, las particularidades del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y la jurisdicción de sus autoridades, en especial de las rondas campesinas.

En el caso de Panamá y Costa Rica cabe mencionar las actividades de capacitación y apoyo conjunto a las comunidades *ngóbe* que habitan en la zona fronteriza de ambos Estados.

En México destacan las actividades impulsadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en Chiapas las que se han traducido en numerosas jornadas de capacitación, coloquios y otros eventos de promoción de derechos indígenas orientados tanto a organismos de la administración pública como a los propios pueblos indígenas en un contexto crítico para los derechos humanos e indígenas.

En Nicaragua, finalmente cabe mencionar las acciones impulsadas por la Procuraduría Especial para Pueblos Indígenas junto a los gobiernos regionales de la Costa Atlántica y universidades al objeto de apoyar los procesos de autonomía en desarrollo; y su rol en la conformación post Durban de la Comisión Nacional Contra el Racismo y la Xenofobia y otras formas conexas de discriminación, proceso que culminó con la realización del II Foro Nacional Post-Durban³²

IV. Acciones de iniciativa legislativa

Esta función ha sido ejercida por los *Ombudsman* en materia de derechos de pueblos y personas indígenas en diversos contextos geográficos. Los *Ombudsman* de Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Perú aparecen como aquellos que mayor utilización han hecho de esta función defensorial. En Bolivia, el *Ombudsman* ha impulsado propuestas legislativas que involucran a los pueblos indígenas, tales como aquellas relativas al régimen agrario y el derecho a la tierra y a los recursos naturales, la legislación en contra de la discriminación y la ley de hidrocarburos. Además ha impulsado propuestas de reforma constitucional también referidas al derecho a la tierra y a los recursos naturales indígenas, y a la ampliación de derechos humanos reconocidos en ella.

³² MAIRENA. *Op. cit.*

Igualmente, el *Ombudsman* de Costa Rica, ha instado, a través de distintos medios, a la introducción de reformas al ordenamiento jurídico en relación con temáticas sensibles para los pueblos indígenas, tales como la operacionalización del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas contenida en el Convenio 169 de la OIT, el proyecto de ley de desarrollo autónomo de los pueblos indígenas, en discusión por largo tiempo en el Congreso, las pensiones alimentarias y el derecho penal en relación a los pueblos indígenas, y el derecho consuetudinario indígena, las instancias tradicionales de resolución de conflictos, y la administración de justicia.

En el caso de Guatemala, el *Ombudsman* ha realizado un monitoreo y exigido el cumplimiento y la implementación de los Acuerdos de Paz, y en particular el Acuerdo Indígena (AIDPI), los que incluyen la introducción de importantes reformas jurídicas sobre derechos de los pueblos indígenas. Como parte de sus planes de trabajo 2005, esta entidad ha planteado la necesidad de incidir en la formulación de proyectos de leyes que den atención a las demandas de los pueblos indígenas de Guatemala.

De la misma manera, el *Ombudsman* de Nicaragua ha promovido, entre otras iniciativas en la materia, la ratificación del Convenio 169 de la OIT, iniciativas legales tales como la Ley 445 Ley de Régimen de Propiedad Comunal y el Reglamento de la Ley de Autonomía; la Ley general para los pueblos indígenas del Pacífico, centro y norte; y la Ley de pesca.

También el *Ombudsman* de Perú ha desarrollado una importante actividad en este sentido con miras a la introducción de reformas constitucionales y legales a favor de los derechos de los pueblos indígenas. En el primer ámbito destaca el acompañamiento que éste realizara en los últimos años al proceso de elaboración de una propuesta para el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas. En materia legislativa, destaca la labor por éste desarrollada en materia de derecho consuetudinario indígena al impulsar un seminario y participar activamente en la promoción de una propuesta de ley sobre las rondas campesinas, la que fue aprobada el 2002.

Lo mismo puede señalarse en el caso de Panamá, donde el *Ombudsman* ha promovido la adopción de leyes que reconozcan los sistemas de organización tradicional indígena, y ha abogado por la creación de comarcas indígenas. Ello además de apoyar activamente la ratificación del Convenio 169 de la OIT.

V. Procuración

A pesar que en la mayoría de los estados de la región los *Ombudsman* están facultados para ejercer acciones de procuración, esto es impulsar actuaciones jurisdiccionales y/o administrativas, interponer recursos a objeto

de lograr una protección más efectiva de los derechos humanos frente a su vulneración,³³ solo los *Ombudsman* de Colombia y de Costa Rica parecen haber utilizado esta facultad. En el caso de Colombia, su utilización en materia de derechos indígenas habría sido menor de acuerdo a los antecedentes disponibles.³⁴ Destaca, en cambio, el caso de Costa Rica, donde la Defensoría de los Habitantes utilizó activamente esta facultad al interponer diversos recursos a objeto de abordar los problemas que afectan el quehacer de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas CONAI, en particular su inacción e incumplimiento de sus funciones legales. En efecto, la Defensoría presentó el 2000 una solicitud de pronta resolución a la Sala Constitucional frente a la falta de resolución por parte de esta entidad de un expediente relativo a la composición de la CONAI.

Posteriormente interpuso un Recurso de Amparo en contra de la Sala Constitucional en razón de la violación al derecho a la justicia pronta y cumplida por la no resolución de la acción de inconstitucionalidad contra los incisos a) y b) del artículo 2 de la Ley N° 5251, Ley de Creación de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, interpuesta en abril de 1999. Frente a este amparo, en que la Defensoría solicitó se ordenara a la Sala Constitucional realizar los trámites pendientes en la acción de inconstitucionalidad, y condenar a la Sala Constitucional al pago de daños y perjuicios a favor de los pueblos indígenas de Costa Rica por el retraso injustificado en la tramitación de este expediente, dicha Sala resolvió la acción pendiente declarando contrarios a la Constitución Política los incisos a y b del artículo 2 de la Ley de CONAI.

Esta acción de procuración, que tuvo un resultado exitoso, vino a resolver, a juicio de la Defensoría, uno de los principales entramamientos que había mantenido en estado de indefensión a las comunidades indígenas y a otorgar una nueva oportunidad al Estado costarricense de articular de una

³³ En los casos de Bolivia y de Costa Rica se faculta expresamente al *Ombudsman* para interponer acciones de inconstitucionalidad. En otros contextos, donde las leyes no establecen expresamente esta facultad, ella no está prohibida, por lo que no existe impedimento para su ejercicio. A juicio de algunos autores, los *Ombudsman* podrían utilizar no solo las herramientas que les otorgan los mecanismos nacionales para la protección de los derechos humanos, sino de todo el marco legal disponible para estos efectos, lo que incluye aquellos que emanan de los tratados o convenciones internacionales sobre los mismos derechos. CUELLAR. *Op. cit.*

³⁴ De los numerosos casos recepcionados por la Dirección de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría que pueden ser resueltos a través de un proceso judicial, previo el agotamiento de todas las formas de gestión defensorial el 2003 (10.825 peticiones: 7.993 acciones de tutela, 22 habeas corpus, 94 acciones de nulidad, 316 acciones de cumplimiento, 2.342 acciones populares, 53 acciones de grupo y 5 acciones de inconstitucionalidad), solo una acción de tutela invocaba la vulneración a amenaza a los derechos de las minorías étnicas (sin especificar el grupo víctima de la vulneración o amenaza). MORENO. *Op. cit.*

mejor forma las acciones que garanticen el respeto y disfrute de sus derechos fundamentales.

La omisión de los Ombudsman en el uso de esta función para la protección de los derechos de los pueblos indígenas resulta grave, ya que a través de la interposición de acciones jurisdiccionales y/o administrativas podría lograrse hacer efectivas sus recomendaciones cuando estas no encuentran acogida en las autoridades dado el carácter no vinculante de sus resoluciones.

VI. Otras acciones de los *Ombudsman* a favor de los derechos de los pueblos indígenas

Entre las acciones impulsadas por parte de los *Ombudsman* de la región a favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas, existen otras que no pueden ser clasificadas dentro de las funciones anteriormente identificadas, que deben ser mencionadas aquí.

Así por ejemplo, en el caso de Colombia, cabe destacar la labor desarrollada por la Dirección Nacional de Defensoría Pública, entidad dependiente de la Defensoría del Pueblo que tiene como finalidad facilitar el acceso a la administración de justicia, y que tiene la obligación legal de proveer un abogado a las personas indígenas que así lo soliciten y a quienes demuestren su incapacidad económica para obtener esta representación. Aunque no todos los departamentos del país cuentan con defensores públicos encargados especialmente de dar atención a la población indígena y con conocimiento de la legislación indígena, algunos como Cauca, Tolima, Risaralda y Nariño, con un importante porcentaje de población indígena, si disponen de ellos.

Durante los años 2003 y 2004 la Dirección Nacional de Defensoría Pública, en coordinación con la Defensoría para Indígenas, llevó 154 procesos en el programa penal ordinario en los departamentos de Nariño y Tolima. En muchos de estos casos se dio a la población indígena asesoramiento en los asuntos relativos a la jurisdicción de las comunidades indígenas³⁵.

Igualmente, en el caso de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de ese país ha desarrollado una importante labor en materia de liberación de presos indígenas, a través del programa del mismo nombre constituido con este objetivo. De acuerdo a la información de la propia CNDH, en el período comprendido entre 1999 y 2004 dicho programa había realizado presentaciones para la liberación de un total de 10.827 presos indígenas, de las que fueron 4.022³⁶.

³⁵ MORENO. *Op. cit.*

³⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (MÉXICO), *Informe de gestión de la CNDH noviembre 1999 a noviembre 2004*, disponible en: http://www.cndh.org.mx/Principal/document/la_cndh/transparencia/fr_transparencia.htm

Conclusiones

La acción de los *Ombudsman* de la región en favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas, tiene limitaciones, vacíos y/o obstáculos que deben ser señalados. En el plano legal encontramos, entre otras, la ausencia de un mandato expreso en varios estados para actuar en esta materia; la ausencia en muchos casos de facultades para investigar las violaciones de derechos indígenas cometidas por particulares; y el carácter no vinculante de sus resoluciones y recomendaciones. En el plano administrativo destacan como limitaciones la inexistencia en varios Estados de instancias al interior de los *Ombudsman* que desarrollen un trabajo especializado en materia de derechos de los pueblos indígenas; la inexistencia de recursos financieros y la ausencia de personal indígena en los *Ombudsman* que le permitan asumir las denuncias de los pueblos indígenas; y la ausencia, en muchos casos de una adecuada articulación con los movimientos indígenas para una tarea más eficaz en este sentido.³⁷

Con todo, como hemos visto en esta sección, los *Ombudsman* brindan una gran oportunidad a los pueblos y personas indígenas para hacer valer sus derechos específicos, hoy crecientemente reconocidos en los ordenamientos jurídicos internos de la región y en el derecho internacional, pero lamentablemente, no siempre respetados por los Estados, o por sectores no indígenas, en la realidad cotidiana.

Tal como señala el Instituto Interamericano de Derechos Humanos al relevar la importancia de esta institución como mecanismos para la protección y defensa de los derechos de los pueblos indígenas:

«El Ombudsman brinda una gran posibilidad para hacer valer los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas, ya que es una institución que puede ser intermediaria entre las demandas de esta población y el Estado.

Es una institución capaz de obligar al sector público a dialogar con los pueblos indígenas. Tiene la posibilidad de sentar en una mesa de trabajo a personas funcionarias públicas y de pueblos indígenas, y escucharse con respeto, en búsqueda de soluciones a problemas planteados.

Puede llamar y pedir cuentas sobre la prestación de servicios estatales, incluso a ministros y a titulares institucionales.

Da seguimiento a las conversaciones, reuniones y acuerdos logrados entre las autoridades estatales y los pueblos indígenas.

Capacita a quienes necesitan conocer y respetar los derechos humanos. Para ello, tendrá en cuenta la Constitución Política del Estado, los convenios y tratados internacionales y las leyes específicas.

³⁷ AYLWIN. *Op. cit.*

*En suma, el Ombudsman **visibiliza** a los pueblos indígenas y equipara condiciones que permitan hablar en igualdad a un indígena o su pueblo, frente a autoridades estatales, y exigir con respeto y fundamentos legales solución a sus problemas expuestos³⁸.»*

Es por ello que se recomienda a los pueblos indígenas, a sus organizaciones representativas y a sus comunidades e integrantes:

- Informarse acerca de los *Ombudsman*, de sus funciones y mandato en materia de derechos humanos e indígenas, y de la labor que estas instancias desarrollan en su favor;
- articularse con ellos, manteniendo la autonomía que les es propia, en el desarrollo de sus estrategias en demanda del reconocimiento y respeto de sus derechos tanto individuales como colectivos;
- y exigir de los *Ombudsman* un rol activo en la protección y defensa de sus derechos amenazados o conculcados.

³⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *La Figura del Ombudsman: guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R.: IIDH, 2006; 27-28) disponible en: <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones-omb.htm>

Políticas de Estado en cooperación internacional para la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas

J. Daniel Oliva Martínez

Los pueblos indígenas tradicionalmente han manifestado índices de pobreza humana que les han situado en una situación económica y social altamente vulnerable y les ha colocado entre los grupos sociales más desfavorecidos. A pesar del protagonismo político que han alcanzado en los últimos tiempos, los pueblos indígenas siguen siendo los más pobres al interior de las naciones, sus integrantes se recuperan más lentamente de las crisis económicas, tienen menores niveles de ingreso, escaso acceso a servicios de calidad, mayores índices de analfabetismo y abandono escolar que el resto de la población y una limitada asistencia sanitaria, entre otras carencias de oportunidades básicas¹. Debido al nivel de abandono, de exclusión y de subdesarrollo en el que subsisten gran parte de los pueblos indígenas, estos colectivos se han convertido en las últimas dos décadas en objetivo prioritario de las políticas de Estado de cooperación internacional.

De esta manera muchos son los Estados, que han asumido políticas de compromiso con los pueblos indígenas desde el renovado enfoque del autodesarrollo que se vislumbra —necesariamente— como un desarrollo participativo, con identificación étnica, respetuoso con el medio ambiente y la buena administración de los recursos naturales, sin imposiciones, congruente con la defensa de los derechos indígenas y el reconocimiento de su identidad diferenciada y en donde la cultura y las tradiciones han de jugar un papel fundamental en el proceso de fortalecimiento y mejora de las condiciones de vida de los pueblos indígenas. Un modelo para la acción, comprometido con

¹ Para el contexto latinoamericano puede consultarse el reciente estudio de HALL, G., y PATRINOS, H., A., *Pueblos Indígenas, Pobreza y Desarrollo Humano en América Latina: 1994-2004*, Banco Mundial, 2005. También una visión de conjunto nos proporciona la *Estrategia para el Desarrollo Indígena del Banco Interamericano de Desarrollo*, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, 22 de marzo de 2006, Washington.

el pluralismo y la diversidad cultural, en el que los beneficiarios han de ser los protagonistas absolutos y agentes activos de su propio desarrollo.

El estudio de la cooperación de los Estados con los pueblos indígenas requiere de una clasificación preliminar que nos sitúa ante dos tipos de acciones diferenciadas según el contenido, los mecanismos de intervención y los agentes últimos que las realizan. De esta manera, por un lado, debemos situar la cooperación con los pueblos indígenas que realizan los países del Norte directamente, mediante donaciones o créditos que tienen como destinatarios a los gobiernos, organizaciones o comunidades de los países receptores (en muchas ocasiones canalizada por las ONG). Es lo que conocemos como *cooperación bilateral*. Además existe otra modalidad de cooperación de los Estados con los pueblos indígenas, aquella que realizan apoyando a un organismo internacional como las Naciones Unidas o el Fondo Indígena, financiando sus programas y estrategias de ayuda a estas comunidades culturales diferenciadas. Esta segunda modalidad se encuadraría dentro de lo que conocemos como *cooperación multilateral*. Este capítulo se adentra precisamente en el análisis de las políticas de Estado, especialmente de los países del Norte, bilaterales y multilaterales, encaminadas a favorecer el autodesarrollo y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas².

1. La cooperación bilateral con los pueblos indígenas de los países del Norte

Al interior de los ministerios que rigen la política exterior, económica o comercial de los países del Norte³ existen unidades o instituciones técnico-administrativas llamadas a coordinar las políticas de ayuda al desarrollo y de gestionar los recursos específicos destinados para tal fin, constituyen las que conocemos genéricamente como agencias nacionales de cooperación internacional. Algunas agencias nacionales de cooperación, especialmente de los países europeos, vienen desarrollando una encomiable labor en relación con los pueblos indígenas.

La primera agencia europea que inició su trabajo con pueblos indígenas fue la Noruega, que ya en 1983 puso en marcha un Programa específico para favorecer el desarrollo de indígenas latinoamericanos. El Programa Norue-

² Hay otro tipo de intervenciones que no serán objeto de estudio en este trabajo pero que si tenemos presentes. Me estoy refiriendo a las acciones que en los ámbitos internos vienen realizando, para favorecer la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas, los gobiernos latinoamericanos a través de las políticas públicas de Estado especializadas.

³ Me refiero aquí a los países más desarrollados que forman parte del Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE y que protagonizan la cooperación internacional oficial con los pueblos indígenas.

go que ha tenido continuidad hasta nuestros días atiende especialmente los asuntos en materia de derechos indígenas lo que ha coincidido con la ratificación por parte de Noruega del Convenio 169 de la OIT. Desde entonces se han sucedido posicionamientos políticos muy claros y prácticas consecuentes por parte de otras agencias europeas de cooperación.

De esta manera, en 1993, Holanda inició una línea de cooperación específica que estaba destinada a mejorar la información disponible sobre las necesidades de desarrollo de los indígenas aumentar el apoyo a estas comunidades a través de los programas de cooperación de sus Embajadas, concretamente el denominado Programa Especial de Cooperación para el Desarrollo y Programa de Cooperación Cultural. A su vez, la cooperación holandesa desde entonces se fijó el objetivo de aumentar la implicación de los pueblos indígenas en los proyectos que les afectasen y fueran financiados por los Países Bajos, mitigar los efectos negativos que algunos programas generales podían acarrear a estas comunidades diferenciadas y adecuar los proyectos a las necesidades específicas y las peculiaridades culturales de estas poblaciones⁴. Desde entonces hasta la fecha la cooperación holandesa ha desarrollado una acción destacable de apoyo a los pueblos indígenas en varios países de Latinoamérica y Asia. Todo ello ha venido acompañado de un posicionamiento claro de respaldo a las reivindicaciones de los pueblos indígenas en materia de derechos diferenciados en los foros internacionales de negociación, especialmente Naciones Unidas.

Probablemente una de las agencias europeas con mayor presencia en cuanto al número de proyectos financiados en comunidades indígenas sea la danesa (DANIDA). Desde la publicación en 1994 de la *Estrategia para el apoyo a los pueblos indígenas*, la cooperación danesa, especialmente sensibilizada sobre estas cuestiones debido a la presencia inuit en la región autónoma de Groenlandia, algunos de cuyos representantes participaron en la elaboración del documento programático mencionado, sentó las bases de su política de cooperación indígena y comenzó a financiar proyectos en diversos países del mundo, especialmente en Latinoamérica encaminados a fomentar un desarrollo autónomo con identidad, profundizar en los procesos de democratización y hacer efectivos los derechos humanos. La estrategia danesa fue revisada y mejorada técnicamente gracias al trabajo de un grupo de expertos en asuntos indígenas (2001-2002) y en la actualidad ha incorporado temas transversales como el género y la protección del medio ambiente, procediendo a identificar a los grupos indígenas destinatarios de las ayudas y asumiendo un enfoque en derechos. Por ello no es de extrañar que la cooperación de DANIDA también se haya mostrado especialmente solidaria con las reivindicaciones indígenas en materia de derechos, lo que ha venido acom-

⁴ *Indigenous peoples in the Netherlands Foreign Policy and Development Cooperation*, n.º 11 (E), 13 de mayo de 1993, Gravanhague.

pañado de un posicionamiento firme en los debates que se han desarrollado en Naciones Unidas y de la generación de plataformas diplomáticas, grupos informales de negociación y alianzas con estos colectivos⁵.

También la cooperación belga inició sus programas de solidaridad y apoyo a los pueblos indígenas en el año 1994, teniendo por objetivos la extensión de programas de educación bilingüe e intercultural, planificación territorial, acompañamiento en foros internacionales y capacitación de liderazgo. Todo ello enmarcado en un interés generalizado por incrementar la participación de los beneficiarios indígenas en la identificación de sus necesidades de desarrollo y la ejecución de los proyectos. Por encima de todo debemos destacar el apoyo, político y económico, que viene proporcionando Bélgica al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, organización especializada de cooperación de la que forma parte, constituyéndose como el único país no iberoamericano que es miembro de pleno derecho de la misma.

La cooperación alemana se ha mostrado interesada en los pueblos indígenas y por ello a partir del año 1996 el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ) abrió una línea de ayuda para estas comunidades⁶ que ha implementado en gran medida la GTZ, una de las unidades técnico-administrativas encargadas de llevar a la práctica las directrices en materia de cooperación internacional. La cooperación alemana con los pueblos indígenas se ha centrado en Latinoamérica (Perú, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Brasil, Venezuela y la región mesoamericana, especialmente Guatemala) y ha tenido como prioridades sectoriales la lucha contra la pobreza, el desarrollo rural, la educación, la defensa de los derechos indígenas, la capacitación técnica, el reforzamiento de sus organizaciones⁷, la consolidación de las estructuras democráticas en las comu-

⁵ Vid. *Información recibida de los gobiernos: El Gobierno de Dinamarca y el Gobierno Autónomo de Groenlandia Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos*. El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signatura E/C.19/2006/6/Add.2 de 9 de Marzo de 2006. Todo este proceso ha culminado con la ratificación por parte de Dinamarca del Convenio 169 de la OIT y con un incremento presupuestario sostenido a lo largo de estos años para los proyectos de autodesarrollo indígena, muchos de ellos destinados a aumentar las capacidades organizativas de estos pueblos.

⁶ Con la publicación de *Concepto relativo a la cooperación para el desarrollo con pueblos indígenas en América Latina*, Bonn, 1996. El concepto se considera como un complemento a las estrategias sectoriales y regionales existentes en el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo y está llamado a orientar la toma de decisiones en la preparación, ejecución y evaluación de proyectos de cooperación con los pueblos indígenas. Se ha llevado a cabo una revisión y actualización del *Concepto* mediante la realización de estudios de casos que ha comprendido 3 países: Bolivia, Ecuador y Guatemala.

⁷ Por ejemplo el proyecto *Fortalecimiento institucional de organizaciones indígenas de América Latina-COICA*.

nidades, la protección de los ecosistemas de selva y la atención a la salud. Los pueblos indígenas han sido identificados como grupos destinatarios específicos que tienen especial participación en los programas y proyectos de la Cooperación alemana en las áreas prioritarias de política ambiental, enfoques integrados de desarrollo rural, educación y democracia, sociedad civil y administración pública. La GTZ también se ha implicado activamente en el desarrollo de alguno de los programas emblemáticos del Fondo Indígena.

Otras agencias europeas como el Departamento para el Desarrollo Internacional del Reino Unido, la Agencia de Cooperación Internacional Austriaca, la Agencia Sueca de Cooperación Internacional, la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación⁸ y más recientemente la Agencia Francesa de Desarrollo o el Departamento de Cooperación Internacional para el Desarrollo de Finlandia⁹, también con mayor o menor grado de concreción en sus estrategias generales y directrices orientativas, mantienen programas de cooperación con pueblos indígenas, cuyos proyectos vienen ejecutándose en diferentes puntos de Latinoamérica, África o Asia. Por otro lado no debemos dejar de mencionar que la Agencia Japonesa de Cooperación Internacional —especialmente en Perú—, la Agencia Canadiense de Cooperación Internacional, la Agencia Australiana de Cooperación Internacional, la Agencia Neozelandesa de Asistencia al Desarrollo, estas últimas en contextos asiáticos, africanos y oceánicos, y la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional, con sus peculiaridades programáticas y políticas, y sus condicionamientos específicos, también se han venido ocupando indirectamente de estos pueblos, aunque no los identifiquen como un grupo beneficiario diferenciado o incluyan una línea prioritaria de intervención específica en sus estrategias generales.

Para el caso español¹⁰ lo cierto es que el punto de inflexión, más allá de algunos precedentes de menor entidad¹¹, lo constituyó la publicación de la

⁸ Vid el documento *Acción Suiza para a favor de los pueblos indígenas*, 1998. Información que recientemente ha sido enviada al Foro Permanente para su valoración y estudio en la reunión de mayo de 2006. Vid. *Información recibida de los gobiernos: El Gobierno de Suiza. Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos* El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signatura E/C.19/2006/4/Add.1 de 9 de Marzo de 2006.

⁹ Finlandia ha ejecutado varios proyectos educativos en Bolivia y Ecuador relacionados con los derechos de los pueblos indígenas

¹⁰ Me refiero aquí, siguiendo el enfoque inicialmente asumido en relación con las otras agencias europeas, a la cooperación del Estado central. No debemos olvidar que varias Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales y corporaciones locales vienen financiando programas y proyectos de desarrollo de los que se han beneficiado los pueblos indígenas (de diferentes países) ya desde hace varios años.

¹¹ Especialmente vinculados a la preparación y actividades paralelas de las celebraciones del V Centenario (durante la década de los 80).

Estrategia Española de cooperación con pueblos indígenas, en el año 1997, inspirada en los principios del autodesarrollo y la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y que consolidó el naciente Programa Indígena de la Agencia Española de Cooperación Internacional. La Estrategia, una de las pioneras en el contexto europeo, junto a los principios inspiradores y los objetivos generales, fijaba una serie de líneas operacionales, entre ellas el apoyo a los derechos culturales de los pueblos indígenas, la promoción del diálogo entre los indígenas y la cooperación internacional, llevar la cuestión indígena a las Instituciones Europeas y lograr el compromiso de la Unión en materia de autodesarrollo, promover la participación activa de los indígenas en el ciclo del proyecto, luchar contra la pobreza en las comunidades, fortalecer a las organizaciones representativas, fomentar el protagonismo socio-político de las mujeres indígenas, proteger a los niños indígenas, favorecer el comercio justo y reforzar la cooperación regional con estos pueblos¹².

La Estrategia consolidó, el Programa Indígena de la AECI, modesta unidad de carácter operativo, de escaso personal aunque bien cualificado, asignada —actualmente—, a la Subdirección de Cooperación con Países de América del Sur y que desde entonces hasta nuestros días ha venido centralizando y coordinando, en gran medida, la ayuda española a los pueblos indígenas, a través de los programas bilaterales de cooperación con países latinoamericanos. A su vez, el Programa Indígena, es el encargado dentro de la administración española, de mantener las relaciones institucionales con el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y se coordina con otras unidades del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación a la hora de acudir a los foros internacionales sobre derechos y desarrollo indígena¹³.

Esta aportación a la cooperación con pueblos indígenas se complementa con la que realizan otras unidades regionales y programas de la AECI o el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación como por ejemplo el Programa Araucaria. A su vez, la cooperación española tiene previsto desarrollar

¹² AECI, *Proyecto Estrategia Española de Cooperación con Pueblos Indígenas, Borrador final*, 15/0804, p. 10.

¹³ *Ibidem*. Hay que resaltar que el Programa Indígena de la AECI cuenta con recursos propios, modestos y asignados anualmente y que aquellos han aumentado notablemente en los últimos tiempos incrementándose de manera exponencial lo que nos indica el compromiso claro de la cooperación española en el reforzamiento de la ayuda a los pueblos indígenas. De esta manera si durante el año 2004, el Programa ejecutó unos 320.000 euros y para el año 2005 se contó con un presupuesto inicial de aproximadamente 325.000 euros, que fue incrementándose, tímidamente, según iban surgiendo nuevas necesidades, en 2006 el Programa se ha beneficiado de un incremento que ha llegado hasta los 3 millones de euros, con lo que las cantidades del año 2004 y del año 2005 en la práctica se han multiplicado por diez.

(de hecho ya a empezado a hacerlo)¹⁴—con el asesoramiento del Programa Indígena— programas de cooperación con organismos internacionales como la OIT, UNICEF, el Grupo de Trabajo del Convenio sobre Diversidad Biológica o Naciones Unidas, que han venido trabajando en los últimos años con el objetivo de favorecer el autodesarrollo de estos pueblos.

A pesar de estos avances estratégicos y operativos, lo cierto es que la cooperación española con pueblos indígenas, hasta hace bien poco no ha contado con el respaldo normativo suficiente. De esta manera cabe resaltar que ni la Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo¹⁵, marco normativo general al que ha de adecuarse la actividad de todos los agentes de cooperación españoles, ni el I Plan Director de la Cooperación Española para los años 2001-2004, hacían menciones explícitas a los pueblos indígenas¹⁶. Ha habido que esperar al II Plan Director de la Cooperación Española, aprobado por el Consejo de Ministros en Enero de 2005, para que el tratamiento de la cooperación con pueblos indígenas haya obtenido menciones específicas y para que se hayan definido, en un documento estratégico y normativo de alto nivel, algunos de los instrumentos metodológicos que han de utilizarse en el trabajo solidario con estas comunidades.

Ciertamente muchos serían los aspectos destacables en este ambicioso Plan Director de la Cooperación Española para los años 2005-2008¹⁷: ahora bien, de entre todas las innovaciones que aporta deberíamos subrayar, desde la perspectiva del apoyo al autodesarrollo indígena, el respeto por la diversidad cultural y las menciones específicas a la cooperación con estos pueblos, lo que supone una gran novedad frente al silenciamiento que al respecto, caracterizó al anterior Plan Director. La nueva política de cooperación internacional está llamada a propiciar el respeto y el reconocimiento de la di-

¹⁴ Al respecto hay que mencionar el Convenio de colaboración que AECI ha suscrito con UNICEF recientemente por el que se financiará un macroprograma de desarrollo de la infancia y juventud indígena en toda Latinoamérica.

¹⁵ Ley 23/1998, de 7 de julio (BOE de 8 de julio de 1998).

¹⁶ Plan Director de la Cooperación Española, 2001-2004, Secretaría de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica (SECIPI), Madrid, 2001. El Plan fue aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2000.

¹⁷ Entre ellos la apuesta por el multilateralismo y el consecuente reforzamiento de los organismos internacionales, la gestión por resultados y la profesionalización, el compromiso por integrar el enfoque de derechos humanos en la política española de cooperación, la clarificación de los instrumentos de la cooperación o el apoyo a la conversión de la deuda externa por desarrollo, siempre desde un enfoque renovado de desarrollo humano que se une a las propuestas más avanzadas que sobre la cuestión se están conformando en la Comunidad Internacional. Todo ello indudablemente, reforzará la cooperación con los pueblos indígenas, especialmente sensibilizados con las propuestas de desarrollo participativas y que incorporen la cuestión de la identidad, con un enfoque en materia de desarrollo que implique el reconocimiento de sus derechos diferenciados.

versidad cultural, como una prioridad horizontal, en todos los procesos de desarrollo, entendiendo que éstos conllevan necesariamente cambios culturales. Por ello la puesta es clara, hay que contemplar la dimensión cultural, es decir la realidad socio-cultural de las comunidades en las que se ponen en marcha proyectos de cooperación y a su vez hay que trabajar en una línea de cooperación que valore como positivas las diferencias culturales¹⁸. Para la cooperación española la diversidad cultural es sinónimo de riqueza social, de pluralidad y de nuevas oportunidades para el desarrollo de los pueblos.

La Cooperación Española, a partir de estas premisas, que en gran medida están relacionadas con las aportaciones más avanzadas que al respecto viene realizando la UNESCO o el PNUD, establece varios mecanismos para integrar la dimensión cultural y llevar a la práctica el enfoque intercultural en los proyectos o programas financiados¹⁹.

Tomando de esta manera el Plan Director, el tema de la Diversidad Cultural como una prioridad horizontal, se incorpora el sector de la *cultura y el desarrollo*, dentro de la prioridad sectorial *aumento de la libertad y capacidades culturales*. Aquí nos encontramos con la referencia más explícita a la cooperación con Pueblos Indígenas, encaminada a fomentar la participación de estos colectivos en los procesos de desarrollo. La Cooperación Española parte de un dato objetivo: muchos de los países de América, África y Asia en los que actúa se caracterizan por la presencia de pueblos indígenas con rasgos socio-culturales propios y visiones del desarrollo autónomas. Muchos de estos pueblos están a su vez sometidos a condiciones de exclusión social y de pobreza, lo que repercute, tal y como ya hemos estudiado en detalle en otros trabajos²⁰, en sus posibilidades de desarrollo. Teniendo en cuenta toda esta realidad de partida, se apuesta por un reforzamiento de la política española de cooperación al desarrollo con los pueblos indígenas cuyo objetivo global será «contribuir al reconocimiento y ejercicio efectivo de los pueblos indígenas a articular sus propios procesos de desarrollo social, económico, político y cultural»²¹.

La influencia del enfoque integral en materia de autodesarrollo indígena (es decir la interrelación entre desarrollo y derechos indígenas) es patente en el Plan Director, aunque quizás más matizada y aproximativa, y no tan concluyente, como cabría esperar. Así se recuerda que «La experiencia acu-

¹⁸ Plan Director, 2005-2008, p. 34.

¹⁹ 1. Integración del estudio y análisis de la dimensión cultural en las intervenciones de desarrollo y en los documentos programáticos. 2. Fomento de la investigación sobre cultura. 3. Participación y diálogo sobre la cultura en espacios internacionales.

Ibidem, pp. 34-36.

²⁰ OLIVA, J. D., *La cooperación internacional con los pueblos indígenas: desarrollo y derechos humanos*, CIDEAL, Madrid, 2005.

²¹ *Plan Director 2005-2008*, p. 82.

mulada ha puesto de manifiesto que la eficacia de la ayuda destinada al desarrollo indígena depende, en gran medida, del reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas, así como de lograr que se les reconozca que tienen derecho a participar e influir en los procesos de desarrollo de los países en los que viven, y en el desarrollo global, sin renunciar para ello a sus identidades diferenciadas. El trabajo de la Cooperación Española en este sector debe asegurar el protagonismo de los pueblos indígenas en los procesos de identificación, formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las intervenciones, aplicando sus propios sistemas participativos». Como el lector habrá podido observar no hay referencia alguna al derecho a la autodeterminación, los derechos territoriales o explícitamente a un derecho al autodesarrollo, y todo queda reducido a un ambiguo «derecho a participar e influir en los procesos de desarrollo». La Cooperación Española a través del Plan Director (2001-2005) identifica finalmente unas líneas estratégicas y unas actuaciones prioritarias en la cooperación con los pueblos indígenas²².

Conscientes de los vertiginosos cambios que han acontecido en los últimos años en relación con los pueblos indígenas, el reconocimiento de sus derechos, la identificación de nuevas necesidades en materia de autodesarrollo, el aumento de los agentes internacionales que trabajan en ese campo, de la evolución normativa y conceptual del sistema español de cooperación, de las lecciones aprendidas y de las disposiciones emanadas en la Unión Europea,

²² Las líneas estratégicas son: 1) El apoyo a la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en los procesos de decisión locales, nacionales, regionales e internacionales, relevantes para la consolidación del reconocimiento jurídico de sus derechos, y para el ejercicio de éstos. 2) El empoderamiento y apoyo al desarrollo de capacidades de los hombres y las mujeres indígenas, y de sus organizaciones e instituciones, incluyendo el apoyo a las propuestas educativas y de formación indígenas, según los modelos desarrollados por ellos mismos y a través de metodologías participativas. 3) El apoyo a las organizaciones, agrupaciones, instituciones y autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, en los procesos internos de definición de estrategias y de modelos de desarrollo propios, con la participación plena y efectiva de hombres y mujeres y finalmente 4) El respaldo a los pueblos indígenas y a sus organizaciones en la protección de sus territorios, medio ambiente, sistemas culturales y patrimonio cultural, mediante acciones que incidan en su defensa. Dentro de las *actuaciones prioritarias* se apuesta por la promoción de actividades de información, sensibilización y formación de los actores de la Cooperación Española en relación con el desarrollo de los pueblos indígenas, el asesoramiento técnico para los actores de la Cooperación Española, en aras de la mayor unidad de acción y coherencia posibles, la investigación y elaboración de metodologías específicas y construcción de indicadores pertinentes, la concertación y diálogo intercultural para la formulación de políticas de desarrollo que conciernen a los pueblos indígenas, el seguimiento de las políticas de cooperación con los pueblos indígenas de las distintas agencias de cooperación del ámbito europeo e internacional y finalmente el seguimiento de los acuerdos y compromisos internacionales que afectan a los pueblos indígenas así como el asesoramiento para su cumplimiento y para la definición de la posición de España ante organismos de carácter multilateral *Ibidem*, pp. 81-84.

aquellos que se encargaron de elaborar el Plan Director, incidieron en que era necesario una readecuación y revisión de la Estrategia Española de Cooperación con los pueblos indígenas, aquel documento elaborado en 1997 y que nosotros ya hemos mencionado en páginas anteriores. El nuevo documento, es decir una nueva Estrategia Española de Cooperación con los Pueblos Indígenas, ya está elaborado, incorpora los principios establecidos en los instrumentos internacionales suscritos por España y se adecua a las prioridades horizontales, geográficas y sectoriales, así como a los principios fundamentales del nuevo Plan Director.

En líneas generales, y únicamente para lo que a la cooperación bilateral de las agencias europeas se refiere, deberíamos destacar que la misma se caracteriza por una preocupación compartida por asegurar la participación e involucración de los beneficiarios en todas las fases de los proyectos, la adecuación de las prácticas de cooperación a las peculiaridades socioculturales de los pueblos indígenas y la apuesta por el apoyo a las reivindicaciones de estas comunidades en materia de derechos. Derechos indígenas, cuya efectividad, la cooperación bilateral europea, empieza a contemplar, al menos en sus documentos oficiales como la base del autodesarrollo con identidad de estos pueblos. No debe de extrañarnos por lo tanto que la cooperación en el terreno de las agencias europeas aparezca unida al apoyo o acompañamiento de los indígenas en las negociaciones que vienen desarrollándose en diferentes organizaciones internacionales y que tienen como objetivo lograr un consenso internacional que refuerce los marcos globales y regionales de protección de los derechos diferenciados de estas comunidades.

2. La cooperación multilateral con los pueblos indígenas

Tal y como ya hemos adelantado, otra de las vías de apoyo a los pueblos indígenas por parte de los Estados más ricos e industrializados que están integrados en el Comité de Ayuda al Desarrollo de la OCDE, es la de reforzar o financiar las estrategias, programas y proyectos que ponen en marcha los organismos internacionales de los que forman parte. A continuación vamos a referirnos a algunos de estos organismos, concretamente a los integrados en el Sistema de Naciones Unidas, a las corporaciones públicas internacionales de carácter financiero (especialmente, aunque no sólo, al Banco Mundial y al Banco Interamericano de Desarrollo), al Fondo Indígena y a la Unión Europea.

2.1. El Sistema de Naciones Unidas

Desde la creación en 1982 del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, la cuestión indígena ha ido ganando más y más importancia en la

agenda de los organismos subsidiarios y especializados que integran el Sistema de las Naciones Unidas. Muchas de estas instancias desde su ámbito de especialización han ido generando marcos normativos internos, líneas programáticas, estrategias, políticas operativas y unidades específicas de actuación en los planos universal, regional o nacional con el objetivo de integrar la perspectiva de los pueblos indígenas, atender sus necesidades y promover su desarrollo, asumiendo con el paso del tiempo un enfoque en derechos. A continuación, nos adentraremos, con un objetivo introductorio, en el trabajo en materia de autodesarrollo indígena realizado por algunas de estas organizaciones que integran el Sistema de las Naciones Unidas, resaltando sus logros y aquellos programas emblemáticos que han venido implementando. Merece la pena recordar, antes de iniciar este breve recorrido, que todos los organismos mencionados tienen como referentes los Objetivos de Desarrollo del Milenio e integran el denominado Grupo de Apoyo Interinstitucional sobre Cuestiones Indígenas, llamado a servir de fuente de información al Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas dependiente del ECOSOC y a fomentar las concertaciones y coordinaciones necesarias que fructifiquen en una acción multilateral integral y eficaz en favor de los pueblos indígenas²³.

Organismos subsidiarios como el *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)*, han creado estructuras concretas y estrategias relacionadas con los pueblos indígenas. Algunos programas nacionales, regionales y mundiales del PNUD benefician directa o indirectamente a estas comunidades en muchas partes del mundo. En particular, tenemos que destacar, de entre los más recientes, el Programa Mundial de Promoción de los Derechos Humanos (HURIST)²⁴, la Iniciativa Regional para el fortalecimiento del diálogo sobre políticas relativas a los derechos y el desarrollo de los pueblos indígenas de las tierras altas y tribales de Asia²⁵, el Programa Nacional para la Promoción de la Sociedad Civil en Guatemala o los programas de pequeñas donaciones (especialmente el del Fondo para el Medio Am-

²³ Puede consultarse el *Informe del Grupo de Apoyo Interinstitucional sobre Cuestiones Indígenas sobre su período de sesiones de 2005*, E/C.19/2006/3, 26 de Enero de 2006.

²⁴ En colaboración con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

²⁵ El proyecto se está dirigiendo desde Tailandia y los principales países participantes son Camboya, Indonesia, Filipinas, Tailandia y Vietnam. Tiene por objetivo aumentar el intercambio de experiencias sobre cuestiones prioritarias entre los países, en particular en relación con la lucha contra la pobreza de los pueblos indígenas. Vid. *Información recibida del sistema de las Naciones Unidas. PNUD. Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos* El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signatura E/C.19/2006/6/Add.6 de 10 de Marzo de 2006, p.5.

biente Mundial²⁶, o la Red África 2000)²⁷, pues son los que más claramente han tenido como objetivo el autodesarrollo de los pueblos indígenas y han involucrado a sus organizaciones.

Gran parte de estas iniciativas, han centrado su interés en la erradicación de la pobreza, la conservación del medio ambiente, la explotación de tierras de secano, la prevención y solución de conflictos y la revitalización cultural de los pueblos indígenas. Desde la década de los 90 viene funcionando una secretaría central para pueblos indígenas en la oficina para la política y la evaluación de programas (BPP.E/PDSD) en la sede central de Nueva York. A partir del año 1999 la organización ha aumentado su cooperación con los pueblos indígenas, lo cual ha venido precedido de consultas internacionales con dirigentes indígenas²⁸. Desde el año 2000 el PNUD puso en marcha el denominado Comité de la Sociedad Civil, en el que vienen participando dirigentes de los pueblos indígenas. El Comité se ha comprometido con el fortalecimiento de las redes y la capacidad de los pueblos indígenas, la mejora de la participación indígena en el diálogo mundial y la incorporación de los puntos de vista indígena en las políticas de la organización. Cabe destacar que en el año 2001 se publicó el informe *PNUD y los pueblos indígenas: una política de compromiso*, en el que se exponen las líneas estratégicas y los principios inspiradores que habrán de seguir y guiar (a) los funcionarios internacionales de la organización, que desde entonces hasta nuestros días ha incrementado el número de proyectos con pueblos indígenas en diferentes Estados de distintos continentes. La organización también se ha comprometido a incluir datos sobre pueblos indígenas en sus Informes sobre el Desarrollo Humanos generales y los Informes por país²⁹. Por último cabe concluir que el PNUD se ha compro-

²⁶ El programa de pequeñas donaciones concede donaciones directas de hasta 50.000 dólares (la donación media es de 20.000 dólares) a organizaciones no gubernamentales, organizaciones comunitarias y organizaciones de los pueblos indígenas para apoyar sus actividades de protección del medio ambiente y simultáneamente generar medios de vida sostenibles. *Ibidem*, p.7

²⁷ Vid. el documento oficial *El PNUD y los pueblos indígenas*, Publicaciones de Naciones Unidas, folleto n.º 11, sin fecha.

²⁸ Como ejemplo baste citar la consulta «Los pueblos indígenas y el PNUD, intensifiquemos nuestra asociación», celebrada en Ginebra, en julio de 1999.

²⁹ Ya hay algunos ejemplos como los informes de Chile (caso de los mapuche) o México (indígenas de todo el país), en los que el índice de desarrollo humano ha servido para generar información estadística desglosada sobre pueblos indígenas. Vid. *Informe Nacional de Desarrollo Humano de Chile de 2003* e *Informe Nacional de Desarrollo Humano de México de 2005*. Por su parte el *Informe Nacional de 2006 sobre el Desarrollo Humano en Guatemala* ha estado centra en la diversidad cultural y ha incluido una amplia selección de datos sobre los pueblos indígenas. Vid. *Información recibida del sistema de las Naciones Unidas. PNUD. Tema especial: los Objetivos de Desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos* El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente

metido en la colaboración activa con otros organismos de Naciones Unidas para incorporar la perspectiva de los pueblos indígenas en los Objetivos de Desarrollo del Milenio³⁰.

La *Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)* también tiene una línea de trabajo que atiende específicamente aquellas cuestiones que tienen que ver con la interrelación entre la cultura y el desarrollo de los pueblos indígenas y pueden servir para la preservación, de la identidad cultural diferenciada de estos colectivos. Fundamentalmente, aunque la organización cuenta con unos antecedentes al respecto³¹, la actividad de UNESCO ha estado centrada en la difusión de los principios y el desarrollo de los objetivos del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995-2004) y actualmente de los del Segundo Decenio (2005-2015) vinculados con la promoción de la diversidad cultural, en gran parte representada por los pueblos indígenas, ante los desafíos de la mundialización. Para tal fin, consciente de la situación de especial vulnerabilidad de las culturas indígenas y sus conocimientos tradicionales, la UNESCO trabaja con la intención de preservar tanto los aspectos materiales como los inmateriales del patrimonio y los recursos culturales de los pueblos indígenas de manera que puedan conservarse y transmitirse a las generaciones futuras³², así como alentando el diálogo entre culturas y civilizaciones, destacando las aportaciones de los pueblos indígenas a la paz y convivencia internacional. La protección de la identidad cultural es por lo tanto el objetivo principal de la organización con relación a los pueblos indígenas y por ello se han incorporado disposiciones concretas al respecto en

para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signature E/C.19/2006/6/Add.6 de 10 de Marzo de 2006. La información está extraída de la página número 3.

³⁰ Vid. *Civil Society Organizations perspectives on the Millenium Development Goals*, Nueva York, 2005.

³¹ Sobre los antecedentes puede consultarse el trabajo de ARIZPE, L., «La UNESCO y los pueblos indígenas» en VAN DE FLIERT, L., *Guía para pueblos indígenas*.

³² En relación con este ámbito de acción de la UNESCO conviene recordar que la organización cuenta con dos instrumentos normativos con carácter obligatorio de referencia. Uno de ellos es la *Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial* aprobada en 2003, ratificada por 30 Estados y que ha entrado en vigor el 20 de abril de 2006 y el otro el *Convenio para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural* que data de 1972. El Comité encargado de velar por el cumplimiento de este segundo Convenio viene prestando en los últimos tiempos especial atención a la integración de las preocupaciones de los pueblos indígenas en la protección del patrimonio mundial, incluido el reconocimiento del papel que desempeñan las comunidades indígenas en la definición de lo que es importante desde el punto de vista del patrimonio. Así se recoge en *Información recibida del sistema de las Naciones Unidas. UNESCO. Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos* El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signature E/C.19/2006/6/Add.9 de 10 de Marzo de 2006. p. 11.

el marco de la Estrategia a Medio Plazo 2002-2007, en el que dentro del objetivo estratégico de proteger la diversidad cultural y fomentar el pluralismo y el diálogo entre culturas y civilizaciones, la UNESCO contribuye al debate internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas³³.

En ese contexto la organización viene apoyando la adopción de políticas nacionales que valoren los recursos culturales de los pueblos indígenas y reconozcan sus derechos culturales; la participación activa de las comunidades en la gestión de los lugares sagrados; la puesta en marcha de medidas y colaboraciones con los gobiernos en el plano educativo para que se integren las lenguas indígenas en los programas escolares³⁴; la elaboración de muestrarios de cartografía cultural³⁵ y de CD-ROM interactivos dirigidos a los jóvenes indígenas para facilitar la utilización de las nuevas tecnologías de la información; la promoción de los conocimientos, valores y cosmovisiones autóctonos como instrumentos para definir y alcanzar el objetivo de la erradicación de la pobreza³⁶; la participación de miembros de los pueblos indígenas en instancias democráticas nacionales y locales y aquellas medidas enfocadas al reconocimiento del valor de los sistemas de conocimiento tradicionales fundamento de los modos de vida de los pueblos indígenas³⁷.

³³ Al respecto puede consultarse el documento «Los pueblos indígenas y el diálogo entre religiones y tradiciones espirituales». <http://www.unesco.org/culture/dialogue/religion>

³⁴ Varias publicaciones de UNESCO recogen estas acciones. Entre ellas destacamos *El reto de la educación indígena: experiencias y perspectivas*, 2004. Como ha señalado el Director General de la UNESCO la organización va a «redoblar los esfuerzos», en particular en el marco de *Acción de la Educación para Todos*, a fin de establecer planes de estudio cultural y lingüísticamente adaptados a la historia, los valores y las tradiciones indígenas». *Mensaje del Director General de la UNESCO con motivo del Día Internacional de las Poblaciones Indígenas del mundo*, 9 de agosto de 2005.

³⁵ Hubo menciones específicas a la importancia que tiene la cartografía cultural para los pueblos indígenas en el Seminario celebrado en la Habana en febrero de 2006.

³⁶ Me refiero aquí a la iniciativa de la UNESCO sobre los sistemas de conocimientos indígenas locales, conocida como el programa LINKS. Vid. *Información recibida del sistema de las Naciones Unidas. UNESCO. Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos* El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signatura E/C.19/2006/6/Add.9 de 16 de Marzo de 2006. p. 4

³⁷ *Examen de las Actividades del Sistema de las Naciones Unidas relacionadas con los pueblos indígenas: La UNESCO y las poblaciones indígenas*. El documento fue presentado en el Primer Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 13 al 24 de mayo de 2002 y se distribuyó previamente con la signatura E/CN.19/2002/2/Add.7, de 11 de Abril de 2002. En gran medida estas orientaciones de trabajo sobre los pueblos indígenas ya fueron incorporadas desde una perspectiva general en el marco del Decenio Mundial para el Desarrollo Cultural que la UNESCO puso en marcha con el objetivo de favorecer el diálogo intercultural y de dilucidar acerca de los factores culturales que afectan al desarrollo, pero han sido asumidas con especial atención a raíz de la petición formulada por el Consejo Ejecutivo de la UNESCO en su 172ª reunión.

Por último no debemos olvidar que en noviembre de 2001 la Conferencia General de la UNESCO adoptó la Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural y más recientemente en su 33º período de sesiones en 2005, ha adoptado la Convención sobre la Protección de la Diversidad de las Expresiones Culturales, tratado internacional de carácter vinculante, que reconoce la importancia de las culturas indígenas y en particular la contribución de los sistemas de conocimientos indígenas al desarrollo sostenible. Estos instrumentos internacionales están llamados a proporcionar un marco para proteger las expresiones tradicionales indígenas y promover un desarrollo acorde con sus peculiaridades culturales.

Por otro lado la *Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)* ha comenzado a trabajar directamente con pueblos indígenas a través del denominado Programa Ordinario que abarca diversas actividades de interés general para los Estados miembros, en particular el apoyo a las actividades sobre el terreno y la prestación de asesoramiento a los gobiernos en materia de política y planificación, y prevé asimismo marcos especiales para financiar proyectos de desarrollo. Las cuestiones indígenas forman parte integrante de la labor de muchas unidades de la FAO, incluyendo aquellas que realizan actividades relacionadas con la nutrición y la seguridad alimentaria en el hogar, la pesca, la silvicultura, la tierra, el agua, el cultivo y la protección de las plantas, el ganado, los sistemas de apoyo a la agricultura y el asesoramiento jurídico, así como los departamentos que se ocupan de la participación, las instituciones rurales y la tenencia de la tierra. Varios son los programas y actividades en que participan los pueblos indígenas que se integrarían en las comunidades tradicionales, categoría más amplia que viene utilizando la FAO³⁸. También la organización ha facilitado la participación de las organizaciones indígenas en las Cumbres Mundiales sobre Alimentación y en las consultas internacionales que realiza periódicamente³⁹.

³⁸ Entre ellos cabe destacar la gestión racional de las tierras indígenas; la biodiversidad, incluso programas mundiales sobre los recursos genéticos de plantas y animales para la alimentación y la agricultura; escuelas sobre el terreno para agricultores indígenas; derechos de los agricultores y propietarios de la tierra; nutrición y seguridad alimentaria para los hogares indígenas; representación y configuración de la inseguridad y vulnerabilidad alimentarias; gestión sostenible de los bosques habitados por pueblos indígenas; derecho al autodesarrollo; tenencia colectiva de la tierra; instituciones rurales y mecanismos de participación en ellas; cuestiones de género y conocimientos indígenas y todo lo relativo a actividades de investigación, divulgación e información sobre agricultura, alimentación y pueblos indígenas.

³⁹ Vid. *Examen de las actividades del sistema de las Naciones Unidas relacionadas con las poblaciones indígenas, Reseña de las actividades que realiza actualmente la organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación en relación con las poblaciones indígenas*, El documento se presentó al primer período de sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Nueva York 13 al 24 de mayo de 2002 y se distribuyó previamente bajo la signatura E/CN.19/2002/2/Add.13 de 17 de abril de 2002.

Cabe mencionar que la *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)*, en su línea de acción vinculada con la valoración y preservación de las expresiones de folclore, ha iniciado desde 1998 una serie de actividades destinadas a explorar los aspectos de propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales con el objetivo fundamental de identificar y examinar las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de nuevos beneficiarios, incluidos los titulares de los conocimientos indígenas y las innovaciones, a fin de promover la contribución del sistema de propiedad intelectual a su desarrollo social, cultural y económico⁴⁰. Para facilitar esta acción, la OMPI ha realizado diversas actividades exploratorias en varios países del Pacífico Sur, África Meridional y Oriental, África occidental, los países árabes, América Latina y el Caribe, América del Norte y Asia Meridional, en las que los representantes, funcionarios y expertos de la organización se han venido entrevistando con los titulares de los conocimientos tradicionales, como los curanderos de los pueblos indígenas, los agricultores y artesanos, los médicos y brujos de las comunidades, con el fin de obtener conocimientos de primera mano acerca de las necesidades y expectativas en materia de protección de los conocimientos tradicionales⁴¹.

Desde el año 2000, los Estados miembros de la OMPI crearon un Comité Intergubernamental sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore⁴² con la finalidad de institucionalizar un marco de participación que ahondara en estas cuestiones. El Comité está abierto a la participación de todos los Estados miembros y participan como observadoras las organizaciones internacionales, las ONG y las organizaciones representantes de las comunidades indígenas y locales acreditadas y que la organización considere pertinentes⁴³.

Por su parte la *Organización Mundial de la Salud (OMS)* a través de su órgano plenario adoptó hace años algunas resoluciones tendentes a promover medidas en todos los niveles en pro de la salud de los pueblos indígenas⁴⁴.

⁴⁰ Vid. *Programa Principal II*, Programa y presupuesto de la OMPI para el bienio 1998-1999.

⁴¹ Puede consultarse el proyecto de informe que recogió estas consultas, así como el informe final revisado que incluyó los comentarios y aportaciones de expertos internacionales independientes, en la página web de la OMPI www.wipo.int/globalissues.

⁴² Véase ARHÉN, M., «Una introducción al Comité Intergubernamental —OMPIS— sobre propiedad intelectual, Recursos Energéticos, Conocimiento tradicional y expresiones de folclore» en *Asuntos Indígenas, Procesos internacionales: perspectivas y desafíos*, IWGIA, n.º 1, 2002, pp. 64 y ss.

⁴³ *Examen de las actividades del sistema de las Naciones Unidas relacionadas con las poblaciones indígenas. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. El documento se presentó al primer período de sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 13 al 24 de mayo de 2002, y se distribuyó el 8 de abril de 2002 con la signatura E/CN.19/2002/2/Add.1.

⁴⁴ Resolución 51.24 (1998) y 53.10 (2000).

Sobre la base de estas resoluciones el Departamento de Salud y Desarrollo de la OMS ha coordinado la elaboración de una estrategia mundial para mejorar la salud de los pueblos indígenas. Cabe mencionar que para la preparación de esta estrategia se convocó la Conferencia Internacional sobre la Salud de los Pueblos Indígenas en Ginebra, en la Sede de la organización. De aquella reunión surgieron un gran número de recomendaciones que sin embargo quedaron en papel mojado a pesar de que la Asamblea Mundial de la Salud, a través de la resolución 54.16 de 2001⁴⁵, instó a las oficinas regionales y de país, para que desarrollaran e implementaran aquellos pasos concretos que resultaran convenientes de cara a la aplicación práctica de los acuerdos y recomendaciones mencionados. Las organizaciones indígenas se han mostrado muy críticas con este proceso⁴⁶.

La organización, más recientemente, ha puesto en marcha la *Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional*, que está inspirada en una serie de principios básicos. El primero de ellos se refiere a que todas las actividades de la OMS relacionada con pueblos indígenas debe llevarse a cabo en estrecha asociación con estas comunidades y el segundo y principal que el trabajo sobre medicina tradicional indígena se encuadra en el marco de la lucha por el reconocimiento y protección de sus derechos diferenciados. Pese a estos avances, parece que la cuestión indígena no acaba de recibir la atención necesaria al interior de la OMS⁴⁷.

Bien diferente es lo que viene aconteciendo en la *Organización Panamericana de la Salud (OPS)*, cuya Oficina Sanitaria que hace las veces de Oficina Regional de la Organización Mundial de la Salud en América, ha llevado a cabo varias acciones para comprender los problemas de salud de los indígenas del continente, reconociendo que su condición de población multiétnica se traduce en una extraordinaria diversidad de grupos, lenguas, culturas, creencias, tradiciones e identidad. Por otra parte ha afianzado sus

⁴⁵ Adoptada en el marco de la 54ª Asamblea Mundial de la Salud.

⁴⁶ Vid. LAIFUNGBAM, R., «Informe de la OMS al segundo período de sesiones del Foro Permanente: inaceptable y deshonesto», Comité de Salud Indígena, Nueva York, 20 de mayo de 2003.

⁴⁷ Como ejemplo baste mencionar que los Estados miembros, que son los que establecen las prioridades de la organización, no hicieron referencia alguna a la salud indígena en el Undécimo Programa General de Trabajo y Proyecto de Presupuesto por programas para 2006-2007, que es el documento que recoge las líneas estratégicas y el mandato operativo para los dos años siguientes. A su vez tal y como se viene poniendo de manifiesto, a pesar de que se sigue trabajando en el tema de la salud indígena, apenas se cuentan con recursos económicos y humanos especializados *Información recibida del sistema de las Naciones Unidas. OMS. Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos* El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signatura E/C.19/2006/6/Add.4 de 9 de Marzo de 2006, p.5

estrategias en relación con los pueblos indígenas, desde el trabajo conjunto de la etnomedicina (basada en las convicciones religiosas y seculares de la cultura indígena y afianzada en el conocimiento de los herbolarios, los chamanes, ritualistas, hueseros, sobadores, adivinadores, parteras y otros especialistas indígenas) y la biomedicina o medicina moderna. Este trabajo conjunto implica un proceso de aprendizaje mutuo en la búsqueda de un modelo alternativo de salud basado en la complementariedad de los conocimientos y prácticas disponibles en el marco de la interculturalidad y la participación de la comunidad en los proyectos de salud.

Desde la organización se ha aceptado que en base a la concepción holística de la cosmovisión indígena, la salud es una parte de la cultura y que por lo tanto aquellos proyectos de desarrollo en materia de salud deben de evitar soluciones fragmentadas ajenas a la realidad sociocultural de estos pueblos. Todo ello se ha concretado en la denominada *Iniciativa de Salud de los Pueblos Indígenas de las Américas* que nació en el marco de varias reuniones de concertación en las que realizaron sus aportes los gobiernos, las Ongs y los pueblos indígenas⁴⁸. Con esta *Iniciativa*, que actualmente viene implementándose⁴⁹ y que responde a gran parte de las reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas en materia de salud, se ha pretendido acabar con las propuestas paternalistas y verticales de las instituciones que no tenían en cuenta la rica diversidad cultural representada por los pueblos indígenas. Éstos fiscalizan la ejecución de la *Iniciativa* a través de una Comisión de Monitoreo, con el mandato de comunicar los resultados, motivar la participación de los pueblos indígenas y sus organizaciones, involucrar la participación de las agencias de cooperación y dar seguimiento a los acuerdos alcanzados. LA OPS, inspirada en la *Iniciativa*, ha puesto en marcha proyectos y acciones de solidaridad e investigación en los ámbitos de la atención integrada a las enfermedades de la infancia, el paludismo, la tuberculosis, la salud reproductiva, el agua y el saneamiento, la salud maternoinfantil, la salud mental, el

⁴⁸ La Iniciativa está afianzada en la necesidad de que cualquier intervención de salud en las comunidades indígenas ha de basarse en los principios vinculados a. 1. la necesidad de un abordaje integral de la salud; 2. el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas; 3. el derecho a la participación sistemática de estas comunidades; 4. el respeto y la revitalización de las culturas indígenas incluidas las relacionadas con la medicina tradicional, 5. la reciprocidad en las relaciones y 6. la promoción y protección del derecho a la salud y demás derechos humanos conexos en el contexto de la salud de los pueblos indígenas.

⁴⁹ En efecto durante la celebración de la V Asamblea General del Fondo Indígena que tuvo lugar en Lima (diciembre de 2003) pude ser testigo de la intervención del delegado de la OPS en la que se expusieron los avances en cuanto a la implementación de la Iniciativa, los lineamientos estratégicos y el plan de acción para 2003-2007. Puede consultarse el *Acta de la V Asamblea del Fondo Indígena*. www.fondoindigena.org así como el documento de trabajo OPS, *Iniciativa Salud de los Pueblos Indígenas, Lineamientos estratégicos y Plan de Acción, 2003-2007*.

abuso del alcohol y las drogas, las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA, la exclusión social, la salud de las personas de edad, la salud oral y ocular y la rehabilitación⁵⁰. Recientemente en el contexto de la evaluación del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas realizado en 2004, se creó con el objetivo de reforzar la *Iniciativa*, el Programa Salud de los Pueblos Indígenas, coordinado por la OPS y definido como un espacio para profundizar, ampliar y consolidar los proyectos relacionados con el mejoramiento de la salud de los pueblos indígenas de la región⁵¹.

Por su parte el *Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)* ha venido trabajando desde hace décadas con los pueblos indígenas de algunos países, muy especialmente con los del continente americano. La organización ha elaborado importantes estudios e investigaciones que le han permitido determinar la situación concreta en que se encuentran los niños y en general los pueblos indígenas. Según alguno de estos informes los niños indígenas (sobre los cuales trabajó monográficamente el Foro Permanente) tienen un acceso a la atención de la salud muy limitado, manifiestan importantes tasas de mortalidad infantil y los índices de matriculación en enseñanza primaria son bajísimos. A su vez, los niños indígenas sufren muy especialmente las condiciones de vida resultantes de los problemas habitacionales, la falta de servicios de abastecimiento de agua y saneamientos adecuados, la desnutrición, el trabajo infantil (clave para la supervivencia de muchas familias indígenas) y la marginación generalizada. Todo ello supone una vulneración en la práctica de los derechos y el bienestar de los niños indígenas, y precisamente UNICEF, a través de sus actividades programáticas persigue atender la multiplicidad de problemas a que hacen frente las comunidades indígenas y apoyar las actividades encaminadas, especialmente, a la mejora de la situación de los niños indígenas.

En esa línea UNICEF, viene desarrollando programas para promover la matrícula escolar y la terminación de los estudios en la enseñanza primaria entre los niños indígenas y programas concretos de enseñanza bilingüe y multicultural. También la organización implementa programas de desarrollo integrado y de prestación de servicios básicos (alcantarillado, potabilización etc.), de creación de capacidades para comunidades indígenas de base y programas de salud⁵², vacunación, inmunización y nutrición para pueblos

⁵⁰ Información recibida del sistema de las Naciones Unidas. OMS. Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signatura E/C.19/2006/6/Add.4 de 9 de Marzo de 2006, p.3

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² En este campo destaca entre otras muchas líneas de trabajo, los programas de apoyo a la formación de parteras tradicionales y de personal de servicio de salud para las comunidades.

indígenas⁵³. Más recientemente UNICEF ha creado un grupo consultivo de dirigentes indígenas, llamado a asesorar a la organización al tiempo que ha firmado un importante Convenio con la cooperación española para desarrollar un macroprograma de atención a la infancia y juventud en Latinoamérica.

Otras organizaciones del sistema de Naciones Unidas han desarrollado actividades relacionadas con los pueblos indígenas. ACNUR⁵⁴ en el contexto de protección internacional de los refugiados, ha trabajado con los pueblos indígenas en su condición de grupo específico cuando han constituido una población real o posiblemente involucrada en desplazamientos masivos. De esta manera la organización ha prestado especial atención a ciertas características de los refugiados indígenas en los programas de asistencia y repatriación, en particular en la relación especial que existe entre los refugiados indígenas y sus territorios patrios o su lugar de origen; a la estructura socioeconómica y cultural de la comunidad, que suele estar unida al deseo de mantener su propio idioma, su cultura y sus tradiciones, así como al sentido de autonomía, durante su permanencia en campamentos y asentamientos para refugiados⁵⁵.

Por su parte el *Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)* de conformidad con su mandato, viene contribuyendo en

⁵³ *Examen de las actividades del sistema de las Naciones Unidas relacionadas con las poblaciones indígenas. El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y las cuestiones indígenas.* El documento se presentó al primer período de sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 13 al 24 de mayo de 2002, y se distribuyó el 8 de abril de 2002 con la signatura E/CN.19/2002/2/Add.3 Por supuesto la promoción de los derechos de los niños y niñas indígenas ha sido una de las actividades sostenidas en el tiempo que ha ocupado gran parte de la actividad de UNICEF, en este contexto se explica la realización de seminarios y reuniones de formación (de Tailandia a Venezuela) en las comunidades de base sobre los derechos de los niños. UNICEF también viene asesorando a los gobiernos y las cámaras legislativas en relación con las cuestiones jurídicas y técnicas especialmente importantes en la elaboración de leyes nacionales para prevenir la discriminación de los niños indígenas y realizando recomendaciones relacionadas con la reforma fiscal, el gasto social, las políticas sociales y el presupuesto público en diferentes países, con el objeto de que la atención básica a los niños indígenas se vea garantizada.

⁵⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

⁵⁵ Las intervenciones del ACNUR con relación a los refugiados guatemaltecos, salvadoreños y nicaragüenses que abandonaron sus países a principios del decenio de 1980 huyendo de la guerra civil y las graves violaciones de derechos humanos que se estaban produciendo por la acción del ejército y grupos paramilitares, tuvieron muy presente la especificidad indígena de la mayor parte de los refugiados y sirvieron para que la organización, a partir de aquella experiencia, consolidara una línea de acción vinculada a los pueblos indígenas. *Examen de las Actividades del Sistema de las Naciones Unidas relacionadas con los pueblos indígenas: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (ACNUR): protección de los refugiados que son indígenas.* El documento fue presentado en el Primer Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 13 al 24 de mayo de 2002 y se distribuyó previamente con la signatura E/CN.19/2002/2/Add.5, de 8 de Abril de 2002.

las estrategias que despliegan los pueblos indígenas y sus comunidades de manejo y conservación de los recursos naturales, promoviendo el desarrollo sostenible. Especial atención merece al trabajo del PNUMA en el marco del cumplimiento del artículo 8 (j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica tendiente a preservar y conservar los conocimientos y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica, fomentando su práctica y el reparto equitativo derivados de ello⁵⁶.

También el *Fondo de Población de las Naciones Unidas* viene apoyando iniciativas y programas para hacer frente a las necesidades especiales de los pueblos indígenas en relación con el acceso de estos grupos a los centros de atención primaria de salud y mejorar la calidad de la salud genésica⁵⁷. A su vez, en el marco de las Conferencias Internacionales sobre Población y Desarrollo se han reconocido los problemas de estas poblaciones y se han realizado llamamientos concretos para avanzar en el reconocimiento de sus derechos diferenciados⁵⁸. Otras organizaciones e instancias dependientes de las Naciones Unidas completan este marco institucional que en los últimos tiempos ha volcado, cada una desde su ámbito de especialización, su atención en los pueblos indígenas, entre ellas podemos destacar al *Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional (UNITAR) e Investigaciones* que administra varios programas de capacitación de los que se benefician directamente representantes de los pueblos indígenas⁵⁹. Por su parte el *Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos* tiene una línea de apoyo a los pueblos indígenas desde que en el marco de la Conferencia sobre Asentamientos Humanos (Hábitat II) (Estambul, junio de 1996) promovió la adopción del Programa de Acción en que se establecieron las posiciones y políticas de la organización con relación a los pueblos indígenas. Concretamente el Programa Hábitat tiende a promover la inclusión, la integración social y el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada las personas indíge-

⁵⁶ La constitución del Grupo de Trabajo en el que participan representantes de los pueblos indígenas se produjo en virtud de la Resolución IV/9 de la IV Conferencia de las Partes (COP) celebrada en Bratislava, Eslovaquia en mayo de 1998. Los representantes indígenas están encuadrados en el Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad.

⁵⁷ *Examen de las Actividades del Sistema de las Naciones Unidas relacionadas con los pueblos indígenas: La labor del Fondo de Población de las Naciones Unidas en apoyo de los pueblos indígenas*. El documento fue presentado en el Primer Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 13 al 24 de mayo de 2002 y se distribuyó previamente con la signatura E/CN.19/2002/2/Add.9, de 9 de Abril de 2002.

⁵⁸ Vid la *Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*.

⁵⁹ Me estoy refiriendo al *Programa de capacitación para mejorar la capacidad de resolución de conflictos y consolidación de la paz de representantes de minorías y pueblos autóctonos*.

nas. Además la organización ha intervenido en zonas de catástrofes naturales tomando parte en las acciones de socorro y reconstrucción en zonas indígenas⁶⁰. También el *Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola (FIDA)* viene contribuyendo al desarrollo de los pueblos indígenas con proyectos de financiamiento de préstamos, pequeñas donaciones y acciones concertadas con otros organismos financieros. Concretamente FIDA viene dedicando en los últimos tiempos importantes sumas de dinero a título de crédito (mucho menos importantes son las donaciones directas) a proyectos en favor de los pueblos indígenas⁶¹ y ha subvencionado estudios encaminados a la definición de indicadores de pobreza y bienestar basados en los principios, conceptos y prácticas de desarrollo propios de los pueblos indígenas⁶².

Por último no debemos dejar de mencionar la labor que desde hace décadas viene realizando la *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Más allá de la trascendencia universal que han tenido algunos de los instrumentos normativos de carácter vinculante, adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, especialmente el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y de la importancia que están teniendo las recomendaciones de sus comités de control y seguimiento para la consolidación de la emergente jurisprudencia internacional en materia de derechos indígenas, lo cierto es que la organización ha asumido un insustituible rol de asistencia técnica, creación de capacidades y promoción del desarrollo entre los pueblos indígenas de los cinco continentes. La OIT ha creado un Grupo Consultivo Intersectorial sobre las cuestiones indígenas, que incorpora representantes de diferentes departamentos y unidades de la organización y que es el que sistematiza la información de la labor que se viene realizando en el ámbito de la cooperación con pueblos indígenas. El Grupo, además de propiciar el desarrollo de un marco estratégico general para la labor de la OIT, ha puesto de manifiesto las actividades relacionadas con la cuestión de los pueblos indígenas como los derechos humanos, el trabajo infantil, las migraciones, el trabajo forzoso o en condiciones de servidumbre, la discriminación etc.

⁶⁰ Información recibida del sistema de las Naciones Unidas. Programa de I. Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signatura E/C.19/2006/6/Add.9 de 10 de Marzo de 2006. p. 4

⁶¹ 62,2 millones de dólares a título de crédito y 500.000 dólares con carácter de donación. Información recibida del sistema de las Naciones Unidas. FIDA. Tema especial: los Objetivos de desarrollo del Milenio y los pueblos indígenas: redefinición de los objetivos El documento fue presentado en el Quinto Período de Sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, desarrollado del 15 al 26 de mayo de 2006 y se distribuyó previamente con la signatura E/C.19/2006/6/Add.9 de 8 de Marzo de 2006.

⁶² Donación por un total de 350.000 dólares que en parte ha gestionado el Foro Permanente. *Ibidem*.

Recientemente la OIT ha centrado su actuación para propiciar el desarrollo y los derechos indígenas en un proyecto para promover el Convenio 169 de la OIT (con interesantes actuaciones en el continente africano y países de Asia como Camboya o Nepal) y un proyecto para examinar el derecho consuetudinario indígena en Marruecos. También mantiene el Programa interregional de apoyo a las poblaciones indígenas por intermedio del desarrollo de cooperativas y empresas asociadas (INDISCO), el Programa In-focus sobre la promoción de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (combatiendo el trabajo infantil indígena y el trabajo forzoso) y los programas de asistencia técnica a los gobiernos de países con población indígena, además de proyectos menores que benefician a pueblos indígenas de diferentes partes del planeta⁶³.

2.2. *El caso específico del Fondo Indígena*

El *Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (FI)* es una organización internacional con sede en La Paz (Bolivia), creada en 1992 en el marco de las Cumbres Iberoamericanas de Jefe de Estado y de Gobiernos y de la que forman parte actualmente veintidós estados. Tres son las características fundamentales del Fondo Indígena: 1) su identidad iberoamericana (a pesar de que no es una organización cerrada a la participación de otros países, como demuestra el hecho de que Bélgica sea miembro de pleno derecho); 2) su ámbito específico y único de acción, esto es la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe y 3) su composición paritaria, que hace que sus órganos de gobierno (Asamblea, Consejo Directivo y Comité Ejecutivo) estén integrados por representantes gubernamentales y por representantes de los pueblos indígenas de los Estados miembros, a excepción claro está de aquellos países, como por ejemplo España, Portugal; Bélgica o Cuba, que no cuentan con población indígena. Esta composición paritaria asegura que las decisiones que adoptan los órganos de gobierno del Fondo Indígena, como por ejemplo las líneas estratégicas y las actuaciones operacionales, estén fiscalizadas y cuentan con el libre, previo e informado consentimiento, aceptación y apoyo de los representantes indígenas puesto que éstos han participado activamente en su definición en igualdad de condiciones con los delegados o representantes de los Estados.

Tras una crisis institucional y un proceso de interiorización que llevó a la organización a una reestructuración estratégica (2001-2004), actualmente

⁶³ Para actualizar la información de la acción de la OIT en favor de los pueblos indígenas, puede consultarse periódicamente el *Boletín sobre la labor de la OIT respecto de los pueblos indígenas y tribales*. <http://www.ilo.org/indigenous>

el FI, está centrado en varios *Programas Emblemáticos*. El más importante de ellos es el de Formación y Capacitación que integra varios componentes: La Universidad Indígena Intercultural (un ambicioso subprograma que ha involucrado como centros asociados a prestigiosas universidades iberoamericanas), el Postgrado en Ciencias Sociales con mención en Asuntos Indígenas y el Subprograma de Formación de Líderes para la Comunidad Andina (PFLICAN).

Otros programas emblemáticos del FI son el Programa de Información de Pueblos Indígenas (SIPI), el Programa de Desarrollo con Identidad (PRODEI) que se coordina al interior de la Comisión de Desarrollo con Identidad, el Programa de Derechos Indígenas (PRODI) que cuenta con una Comisión de Normatividad y el Programa de Concertación. A ello hay que sumarle proyectos de menor importancia que se están implementando en Bolivia, Ecuador y Perú. A lo largo de estos años, el FI ha tenido una vida institucional especialmente ajetreada, y a pesar de sus limitaciones financieras y técnico-administrativas (la secretaría técnica está compuesta por apenas una decena de funcionarios internacionales y personal contratado), la organización ha podido entretejer una alianza duradera con importantes agentes de la cooperación internacional como el BID, el Banco Mundial, la AECI, la GTZ, la cooperación belga y otras agencias de cooperación europeas.

Pese a ello lo cierto es que estamos ante una organización con escasa visibilidad internacional, que hasta la fecha ha estado exclusivamente centrada en la realidad Latinoamericana, donde por mandato constitutivo centra sus acciones operacionales. Pero no por ello deja de ser una organización singular que debería ser un referente para el conjunto de la Comunidad Internacional, dado que ha desarrollado una importante actividad de concertación entre pueblos indígenas, gobiernos y agentes de la cooperación internacional, ha asumido desde sus orígenes el paradigma del autodesarrollo, se ha comprometido con la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y con sus programas y pequeños proyectos ha fortalecido las capacidades de muchos dirigentes y organizaciones indígenas.

No debemos olvidar que más allá de sus carencias estructurales, la organización es única en el panorama internacional, ya que sólo el FI está especializado en la promoción del autodesarrollo de los pueblos indígenas. Además fue el primer organismo multilateral autónomo (el Foro Permanente llegó después y es un ente subsidiario del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) que superando una norma consuetudinaria del Derecho internacional de las organizaciones internacionales⁶⁴, permitió que los repre-

⁶⁴ Solamente existe un precedente, el caso de la OIT que fundacionalmente integra a los delegados gubernamentales, los delegados de representantes de los empresarios y de los trabajadores.

sentantes indígenas asumieran un rol protagónico y equiparable a los delegados gubernamentales en la toma de decisiones de sus órganos de dirección, constituyéndose así como una organismo por, para y en gran medida de los indígenas. Todo ello dota al Fondo Indígena de una enorme potencialidad futura y lo coloca a la vanguardia de las organizaciones internacionales que trabajan con el objetivo de favorecer la promoción del desarrollo y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas⁶⁵.

2.3. *Los organismos económicos internacionales*

El *Banco Mundial*⁶⁶, institución financiera, sobre cuya actuación, ya en las primeras reuniones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas se pronunciaron críticamente los representantes indígenas al considerarlo un instrumento de dominación que históricamente había venido financiando proyectos con consecuencias etnocidas es paradójicamente la primera organización que en el tiempo se ha ocupado de estas comunidades y ha reorientado sus políticas⁶⁷.

En efecto, quizás motivado por estas críticas, el Banco Mundial fue pionero en la puesta en marcha de una política especial para el tratamiento de los pueblos indígenas y tribales en los proyectos de desarrollo a partir de la primera directriz relativa a estas comunidades y los proyectos financiados por el Banco que data de 1982.

Desde 1991, a partir de la adopción de la Directriz Operacional concerniente a los pueblos indígenas (DO 4.20), la institución financiera asumió una autocrítica más clara en relación con algunas políticas y programas del

⁶⁵ Sobre la organización puede consultarse OLIVA, D. J., *El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe*, FI, Las Paz, 2003.

⁶⁶ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) y la Asociación Internacional de Fomento (AIF).

⁶⁷ Ya en el marco de la primera reunión del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas los efectos de las operaciones de las empresas transnacionales y de las actividades gubernamentales sobre la explotación de las tierras indígenas y de sus recursos naturales fueron objeto de debate. Al respecto surgió la crítica a los proyectos de desarrollo ejecutados por algunos gobiernos con asistencia técnica y financiera de organismos internacionales de desarrollo y financiación como el Banco Mundial por sus efectos ecocidas y etnocidas. *Informe del Grupo de Trabajo sobre su primer período de sesiones*, E/CN.4/Sub.2/1982/33, p. 18. También en el marco de la segunda sesión del Grupo de Trabajo se consideró que en algunos casos el papel desempeñado por los organismos internacionales y nacionales que proporcionaban fondos y/o conocimientos técnicos, entre ellos, el Banco Mundial era negativo debido al apoyo o aprobación de proyectos de desarrollo que afectaban los derechos de las poblaciones indígenas. *Informe del Grupo de Trabajo sobre su segundo período de sesiones*, E/CN.4/Sub.2/1983/22, p. 10. Críticas como éstas se han seguido produciendo hasta la actualidad.

Banco que habían tenido terribles consecuencias para las poblaciones indígenas. Al tiempo el Banco abrió una línea de asistencia, promoción y apoyo respetuosa con las tradiciones y las culturas de las poblaciones beneficiarias, con el fin de garantizar que se promovieran específicamente los derechos de los pueblos indígenas, la participación en los procesos de desarrollo y se vieran beneficiados por los resultados de los proyectos. La política del Banco Mundial respecto a los pueblos indígenas ha asumido desde entonces que: 1) a los pueblos indígenas se les permitiera hacer oír su voz en los proyectos que les afectan; 2) se evitasen, o si no era posible, se redujeran al mínimo o se mitigasen al menos, los efectos adversos para los pueblos indígenas y 3). los beneficios de los proyectos se ajustasen a las necesidades específicas de los pueblos indígenas.

Ya en 1998 y bajo el impulso del Primer Decenio Internacional, el Banco revisó (de nuevo) su política sobre pueblos indígenas, en el marco de una reestructuración general de su estrategia, pasando del formato Directrices Operativas (OD) al formato actual de Políticas Operativas / Procedimientos del Banco (OP/OB) en las que se distinguen más claramente las políticas y los procedimientos, ambos obligatorios, de los aspectos considerados prácticas óptimas sin carácter obligatorio, abriendo un período de consultas a grupos y actores interesados entre ellos a los pueblos indígenas⁶⁸, los gobiernos prestatarios, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones académicas y las instituciones de desarrollo en más de 35 países de las 6 regiones del Banco⁶⁹.

Hay varias diferencias importantes entre el proyecto de OP/BP 4.10 y la anterior Directiva Operacional 4.20, en todo lo relativo al fortalecimiento de las disposiciones obligatorias. Por un lado fija disposiciones claras para la realización de consultas tempranas y de fondo y para la participación informada de los grupos afectados. El prestatario y el Banco deben de tener muy en cuenta los resultados de las consultas a la hora de decidir si se ha de proseguir el procesamiento y realización del proyecto. A su vez, se establecen mecanismos, no sólo para evitar los efectos negativos, sino también para adaptar los beneficios a los pueblos indígenas. Unido a ello un estudio comparativo nos muestra que la nueva estrategia agrega nuevos requisitos obligatorios con respecto a la utilización comercial de los recursos naturales (incluidos recursos forestales, mineros y de hidrocarburos) existentes en las tierras pertenecientes o tradicionalmente utilizadas por los grupos indígenas.

⁶⁸ *Documento preliminar de Política sobre Pueblos Indígenas* (OP/BP 4.10) Banco Mundial, 2001.

⁶⁹ A su vez se efectuaron consultas en foros internacionales y por vía electrónica en la Web del Banco.

A pesar de que estos reconocimientos y nuevas orientaciones del Banco en materia de pueblos indígenas tienen una trascendencia indudable, confirman la consolidación de un marco institucional vinculado a la protección de los derechos de los pueblos indígenas (aquí están en juego derechos como el de la consulta previa, derecho al territorio, al autodesarrollo etc...) lo cierto es que los pueblos indígenas han manifestado su disconformidad y han propuesto que el funcionamiento social y ambiental mejorado de las operaciones del Banco Mundial, sólo podrá lograrse con normas apropiadas de política interna junto con mecanismos institucionales efectivos⁷⁰. Gran parte de las organizaciones indígenas en el marco de los últimos periodos de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas han criticado el proceso de consultas desarrollado por el Banco para la modificación de la Directiva Operacional 4.20 y su sustitución por la nueva Política. Los pueblos indígenas han tildado ese proceso de consultas de antidemocrático e ineficaz —lo cual ha supuesto un duro golpe para la legitimación de las modificaciones que el Banco ha intentando poner en marcha⁷¹— y han recomendado que el Banco sea consecuente con la aplicación de normas internacionales de derechos humanos y desarrollo sostenible; adopte un enfoque basado en los derechos colectivos de los pueblos indígenas; introduzca nuevos mecanismos de responsabilidad; establezca un monitoreo y evaluación; que asegure la participación de los pueblos indígenas en la gestión de proyectos y programas; extienda el marco de protección para préstamos de ajuste y programáticos y tome en serio las visiones indígenas sobre el desarrollo⁷².

Entretanto el Banco viene implementando las nuevas orientaciones en el marco de los proyectos regionales en África, Asia Oriental y Pacífico, Europa Oriental y Asia Central, América Latina y el Caribe, Oriente Medio y Norte de África y Asia Meridional⁷³. También lo viene haciendo en las actividades de Asociación para el Medio Ambiente Mundial, del que el BM es uno de sus organismos ejecutores junto al PNUD y el PNUMA, y que constituye el mecanismo de financiación del Convenio sobre la Diversidad Biológica, en su línea de apoyo institucional de las organizaciones de los prestatarios y pueblos indígenas y en su programa de pequeños subsidios y microcréditos. Por su parte el *Programa de pueblos indígenas y desarrollo sostenible* del Banco

⁷⁰ Vid. GRIFFITHS, T., «El Banco Mundial, los pueblos indígenas y el desarrollo internacional. ¿Un paso adelante o hacia atrás?» en *Asuntos Indígenas*, «Procesos internacionales: perspectivas y desafíos», IWGIA, n.º 1, 2002, pp. 54-63.

⁷¹ De todo ello he podido ser testigo durante mi participación en calidad de experto y asesor de la delegación española en el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.

⁷² GRIFFITHS, T., «El Banco Mundial, los pueblos indígenas y el desarrollo internacional. ¿Un paso adelante o hacia atrás?» en *Asuntos Indígenas*, *op. cit.*, pp.60-61.

⁷³ Es decir las seis regiones geográficas en las que el Banco distribuye sus acciones, programas y proyectos.

Mundial apoya acciones bajo tres componentes diferenciados: el componente de empoderamiento, el componente de inclusión social y el componente de gestión del conocimiento. Desde el año 2003 el Banco cuenta con un Fondo de Donaciones para los Pueblos Indígenas encaminado a apoyar proyectos de desarrollo sostenible y culturalmente pertinentes realizados por los propios pueblos indígenas, y al cual las comunidades u organizaciones representativas pueden realizar sus solicitudes (no más de 30.000 dólares), siempre y cuando estén legalmente registradas en el país donde se implementará el proyecto y el país esté dentro de los prioritarios del Banco.

Cabe destacar también, acerca de la práctica de la organización financiera, que en 1993 se creó el denominado Panel de Inspección, a través de la Resolución n.º 93-10 de los Directores Ejecutivos de 22 de septiembre de 1993. El Panel es un órgano de control interno, cuyo mandato fundacional le capacita para recibir solicitudes de inspección por una parte afectada cuando ésta pueda demostrar que sus derechos o intereses han sido o es probable que sean directamente afectados por una acción u omisión del Banco como resultado del no seguimiento por parte del Banco de sus políticas y procedimientos operativos en relación con el diseño, valoración y/o realización de un proyecto financiado por el Banco.

A pesar de que el Panel se limita a informar sobre el cumplimiento por parte del Banco de sus propias políticas y Directivas Operativas a la Dirección del Banco, de que su función es más administrativa que judicial y de que sus informes al Consejo de Directores Ejecutivos son meras recomendaciones sin ningún tipo de consecuencias de tipo legal para la organización ni consecuencias de tipo compensatorio para los demandantes, lo cierto es que su implementación ha venido acompañada de reclamaciones por parte de los pueblos indígenas con el objeto de que se reorienten algunos programas de desarrollo que el Banco venía financiando en territorios indígenas⁷⁴.

Por su parte el *Banco Interamericano de Desarrollo (BID)*, a mediados de los años 80, como parte de sus procedimientos de control de la calidad ambiental, comenzó a abordar los posibles impactos negativos que algunos de sus proyectos podían acarrear a los pueblos indígenas. Desde 1990 se iniciaron los primeros procedimientos llamados a mitigar esos impactos desfavorables e incorporar en los proyectos componentes destinados a asumir los riesgos ocasionados a los pueblos indígenas por los proyectos financiados por el Banco. Estos primeros avances constituyeron intervenciones excepcionales al margen de las actividades habituales del Banco y hubo que

⁷⁴ Véase un ejemplo concreto en DE FEYTER, K., «Las instituciones financieras internacionales y los derechos humanos: Derecho y práctica» en GÓMEZ ISA, F., (Dir.) *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Humanitarian Net, Bilbao, 2003, pp. 721-764.

esperar hasta 1994 para que la institución financiera identificara, a través del Acuerdo sobre el Octavo Aumento de los Recursos del Banco, a los pueblos indígenas como un grupo meta de la asistencia de los programas de la institución.

Coincidiendo con esta identificación se creó la Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario para actuar como punto focal del BID en todo lo relativo a la intervención con estas comunidades etnoculturales diferenciadas, incorporada al Departamento de Desarrollo Sostenible y establecida con el objetivo de reforzar las condiciones institucionales necesarias para encarar de manera más eficaz las estrategias del Banco. La Unidad se ocupa de los temas e intervenciones con los pueblos indígenas y muy especialmente, ha desarrollado actividades relacionadas con los reasentamientos involuntarios, la consulta con las comunidades indígenas y la participación de los beneficiarios del proyecto en cada una de las fases⁷⁵. La premisa fundamental de las actividades de esta Unidad es que el desarrollo socioeconómico sostenible de los pueblos indígenas está vinculado con el fortalecimiento de la identidad cultural de las comunidades y su mayor participación en la sociedad civil⁷⁶.

En 1997 la Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario del BID, comenzó a revisar su trabajo con los pueblos indígenas. En la actualidad el Banco ya cuenta con un renovado documento estratégico para el Desarrollo Indígena, basado en un diagnóstico de las especificidades, demandas, limitaciones y oportunidades de los pueblos indígenas y en la revisión de la experiencia del Banco y de otras instituciones de las últimas dos décadas. La formulación del nuevo Marco Estratégico que se ha llevado a cabo en colaboración de los pueblos indígenas y las ongs especializadas se inserta en el conjunto de mandatos internacionales que ha asumido el BID, entre ellos los Objetivos del Milenio de Naciones Unidas o los Planes de Acción de las Conferencias de Durban o Johannesburgo (Racismo y Desarrollo Sostenible respectivamente).

⁷⁵ Vid. DERUYTTERE, A., y SCHWARTZ, N., *Consulta Comunitaria, desarrollo sostenible y el BID: Un marco conceptual*, Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, Washington D.C, marzo de 1996.

⁷⁶ La Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario trabaja en cuatro esferas funcionales: 1) La formulación de las políticas, estrategias, buenas prácticas, metodologías y directrices del Banco en la esfera de los derechos indígenas, la participación de los beneficiarios del desarrollo, la conservación y gestión sostenible del medio ambiente y el desarrollo culturalmente adecuado; 2) La Participación en el control de calidad y el proceso de mejoramiento de todas las operaciones del Banco; 3) El apoyo a los equipos de proyecto cuando sean necesario para el diseño y seguimiento de las operaciones del Banco que requieran pericia técnica en materia de pueblos indígenas, desarrollo de la comunidad o reasentamientos voluntarios y 4). Función rectora en la formulación de proyectos de desarrollo indígenas novedosos, experimentales o piloto.

La Estrategia del BID hace que la organización incida en tres ámbitos de acción: 1) el fortalecimiento de las tierras, el territorio y la gobernabilidad (incluyendo acciones ante situaciones de crisis); 2) la reducción de la marginalización y exclusión y 3) la potenciación de las ventajas comparativas de los pueblos indígenas basadas en su capital natural, cultural y social para aprovechar el espacio intercultural como base para mejorar la calidad de vida de las comunidades. Los ejes estratégicos hacen que la organización focalice su trabajo en la visibilización de los pueblos indígenas y su especificidad, la potenciación de la autonomía indígena, la mejora al acceso y la calidad de los servicios sociales y la mejora de las oportunidades de desarrollo económico, la promoción de los derechos, la normatividad y la seguridad jurídica de las comunidades.

El BID ha implementado una serie de acciones para la ejecución de su nueva estrategia, entre ellas, la generación de espacios interculturales y diálogo con los países en los que actúa la organización; los procesos de identificación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de proyectos; la capacitación y concienciación del personal del Banco, de los entes gubernamentales, las organizaciones indígenas y las agencias especializadas sobre los objetivos de la Estrategia; la puesta en marcha de medidas de salvaguardias para prevenir, mitigar, compensar o subsanar los efectos adversos potenciales de las operaciones del Banco y la adopción de procesos de consulta, negociación de buena fe y participación de los pueblos indígenas en los mecanismos de implementación de la Estrategia⁷⁷.

Complementariamente se ha elaborado una Política Operativa sobre Pueblos Indígenas, de carácter vinculante, que define las reglas, las condiciones y los requisitos para la implementación del Marco Estratégico. Dos son los objetivos y metas de la Política. Por un lado apoyar el *desarrollo con identidad*, que debería identificar los tipos de operaciones socioculturalmente apropiadas que el Banco podría apoyar para enfocar el desarrollo de los pueblos indígenas y que podría incluir medidas como el acceso a los servicios sociales y financieros, los mercados laborales, el desarrollo económico y la justicia; el fomento de la cultura, la identidad, el idioma y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas; la protección del desarrollo sostenible de los territorios, las tierras y los recursos naturales o el reconocimiento de las circunstancias excepcionales de los pueblos indígenas en zonas fronterizas. Por otro lado la política se marca un segundo objetivo *la protección específica de los derechos de los pueblos indígenas*, que incluiría medidas como la consulta y participación efectivas de los actores indígenas directa-

⁷⁷ *Estrategia para el Desarrollo Indígena del Banco Interamericano de Desarrollo*, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y desarrollo Comunitario, 22 de marzo de 2006, Washington, pp. 16 y ss.

mente involucrados; la protección de los territorios y los recursos naturales de los pueblos indígenas; la prevención de la discriminación por motivos étnicos; la protección de la cultura, la identidad, el idioma y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, así como una atención prioritaria a la protección de los pueblos indígenas no contactados⁷⁸.

La política requiere dos tipos de directrices, la primera que el Banco emplee sus mejores esfuerzos para apoyar el desarrollo con identidad⁷⁹ y la segunda establece salvaguardas diseñadas para evitar o minimizar la exclusión y los impactos negativos que puedan generar las operaciones del Banco con respecto a los pueblos indígenas y sus derechos. La implementación de la política ha de venir acompañada de indicadores verificables del cumplimiento y efectividad de la misma, incluyendo la efectividad de los proyectos en mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas y la preservación de su identidad diferenciada⁸⁰.

Cabe también resaltar el aumento gradual y significativo en la cartera de proyectos y las operaciones que incluyen, en forma implícita o explícita a los pueblos indígenas como grupo meta⁸¹ y el importante papel jugado por el BID en el diseño, preparación, proceso de negociación y financiación de los primeros años de andadura del Fondo Indígena.

Por otro lado debemos hacer mención a que el *Banco Asiático de Desarrollo (BASD)* aprobó en 1998 su política sobre los pueblos indígenas que constituye un marco para ampliar el alcance de las actividades de reducción de la pobreza

⁷⁸ BID, *Política operativa sobre pueblos indígenas* (GN-2296), Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, 13 de febrero de 2004.

⁷⁹ En relación con las medidas para apoyar el desarrollo con identidad el BID ha incluido en sus directrices de la política: a) la inclusión de temas específicamente indígenas en las agendas de desarrollo mediante operaciones independientes; b) la inclusión de la especificidad indígena en los proyectos con enfoque general; c) la visibilización y comprensión de los retos del desarrollo en los contextos rurales y urbanos; d) el desarrollo de soluciones socioculturalmente apropiadas para mejorar la disponibilidad y calidad de los servicios sociales, particularmente de salud y educación; e) el reconocimiento, articulación e implementación de los derechos indígenas contemplados en las normas de derecho aplicables, f) el apoyo a la cultura, la identidad, el idioma, las artes y técnicas tradicionales, los recursos culturales y la propiedad intelectual; g) el fortalecimiento de los procesos de legalización y administración física de los territorios, las tierras y los recursos naturales; h) la promoción de mecanismos apropiados de consulta y participación; i) el mejoramiento del acceso de los pueblos indígenas a los mercados financieros, productivos y laborales; j) el apoyo a la gobernabilidad de los pueblos indígenas; k) el apoyo a la participación y al liderazgo por y la protección de, las mujeres, los ancianos, los jóvenes y los niños y l) el fortalecimiento de la capacidad institucional de los pueblos indígenas. *Política Operativa sobre pueblos indígenas del BID*, 22 de febrero de 2006, Washington, pp.3-5.

⁸⁰ *Ibidem*, pp.6-10.

⁸¹ *Estrategia para el Desarrollo Indígena del Banco Interamericano de Desarrollo*, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y desarrollo Comunitario, 22 de marzo de 2006, Washington, p.12.

y mejora de la calidad de vida mediante el desarrollo, a fin de beneficiar equitativamente a todos los sectores de la sociedad, entre ellos los pueblos indígenas (entre los que se incluye a las minorías étnicas, minorías culturales, comunidades culturales indígenas, pueblos tribales y tribus conocidas). El Manual de Operaciones para aplicar esa política se aprobó en diciembre de 2000 y en estos años ya ha sido revisado para promover la participación de los pueblos indígenas en la preparación y la ejecución de los proyectos aprobados por el Banco Asiático de Desarrollo, con el fin de asegurarse de que estos pueblos se beneficien de las actividades de desarrollo que pudieran afectarlos y de reforzar las medidas para salvaguardarlos de cualquier efecto negativo. Este proceso comienza en las primeras etapas de la planificación de los proyectos, con la determinación de los efectos probables de cada proyecto o programa propuesto. En un estudio preliminar se determinan los efectos probables que un proyecto o programa podría tener sobre los pueblos indígenas y también sobre su magnitud: proyectos con efectos considerables sobre los pueblos indígenas (categoría A); proyectos con efectos limitados (categoría B) y proyectos sin efectos sobre esos pueblos (categoría C). En las dos primeras categorías, es obligatorio formular y aplicar un plan de desarrollo para los pueblos indígenas y un programa de acción⁸².

Por último hay que resaltar que la *Corporación Andina de Fomento*, institución financiera que depende de la *Comunidad Andina de Naciones*, (organización regional que se ha adentrado tímidamente en la cuestión de los derechos indígenas) recientemente ha puesto en marcha, dentro de la Dirección General de Desarrollo Comunitario y Social, una línea de cooperación con los pueblos indígenas de la zona, especialmente castigados por la pobreza, el subdesarrollo y la exclusión.

2.4. La Unión Europea y los pueblos indígenas

La *Unión Europea* no tiene una práctica consolidada y continuada en el tiempo de cooperación con los pueblos indígenas. Pese a ello indudablemente, muchos de los programas y proyectos financiados por la Unión en el marco de las líneas de cooperación con los países de América Latina y Asia y los Países de África, Caribe y el Pacífico⁸³ han beneficiado a diver-

⁸² He reproducido la información del documento: *Informe del Banco Asiático de Desarrollo al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas*, Tercer Período de Sesiones, Nueva York, 10 al 21 de mayo de 2004. E/C.19/2004/9.

⁸³ Como es conocido las líneas de cooperación con los países ACP (muchos de ellos antiguas colonias europeas y con población indígena) se han puesto en marcha a partir de los Convenios de Yaundé I y II, el Convenio de Lomé y el Convenio de Cotonou. Actualmente la cooperación se afianza en los principios de respeto de la soberanía, derecho de cada Estado a determinar sus propias políticas y el respeto de los derechos humanos.

sas comunidades indígenas del planeta. Por otro lado no debemos olvidar que existen varios programas de acción de la Unión Europea que mencionan explícitamente a los pueblos indígenas en sus bases legales, en algunos casos como una prioridad y otros que claramente podrían tenerlos como beneficiarios⁸⁴.

A su vez, las instituciones europeas se han pronunciado, a través de diferentes resoluciones y conclusiones, rotundamente y en distintas ocasiones a favor del reconocimiento de las peculiaridades que en materia de desarrollo presentan los pueblos indígenas, lo que ha generado una base normativa, sobre la que se erige la política de cooperación al desarrollo con estos pueblos de la Unión y de sus países miembros.

El 30 de noviembre de 1998, en su reunión 2141, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Resolución n.º 13461/98 sobre *Los pueblos indígenas y la cooperación al desarrollo de la Comunidad y de los Estados miembros*⁸⁵. En la citada resolución el Consejo se hacía eco de los instrumentos internacionales relativos a los pueblos indígenas en los que se llamaba a la Comunidad Internacional a garantizar el bienestar económico, social y cultural de los pueblos indígenas, su disfrute de un desarrollo sostenible y su plena y libre participación.

El enfoque que maneja el Consejo a la hora de referirse a las cuestiones de desarrollo indígena es un enfoque que podemos denominar integral, puesto que está estrechamente vinculado a la defensa de sus derechos diferenciados. De esta manera según se destaca en la Resolución, los pueblos indígenas tienen los mismos derechos que el resto de los seres humanos, y a su vez, debería reconocérseles el derecho a elegir sus propias sendas de desarrollo, lo cual incluiría el derecho a oponerse a proyectos, en particular dentro de sus territorios tradicionales. A todo ello vendría a unirse el derecho a la compensación cuando los proyectos afectasen negativamente al modo de vida de los pueblos indígenas. De esta manera se acaba afirmando que la cooperación al desarrollo debería contribuir por lo tanto a reforzar el derecho y la capacidad de «autodesarrollo» de los pueblos indígenas, lo que supondría que la preocupación por los pueblos indígenas debería integrarse como un aspecto transversal en todos los niveles de la cooperación al desarrollo, incluido el diálogo político con países asociados y el refuerzo de las capacidades de las organizaciones de pueblos indígenas para participar efectivamente en la planificación y aplicación del desarrollo.

⁸⁴ Así lo recoge BOEKRAAD, M., en «Los pueblos indígenas y la política de la UE: Programas de Acción de la UE con mención a los pueblos indígenas en sus bases legales»; *Informativo DOCIP*, julio-octubre de 2004, pp. 32-36.

⁸⁵ El proyecto de resolución sobre *Pueblos Indígenas dentro del marco de la política de cooperación de la Comunidad y los Estados Miembros* había sido elaborado previamente en un informe por parte de la Comisión.

Un aspecto que resulta especialmente interesante es aquel que se refiere a la coordinación (mecanismos de consulta y aplicación) que debería existir entre la Unión y los Estados miembros con políticas de cooperación con pueblos indígenas, para evitar que se duplicasen esfuerzos y de esta manera aumentar la eficacia y la adecuación de la ayuda al desarrollo. Todo ello debería enmarcarse en una reestructuración general de la cooperación europea con los pueblos indígenas, que debería tener muy en cuenta, la participación activa de la mujer indígena, la especificidad de cada pueblo beneficiario y por supuesto la opinión de los involucrados. Finalmente el Consejo pedía a la Comisión Europea que elaborara un documento de balance en la cooperación con pueblos indígenas. El informe de la Comisión se presentó el 11 de junio de 2002⁸⁶ y definió tres orientaciones concretas: integrar la cuestión de los pueblos indígenas en la totalidad de las políticas, los programas y los proyectos de la Unión, consultar a dichos pueblos sobre las políticas y las actividades que les afectan y prestar ayuda en los ámbitos temáticos más importantes.

El Consejo, tomando como base el informe de la Comisión, en su Reunión n.º 2463, de 18 de noviembre de 2002, reconoció, con un espíritu excesivamente optimista y un análisis muy benevolente, los avances en la eficacia del trabajo de la Unión con los pueblos indígenas, especialmente en todo aquello que tenía que ver con la incorporación de las preocupaciones que afectaban a los pueblos indígenas en las políticas, programas y proyectos de cooperación. Por otro lado instó, nuevamente a la Comisión y a los Estados miembros a que coordinaran sus políticas y mejoraran sus mecanismos de información en materia de pueblos indígenas y llevaran una voz común a los foros internacionales en los que se venía negociando sobre la situación de los pueblos indígenas⁸⁷.

Todo ello venía a sumarse a las otras decisiones, resoluciones e informes que diferentes instituciones de la Unión habían venido produciendo a lo largo del tiempo y que de una manera o de otra afectaban, o al menos, estaban relacionadas con los pueblos indígenas⁸⁸. En su conjunto constituyen un marco

⁸⁶ UE, *Informe de la Comisión al Consejo de la Unión Europea: Progreso del trabajo con los pueblos indígenas*. Bruselas, 11 de junio de 2002.

⁸⁷ Consejo de la Unión Europea. Reunión n.º 2463, de 18 de noviembre de 2002. Documento n.º 14183/02.

⁸⁸ En este caso me estoy refiriendo concretamente a las resoluciones del Parlamento Europeo institución que ha volcado su interés en los pueblos indígenas desde los años 80. Entre estas resoluciones cabría mencionar la *Resolución sobre la situación de los indios en el mundo*, de 14 de abril de 1989, DOCE n.º C120 de 16.5.1989, p. 328, la Resolución sobre 1992, sobre los pueblos indígenas y el Quinto Centenario de 12 de marzo de 1992 (DOCE n.º C94 de 13.4.1992, p. 268) Cabe también mencionar la *Resolución sobre las medidas internacionales necesarias para una protección efectiva de los pueblos indígenas*, de 9 de febrero de

normativo destinado a fijar la posición de la Unión en su política exterior, de cooperación y defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas, así como de sus países miembros.

Tomando ese marco de referencia, al interior de la organización se vienen poniendo en marcha varios programas de cooperación de cuyas acciones se han beneficiado los pueblos indígenas.⁸⁹ De entre ellos cabe destacar la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos (IEDDH) pues se trata del programa que se ha mostrado más activo en relación con los pueblos indígenas y en el marco del cual se han puesto en marcha varios proyectos que incluso han dirigido las propias organizaciones indígenas. Dentro del programa existen tres tipos de proyectos a implementar. Aquellos denominados microproyectos (máximo 50.000 euros), los proyectos medios, que disponen de una cantidad de 10 millones de euros reservados para los pueblos indígenas y los denominados proyectos orientados que determina la Comisión.

1994, DOCE n.º C61 de 28.2.1994, p. 70, especialmente importante en la que se solicita a los Estados de la Unión Europea que se adhieran al Convenio 169 de la OIT; la *Resolución sobre la Década Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo*, de 19 de Enero de 1995 DOCE n.º C 43 de 20 de febrero de 1995, p. 85; la *Resolución sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de 4 de diciembre de 1995 en la que se señala la necesidad de avanzar hacia «un acuerdo internacional para defender el conjunto de los derechos de los pueblos indígenas», DOCE N.º C323 de 4 de diciembre de 1995, p. 117. Estas resoluciones se han completado con otras que específicamente hacían alusión a la situación de algunos pueblos indígenas, entre ellas la *Resolución sobre la situación de los indios Yanomami en el Brasil*, de 18 de enero de 1990, DOCE N.º C38 de 19 de febrero de 1990, p. 80; la *Resolución sobre los indios canadienses*, de 25 de octubre de 1990, DOCE N.º C260 de 15 de octubre de 1990, p. 144; la *Resolución de los derechos humanos y las minorías indígenas en Argentina* de 13 de marzo de 1997, DOCE, N.º C115 de 14 de abril de 1997, p. 171 y la *Resolución sobre el asesinato de 45 campesinos indígenas en el Estado mexicano de Chiapas*, de 15 de enero de 1998; DOCE, N.º C34 de 2 de febrero de 1998, p. 161. Hay otras resoluciones volcadas a la relación entre los pueblos indígenas y la conservación del medio ambiente entre ellas cabe mencionar la *Resolución sobre conservación de los bosques tropicales*, la *Resolución sobre los problemas del medio ambiente en la región amazónica*, ambas de 25 de octubre de 1990, DOCE N.º 295 de 26 de noviembre de 1990 y la *Resolución sobre la violación de los derechos de los pueblos indígenas y la explotación intensiva de los bosques tropicales en la isla de Yamdena, Indonesia*, de 20 de febrero de 1997, DOCE, N.º C85, de 17 de marzo de 1997, p. 147.

Por último también conviene hacer referencia, a las iniciativas y documentos elaborados sobre los pueblos indígenas en otros contextos regionales europeos: Así podríamos mencionar el denominado *Documento de Helsinki de la OSCE* de 10 de julio 1992, *El desafío del cambio*, reimpresso en *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, 47º período de sesiones, p. 65, A/47/361 (1992).

⁸⁹ Sigo aquí muy de cerca la opinión BOEKRAAD M., en «Los pueblos indígenas y la política de la Unión Europea: Programas de Acción de la Unión Europea con mención a los Pueblos Indígenas en sus bases legales», ya citado anteriormente. El autor es uno de los mayores expertos en la materia. Animo a visitar la página electrónica que coordina: www.eu-indigenous.org

También deberíamos hacer mención al Programa para la conservación y el desarrollo Sustentable de bosques tropicales y otros bosques en países en desarrollo; que exige la consulta previa y la participación activa de las poblaciones beneficiarias para que los proyectos que financia realmente puedan implementarse y al Programa para la promoción de la total integración de la dimensión ambiental en el proceso de desarrollo de los países del Sur.

Por último nos referiremos al Programa de Cofinanciación con las organizaciones de desarrollo no gubernamentales (ONG) europeas en campos de interés para los países en desarrollo que cuenta con un presupuesto de —aproximadamente— 200 millones de euros al año y que está reservado a las ONG que están inscritas en la Unión Europea. Esta línea de cooperación permite financiar proyectos de cooperación en zonas de los países del Sur, campañas de concienciación en los países europeos o seminarios de trabajo sobre cuestiones de desarrollo. Según datos de la Comisión se calcula que un 1% de los proyectos en curso (1500) financiados por este Programa, tienen como beneficiarios a pueblos indígenas. Hablaríamos por lo tanto de apenas 15 proyectos gestionados por ONGD europeas y que trabajarían en comunidades indígenas de pueblos como los quechua, los mapuche, los aymara o los guaraníes en América, los tuareg, los masai, los bushmen o los pigmeos en África y finalmente los dalit, los bawm o los hazara en Asia⁹⁰.

Lo cierto es que hasta la fecha no se tienen datos fiables acerca de si realmente en el marco de estos programas mencionados y los proyectos que financian se están siguiendo las directrices del Consejo en materia de cooperación con los pueblos indígenas, especialmente aquellas llamadas a asegurar la participación y el libre consentimiento libre e informado de los indígenas beneficiarios. Los pueblos indígenas al respecto han sido bastante críticos en el marco de alguna consulta internacional en la que han tenido oportunidad de expresar su voz⁹¹. Por el momento estamos en una etapa aún incipiente, en la que podemos afirmar que se cuenta ya con una base normativa llamada a guiar la política de cooperación europea con los pueblos indígenas, pero que no viene acompañada sino de una práctica dispersa y por el momento no consolidada⁹². No obstante cabe esperar que en el futuro, se refuercen

⁹⁰ *Ibidem*. El autor también menciona como un Programa que podría beneficiar a los pueblos indígenas al de Cooperación descentralizada con ONG.

⁹¹ Me refiero a la Conferencia Internacional que se llevó a cabo en Bruselas en el mes de junio de 2002 con bajo el título «Hablando claro: Opiniones Indígenas sobre Desarrollo y la Implementación de la Política de la UE sobre Pueblos Indígenas».

⁹² Tampoco la ya cuestionada Constitución europea aporta nada reseñable al respecto de la cooperación con los pueblos indígenas o la protección de sus derechos diferenciados como línea de acción exterior, ni siquiera en lo que se refiere a los pueblos indígenas que habitan al interior de las fronteras europeas (estoy pensando en los sami de Suecia o Finlandia), al interior de los PTU, países que tienen una relación especial con uno de los estados miembros de la UE

aquellos programas generales o sectoriales que pueden respaldar a los pueblos indígenas y que se creen líneas específicas que tengan a éstos como únicos beneficiarios. A su vez, quizás no sea descabellado apuntar que con el paso del tiempo, la UE afiance su posición internacional en la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, tanto los que habitan al interior de sus fronteras, como los que lo hacen en los países con los que la organización coopera, reforzando así, desde un marco estrictamente europeo, los avances en la materia que vienen sucediéndose en el Derecho Internacional y el Sistema Internacional de Cooperación al Desarrollo.

Conclusión

Ponemos aquí punto y final a este recorrido por las políticas de los Estados en la cooperación internacional para la promoción del desarrollo de los pueblos indígenas. Ciertamente, los avances han sido importantes, lo que ha contribuido, pese a los grandes problemas que todavía persisten, a la mejora de las condiciones de vida de millones de personas pertenecientes a estas comunidades diferenciadas. Muchos son los desafíos a los que se enfrentan las políticas de cooperación de los Estados en el futuro inmediato. Entre éstos, destaca muy especialmente, la necesaria adaptación de los enfoques de la aplicación, seguimiento y supervisión de los Objetivos del Milenio a la especificidad de los pueblos indígenas, así como la elaboración de indicadores complementarios sobre los logros en estas comunidades, además de los indicadores generales estipulados en el marco del Programa General que orienta la acción solidaria internacional de nuestro tiempo.

A su vez, los Estados y las organizaciones internacionales de las que forman parte, deberán esforzarse por mejorar los instrumentos de coordinación, sistematizar los datos de evaluación de las necesidades y de los resultados de la cooperación y desterrar definitivamente las políticas verticalistas que pese a lo analizado todavía persisten, involucrando en la práctica, verdaderamente y más allá de la retórica, a los pueblos indígenas como beneficiarios y agentes de su propios desarrollo.

No nos engañemos, pese a que los mecanismos, las metodologías y los procedimientos de actuación de la cooperación internacional sigan mejorando, probablemente no se podrá acabar con todos los problemas que im-

como Dinamarca, Francia, Holanda y el Reino Unido, o que habitan los departamentos franceses de ultramar o las denominadas regiones Ultraperiféricas. Al respecto debe consultarse el sugerente trabajo del profesor GUTIERREZ VEGA P., «Unida en la diversidad. Pueblos indígenas y Constitución Europea» en GÓMEZ E., GUTIÉRREZ P. y LEÑERO R., (Coordinadores), *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa*, Thomson / Aranzadi, 2004.

piden el desarrollo de estos pueblos. Ahora bien, pese a las limitaciones estructurales, lo cierto es que las políticas de cooperación de los Estados en materia de desarrollo indígena, pueden seguir coadyuvando en la construcción de un escenario internacional en el que los pueblos indígenas cada vez tengan un papel más importante que jugar en la consolidación de marcos de encuentro intercultural y la generación de prácticas transformadoras de las que podrían beneficiarse no solamente estos colectivos sino la humanidad en su conjunto.

PARTE V

Derechos indígenas

El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación

Marco Aparicio Wilhelmi

1. Introducción

Cuando nos referimos a los derechos de los pueblos indígenas uno de los aspectos más controvertidos es, sin duda, el relativo al derecho a la libre determinación. Y como sabemos, se trata de una disputa de capital trascendencia que se entabla tanto en la teoría como en la práctica; tanto en espacios institucionales y académicos como en el terreno de la realización cotidiana de la vida de los pueblos indígenas, en su continuidad y cambio, en sus reivindicaciones y luchas.

«Libre determinación», «autodeterminación», «autogobierno», «autonomía», son términos que, si bien con matices propios, condensan todos ellos el contenido de las reivindicaciones que, especialmente en las últimas décadas, vienen formulando de manera concisa los pueblos indígenas en múltiples foros y a través de distintas formas de expresión.

Las demandas indígenas han ido adoptando caracteres distintos a medida que cambiaban los términos de la relación con el Estado o los espacios de dicha relación. Así, partiendo de la reivindicación del derecho a la «tierra» se ha transitado al «territorio», al de «hábitat» para después incorporar el concepto de «etnodesarrollo» (o «desarrollo con identidad») como paso previo a la consolidación y generalización de la exigencia de libre determinación, entendida como demanda que viene a condensar y articular políticamente el conjunto de reivindicaciones, esto es, como demanda «madre», origen y espacio de todas las otras.

Resulta importante señalar que dicha metamorfosis se explica por la necesidad que han tenido los pueblos indígenas de buscar en la terminología de la sociedad dominante aquellas nociones más útiles para la satisfacción de sus necesidades como pueblos. Se trata de un proceso de reacomodo constante de las posiciones y del lenguaje; un proceso teñido de fuertes dinámicas de retroalimentación, donde el tipo de reivindicacio-

nes que se formulan depende de la fuerza política para sostenerlas y esta fuerza política, dado que depende de la consistencia que tengan los lazos internos, se conforma y se consolida en parte por el tipo de reivindicaciones planteadas.

En cualquier caso, la claridad y contundencia con la que la lucha por la libre determinación se ha situado en la primera línea no sólo de la agenda política sino de la actitud vital que con distintas intensidades, tiempos y espacios, los pueblos indígenas asumen (en realidad ya desde hace mucho tiempo), nos exige abordar el alcance de la demanda y la naturaleza del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, así como las dificultades que hasta ahora ha encontrado su reconocimiento y realización.

2. La libre determinación como derecho colectivo

2.1. *Derechos individuales y derechos colectivos*

Las reivindicaciones expresadas por las organizaciones indígenas¹ apuntan tanto hacia derechos individuales como a derechos colectivos. Veamos de un modo sencillo en qué se concreta tal distinción:

- a. *Derechos individuales*: son el conjunto de derechos sociales, culturales, políticos y civiles que tienen como sujeto titular exclusivo a las personas individualmente consideradas. La exigencia del respeto de los derechos humanos individuales reconocidos por los textos internacionales es, sigue siendo, una demanda constante de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas. Pese a su declarada universalidad, la pervivencia de una posición social de especial vulnerabilidad hace que tales individuos se encuentren con enormes dificultades para ver cumplidas las pretensiones o expectativas que tales derechos están llamados a asegurar.

¹ A partir de los datos recogidos por Rodolfo Stavenhagen de la información contenida en 135 declaraciones públicas de 65 movimientos y organizaciones indígenas de 13 países distintos (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela), que se encuentran plasmados en Stavenhagen, R., *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, El Colegio de México (IIDH), México, 1988, págs. 156-167. Tales reivindicaciones han venido siendo reiteradas en la última década y buena prueba de ello son movimientos como los presentes en Chiapas (como lo demuestran los conocidos *Acuerdos de San Andrés*), Guatemala (cuya muestra es el *Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas*), Ecuador (con propuestas como el proyecto político de la CONAIE), y un largo etcétera.

No repasaremos de modo exhaustivo el listado de derechos humanos, aunque sí vale la pena enumerar algunos de los más insistentemente incumplidos: el derecho a la educación, a la salud, los derechos laborales en general, el derecho de asociación, el derecho de acceso a la justicia, los derechos lingüísticos, etc., y, como compendio, causa y resultado de la vulneración del resto de derechos, el derecho a la no discriminación.

Se trata pues de derechos de tipo universal, aunque ello no implica que su contenido, su haz de facultades, deba ser idéntico para todo contexto y situación. Los derechos responden a necesidades amenazadas y aunque existan necesidades universales, transculturales si se quiere, su concreción y el modo de hacerlas efectivas dependerá del contexto espacial y temporal en el que se producen. En el caso de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, esta relatividad del contenido de los derechos universales es especialmente notoria pues su satisfacción exigiría una adaptación especial a las circunstancias propias de cada situación.

- b. *Derechos colectivos*: los derechos humanos no sólo son derechos atribuidos a personas o sujetos individuales; también los grupos o sujetos colectivos pueden, en razón de determinados rasgos compartidos, tener pretensiones en torno a ciertos intereses o necesidades comunes. En ocasiones, dicha colectividad se manifiesta por medio de una institución que el Derecho da cabida para la representación de intereses colectivos o grupales. Desde esta perspectiva, son derechos colectivos, por ejemplo, el derecho de los sindicatos a negociar con los empleadores, o el derecho de una asociación de consumidores o usuarios a hacer valer sus pretensiones frente a un prestador privado o estatal de servicios. Pero también son derechos colectivos el derecho de sujetos colectivos no agrupados en torno a una institución jurídica de tipo asociativo. Es el caso de las minorías culturales en un determinado Estado y su derecho a mantener y desarrollar la lengua propia o ciertos rasgos culturales que les permiten sobrevivir como tales. Y es también el caso de los pueblos y su derecho a la libre determinación.

2.2. *Pueblos, no minorías*

Seguir adentrándonos en la comprensión del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas nos exige profundizar un poco más sobre el sujeto del derecho: los pueblos. Para ello, quizás la mejor manera es tratar de

dibujar la línea que conceptualmente separa a los pueblos de otro posible sujeto de derechos colectivos, las minorías.

Como es sabido, los representantes indígenas vienen insistiendo en que sus colectivos no pueden ser tratados jurídicamente como «minorías culturales» (en ocasiones también llamadas «minorías dispersas»). Defienden su diferenciación y caracterización como pueblos originarios, cuya soberanía fue violentada por un proceso de conquista y colonización, y que han sido incorporados contra su voluntad al dominio de los Estados-nación modernos. Cada vez con mayor insistencia, reivindican el título de «pueblo» como colectividad de personas unidas conscientemente por una comunidad de origen, historia, tradiciones, idioma, religión, etc. que se afirma como sujeto de derechos culturales, políticos y económicos, resaltando, en primer lugar, el derecho a la libre determinación.

En este sentido, se podría afirmar que hablar de pueblos indígenas es hablar de procesos por los que ciertas colectividades son definidas como extranjeras en sus propios territorios y son despojadas del control de la vida política de ese mismo territorio, por lo que la colonia y la república pueden ser entendidas como continuos procesos de etnización².

Aunque la definición de la noción de pueblos indígena parezca suficientemente clara, en realidad desde la óptica del Derecho no resulta tan sencillo, en buena parte porque el ámbito jurídico de las minorías puede englobar en muchos casos la realidad de los pueblos indígenas (buena parte de los derechos de ellas predicables lo son también de ellos). Aun así, es necesario reivindicar la especificidad de los pueblos indígenas en cuanto a su tratamiento jurídico. Y no precisamente porque en ocasiones los pueblos indígenas sean auténticas mayorías dentro de un determinado espacio estatal (como sucede por ejemplo en Guatemala o en Bolivia), ya que para hablar de minorías no hace falta que se dé una subordinación numérica, sino que lo que se requiere es que exista una subordinación en términos de relación de poder; la contraposición entre un sector dominante del país y uno dominado (minorías «sociológicas» o «políticas», o mayorías «minorizadas»).

La complejidad que hallamos al tratar de distinguir entre pueblos y minorías se explica en parte por la circunstancia recién señalada, ya que tanto minorías como pueblos indígenas comparten una característica que para la definición de ambos es esencial: la de ocupar una posición de subordinación con respecto al sector dominante del país. Así, por ejemplo, en Sudáfrica, la minoría blanca en los tiempos del apartheid no podía ser tratada jurídicamente

² OOMMENDE, T. K., *Citizenship, Nationality and Ethnicity*, Polity Press-Blackwell, Cambridge, 1997, según cita de GARCÍA LINERA, A., «Estado Multinacional. Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la exclusión de las naciones indias», pendiente de publicación.

como minoría cultural; igualmente, en los países del continente africano, sólo pueden ser tratados como pueblos indígenas los descendientes de los pueblos originarios que se hallen en una situación de no dominación³.

Efectivamente,

Pese a esa importante coincidencia (que origina que en algunos casos puedan predicarse unos mismos derechos referidos a ambos sujetos), las diferencias son también de relieve, como en seguida veremos.

Una de las definiciones de la noción de minoría que mayor aceptación han recibido, ha sido la propuesta en el «Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas» del relator especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Francesco Capotorti:

Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos de un Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico una característica que difiere de las del resto de la población y manifiesta incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad con objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma⁴.

Al margen de la cuestión numérica (hay que insistir en que no es lo relevante), destaca la presencia de criterios de tipo objetivo (grupos de población con características distintas y en situación no dominante) junto a un criterio netamente subjetivo (deseo manifiesto de conservar las propias características). Con base en esta definición, los derechos colectivos de las minorías se relacionan con su supervivencia como grupos en cuanto tales: su reproducción como entidad diferenciada, lo que implica superar la mera demanda de igualdad ante la ley o ausencia de trato discriminatorio para referirse a derechos relacionados con la propia cultura, educación, uso de la lengua y hasta de algunas instituciones sociales propias.

³ Recordemos que el documento de NNUU llamado *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, el «Informe Martínez Cobo», recoge una de las definiciones de la noción «pueblo indígena» con mayor aceptación, e incluye como característica esencial la mencionada situación de no dominación: «son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales» (subrayado añadido). Doc. E/CN.4/Sub 2/1986/7 & Add. 1-4.

⁴ Doc. E/CN.4/Sub 2/384/Rev.1.

Al referirnos a una minoría estaremos, o bien ante una desmembración de un determinado pueblo (por razones migratorias, creación o disolución de Estados, etc.), o bien ante «minorías dispersas» creadas a partir de los flujos de inmigración laboral u otros éxodos que llegan a un determinado país. En todo caso, será frecuente la existencia de un vínculo de referencia hacia los distintos pueblos a los que de alguna manera (en mayor o menor grado de proximidad) siguen perteneciendo cada una de las minorías.

Es cierto que pueden aportarse diferenciaciones más o menos objetivas, como la existencia de un territorio, esto es, un ámbito espacial con el que la población establece un conjunto de relaciones materiales y simbólicas, algo que suele estar referido a los pueblos y no, o al menos no de forma tan intensa, a las minorías. Pero más allá de las mismas, la principal diferencia es de tipo subjetivo: el tipo de aspiraciones que el colectivo humano comparte. Una colectividad se comporta como pueblo cuando aspira al control de «elementos nacionales»: territorio propio, organización política propia, población propia (los «fragmentos del Estado» de Jellinek⁵), sin tener que tratarse de un control en términos de soberanía estatal que nos lleve a identificar el pueblo exclusivamente como población de un Estado, o lo que es lo mismo, exigir que, tratándose de un pueblo sin Estado, se deba considerar a sí mismo como nación, entendiéndose este término ligado a la aspiración estatal⁶.

En todo caso, lo que no hay que negar es que el pueblo entrará forzosamente en un esquema de competencia con el Estado por el control de esos elementos, y esa situación acaba definiendo la naturaleza conflictiva de la relación entre Estado y pueblos y la sistemática negativa de los gobiernos a reconocer plenamente la existencia de distintos pueblos en su territorio.

En ese contexto se sitúa la relación del Estado con los pueblos indígenas pudiendo hablar de la existencia de Estados «etnocráticos», término que implica no sólo que la etnia dominante ejerza el poder a expensas de otras etnias, sino que además pretende adueñarse y autoidentificarse con el Estado-nación en su conjunto (como manera de legitimación); «el problema entre el Estado y la nación étnica no es la diferencia cultural sino la lucha por el poder y la legitimidad»⁷.

En cambio, una minoría étnica o cultural, como podrían ser minorías inmigrantes, no reivindica frente al Estado derechos sobre un territorio parti-

⁵ JELLINEK, G., *Fragmentos del Estado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1978.

⁶ GARCÍA LINERA lo expresa de la siguiente manera: «la diferencia entre una etnia y una nación únicamente radica en que la última ha emprendido un proceso de estructuración de una comunidad política institucionalizada por medio de un régimen de Estado. Cuando una etnia se autonomiza de un sistema de dominación deviene en nación» (GARCÍA LINERA, A., «Estado Multinacional...», *ob. cit.*).

⁷ La idea la propone RODOLFO STAENVHAGEN en «Comunidades étnicas y estados modernos», *América Indígena*, vol. XLIX, núm. 1 (enero-marzo), 1989.

cular ni sobre las formas de organización política o social, más allá de las formas que se puedan derivar de la exigencia del respeto de su propia identidad cultural diferenciada. Para Deschênes⁸ el elemento clave en la definición de minoría, es que el grupo humano diferenciado del resto tenga como voluntad colectiva su integración (aunque en base al respeto de la diferencia) en el esquema de igualdad con el resto de la sociedad estatal.

También podría decirse, con otras palabras, que en el caso de las minorías el Estado es quien se encarga de su tutela y del aseguramiento de la vigencia del principio de igualdad, que deberá promoverlo activamente incluso por medio de discriminaciones positivas (siempre concebidas como medio de carácter temporal dirigido a la consecución de la igualdad real). Por el contrario, respecto a los pueblos quien teóricamente debe ser el agente definidor de los derechos que afectan a su ámbito es el propio pueblo⁹.

Vale la pena remarcar esta idea: en el caso de los pueblos, lo primario no es el reconocimiento de los derechos, sino el reconocimiento efectivo del sujeto de los derechos, como factor determinante para la definición del contenido de tales derechos. Sin este paso, señala Natalia Álvarez, «la protección de derechos de los pueblos indígenas puede llegar a crear una nueva instancia de asimilación»¹⁰.

El reconocimiento del sujeto tiene, además, una importancia doble. En primer lugar, porque el sujeto genera la práctica, genera un nuevo paradigma desde la práctica y no al revés. En segundo lugar, porque supone introducir un elemento de realidad en un mundo ficticio, el del orden jurídico que ahoga la existencia colectiva de las personas en el mar de la igualdad formal¹¹.

2.3. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas*

Como ha sido puesto de manifiesto más arriba, a diferencia de lo que sucede con los derechos individuales, en el caso de los derechos colectivos la

⁸ J. DESCHÊNES intenta perfilar algo más la propuesta de Capotorti en el marco del proceso de debate que desde las NNUU se inició para tratar de lograr un consenso sobre el término de «minoría» de cara a la aprobación de una Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Concretamente se incluye en su «Propuesta concerniente a una definición del término «minoría»», Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31.

⁹ En este sentido se pronuncia BARTOLOMÉ CLAVERO, en *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*, ob. cit., págs. 126-127. Este autor sintetiza con claridad la idea que defendemos: «minoría significa protección e integración; pueblo, distinción y autonomía». *Ibidem*, p. 84.

¹⁰ ÁLVAREZ MOLINERO, N., «Algunos elementos de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas en el Derecho Argentino. ¿Un asunto para los derechos humanos o para el Derecho Internacional?», APARICIO WILHELM, M. (coord.), *Caminos hacia el reconocimiento...*, ob. cit.

¹¹ Esta última idea fue expuesta por Carlos de Cabo, en una conferencia pronunciada en la Universidad de Alicante en el año 2003.

existencia de distintos tipos de sujetos, con distintos intereses y necesidades a cubrir, nos impide hablar de derechos universales que se refieran por igual y en cualquier caso a todo sujeto colectivo.

En relación con los pueblos indígenas, cuatro son los principales derechos colectivos que vienen siendo demandados:

- a. *Derecho al territorio*: Se habla de territorio o hábitat y no de tierra simplemente, para referirse al espacio necesario, o mejor dicho el espacio propio¹² en el que cada pueblo pueda desarrollar libremente sus actividades económicas, sociales, políticas, religiosas o en general las que implique su propia cultura. La distinción es clara: mientras la idea de tierra y de propiedad de la tierra lleva más bien a un concepto típicamente civilista, territorio es jurisdicción sobre un espacio geográfico. Son puntualizaciones necesarias desde nuestros propios conceptos jurídicos. No hace falta decir que dentro de la cosmovisión indígena, la tierra es algo más que una fuente de recursos y que la relación que se establece con ella (con la «madre tierra») es seguramente uno de los elementos que mejor caracterizan la identidad indígena, constituyendo quizá el más fuerte vínculo que da unidad a la gran heterogeneidad que ofrecen sus distintos pueblos. Baste con transcribir sus propias palabras: «Para nosotros los indígenas, la tierra no es sólo el objeto de nuestro trabajo, la fuente de los alimentos que consumimos, sino el centro de toda nuestra vida, la base de nuestra vida, la base de nuestra organización social, el origen de nuestras tradiciones y costumbres»¹³.
- b. *Derecho a la cultura*: como derecho colectivo consiste en el derecho al mantenimiento y desarrollo de la propia «comunidad de cultura»¹⁴.

¹² La idea de espacio «necesario» o «suficiente» es algo ambigua puesto que si se mide en términos de aprovechamiento económico, normalmente la idea desarrollista occidental diferirá enormemente de las concepciones indígenas.

¹³ II Congreso Nacional de la ANUC, citado por ORDOÑEZ MAZARIEGOS, C. S., «Derechos humanos de los pueblos indios», *Etnicidad y derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 1996, pág. 223. Por otro lado, en la llamada Declaración de Quito, hecha pública en 1990 en el marco de los encuentros «500 años de resistencia indígena, negra y popular», los representantes indígenas expresaban que «no nos sentimos dueños de ella (de la tierra); es nuestra madre, no es una mercancía, es parte integral de nuestra vida. Es nuestro pasado, presente y futuro. Creemos que este sentido de lo humano y del entorno no es solamente válido para nuestras comunidades o para los pueblos latinoamericanos (...). Las tierras y el pueblo indígenas son inseparables. La tierra es vida y no se puede comprar ni vender. Es responsabilidad nuestra cuidarla según la tradición, para garantizar nuestro futuro» (Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas «500 años de resistencia indígena, negra y popular», *Resoluciones*, CONAIE-ECUARUNARI-CDDH, Comisión de Prensa, Quito, 1990).

¹⁴ Así se recoge en DE OBIETA CHALBAUD, J. A., *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, Madrid, 1985. Ver páginas 37 a 46.

Esta noción representa una unión superior de los distintos componentes culturales, entendiendo pues el término «cultura» en un sentido amplio, como conjunto de instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano (todo aquello que hace posible la vida en común como colectividad) al unir a sus componentes en un sistema de valores y una serie de referentes compartidos (lengua, tradiciones, creencias religiosas, costumbres populares, instituciones políticas y jurídicas —modos de propiedad, de modo señalado— y estructura económica —modos de producción y distribución de bienes económicos).

La noción de comunidad de cultura rechaza la posibilidad de separar la cultura de un pueblo en distintos componentes. Con ello, recoge uno de los caracteres principales de la llamada «cosmovisión» indígena, que es precisamente esa apreciación o vivencia integral de los distintos fenómenos que desde el pensamiento imperante en la tradición occidental pueden ser separados y aprehendidos individualmente.

- c. *Derecho al etnodesarrollo*: También en directa relación con las anteriores reivindicaciones, en los últimos años se ha ido consolidando una reivindicación consistente en la unión de las nociones de territorio y cultura en un modelo propio de desarrollo. En este sentido, lo que se reclama es el control efectivo de la tierra, los recursos y la organización social y cultural; «el etnodesarrollo implica procesos sociales, económicos, culturales y tecnológicos en los que los actores sociales beneficiarios actúan de acuerdo con sus necesidades, condiciones y posibilidades, decidiendo democráticamente su propio destino»¹⁵; «significa mirar hacia el interior, encontrar dentro de la propia cultura del grupo los recursos y el potencial creativo necesarios para confrontar los retos del cambiante mundo moderno»¹⁶.

La idea de etnodesarrollo tiene un marcado contenido político. Al no estar ligado exclusivamente al crecimiento del producto económico sino más bien a las condiciones de bienestar que permitan la pervivencia y desarrollo del grupo, implica un cambio de la correlación de las fuerzas sociales, una transformación política que incline la balanza —hoy favorable a los intereses que impulsan los procesos de imposición y enajenación cultural— a favor de los grupos sociales que pugnan por el desarrollo de su cultura propia¹⁷. Desde esta perspectiva,

¹⁵ DURAND, C., GÓMEZ, G., «Premisas sociojurídicas del desarrollo de los pueblos indios», *Etnicidad y derecho, un diálogo postergado...*, ob. cit., pág. 26.

¹⁶ STAVENHAGEN, R., «Comunidades étnicas en Estados modernos», *América Indígena*, vol. XLIX, núm. 1, enero-marzo 1989, pág. 28.

¹⁷ Esta idea es defendida por BONFIL BATALLA, G., *América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*, FLACSO/UNESCO, San José de Costa Rica, 1982.

la lucha por la tierra, sin poder ser abandonada, debe enmarcarse en la reivindicación de la territorialidad como un aspecto integral que conlleva la recuperación de las propias definiciones políticas y socioeconómicas.

Un reflejo de este derecho se halla sin duda en todas aquellas normas que imponen a los poderes públicos la necesidad de consulta previa (o incluso autorización preceptiva) de los pueblos indígenas que puedan ver su hábitat afectado por alguna medida que pretenda poner en marcha el Estado. Uno de los más claros ejemplos, al margen de los que ofrecen algunas Constituciones estatales como las de Venezuela y Ecuador, es el del Convenio núm. 169 de la OIT¹⁸.

- d. *El derecho a la libre determinación*: Se trata de la demanda que viene a recoger de un modo articulado y global el conjunto de reivindicaciones planteadas por los pueblos indígenas. Hemos visto la relación entre territorio, cultura y etnodesarrollo, y sobre todo cómo esta última noción combina en un conjunto de propuestas los elementos esenciales de las dos anteriores. Pues bien, exprimiendo un poco la idea de etnodesarrollo veremos que se trata de un concepto que, al implicar el fortalecimiento y ampliación de la capacidad autónoma de decisión, desemboca de modo natural en la idea de autodeterminación, puesto que ésta lo que hace es referirse al marco jurídico-político en el que deben ubicarse los pueblos indígenas en su relación con el Estado, para que se den las condiciones que posibilitan realmente dar respuesta a todas las demandas referidas, y claramente a la de etnodesarrollo.

Como afirma Marie Léger, «el derecho a la libre determinación es el primer derecho colectivo que permite ejercer todos los demás. Queda reconocido en los instrumentos internacionales como atributo de todos los pueblos y es considerado como una herramienta esencial para la supervivencia y la integridad de sus sociedades y culturas»¹⁹.

¹⁸ El art. 6 impone a los Gobiernos que vayan a aplicar las disposiciones del Convenio, el deber de «consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a partir de sus instituciones representativas, cada vez que se provean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente». Por otra parte, y en aun más clara manifestación del concepto de etnodesarrollo, el art. 7.1 dispone que «los pueblos interesados deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de su desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera (...). Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas en desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente».

¹⁹ LÉGER, M., «El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: ¿Amenaza o ventaja?», en la publicación electrónica del Seminario *Derecho a la*

La más relevante definición del derecho de libre determinación, y jurídicamente el punto de partida de la reivindicación indígena, es la recogida por el art. 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptados ambos por resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1966. En virtud de dicho precepto: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural».

En palabras del Informe Martínez Cobo, «la autodeterminación, en sus muchas formas, es (...) una precondition para que los pueblos indígenas puedan ser capaces de gozar de sus derechos fundamentales y determinar su futuro, preservando, desarrollando y traspasando su identidad étnica específica a futuras generaciones»²⁰.

Y hay que señalar, de nuevo con Léger, que los pueblos tienen ese derecho «en su calidad de pueblo». Y para los pueblos indígenas este dato es esencial, pues «ratifica el hecho de que, en virtud de su régimen jurídico de pueblo y no en virtud de una delegación de poder de los Estados dentro de los cuales viven, pueden decidir libremente su régimen político y buscar su desarrollo económico, social y cultural (como dice el art. 1 de los pactos). Este matiz es importante, ya que implica la obligación por parte de los Estados de negociar con una entidad colectiva poseedora de derechos preexistentes a su creación e independientes de su buena voluntad»²¹.

Libre determinación comporta, por tanto, la posibilidad de los pueblos de autodeterminar su organización política, sus instituciones jurídicas, sus relaciones con otras organizaciones sociales y políticas, sus condiciones de desarrollo. Y en concreto, respecto de los pueblos indígenas debe implicar forzosamente la posibilidad de «defender el modelo de vida y de sociedad escogido; el control de los recursos naturales y la definición de si, cómo y en qué medida realizan la articulación a las formas de desarrollo capitalistas y de mercado»²².

Libre Determinación de los Pueblos Indígenas. Ponencias de los participantes y síntesis de las discusiones. Nueva York, 18 de mayo 2002. <http://www.ichrdd.ca/site/publications> (visitada el 06/01/06).

²⁰ «Informe sobre el Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas». Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones E/CN. 4/Sub. 2/ 1986//7/Add 4.

²¹ LÉGER, M., «El reconocimiento del derecho», *ob. cit.*

²² JIMENO SANTOYO, G., «Gobernabilidad Indígena Territorio», en la revista electrónica *FOCAL*. http://www.focal.ca/pdf/gobernabilidad_indigena.pdf (visitada el 06-01-06).

3. Las libres formas de la libre determinación

Debería sobrar tener que decir que el derecho a la libre determinación, por definición, puede adoptar multitud de formas distintas. Pero no es así y, entre otras cosas, sigue siendo necesario insistir en que autodeterminación no es sinónimo de secesión. Como concepto del Derecho internacional público, está claro que la autodeterminación engloba la posibilidad de la secesión para la creación de un Estado nuevo o para la incorporación en uno ya existente²³.

Pero al hablar de la demanda indígena de libre determinación no merece la pena detenerse sólo en tal hipótesis porque, ya sea por posibilismo, estratégico o claudicante, o porque la estatalidad es todavía en muchos casos un universo culturalmente ajeno, si una cosa salta a la vista en la práctica totalidad de las manifestaciones indígenas al respecto es precisamente que se refieren a la vertiente respetuosa de las fronteras estatales, como demanda de autonomía hacia el interior del Estado. Se reclama, eso sí, en términos de autonomía política real (elección de las propias autoridades con competencias y medios para legislar y administrar en los asuntos propios —incluyendo el acceso a los recursos naturales—), de demarcación de territorio propio y, desde tal punto de partida, de replanteamiento de las relaciones con las instituciones estatales (y de ahí, en ocasiones, se llega a un replanteamiento de la propia estructura e institucionalidad estatal en su conjunto).

Buena prueba de todo ello la tenemos en la llamada Declaración de Quito de 1990, en la que representantes indígenas de todo el continente plantearon que «la autodeterminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía en los marcos nacionales. La autonomía implica el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el manejo de todos los recursos naturales del suelo, subsuelo y espacio aéreo²⁴ (...). Por otra parte, la autonomía

²³ De todos modos no hay que olvidar que, como señala Luís Rodríguez-Piñero en referencia a la aplicación que el derecho tuvo durante el proceso de descolonización, «el criterio para la construcción de unidades estatales independientes fueron las fronteras, no los pueblos; la Doctrina del Agua Azul (o del Agua Salada) excluyó a los enclaves de población indígena al interior de los estados independientes de la aplicación del principio o derecho de autodeterminación». RODRIGUEZ-PIÑERO, L., «La OIT y los pueblos indígenas en el Derecho Internacional: Del colonialismo al Multiculturalismo», APARICIO WILHELMI, M. (coord.), *Caminos hacia el reconocimiento. Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Publicacions de la Universitat de Girona, Girona, 2005, p. 111.

²⁴ Especial importancia tiene la referencia al subsuelo dado que son bastantes los casos en los que desde distintos gobiernos se ha justificado la concesión de autorizaciones para explotaciones

significa que los pueblos indios manejaremos nuestros propios asuntos, para lo cual constituiremos democráticamente nuestros propios gobiernos (auto-gobiernos)»²⁵.

La autonomía entendida como forma de manifestación interna de la autodeterminación, se puede dar a su vez en distintos grados, esto es, con mayor o menor amplitud de autogobierno, así como en el marco de diferentes estrategias. Y ello variará enormemente en función de multitud de factores entre los que debemos destacar aquellos que afectan a la propia realidad del pueblo indígena de que se trate, su presencia numérica, su presencia social y política, esto es, su capacidad de presión, de amenaza, de negociación con el Estado.

Se vuelve necesario, en este sentido, analizar cada realidad en su propio contexto. Así, merece la pena indagar cómo y cuándo se manifiesta con claridad la reivindicación de autogobierno; cómo se desarrolla la práctica autonómica más allá del reconocimiento normativo estatal existente; cómo se gestiona en lo cotidiano; cómo se defiende y de qué modo la continua necesidad de su defensa influye en sus caracteres; cómo crece; cómo se transforma; qué horizontes se trazan, si es que son trazados; qué límites establece la sociedad dominante, hasta dónde es previsible que llegue a consentir; de qué manera a medida que avanza la práctica de la autonomía, avanza el empoderamiento indígena y con él se mueve el horizonte de lo deseable por unos y de lo aceptable por otros.

Con todos estos datos, es más fácil entender tanto los puntos de unión como las diferencias entre las realidades que existen entre los dos polos representados en un extremo por los pueblos aislados o semiaislados de la amazonía (cuya supervivencia pende de un hilo por la extensión del «proyecto civilizatorio» occidental en forma, por ejemplo, de extracciones petroleras) y, en el otro, los pueblos aymará y quechua en Bolivia, o el pueblo maya de Guatemala que supone cerca del 60% de la población. En efecto, la diversidad de contextos y procesos lleva a realizaciones distintas de la exigencia de libre determinación. Frente a la claridad con la que emerge la demanda por la autonomía de los pueblos indígenas presentes en México, aparece el pueblo aymará en Bolivia, que por un lado formula la demanda autonómica hacia el interior del Estado; por otro lado ve surgir un proyecto nacional identitario que plantea reeditar el *Qollasuyo*, la organización política aymará

mineras o petrolíferas en zonas indígenas en base a la titularidad estatal del subsuelo, restringiendo así los derechos sobre las tierras al suelo *strictu sensu*. Un ejemplo especialmente grave es el referido a los permisos de explotación concedidos a las empresas Repsol-YPF y Petrobras, que afectan al hábitat del pueblo Huaorani, situado en la Reserva de la Biosfera Yasuní, en Ecuador.

²⁵ Primer Encuentro Continental de los Pueblos Indígenas «500 años de resistencia indígena, negra y popular», *Resoluciones*, CONAIE-ECUARUNARI-CDDH, Comisión de Prensa, Quito, 1990.

precolonial, como nuevo Estado indígena²⁶; mientras al mismo tiempo sigue luchando por formas mínimas de inclusión individualizada de sus miembros en el contexto de la sociedad estatal²⁷.

Por otro lado, la autodeterminación debe entenderse a la vez como fin y como medio. El fin es el reconocimiento de la libre determinación y el medio muchas veces es la misma práctica cotidiana del autogobierno.

Desde esta perspectiva, resulta interesante ver cómo la libre determinación se suele expresar en una práctica autonómica que a menudo brota de los resquicios del propio sistema jurídico y económico²⁸, ganando espacios de legitimidad en el terreno de su constante tensión frente a los dictados de una legalidad que en gran parte es ajena.

Y se trata de un derecho ancestral, sin duda, pero su reconocimiento no ha de fundamentarse sólo en dicho carácter y en la necesidad de una reparación histórica. Va más allá de depender exclusivamente del fundamento que le puede ofrecer el principio de «soberanía inherente»²⁹, en la presencia previa, en el «nosotros estábamos antes». Hay historicismo en la demanda ya que si bien es cierto que la reivindicación por la libre determinación es secular, pues secular es la opresión y la resistencia a la misma, también es un proceso que varía enormemente en función de quién y a quién se oprime y cómo se oprime.

²⁶ Y ese es el momento que reivindican algunos representantes del pueblo aymará, y entre ellos quizá el más conocido, Felipe Quispe, presidente de la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) y dirigente del Movimiento Indígena Pachakuti (MIP).

²⁷ Como nos recuerda GARCÍA LINERA, en la actualidad «en Bolivia, el 67% de los empleos más vulnerables lo ocupan los indígenas, el 28% de los empleos semicalificados son para indígenas, en tanto que sólo el 4% de los empleos calificados los ocupan los indígenas. Los indígenas, por lo general, reciben sólo el 30% de lo que ganan los trabajadores no indígenas por realizar el mismo trabajo». GARCÍA LINERA, A., *Ibíd.*

²⁸ Este apartado habría que llenarlo de experiencias específicas que lo ilustraran. Por poner sólo un ejemplo puntual: en la región colombiana del Cauca, distintos miembros de comunidades indígenas nasa pertenecientes al CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca) han aprovechado las medidas de privatización de los servicios de atención médica para crear una empresa prestadora de servicios que atiende las necesidades de salud de las comunidades a partir de ellos mismos y de sus propios conocimientos. De esta manera, se construye una práctica autonómica a partir de una normatividad cuyo objetivo, lejos de pretender el empoderamiento de las comunidades indígenas, busca por un lado librar al Estado de responsabilidades prestacionales y por otro el enriquecimiento de la empresa privada.

²⁹ *Inherent sovereignty* es el concepto utilizado por la jurisprudencia, tanto de las cortes tribales (*tribal courts*) como por las del sistema jurisdiccional federal en los Estados Unidos de América para fundamentar los derechos de los pueblos y de los pobladores indígenas que el ordenamiento debe respetar. Sobre esta cuestión, puede verse ANAYA, J. y ROSSER, E., «Sistemas de Justicia indígena y Derecho consuetudinario en los Estados Unidos: entre colonización y autodeterminación», en APARICIO WILHELMI, M. (coord.), *Caminos hacia el reconocimiento...*, *ob. cit.*

4. El derecho de libre determinación en el sistema de Naciones Unidas. Los pueblos incompletos

4.1. *La libre determinación de los pueblos en el sistema de NNUU*

El origen del reconocimiento explícito del derecho de libre determinación en el sistema de NNUU se encuentra ya en la propia Carta de fundación de las NNUU, cuyo art. 1.2 establece como objetivo «fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal».

La Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (1960) enuncia que «todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su estatuto político y buscan libremente su desarrollo económico, social y cultural», entendiéndose, además, que «la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjera» debe ser considerada como «una denegación de los derechos humanos fundamentales»³⁰.

Salta a la vista la carga, la potencialidad de la previsión, y de ahí la extrema importancia de que fuera recogida tal cual como artículo primero tanto del PIDESC como del PIDCP. Con ello, se sitúa en el pórtico del reconocimiento internacional de los derechos humanos universales, es decir, se erige, si quiera simbólicamente, como prerequisite de cualquier derecho individual o colectivo y se resalta la importancia que la libertad y dignidad de los pueblos tienen con respecto a la libertad y la dignidad de las personas.

Como es sabido, tal disposición enseguida fue objetada por algunos Estados, que trataron de establecer barreras protectoras a su integridad territorial. Así, desde el mismo 1960, la Declaración sobre la independencia a los países y pueblos colonizados, prevé expresamente que la integración y la libre asociación con los Estados ya constituidos sean vías a través de las cuales los pueblos puedan ejercer su derecho a la libre determinación.

Por su parte, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados conforme a la Carta de NNUU (1970), se encarga de acotar el derecho de libre determinación estipulando que todo Estado soberano e independiente, dotado de un gobierno que represente al conjunto de su población, debía ser considerado como un Estado que se conduce en conformidad al principio de igualdad de derechos y del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, en lo que concierne a esa población. Por si quedaran dudas, la misma Declaración señala además que no podrá deducirse de sus previsiones que se autoriza o alienta

³⁰ Resolución 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960.

cualquier acción que pudiera amenazar, totalmente o en parte, la integridad territorial o la unidad política de dichos Estados. Esta declaración precisa, además, que sólo cuando todas los medios pacíficos de alcanzar la libre determinación hayan fracasado, se podrán adoptar otras acciones.

Con esta última Declaración, se formaliza la doctrina que se había ido imponiendo casi desde la primera referencia de NNUU a la libre determinación de los pueblos: la doctrina de la *blue water* o del «agua azul» o «agua salada». En virtud de la misma, se limita la aplicabilidad del derecho a los supuestos en que entre el Estado opresor y el pueblo oprimido mediara un espacio marítimo con lo que se reduce a los supuestos de colonialismo transoceánico. De este modo, una vez ejercida por las colonias, la libre determinación cambia de naturaleza y pasa a referirse más bien a la capacidad que los nuevos Estados independientes tienen para oponerse a cualquier intento de involución del proceso por acción de las potencias coloniales o de intención de quiebra de su integridad territorial por parte de los pueblos que se hallan integrados en esa realidad estatal³¹; es decir, de ser un derecho de los pueblos, se convierte en un derecho de Estados ya constituidos a su propia integridad territorial, la cual es declarada absolutamente inviolable³².

Con ello, tenemos que los pueblos indígenas no entran para nada en ese ámbito, consolidándose la consideración de los y de las indígenas como integrantes de la nación que el Estado representa, como ciudadanos y ciudadanas del nuevo Estado que comienza su andadura, una andadura que requerirá precisamente la construcción de una identidad nacional fuerte y homogénea, fundamentada a partir de la negación de las diferencias.

Y de este modo, pese a que el derecho que tratamos se haya reafirmado posteriormente en otros textos³³, parece claro que los temores de los Estados

³¹ Recordemos, que en la actualidad se puede afirmar sin temor que el número de Estados multinacionales constituyen alrededor del 90% de los Estados del mundo.

³² Concretamente, esa es la idea que recoge la *Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales* de 14 de diciembre de 1960, al establecer en su art. 6 que «Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas». Precepto que no hace más que introducir ambigüedad y confusión ya que comparte texto con el art. 2 de la misma Declaración, en el que se reconoce de manera, en principio clara, que «Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural». *Asamblea General*, Resol. 1514 (XV).

³³ Como el Acta final de Helsinki de la Conferencia sobre la seguridad y la cooperación en Europa (1975), o más recientemente, la Declaración de Viena de la Conferencia Mundial de derechos humanos (1993). En la primera se enuncia que «los Estados participantes respetarán la igualdad de derechos de los pueblos y derecho de los pueblos a disponer de sí mismos, de actuar en todo momento en conformidad con los objetivos y principios de la Carta de Naciones Unidas y a las normas de derecho internacional pertinentes incluidas las relacionadas con la

al cuestionamiento de su integridad territorial y de la unidad del poder que representan, han impedido hasta el momento referir el reconocimiento de la libre determinación por parte de NNUU a los pueblos indígenas³⁴. Tras el paréntesis descolonizador, la idea de pueblo vuelve a identificarse con los Estados constituidos (la población de los mismos), sin quedar lugar alguno para los pueblos que no constituyan Estados; sin espacio para la desvinculación conceptual entre las categorías de pueblo y Estado.

4.2. *El Proyecto de Declaración de NNUU sobre derechos de los pueblos indígenas. Los pueblos incompletos*

Tras más de una década de discusiones, el Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas impulsado en el seno de NNUU sigue estancado. Como bien es sabido, uno de los elementos que mayor tensión y bloqueos ha generado ha sido el relativo a la consagración o no del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas (contenido en el art. 3 del Proyecto). La representación indígena lo ha venido planteando como una de las demandas principales, como núcleo alrededor del cual se articularía toda la Declaración. En cambio, desde distintos gobiernos se ha mostrado un rechazo sistemático con distintas argumentaciones, entre ellas la directa oposición a la aceptación de su existencia en tanto que «pueblos» diferenciados del resto de la sociedad estatal.

La rígida postura demostrada por los representantes gubernamentales³⁵ en los debates, contrasta con la ofrecida por la mayoría de los y de las representan-

integridad territorial de los Estados». En la Declaración de Viena, por su parte, se establece expresamente que «todos los pueblos tienen el derecho de disponer de sí mismos. En virtud de ese derecho, ellos determinan libremente sus estatus políticos y buscan libremente su desarrollo económico, social y cultural».

³⁴ Por otra parte, la carga política de las interpretaciones que NNUU ha realizado sobre el alcance del derecho es más que evidente. Así, se ha demostrado un cambio radical de perspectiva en función de si el derecho de autodeterminación se ejerce en el proceso de liberación colonial o si se trata de movimientos de independencia en el interior de Estados surgidos de la descolonización. La Asamblea General de las NNUU aprobó en 1960 el derecho de autodeterminación de la colonia de Nigeria contra Gran Bretaña, pero se opuso tenazmente en 1960 cuando el pueblo de los Ibos intentó ejercer su derecho de autodeterminación contra el Gobierno Federal de Nigeria creando el estado independiente de Biafra. Aunque también contamos con algún ejemplo aislado de una interpretación contraria: cuando el pueblo bengalí se alzó en armas contra Pakistán con la ayuda de la India obteniendo su independencia, la Asamblea General no tuvo inconvenientes en aceptar en su seno en el año 1974 al nuevo Estado, aun cuando tampoco se trataba de una ex colonia y la integridad territorial de Pakistán quedaba seriamente afectada.

³⁵ Para una explicación sobre el posicionamiento de los Estados frente a la libre determinación de los pueblos indígenas en general, merece la pena ver los artículos de HENRIKSEN, J. y de THORNBERRY, P., dentro de la obra de AIKIO, P., SCHEININ, M. (dir.), *In operationalizing the Right of Indigenous Peoples to Self Determination*, Turku/Åbo, 2000.

tes indígenas, quienes han apostado por una visión abierta y más bien funcional de la idea de autodeterminación. De lo que se trata, sostienen, es principalmente de asegurar el control de las propias instituciones sociales, políticas y culturales, territorios y recursos y un esquema de relaciones con la estructura estatal, basado en el consentimiento y la participación (principios que ya aparecen en el Convenio núm. 169 de la OIT).

Buena prueba de ello, es que junto a la amplitud del reconocimiento de la libre determinación ofrecido por el art. 3, se han aceptado otras previsiones que hacen que el Proyecto, en conjunto, acabe por delimitar la idea de autodeterminación (y con ello, también la propia idea de pueblo indígena) al ámbito de sus manifestaciones internas.

Veámoslo. El art. 4, establece lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener y fortalecer sus distintas características políticas, económicas, sociales y culturales, así como también sus sistemas jurídicos, sin perjuicio de sus derechos a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado, si esta es su opción (*If they so choose*).

Detrás de esta aparente actitud respetuosa, lo que se halla es una concepción restringida de la idea de pueblo cuando se trata de un pueblo indígena. Puede parecer que el legislador está pensando como objeto de regulación en pequeñas comunidades más o menos aisladas, en minorías antes que en pueblos, porque sino difícilmente se podría entender esa autoexclusión de los ámbitos de toma de decisiones del Estado. ¿Se puede pretender dicha separación en realidades como las que se viven en Guatemala, Ecuador, Bolivia o incluso en Panamá donde la presencia indígena es menor? La respuesta sólo puede ser positiva si se hace desde la consideración de las comunidades por separado y no realmente desde los pueblos indígenas, entendidos desde su integridad.

El art. 31 nos ofrece más argumentos en este sentido al establecer que:

los pueblos indígenas, como *forma específica de ejercer su derecho de autodeterminación*, tienen el derecho a la autonomía o autogobierno en materias referentes a sus *asuntos internos y locales*, lo que incluye cultura, religión, información, educación, medios de comunicación, salud, vivienda, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente y admisión de extraños, así como también las formas y los modos de financiarse estas competencias autónomas».

Lo que sucede, a la vista de los preceptos analizados, es que esa «forma específica» se acaba convirtiendo en única forma. Y esto es así porque no existe ninguna referencia a «otras formas», a otras manifestaciones, y si analizamos el contenido de las facultades que el proyecto prevé para los pueblos indígenas, veremos que todas ellas están diseñadas respondiendo a una determinada estructura de relaciones con el Estado.

Por su parte, el art. 32 parece defender de manera prioritaria la estatalidad ya conformada al mencionar que:

la ciudadanía indígena —derecho que se enuncia en el propio artículo como derecho colectivo de los pueblos indígenas a determinar su propia ciudadanía— no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

Se puede concluir pues, que el núcleo informador de todo el Proyecto lo constituye esa forma de autodeterminación limitada, referida a la autonomía dentro del respeto de la existencia e integridad del Estado.

La idea de autodeterminación se restringe, porque lo que en realidad se limita es la idea de pueblo que se maneja; actúa como binomio: allí donde veamos la autodeterminación limitada *ab initio*, tendremos una idea de pueblo disminuida también; tendremos un pueblo incompleto. No se puede negar que el esquema del Proyecto puede ser el óptimo para numerosas situaciones que se dan a lo largo del continente americano y que los adelantos son de gran calado, pero sigue suponiendo una restricción importante de la realidad social que trata de afrontar, una realidad amplia y heterogénea que necesita de respuestas amplias e incluyentes de la diversidad de condiciones en la que se desarrollan los distintos pueblos indígenas presentes.

5. Las causas del desencuentro: las aspiraciones de los pueblos indígenas frente a los miedos del soberanismo estatista

Los pueblos indígenas, como ya se ha señalado, en la exigencia de su libre determinación como pueblos están, en general, lejos de discursos secesionistas. Se podría decir, incluso, que al margen de la libre determinación, cualquier otra reivindicación actual de los pueblos indígenas podría realizarse sin necesidad de tener que conformar un Estado nuevo, sin necesidad de separarse del Estado al que políticamente están vinculados. Es más, en el contexto de las dinámicas del mercado capitalista global, algunas de las amenazas que afectan especialmente a territorios indígenas podrían ser mejor enfrentadas por estructuras políticas más amplias que las que podría ofrecer un pueblo indígena aislado, siempre y cuando, claro está, dichas estructuras respondieran a las necesidades de los habitantes de los codiciados territorios.

Pese a ello, lo cierto es que los representantes de los pueblos indígenas no han querido llegar a un acuerdo en el marco del Proyecto de Declaración en el que la libre determinación se limitara a su vertiente interna, respetuosa de la soberanía y de la institucionalidad y juridicidad estatales (siguiendo la fórmula

del Convenio núm. 169 de la OIT³⁶). Han entendido que dicha restricción de la libre determinación supondría mucho más que una renuncia necesaria en el marco de una negociación: significaría reconocerse como pueblos incompletos, objetos de la regulación de Estados frente a los que no pueden oponer derechos preexistentes ni tampoco pueden dialogar en pie de igualdad.

En definitiva, la razón del rechazo a que se les impongan condiciones diferentes a las de los demás pueblos es poderosa, pues el objetivo del reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas es el de su igualdad con los demás pueblos³⁷.

Por su parte, los Estados, a pesar de que, como hemos visto, tanto el Proyecto de Declaración como los instrumentos internacionales de NNUU se encargan de acotar las implicaciones de la libre determinación de los pueblos, han mostrado una contumaz oposición a su reconocimiento. Lo mismo puede decirse de las instituciones internacionales³⁸.

¿Dónde están las causas de esta férrea negativa? Difícilmente, como bien sabemos, pueden relacionarse con temidas amenazas a la integridad territorial, con peligros de desmembramiento, o de «balcanización», términos utilizados con frecuencia por los representantes gubernamentales para oponerse a las demandas indígenas.

No cabe duda que una de las razones más poderosas se sitúa en la voluntad de no renunciar al control territorial de zonas ricas en recursos naturales y biodiversidad, especialmente en un momento de desarrollo del capitalismo donde la acumulación de capital se ve amenazada por la insuficiencia de recursos energéticos y el capital financiero necesita nuevos espacios para la especulación, como los que acecha en el terreno de las patentes sobre conocimientos tradicionales y de las biopatentes.

³⁶ Merece la pena citar dos preceptos: el artículo por el que se excluye la vinculación entre el término «pueblos» y la libre determinación reconocida en el sistema de NNUU (art. 1, tercer párrafo: «la utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional»). Y el art. 8.2 que consagra el derecho de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones pero «siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos».

³⁷ En este sentido se expresa LÉGER, M., «El reconocimiento del derecho...», *ob. cit.*

³⁸ Un buen ejemplo lo tenemos en los esfuerzos del Banco Interamericano de Desarrollo por implantar la noción de «gobernabilidad indígena» en el imaginario político de la región, entendiendo que dicha gobernabilidad en términos exclusivos de «autogestión de los pueblos indígenas que, en consonancia con las normas de derecho aplicables y las formas de organización propias, plantea el reconocimiento de la relación especial que existe entre el territorio y la identidad étnica y cultural, el reconocimiento de la autonomía en la gestión de los espacios territoriales indígenas dentro de los Estados de los cuales forman parte y una participación efectiva de los pueblos indígenas en el gobierno local, provincial y nacional» (BID, 2005).

Pero las resistencias, más allá del poderoso argumento económico, son también de orden cultural. Y de dos tipos:

En primer lugar, hay que hablar de la incapacidad de entender la libre determinación fuera de los esquemas conceptuales propios del Estado-nación, de la soberanía estatal, de la unidad de poder y de ordenamiento jurídico.

El punto de partida se ha situado en una realidad simulada, la imposición permanente de una nación única y homogénea, donde el Estado se ha presentado como síntesis imaginada de la sociedad y ha basado su poder en un «principio ético-político de unificación de criterios que otorga al Estado como un hecho de verificación legítima de esta integración histórica, la titularidad final de los recursos y las decisiones sobre las formas de gestión de esos recursos»³⁹.

Frente a tal simulación, emerge una realidad de sujetos colectivos diversos, cuyas relaciones de convivencia exigen superar el viejo y superado esquema del Estado-nación, basado en la pétrea identificación entre pueblo, nación y Estado.

La imposibilidad de seguir negando la presencia de pueblos diversos, de distintas culturas, en una misma realidad estatal, ha de llevarnos a poder entender que es posible concebir una organización política basada en la coexistencia de una pluralidad jurídica fruto de distintos sujetos colectivos. Sujetos que en su libre determinación optan por conformar un espacio común de convivencia, respetuoso de sus identidades pero a la vez capaz de englobarlos permitiendo un diálogo intercultural entre iguales que fundamente la legitimidad de los poderes.

Esta incapacidad propia del soberanismo estatalista, no sólo afecta a la relación entre pueblos indígenas y Estados, sino que es general, como lo demuestra con intensidad el proceso de integración europea⁴⁰.

El segundo freno, que en realidad constituye el presupuesto del obstáculo recién aludido, es el de la (a veces explícita, a veces implícita) consideración de la superioridad cultural del proyecto civilizatorio representado por la sociedad dominante y, en su nombre, por el Estado, uno de los productos más completos de dicho proyecto. Este etnocentrismo es el que ha construido y sigue manteniendo Estados monoculturales, monocivilizatorios y excluyen-

³⁹ GARCÍA LINERA. A., «Estado Multinacional...», *ob. cit.*

⁴⁰ Así es: la mayor parte de sus comentaristas siguen tratando de responder a la pregunta sobre quién tiene la última palabra en caso de conflicto entre un Estado y la Unión Europea. De este modo, se dividen en dos: por un lado, aquéllos que se aferran con uñas y dientes a la supremacía del Estado-nación soberano y al carácter finalmente derivado de la UE; aquéllos que consideran que la UE ha conseguido emanciparse de sus progenitores (los Estados) para situarse casi como un «super Estado», en el que de nuevo la unidad del poder y del ordenamiento jurídico quedan asegurados en una estructura piramidal donde los ordenamientos y el poder de los Estados están subordinados.

tes, cuyo sustento ideológico es el de un liberalismo inconsecuente con sus propios fundamentos pues rompe con el principio de igualdad al no reconocer la igualdad entre las distintas culturas.

De hecho, el fundamento mismo de la libre determinación de los pueblos habría que situarlo, jurídicamente hablando, en el derecho a la propia identidad cultural.

Muchos Estados han optado por no reconocer en absoluto tal derecho, bajo la argumentación de que el Estado acoge por igual a las distintas culturas de sus miembros, individualmente considerados, dotándolo de una especie de «aconfesionalidad cultural». Otros Estados sí han reconocido la diversidad cultural de la (única) nación, pero en términos eminentemente simbólicos, pues el sistema constitucional no ha modificado una estructura institucional y jurídica que sigue respondiendo a los presupuestos de una de las culturas presentes en el territorio, la cultura del «individualismo posesivo»⁴¹.

Se han realizado, merece la pena mencionarlo, algunos avances en la articulación de la coexistencia de varios sujetos y sistemas jurídicos, aunque todavía estamos lejos de poder hablar de un reconocimiento pleno de la igualdad de culturas. A modo de ejemplo, podemos referirnos a tres realidades bien distintas: la creación de *Nunavut* en Québec; el proceso que llevó a la firma de los (después incumplidos) Acuerdos de San Andrés entre el EZLN y el gobierno mexicano; o la ya veterana autonomía de la comarca de *Kuna-Yala*, en Panamá.

6. La Libre determinación como proceso siempre inconcluso

Debemos, por último, remarcar una idea esencial en la comprensión de la naturaleza de la libre determinación de los pueblos: su carácter procesal.

Como señala Erica I. Daes, «el proceso de lograr la libre determinación es continuo, tanto para los pueblos indígenas como para todos los pueblos. Las condiciones sociales y económicas evolucionan constantemente en nuestro complejo mundo, como evolucionan también las culturas y las aspiraciones de todos los pueblos. Para que pueblos distintos puedan vivir juntos y en

⁴¹ Para comprobarlo, basta con un repaso de las vigentes Constituciones latinoamericanas, incluso de las consideradas como más avanzadas en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, como la colombiana, la ecuatoriana o la venezolana. Habrá que esperar a los resultados de los trabajos de la Asamblea Constituyente boliviana que iniciará sus trabajos el 6 de agosto de 2006 para ver si podemos hablar de un cambio de paradigma. El término «individualismo posesivo» está tomado de la recomendable y recientemente reeditada obra de MCPHERSON, C.B., *La teoría política individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Trotta, Madrid 2005.

paz, sin explotación ni dominación — sea dentro de un mismo estado o entre dos estados vecinos — tienen que renegociar constantemente los términos de sus relaciones»⁴².

Y se trata de un proceso que, como hemos podido subrayar a lo largo del texto, es único en cada caso. Como señala Luís Hernández Navarro refiriéndose a la lucha autonómica de los pueblos indígenas en México, «no existe el régimen de autonomía ideal, como no existe el proceso ideal para llegar a él. Esta demanda autonómica expresa un proceso mucho más profundo: el de la recomposición de los pueblos indios como pueblos». En este sentido, según este mismo autor, la diversidad de formulaciones nacionales de la demanda de autonomía y, en general, de libre determinación, vendría a mostrar el desigual grado de reorganización y construcción de identidades presentes en estos pueblos⁴³.

Hablamos pues de procesos políticos donde lo que está en juego no es tanto la toma del poder como el empoderamiento. Pero no valen rodeos: se trata de una disputa por el poder. Ahora bien, lo que varía es el enfoque: mientras que la sociedad dominante habla en clave de cuotas de poder, y a lo sumo se plantea hasta dónde ceder y con qué condiciones, para los pueblos indígenas, en general, lo que se discute es la misma significación del poder: lo que se busca es recuperar su dimensión humana y colectiva.

⁴² DAES, E. I., «El artículo 3 del proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Obstáculos y consensos», en la publicación electrónica del Seminario «Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas...», *ob. cit.*

⁴³ HERNÁNDEZ NAVARRO, L., «La autonomía indígena como ideal. Notas a *La rebelión zapatista y la autonomía*, de Héctor Díaz Polanco », *Chiapas*, núm. 5, 1997, p. 108.

Autonomías indígenas en América: de la demanda de reconocimiento a su construcción

Francisco López Bárcenas

La lucha por esta América Latina liberada, frente a las voces obedientes de quienes usurpan su representación oficial, surge ahora con potencia invencible, la voz genuina de los pueblos, voz que se abre paso desde las entrañas de sus minas de carbón y estaño, desde sus fábricas y centrales azucareras, desde sus tierras enfeudadas, donde rotos, cholos, gauchos, jíbaros, herederos de Zapata y de Sandino, empuñan las armas de la libertad.

Ernesto *Che* Guevara

En respaldo a *La declaración de la Habana, 1960*

1. Tiempos de autonomías

En América Latina se viven tiempos de autonomías. De autonomías indígenas. Se puede afirmar que el reclamo se posicionó como demanda central de los movimientos indígenas nacionales en la década de los noventa del siglo xx y se consolidó a principios del siglo xxi. No es que antes no existiera, al contrario, desde la época de la conquista —española en unos casos, portuguesa en otros— hasta la consolidación de los estados nacionales, desde las rebeliones de Tupac Amaru, Tupac Katari y Bartolina Sisa, en tierras andinas, hasta las de Jacinto Canek en tierras mayas contra el poder colonial; pasando por las de el Willka Pablo Zarate en Bolivia, o las de Tetabiate y Juan Banderas entre los yaquis de México, durante la época republicana, o las de Emiliano Zapata en México y Manuel Quintín Lame en Colombia, durante el siglo xx, hasta la rebelión zapatista también en tierras mayas, a finales del siglo xx y principios del siglo xxi, las luchas de *resistencia* y *emancipación* de los pueblos indígenas han estado permeadas por las reivindicaciones autonómicas; no siempre con ese nombre, pero sí con los mismos proyectos utópicos, que pasan por ser pueblos con derechos plenos, territo-

rios, recursos naturales, formas propias de organización y de representación política ante instancias estatales, ejercicio de la justicia interna a partir de su propio derecho, conservación y desarrollo de sus culturas y elaboración y ejecución y puesta en práctica de sus propios planes de desarrollo, dentro de sus demandas mas significativas.

El asunto no es para menos. Así lo ha entendido la misma Agencia Central de Inteligencia Americana (CIA), quien desde principios del siglo xx advertía que los movimientos indígenas serían uno de los principales desafíos a los gobiernos nacionales en los próximos 15 años, los cuales, desde su punto de vista, se incrementarían «facilitados por redes transnacionales de activistas de derechos indígenas, apoyados por grupos internacionales de derechos humanos y ecologistas bien financiados», «Las tensiones —añadía el informe— se intensificarán en un área desde México a través de la región del Amazonas».¹ Mas recientemente, el representante de los Estados Unidos para América Latina en Asuntos Hemisféricos, John Dimitri Negroponte, refiriéndose al triunfo del aymara Evo Morales Ayma en las elecciones presidenciales de la república de Bolivia, afirmó que los movimientos subversivos están haciendo mal uso de los beneficios de la democracia y eso pone en peligro la estabilidad de los Estados nacionales en toda América Latina.

Los movimientos de los pueblos indígenas y su lucha por la autonomía son una preocupación para los grupos económicos y políticos dominantes, porque forman parte de otros movimientos sociales de América Latina que resisten a las políticas neoliberales y sus efectos sobre la humanidad, pero también son parte integrante de los amplios sectores sociales que impulsan propuestas alternativas que nos ayuden a remontar la crisis en que se encuentra el mundo. Sólo que a diferencia de los demás, los que protagonizan los pueblos indígenas y sus organizaciones son más radicales y profundos en sus planteamientos, tanto por los métodos de lucha que han utilizado para hacerse presentes —la mayoría de las veces de manera pacífica pero cuando esto no es posible de manera violenta— pero también porque sus demandas para ser posibles requieren de una transformación profunda de los Estados nacionales y sus instituciones, que prácticamente nos llevaría a la refundación de los Estados nacionales en latinoamérica.

El reclamo del los pueblos indígenas del reconocimiento de su autonomía tiene otro componente que pone a pensar a las clases hegemónicas que detentan el poder en cada uno de los estados de América Latina donde suceden. Éstos se presentan justo cuando los Estados entran en un fuerte debilita-

¹ CASON J, y BROOKS D., «Movimientos indígenas, principales retos para AL en el futuro: CIA», *La Jornada*, 19 de diciembre del 2000. <http://www.jornada.unam.mx/2000/12/19/024n1mun.html>. La versión completa, del informe, en idioma inglés, puede verse en: <http://www.cia.gov/cia/publications/globaltrends2015/index.html#link2>)

miento, producto del empuje de las fuerzas económicas internacionales para que se vayan retirando de la esfera pública, reduciéndolos en la práctica a simples gerentes de los intereses capitalistas. Paradójicamente, son esas mismas clases sociales las que ponen el grito en el cielo ante el reclamo indígena de reformar o refundar los Estados para hacerlos funcionales a las realidades multiculturales de sus habitantes, afirmando que de aceptarse los reclamos de los pueblos indígenas los Estados terminarían hechos pedazos. Pero la realidad es otra, si se pactara un nuevo estado en donde los pueblos indígenas fueran reconocidos como sujetos políticos autónomos, seguramente los Estados se fortalecerían y entonces las fuerzas económicas del libre mercado perderían hegemonía en el diseño de sus políticas antipopulares.

El argumento ha sido usado por los poderosos para diseñar verdaderas políticas de contrainsurgencia con las que enfrentan a los movimientos sociales y sus aliados, bajo la idea de la defensa de la soberanía nacional, lo cual ha sucedido de muy diversas maneras. En algunos casos entre los que se cuentan los de Bolivia y México, el Estado ha confrontado directamente a los movimientos indígenas, inclusive movilizándolo su aparato militar fuera de los marcos constitucionales; en otros como Panamá, Nicaragua, y en alguna medida Ecuador —sobre todo en la parte andina—, han optado por el uso de una «estrategia envolvente» para recuperar los espacios perdidos; en estos casos no se llega a la confrontación violenta sino se opta por el uso de los partidos políticos como mecanismo de control, ofreciendo causas para acceder al poder, que terminan siendo formas de control y desarticulación; otra estrategia usada es el aislamiento, como se ha hecho en Brasil y parte del Ecuador, donde se ha dejado el campo abierto para que sean las compañías transnacionales que se apropian de los recursos naturales las que enfrenten directamente el descontento indígena mientras el Estado actúa como si nada pasara.²

Digámoslo con toda claridad. Los pueblos indígenas de América Latina luchan por su autonomía porque en el siglo XXI siguen siendo colonias. Las guerras de independencia del siglo XIX acabaron con la colonización extranjera —española o portuguesa— pero quienes accedieron al poder siguieron viendo a los pueblos indígenas como colonias. Colonias que las clases hegemónicas escondieron tras la mascarada de los derechos individuales y la igualdad jurídica, pregonadas por el liberalismo decimonónico y que, ante la evidencia de la falsedad de ese argumento, ahora se esconden bajo el discurso del multiculturalismo conservador, que se manifiesta en reformas legales que reconocen las diferencias culturales de las poblaciones de los Estados

² GABRIEL L. y LÓPEZ Y RIVAS G., (coordinadores), *Autonomías indígenas en América Latina. Nuevas formas de convivencia política*. Plaza y Valdez editores-Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Iztapalapa-Ludwig Boltzmann Institut, México, 2005, p. 19.

pero este sigue actuando como si no existieran. Todo eso mientras los pueblos indígenas de América Latina sufrían y sufren el poder de un colonialismo interno. Por eso los movimientos indígenas, a diferencia de otros tipos de movimientos sociales, son luchas de *resistencia* y *emancipación*. Por eso su demanda se aglutina en la lucha por la autonomía, por eso las preocupaciones de las fuerzas imperiales aumentan en la medida en que los movimientos crecen, por eso es que el logro de sus demandas implica la refundación de los Estados nacionales.

¿Pero cómo llegamos a esta situación? ¿Cómo se materializan las luchas por la autonomía y qué peligros enfrentan? ¿Qué futuro puede averse de ellas? Son preocupaciones que rondan en los pensamientos de propios y extraños. Buscando respuestas a estas interrogantes se ha escrito el presente documento. Para rastrear el fondo del problema comienza con la época colonial y la invención del indio por los colonizadores; pasa por la creación de los Estados nacionales y el colonialismo interno; trata de explicar el colonialismo interno y su relación con las políticas indigenistas, y como los movimientos indígenas han cuestionado estas y luchado por la autonomía. Después de esto se pasa a un breve recuento de las tendencias autonómicas para seguirnos con una explicación de las razones en que se fundan los reclamos indígenas de autonomía, los sujetos titulares del derecho, las enseñanzas que nos dejan los procesos autonómicos, para cerrar con unas reflexiones finales.

2. El colonialismo y la invención del indio

Por principio hay que decir que fueron los invasores europeos —españoles y portugueses— que en el siglo xv andaban buscando nuevos mercados para su expansión económica, los que inventaron al indio. Antes que los españoles llegaran a tierras del continente americano en ella no habitaban indígenas, sino grandes sociedades con culturales diferentes y un alto grado de desarrollo que la invasión europea truncó. El indio o indígena es un concepto inventado por los propios invasores con propósitos muy claros. En primer lugar, buscaban diferenciarse de quienes con todo derecho habitaban estas tierras cuando ellos llegaron a ocuparlas sin tener ninguno. Como no podían aceptar que por estos lugares tan alejados de la ciencia, la cultura, el progreso y la «civilización» europea existieran seres con iguales derechos y muchas veces con un conocimiento superior al suyo sobre la naturaleza, la sociedad y el universo, decidieron imponerles una etiqueta que los diferenciara de ellos; así inventaron al indio, lo subordinaron a sus intereses, le reconocieron derechos que no se opusieran a sus ambiciones y lo identificaron como algo inferior al invasor. Con ello también buscaban englobar en una sola categoría a todas las culturas que en el continente florecían, sin

importarles las diferencias existentes entre ellas y los diversos grados de desarrollo de cada una.

Guillermo Bonfil Batalla, un antropólogo mexicano, lo dijo sin ningún ambaje: «La categoría de indio es una categoría supraétnica que no denota ningún contenido específico de los grupos que abarca, sino una particular relación entre ellos y otros sectores del sistema social global del que los indios forman parte. La categoría de indio denota la condición de colonizado y hace referencia necesaria a la relación colonial». El mismo autor explicó que la categoría de indio «se aplicó indiscriminadamente a toda la población aborigen, sin tomar en cuenta ninguna de las profundas diferencias que separaban a los distintos pueblos y sin hacer concesión a las identidades preexistentes» agregando que los mejores ejemplos del uso colonial que se hizo de esa categoría colonial se encuentra en «los testimonios que revelan la identidad de los misioneros: para ellos los indios eran infieles, gentiles, idólatras y herejes. No cabía en esta visión ningún esfuerzo por hacer distinciones entre las diversas religiones prehispánicas; lo que importaba era el contraste, la relación excluyente frente a la religión del conquistador. Así, todos los pueblos aborígenes quedaban equiparados, porque lo que contaba era el dominio colonial en la que sólo cabían dos polos antagónicos, excluyentes y necesarios: el dominador y el dominado, el superior y el inferior, la verdad y el error.³

Ésta fue la tónica que marcó la relación entre los colonizadores europeos —españoles o portugueses— durante los aproximadamente trescientos años que se mantuvo la colonización en este continente que ellos bautizaron como americano, en honor a un hombre que les abrió el camino: Américo Vesputio. En el siglo XIX el sistema hizo crisis, hubo rebeliones generalizadas por todas partes y las colonias lucharon por su independencia. Los pueblos indígenas participaron activamente en las guerras, pensando que de esa manera recobrarían sus derechos.

3. Los Estados nacionales y el colonialismo interno

Pero se equivocaron. Como en la vieja Europa, los Estados que surgieron de los escombros de las antiguas colonias, se fundaron bajo la idea de un poder soberano, único, una sociedad homogénea, compuesta de individuos sometidos a un solo régimen jurídico y por lo mismo con iguales derechos para todos. En ella no cabían los pueblos indígenas porque el *ideal* que dio

³ BONFIL BATALLA G., «El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial», *Obras escogidas*, Tomo I, Instituto Nacional Indigenista-Instituto Nacional de Antropología e Historia-Dirección General de Culturas Populares-Secretaría de la Reforma Agraria, México, 1995, pp. 343-344.

sustento a este modelo de Estado es que surgían de una unión de ciudadanos libres que se ligaban voluntariamente a un convenio político, en donde todos cedían parte de su libertad a favor del Estado que se formaba, a cambio de que este les garantizara a todos un mínimo de derechos fundamentales, entre ellos la vida, la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica.

Lo asombroso de esto es la constatación de que bajo la idea del respeto a los derechos individuales, los mestizos comenzaron a violar impunemente los derechos de los pueblos, que durante tres siglos las mismas potencias colonizadoras habían respetado, entre ellos la posesión colectiva de sus tierras y el mantenimiento de sus gobiernos propios. En el primer caso, la nueva clase que se hizo del poder al terminar el régimen colonial consideró que la posesión colectiva de las tierras por los pueblos indígenas atentaba contra el derecho de propiedad privada y promovió leyes que las fraccionaran junto con políticas de colonización, para aplicarlas ahí donde según su parecer permanecían baldías. Para el caso de los gobiernos indígenas arguyó el falso argumento de que esa situación constituía un fuero que atentaba contra la igualdad que era un derecho humano, así reclamó *su derecho* de intervenir en asuntos internos de los pueblos y sus comunidades. Junto a ello se impulsaron legislaciones y políticas que atentaban contra los pueblos indígenas y sus culturas.⁴

Lo anterior ha llevado al filósofo Luis Villoro a afirmar que las distintas repúblicas se constituyeron por un poder criollo y mestizo, que impuso su concepción de Estado moderno y que en el «pacto social» que dio origen a tales estados no entraron para nada los pueblos indígenas porque nadie los consultó respecto de si querían formar parte del Convenio. No obstante esta anomalía, los pueblos indígenas terminaron aceptando esta forma de organización política que les era ajena, después de ser vencidos por las armas de sus nuevos conquistadores, o convencidos que era mejor eso que seguir luchando en una guerra que parecía interminable. Pero cualquiera que hubiera sido la forma en que los pueblos indígenas se integraron a los nacientes estados, lo que hay que resaltar es que el convenio político por el cual se crearon no fue el resultado de una libre decisión de los pueblos indígenas⁵, sino imposición de los mestizos.

Lo anterior dio como resultado que el colonialismo que por tantos años ejercieran los imperios —español y portugués— sobre los habitantes origi-

⁴ Para el caso mexicano puede verse: LÓPEZ BARCENAS F., *Legislación y derechos indígenas en México*, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Cámara de Diputados, LIX Legislatura, México, 2005. Para otros casos en América Latina: Bartolomé Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994.

⁵ VILLORO L., *Estado plural, pluralidad de culturas*, Pados-UNAM, México, 1998, p. 80.

narios de América, se siguiera practicando por los criollos que se hicieron del poder cuando aquellos fueron expulsados. Esa era una realidad que los pueblos indígenas vivieron y siguen viviendo, misma que desde la década de los setenta explicaron los estudiosos de las realidades nacionales. Al analizar la realidad política del Estado mexicano, el sociólogo Pablo González Casanova concluyó: «El problema del indígena es esencialmente un problema de colonialismo interno. Las comunidades indígenas son nuestras colonias internas. La comunidad indígena es una colonia en el interior de los límites nacionales. La comunidad indígena tienen las características de una sociedad colonizada».⁶

En ese mismo sentido, otro sociólogo, Rodolfo Stavenhagen, sostuvo la tesis de que por efectos de las relaciones coloniales la sociedad indígena, como un todo, se enfrentaba a la sociedad colonial, situación que se manifestaba en la discriminación étnica, la dependencia política, la inferioridad social, la segregación residencial, la sujeción económica y la incapacidad jurídica. De manera paralela al colonialismo interno, las sociedades indígenas y mestizas sostenían relaciones de clase, las cuales se definían en torno del trabajo y la propiedad. De acuerdo con lo anterior, estos dos tipos de relaciones recibían su sanción moral a partir de la rígida estratificación social en la que el indígena siempre ocupaba el peldaño más bajo, sólo superado por los esclavos.

En esas condiciones surgió la comunidad corporativa y se formaron las características indígenas de la colonia, las mismas que hoy denominamos cultura indígena. Tanto las relaciones coloniales como las de clase se combinaban en la opresión del indígena pero sus efectos eran distintos en cada una; mientras, en las relaciones coloniales entre la sociedad mestiza y la sociedad indígena estas fortalecían su identidad, las relaciones de clase tendían a la desintegración de las comunidades indígenas y a su integración pura y simple a la sociedad mestiza.

De acuerdo con el mismo autor, la expansión de la economía capitalista en América latina en la segunda mitad del siglo XIX, junto con la ideología del liberalismo económico, como en la época de la colonización europea, transformó la *calidad* de las relaciones no indígenas, dando origen a una segunda forma de colonialismo que desde entonces se denominó *colonialismo interno*. «Los indios de las comunidades tradicionales —afirmó— se encontraron nuevamente en el papel de un pueblo colonizado: perdieron sus tierras, eran obligados a trabajar para los «extranjeros», eran integrados, contra su voluntad, a una nueva economía monetaria, eran sometidos a nuevas formas de dominio político. Esta vez la sociedad colonial era la propia sociedad nacional que extendía progresivamente su control sobre su propio territorio».⁷

⁶ GONZÁLEZ CASANOVA P., *La democracia en México*, Era, México, 1965, pp. 82-86.

⁷ STAVENHAGEN R., *Las clases sociales en las sociedades rurales*, Decimoséptima edición, Siglo XXI, México, 1996, pp. 247-248.

4. Del colonialismo al indigenismo

Para superar los problemas del colonialismo interno sin reconocer los derechos de los pueblos indígenas, durante todo el siglo veinte América Latina vio surgir de las instituciones estatales políticas específicas dirigidas hacia pueblos indígenas, dando origen a lo que se conoció como indigenismo. Gonzalo Aguirre Beltrán, un antropólogo mexicano impulsor de ellas, lo expresó claramente: «El indigenismo no es una política formulada por indios para solución de sus propios problemas sino la de los no-indios respecto a los grupos étnicos heterogéneos que reciben la general designación de indígenas».⁸

El indigenismo asumió muchos rostros pero todos ellos pueden agruparse en dos etapas de su instrumentación: la etapa de la integración y la de participación. En el primer caso se trató de un *indigenismo incorporativo* y comenzó después del Congreso de Pátzcuaro, realizado en 1940, cuyo lema central fue la asimilación de las comunidades indígenas a la cultura nacional, objetivo que se pretendió lograr por vía de la castellanización. Décadas después, convencidos de la limitación de mantener una política de corte culturalista y de que fueran únicamente funcionarios mestizos quienes diseñaran las políticas indigenistas, los órganos estatales evolucionaron hacia lo que se conoció como *indigenismo de participación*, para lo cual buscaron que las comunidades indígenas participaran en el diseño de los programas gubernamentales enfocadas hacia ellas al tiempo que extendían su alcance a programas de desarrollo, lo cual avanzó a lo que los académicos denominaron como *etnodesarrollo*.⁹ Con sus matices, el indigenismo nunca dejó de ser una política de estado diseñada por mestizos para los indígenas, con la finalidad de que estos dejaran de ser indígenas y se incorporaran a la vida nacional.

Por lo anterior, no le falta razón al antropólogo Héctor Díaz Polanco, quien afirma que en América latina el indigenismo ha atravesado por varias fases y en todas ellas se ha utilizado el control ideológico y la dominación política de los pueblos como instrumento para mantenerlos bajo la férula del Estado. Con estas acciones los gobiernos han manipulado al movimiento indígena y lo mantienen separado de otras luchas sociales, a menudo con la colaboración de intelectuales de izquierda o que así se autodenominan. De acuerdo con él, la fase predominante ha sido la del *integracionismo* un poco bronco (dispuesto a integrar, en el sentido indi-

⁸ AGUIRRE BELTRAN G., *Obra polémica*, SEP-INAH, México, 1976, pp. 24-25.

⁹ SARIEGO RODRÍGUEZ J. L., «Políticas indigenistas y criterios de identificación de la población indígena en México», en: *Las dinámicas de la población indígena*, CIESAS-IRD, México, 2003, pp. 71-83.

cado, a los pueblos indígenas a cualquier costo), que tiene poco o ningún respeto por la diversidad.¹⁰

Pero los pueblos indígenas no estaban pasivos. Resistían. Y lo hacían de múltiples maneras: movilizándose contra las políticas estatales, denunciando la situación en foros internacionales, tejiendo redes de colaboración entre ellos y con otros sectores sociales, construyendo los caminos que después caminarían para su emancipación. Algo lograron de esas luchas. Unos gobiernos disfrazaron sus políticas para mostrarlas con otros rostros, aunque en el fondo seguían siendo las mismas; algunos derechos se introdujeron en la legislación, considerándolos como minorías a las que había que apoyar para que se incorporaran a la cultura nacional. Quizás el logro más importante sea que los pueblos indígenas aprendieron que para cambiar de fondo la situación en que vivían era necesario dar una lucha política de gran envergadura. Y se prepararon para eso.

5. Del indigenismo a la autonomía

En el año de 1992, en el contexto de la campaña continental *500 años de resistencia indígena, negra y popular*, con la cual los diversos movimientos indígenas del continente americano protestaban por las celebraciones que los gobiernos impulsaban con motivo de los cinco siglos de la invasión europea al continente americano —descubrimiento le decían ellos— los movimientos indígenas transformaron sustantivamente sus formas de manifestación política y sus demandas. En el primer caso dejaron de ser apéndice de los movimientos campesinos, que siempre los colocaban a la cola tanto en su participación igual que a sus reivindicaciones y se convirtieron en sujetos políticos ellos mismos; en el segundo, denunciaron el colonialismo interno que en los estados nacionales de los que forman parte se ejercía contra ellos, exhibieron al indigenismo como una política para encubrir su situación colonial y reclamaron su derecho a la libredeterminación, como pueblos que son. Nicaragua es un caso excepcional, porque debido a que la contrarrevolución adoptó el discurso étnico, en el año de 1987 incorporó el régimen de las autonomías regionales para desactivar la oposición armada, lo que con el paso del tiempo funcionaría también para desactivar al movimiento indígena. Pero fuera de ese caso, desde el año de 1992 los movimientos indígenas son movimientos de *resistencia y emancipación*: resistencia para no dejar de ser pueblos, emancipación para no seguir siendo colonias. Las reivindicaciones étnicas se juntaron con las reivindicaciones de clase.

¹⁰ DÍAZ POLANCO H., *Indigenismo y diversidad cultural*, Universidad de la Ciudad de México, Postrado en Humanidades y Ciencias Sociales, México, 2003, p.39.

Desde entonces el eje de las demandas de los movimientos indígenas pasó a ser el derecho de libredeterminación expresado en autonomía. Tal y como se ha concebido para nuestro continente —que en muchos aspectos varía de la manera en que se presenta en Europa— la demanda se nutrió de varias partes. Una de ellas es el derecho internacional, donde desde el año de 1966, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocían el derecho de los pueblos a libredeterminación y como consecuencia de ello a establecer libremente su condición política, así como a decidir de la misma manera sobre su desarrollo económico, social y cultural. El derecho reconocido incluía la disposición libre de sus recursos naturales para su beneficio, sin dejar de lado la obligación de cooperación internacional bajo el principio del beneficio recíproco.

Pero el derecho de la libredeterminación puede asumir diversas formas, mismas que se pueden agrupar en externas o internas a los pueblos que hace uso de ella. De acuerdo con Javier Ruipérez¹¹ en su vertiente externa se expresan cuando el pueblo se separa del Estado al que pertenece para convertirse él mismo en Estado, unirse a otro ya existente o bien para que varios pueblos se unan entre ellos para formar uno nuevo; mientras en su versión interna el pueblo libremente decide seguir perteneciendo a un Estado siempre que éste acepte reconocerlo como pueblo y reconocerle sus derechos y pacte con ellos la forma de ejercerlos. La primera versión de la libredeterminación da lugar a la soberanía, la segunda a la autonomía. La autonomía es la forma que los movimientos indígenas han elegido para ejercer su derecho a la libredeterminación, por eso se dice que la autonomía es una forma específica de ejercicio de la libre determinación.

El reclamo de libredeterminación por los movimientos indígenas tiene sus implicaciones ya que este derecho comprende a su vez el de autoafirmación, autodefinición autodelimitación y autodisposición interna y externa de los pueblos indígenas. De acuerdo con José A. De Obieta Chalbaud¹², el derecho de autoafirmación otorga a los pueblos —indígenas en este caso— la capacidad exclusiva de proclamarse existente, mientras el de autodefinición le permite determinar por sí mismo quiénes son las personas que lo constituyen; el de autolimitación le posibilita determinar por sí mismo los límites de su territorio, y el de autodisposición, organizarse de la manera que más le convenga. En el caso de que la libredeterminación asuma la forma de la autonomía, estos derechos deberán negociarse con el Estado del cual formen parte, pero no podrán establecerse condiciones que hagan nugatorios esos derechos.

¹¹ RUIPEREZ J., *Constitución y autodeterminación*, Tecnos, España, 1995, pp. 49-76.

¹² DE OBIETA CHALBAUD J. A., *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, España, 1993, pp. 63-101.

De ahí que sea explicable y lógico que los movimientos indígenas no sólo exijan derechos individuales para las personas indígenas sino también colectivos, para los pueblos de los que forman parte; que no limiten su exigencia a que las instituciones estatales cumplan sus funciones sino que se transformen; que no reclamen tierras sino territorios; que no demanden que les permitan usufructuar los recursos naturales que se encuentran en sus territorios sino la propiedad de ellos; que no reclamen participar en los órganos estatales sino reconocimiento de su propios gobiernos, que no sólo se les administre justicia conforme a derecho estatal sino se reconozca su derecho a administrar justicia por ellos mismos y de acuerdo con su derecho propio; que no busquen que haya planes de desarrollo para ellos sino que se reconozca su derecho a diseñar su propio desarrollo; que no sólo les lleven la cultura dominante sino que también se reconozca y respete la suya. Los pueblos indígenas no quieren seguir siendo colonias sino pueblos con plenos derechos.

Erica-Irene A. Daes, quien fuera Presidenta Relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, entendió que para los pueblos indígenas de todo el mundo la autodeterminación es el elemento central y el símbolo principal de sus movimientos; por lo tanto, exigen que sea respetada rigurosamente e insisten en que no es negociable. De acuerdo con su experiencia, los pueblos indígenas se consideran los últimos pueblos colonizados aún existentes y aseveran que cualquier incumplimiento en la concesión de los mismos derechos y condición de que han gozado otros pueblos colonizados en el mundo representa una forma de racismo y discriminación por parte de la comunidad internacional. Por eso entendió que su postura sobre aspectos etnológicos o históricos objetivos es firme al afirmar que han sido y siguen siendo grupos bien definidos cultural y lingüísticamente, que durante milenios estuvieron organizados en sociedades autónomas complejas y fueron reconocidos como tales por otros Estados, a través de tratados y relaciones diplomáticas, y no han cedido voluntariamente el control de sus territorios a los pueblos y Estados que actualmente los gobiernan.¹³

De igual manera, agregó que a su juicio a lo que realmente se refieren los indígenas cuando hablan de «autodeterminación», «es a la libertad para vivir de la forma en que el Creador nos hizo y nos enseñó». Afirmó que el énfasis es sobre la libertad, no sobre la reproducción de nuevos centro de poder, y aunque su afirmación puede ser correcta, desde el punto de vista de muchos indígenas el poder es necesario para conseguir la libertad de sus pueblos,

¹³ DAES E.I.A., «Breve revisión de los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas del mundo», en: *Los derechos de los pueblos indígenas*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 37.

aunque no se el poder estatal sino uno propio. Por último, expresó que el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación debe entenderse como la demanda para la «construcción tardía de una nación». Creo que los pueblos indígenas demandan la oportunidad de escoger su propio lugar en los Estados en donde viven, oportunidad que se les ha negado en el pasado.

Los nuevos reclamos de los movimientos indígenas abrieron una nueva etapa en la historia de los derechos indígenas, la cual en un principio se manifestó en el hecho de que los estados nacionales de América Latina que no habían modificado sus constituciones políticas y su legislación interna para incorporar en ellas el reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas y la garantía de sus derechos colectivos, lo hicieran. Se desató así una fiebre legislativa en donde se legislaba más que para reconocer derechos, para que la clase política no perdiera legitimidad. De esa manera, a excepción de algunos Estados, como el chileno, casi todos reformaron sus constituciones políticas para incorporar en ellas a los pueblos indígenas y sus derechos¹⁴. Con el paso del tiempo se vería que los derechos consignados en la legislación en muy poco ayudaban a cambiar la situación de colonialismo de los pueblos indígenas y a que gozaran de sus derechos colectivos, por varias razones; entre ellas que el reconocimiento se encontraba acotado a criterios de derechos individuales —«siempre y cuando no atenten contra los derechos individuales y el orden jurídico interno» era la frase consabida que acompañaba a toda disposición jurídica—, porque solo se consignaban derechos culturales o porque la institucionalidad estatal continuaba intacta y con facultades que chocaban con los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

¹⁴ Dentro de la abundante bibliografía que analiza la legislación indigenista latinoamericana me permito citar la siguiente, por su orden de aparición: Para Guatemala: SKIMERKLEE J., *Legislación Indigenista de Guatemala*, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1954; STAVENHAGEN R., *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, El Colegio de México-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988; CLAVERO B., *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI, México, 1994; GÓMEZ M. (coordinadora), *Derecho indígena*, Instituto Nacional Indigenista-Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, México, 1997; BARTOLOMÉ M.A., y BARABAS A.M., *Autonomías étnicas y estados nacionales*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 1999; *Derechos de los pueblos indígenas: Legislación en América*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1999; ASSIES W., et. al., *El reto de la diversidad*, El Colegio de Michoacán, México, 1999; *Compendio de legislación para los pueblos indígenas y comunidades nativas*, Defensoría del Pueblo, Perú, 1999; BARIÉ C.G., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano, México, 2000; APARICIO M., *Los pueblos indígenas y el estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, CEDES, Estudios constitucionales y políticos, Barcelona, 2000; APARICIO WILHELM M., (coordinador), *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Universidad de Girona-Cátedra UNESCO Desenvolupament Humà Sostenible, España, 2005.

6. Las tendencias autonómicas

Cuando los pueblos indígenas se dieron cuenta de que su lucha por el reconocimiento constitucional de sus derechos no había dado los resultados esperados, enfocaron sus esfuerzos a la construcción de las autonomías en los hechos. De esa manera algunos movimientos que ya caminaban en ese rumbo se potenciaron mientras otros iniciaban el largo caminar en ese sentido. Para hacerlo apelaron a lo que tenían: sus culturas, sus historias de resistencias, sus estructuras orgánicas, sus relaciones con otros movimientos sociales y las realidades concretas de sus países. Con ello los movimientos indígenas no sólo cuestionaban el autoritarismo y la antidemocracia como rasgos distintivos de los Estados nacionales latinoamericanos, sino también ciertas formas de organización popular que seguían la lógica de los dominadores y cuando triunfaban terminaban realizando prácticas que antes combatieron.

En diversos niveles, en la década de noventa, los estados latinoamericanos vieron transformarse los movimientos indígenas que venían luchando desde la década anterior reivindicando sus derechos. Algunos trascendieron las luchas locales y rompieron los cercos de las fronteras nacionales, alcanzando más notoriedad que otros. Se puede decir que los movimientos indígenas por la autonomía fueron un fenómeno social que se vio en toda América Latina. Justo cuando los movimientos obreros y campesinos decaían, desde Mesoamérica hasta la Patagonia, los movimientos indígenas se reactivaban, para enojo de los neoliberales.

Después de quince años de luchas por la construcción de las autonomías en América Latina pueden verse al menos tres grandes tendencias: las autonomías comunitarias, las regionales y la reconstrucción de los Estados étnicos. Cada una de ellas, a su vez, se encuentra marcada por las acciones de los sujetos que las impulsan, las realidades en que se desarrollan los procesos, así como por la influencia de los Estados nacionales, las instituciones internacionales y la cooperación internacional, que dicen apoyar las luchas de los pueblos indígenas pero la mayoría de las veces imponen sus propias agendas.

Las autonomías comunitarias surgieron como expresión concreta de la resistencia de los pueblos indígenas al colonialismo y la lucha por su emancipación. Estando la mayoría de los pueblos indígenas desestructurados políticamente, y siendo las comunidades la expresión concreta de su existencia, cuando los movimientos indígenas impulsaron la lucha por su autodeterminación como pueblos, fueron las comunidades las que salieron a defender el derecho. Para hacerlo echaron mano de su experiencia por siglos de resistencia pero también por sus experiencias autogestivas dentro del movimiento campesino.

En esas condiciones el derecho de ser pueblos se expresaba como ser comunidades. Se podría decir que querían que se les reconociera lo que ya eran y tenían; convertir en derecho lo que ya eran de hecho. Que no sólo tuvieran derechos los individuos que las integraban sino ellas mismas se convirtieran en sujeto colectivo de derecho; que no sólo se reconociera sus tierras sino también sus territorios, es decir, no sólo los espacios para la producción sino también para el ejercicio de derechos políticos, para ejercerlo a su manera; que no sólo se permitiera a sus autoridades ejercer su gobierno interno como excepción sino que se reconociera validez a todos sus actos; que no sólo le llevaran planes de desarrollo diseñados desde las oficinas gubernamentales si se les reconociera su derecho a decidir libremente el tipo de desarrollo que más les convenía.

Atrincheros en las estructuras comunitarias los movimientos indígenas se hicieron escuchar con fuerza y en muchos casos a los Estados no les quedó más alternativa que ceder a sus demandas. La mayor prueba de ello es que la mayoría de la legislación latinoamericana sobre derechos indígenas reconoce a las comunidades indígenas su personalidad jurídica y enuncia algunas de las competencias que los Estados les reconocen, las cuales deberán realizarse —como expresan los reconocimientos— dentro del marco de la ley estatal.

Los reconocimientos de las comunidades indígenas como sujetos de derecho en lugar de los pueblos de los que forman parte casi siempre, de una u otra manera, las subordinaba a los gobiernos locales establecidos por el orden constitucional y legal sin que estos sufrieran reforma alguna para darles viabilidad. Dicho de otra manera, en lugar de reconocer a un sujeto político de manera libre para que interactuara con el Estado, lo reconocía para subordinarlos a sus políticas colonialistas, al tiempo que desconocía el derecho de los pueblos que el había desestructurado, a reconstituirse.

A pesar de lo anterior no se puede decir que las luchas por las autonomías comunitarias sean un desperdicio. Por ellas se demostró el gran potencial de los pueblos como base de la resistencia pero también de la emancipación. Sin ellas es muy probable que el movimiento indígena no existiera o fuera otro su rostro y sus caminos.

Otra tendencia de las autonomías indígenas es la propuesta de autonomía regional. Surgió como una respuesta a la necesidad de superar el espacio comunitario de los pueblos indígenas, así como de buscar otros superiores no solo a las comunidades indígenas, sino a los propios gobiernos locales del Estado. Su primera expresión fueron las regiones autónomas del Estado de Nicaragua, introducidas como forma de gobierno en la Constitución Política del Estado en el año de 1987. Después de este suceso, inédito en América Latina, la academia, por vía de los intelectuales cercanos a las reivindicaciones indígenas, de difundieron por varios países del continente, al grado que en

algunos países como México y Chile¹⁵, inclusive se formularon propuestas de reformas constitucionales y estatutos de autonomía; mientras en otros sólo quedaron como una tendencia mas de las luchas por la autonomía indígena, pero sin ninguna expresión concreta de ellas.

Las autonomías regionales tienen su fuente de inspiración en las regiones autónomas del Estado español. Quienes las impulsan buscan *crear* regiones autónomas que se integrarían por los pueblos o comunidades indígenas que queden incluida en la región y con la unidad de ellas crear un régimen especial de gobierno, que responda a sus especificidades culturales, históricas, económicas y políticas, entre otras. La región que se creara contaría con su propio gobierno, a la manera de una entidad federativa más, con facultades ejecutivas, legislativas y judiciales.

En sus inicios la propuesta de autonomías regionales se presentaron como opuestas a las autonomías comunitarias, lo cual hizo que quienes simpatizaban o luchaban por hacer realidad estas, las vieran con suspicacia, recelo y animadversión, esgrimiendo varias razones. Una de ellas es que la realidad española, de donde se recogió el modelo autonómico, es muy diferente a la latinoamericana, en donde se proponía implantarlo; una segunda es que difícilmente se podría encontrar en América Latina una región indígena como tal, lo cual implicaba que en todo caso se tratara de regiones creadas, es decir, impuestas a las comunidades indígenas; la tercera es que las formas de gobierno indígenas tienen una composición y obedecen a una lógica distinta a las de los Estados y difícilmente se adaptarían al modelo que se proponía. En muchos casos se antojaba un modelo ideal que no encajaba con la realidad, sobretudo porque las regiones autónomas nicaragüenses no funcionaban como se había pensado; algunos indígenas incluso afirmaban que lo que ellos tenían no eran autonomías indígenas sino regionales y eso era bastante distinto.

Como en muchas otras ocasiones fueron los propios movimientos indígenas los que resolvieron la «contradicción» entre comunitaristas y regionalistas. Cuando la ocasión se presentó, primero demostraron que las propuestas no eran contradictorias sino que podían complementarse. Eso ha sido muy claro en México, con los caracoles zapatistas, pero también con la policía comunitaria del Estado de Guerrero; igual sucede en la región del Cauca en el Estado de Colombia; o en el Departamento de Cochabamba, en el Estado de Bolivia. En todos estos casos se ha demostrado que mientras las comunidades funciones como base de la estructura regional y esta como techo de la autonomía, pueden conjugarse de manera eficaz porque entonces la autonomía regional no se impone desde arriba, sino como un proceso que consolida las autonomías comunales y estas deciden la amplitud de la región.

¹⁵ JAVIER LAVANCHY J., *Conflicto y propuesta de autonomía mapuche*, Santiago de Chile, Junio de 1999, Proyecto de documentación Ñuke Mapu, URL:<http://www.soc.uu.se/mapuche>

Junto con las tendencias comunitarias y regionales existen otros movimientos indígenas que no reclaman autonomías sino la refundación de los Estados nacionales con base en las culturas indígenas. Esta es una tendencia que se manifiesta en varios movimientos de la región andina del continente, sobretudo entre los pueblos aymaras de Bolivia.¹⁶ Quines participan de estos movimientos dicen no entender porque ellos siendo una población mayor a la mestiza deben ajustarse a la voluntad política de las minorías.

Aunque desde un punto de vista sociodemográfico estas expresiones tengan razón, no se puede perder de vista que la realidad es mas compleja. Si se tratara solo de contar cuantos personas son indígenas y cuantas no y en función de eso definir el diseño del Estado, hace mucho tiempo que varios Estados serían indígenas. Pero la en la correlación de fuerzas influyen otros factores: el capital financiero internacional, las instituciones supranacionales, los grupos de poder nacionales y extranjeros, el grado de consolidación del Estado y obviamente, la conversión de los pueblos indígenas en sujetos políticos. Y si no que lo digan los pueblos indígenas de Guatemala que tras una cruenta guerra civil y la firma de unos Acuerdos de Paz donde se incluía el reconocimiento de los derechos indígenas, lo mas que han conseguido es impulsar un proceso de *mayanización* de la población, pero su influencia política en las decisiones del Estado son bastante débiles.

Claro, no se puede decir que el hecho de que los pueblos indígenas sean mayoría no influya en el modelo de Estado. Puede influir, pero el grado en que lo haga depende también de la articulación que puedan generar al interior de ellos y la coordinación con otros sectores sociales. Y aun en el supuesto de que se lograra refundar al Estado en función de la presencia indígena y lo que ello implica, no se puede olvidar que las autonomías comunitarias y regionales también implican la refundación de los Estados y que las minorías tienen derechos que deben ser reconocidos y garantizados por el Estado, cualquiera que este sea.

7. Las razones autonómicas

Cualquiera que sea la tendencia autonómica que se exprese en los movimientos indígenas, lo que se ve en estas luchas es que la construcción de

¹⁶ QUISPE F., «La lucha de los *ayllus* kataristas hoy», en: ESCÁRZAGA F. y GUTIÉRREZ R. (coordinadoras), *Movimiento indígena en América Latina: resistencia y proyecto alternativo*, Juan Pablos-Gobierno del Distrito Federal-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla-Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México, 2005, pp. 71-75. También: GARCÍA LINERA A., «Los movimientos indígenas en Bolivia», en la misma obra.

autonomías es una propuesta concreta a la necesidad de formular, desde los actores políticos y de manera seria y profunda, una política que de respuesta a la pluriculturalidad de las sociedades latinoamericanas, situación reconocida en las Constituciones Políticas de los Estados latinoamericanos donde suceden, pero negadas en la realidad. Porque el reconocimiento de la pluriculturalidad de la sociedad, sustentada en la presencia de sus pueblos indígenas —como muchas constituciones políticas reconocen—, obliga a los Estados y a la sociedades a reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derecho colectivo, y en consecuencia a garantizarle sus derechos, lo cual conllevaría a su vez a modificar las bases sobre las que se fundan los Estados nacionales, para que los incluyan, y de esa manera los pueblos indígenas como tales sean parte integrante de los Estados, sin dejar de ser lo que son, pero sin conservar su condición de sociedades colonizadas. En otras palabras, las autonomías que los pueblos indígenas luchan por construir son necesarias porque existen diversas sociedades con culturas diferentes a la dominante, con presencia previa inclusive a la formación de los Estados nacionales y que a pesar de las políticas colonialistas impulsadas contra ellos conservan su propio horizonte de vida. Las autonomías son cuestiones de derecho, no de políticas. Crean obligaciones del Estado con los pueblos indígenas, no le dan facultades para que desarrolle las políticas dirigidas a ellos que a él le parezcan convenientes.

Lo anterior es fundamental para entender tanto el reclamo de reconocimiento constitucional del derecho a la autonomía, como los procesos para implementarlas de hecho. Porque en su origen los Estados se fundaron bajo la idea de una sociedad homogénea, compuesta de individuos sometidos a un sólo régimen jurídico y político y por lo mismo con iguales derechos para todos. Pero eso resolvería un problema normativo, no la realidad social en que los pueblos indígenas se han desenvuelto, que siempre resulta ser más compleja. La legislación que durante todo el siglo XIX y parte del XX se elaboró sobre esta materia fue para negar estos derechos, no para reconocerlos, lo cual, dicho de paso, nos aclara que no todas las leyes reconocen derechos, hay algunas que los niegan. Los indígenas han entendido esto por eso se rebelan ante una legislación que no cumple con sus expectativas, porque no les garantiza ni siquiera derechos mínimos. Ellos reclaman derechos fundamentales que saben o intuyen que existen, más allá de los contenidos de las legislaciones estatales.

A contrapelo de esta realidad, muchos gobiernos latinoamericanos se han apropiado del discurso del movimiento indígena, lo han despojado de su contenido y han comenzado a hablar de una «nueva relación entre los pueblos indígenas y el gobierno», así como de elaborar «políticas transversales», con la participación de los interesados, cuando en realidad siguen impulsando los mismos programas indigenistas de hace años que los pueblos indígenas

rechazan. Para legitimar su discurso y sus acciones han incorporado a la administración pública a algunos líderes indígenas que por mucho tiempo habían luchado por la autonomía, quienes les sirven de pantalla para mostrar una continuidad que presentan como cambio. En algunos países incluso se ha ido mas allá al desnaturalizar la demanda de autonomía y presentarla como mecanismo para que algunos sectores privilegiados sigan manteniendo sus privilegios. Es el caso de las burguesías de los Departamentos de Santa Cruz de la Sierra, en Bolivia; Guayaquil, en Ecuador o el Estado de Zulia, en Venezuela.

En estas condiciones la decisión de los movimientos indígenas de impulsar las autonomías de hecho resulta una política correcta y una práctica consecuente para el movimiento indígena.

Pero no es una tarea fácil. En la realidad cotidiana, esta situación genera problemas que requieren solución para la consolidación de los procesos autonómicos. Entre ellos se pueden mencionar los sujetos de la autonomía, los contenidos de ella y los procesos para su construcción.

8. Los sujetos de las autonomías

Si se asume que la autonomía es una expresión concreta del derecho de la libredeterminación y que éste es un derecho de los pueblos, no se puede olvidar que los sujetos titulares de los derechos indígenas son los pueblos indígenas, no las comunidades que los integran, menos las organizaciones que ellos construyen para impulsar su lucha. Por eso es que junto con la construcción de las autonomías los movimientos indígenas asumen el compromiso de su reconstitución. En esta coyuntura específica, dada la fragmentación en que se encuentra la mayoría de los pueblos indígenas, las comunidades resultan importantes para articular sus luchas de resistencia y construcción de las autonomías, pero no renuncian a la utopía de reconstituir los pueblos indígenas de los que forman parte, para que éstos asuman la titularidad del derecho. Por esa razón la defensa de los derechos comunitarios la hacen al mismo tiempo que establecen relaciones con otras comunidades y pueblos de sus países y de otros, para apoyarse mutuamente en sus demandas propias pero también enarbolando demandas comunes.

En otras palabras, se necesita que los pueblos indígenas se conviertan en sujetos políticos plenos superando las divisiones internas y los conflictos intercomunitarios en que muchas veces viven, para lo cual combaten las causas que los provocan. Entre las causas externas sobresalen los diseños institucionales de los Estados, que los excluyen, así como las políticas de dominación ejercida en la vida cotidiana; mientras en las internas se pueden

contar problemas concretos de la vida de las comunidades y los intereses de sus habitantes, que chocan con los de sus vecinos. Como es lógico entender, a cada uno de estos problemas les dan un tratamiento distinto. A los primeros los ven como parte de sus luchas de *emancipación*, mientras a los segundos los tratan como parte de su *resistencia* para no dejar de ser pueblos indígenas.

Un problema externo que los pueblos indígenas han encontrado para poder ser sujetos políticos es que en la mayoría de los casos están políticamente desestructurados. En esto han pesado bastante las políticas de colonialismo ejercidas desde los órganos de gobierno para subordinarlos a los intereses de la clase en el poder. Un ejemplo concreto de estas políticas es que los pueblos indígenas numéricamente grandes se encuentran divididos entre varios estados o departamentos y los más pequeños entre varios municipios, municipalidades o alcaldías, según como los Estados organicen los gobiernos locales. Sólo por excepción se puede encontrar un pueblo indígena numéricamente grande que pertenezca a un mismo estado o departamento y cuando esto sucede se les divide en los gobiernos locales. La historia demuestra que los pueblos indígenas que han sorteado la división administrativa estatal son aquellos que han resistido de diversas maneras, incluida la violencia, para seguir siendo lo que son.

La misma situación se presenta en los municipios o municipalidades o alcaldías, en que el Estado estructura los gobiernos locales. Por eso los pueblos indígenas insisten en denunciar que este tipo de organizaciones políticas y administrativas constituyen estructuras con demarcaciones ajenas a ellos y han servido más para dividirlos y subordinarlos al poder estatal que para poder organizar su vida, además de que muchos están controlados por mestizos, como se les denomina en México; *caxlanes*, como se les nombra entre los mayas; o *q'aras*, como también los llaman en la región andina. Desde ahí se impide a los pueblos indígenas ejercer sus derechos políticos y por lo mismo participar en las grandes decisiones de la vida nacional.

Los pueblos indígenas saben que en esta situación la construcción de autonomías muy pocas veces puede hacerse desde esos espacios, porque aún cuando tuvieran el control de los gobiernos locales, su estructura y funcionamiento responde a la lógica estatal, limitando sus facultades a las que resultan funcionales al control estatal; pero en el peor de los casos podría llevar a que, en nombre de los derechos indígenas, se entregara el poder a los grupos de mestizos, muchas veces caciquiles, y estos lo usaran en contra de los pueblos indígenas.

Por otro lado saben que las comunidades indígenas de un mismo pueblo se encuentran divididas y enfrentadas entre ellas, por diversas razones, que van desde la tenencia de la tierra, el uso de los recursos naturales,

las creencias religiosas o las preferencias políticas, entre otras. En otros casos se presentan problemas ficticios o creados por actores externos a las comunidades que los sufren. Para enfrentar estos problemas los pueblos indígenas interesados hacen esfuerzos por identificar las causas de la división y el enfrentamiento, ubicar las que tienen su origen en problemas de las propias comunidades y buscarles solución. De igual manera buscan evidenciar los problemas creados desde fuera y buscar la forma de rechazarlos.

A la división de los pueblos y los conflictos comunitarios se agrega el hecho de que las comunidades indígenas se encuentran subordinadas políticamente a las redes de poder regional. Para la construcción de estas redes donde las comunidades quedan atrapadas confluyen muchos factores, algunos de ellos no perceptibles a simple vista. Uno es el carácter monocultural y de clase del Estado, que responde a los intereses de los grupos económicos y políticos que le dan sustento. El Estado crea las condiciones para que estos grupos sigan manteniendo el poder porque son ellos quienes le crean las condiciones a él para su existencia. En muchos casos son los grandes comerciantes y los representantes de consorcios internacionales, que ligados a agentes regionales y a los especuladores, detentan el poder. A ellos y no a los pueblos indígenas les sirve el Estado porque ellos también están a su servicio.

En esta situación los intereses de las comunidades indígenas quedan subordinados a los grandes planes programas de éstos para defender sus intereses. En el aspecto económico los indígenas difícilmente pueden acceder a los espacios del comercio que aquellos se han apropiado, a menos que dejen de ser indígenas. Para ellos queda reservado el mercado de frutas y hortalizas en menor escala y el papel de vendedores y revendedores en los tianguis semanales. En el aspecto político siguen siendo el voto cautivo de candidaturas que se deciden en las grandes esferas de la política estatal o nacional, donde ellos no tienen ninguna injerencia.

Estos son aspectos que se construyen bajo el discurso de la igualdad de todos los ciudadanos, apuntalados por la idea de la nación mestiza, para quienes las culturas indígenas sólo existen como folclor, para lucirse en las fiestas regionales o para consumo de turistas. Plantear la construcción de procesos autonómicos sin romper los nudos y redes que los grupos de poder construyen resulta una utopía inviable. Pero para lograr romperlos se requieren muchas cosas. La primera de ella, trascender las fronteras de los otros y asumirse culturalmente diversos, con todo lo que esto implica. Y es que, no es correcto reflexionar sobre «los otros», sobre la población indígena de Latinoamérica, que es mantenida y se mantiene como una población diferenciada del resto de la sociedad, separada por fronteras culturales como de clase, sin tratar de trascender esa fronteras.

9. Los contenidos de las autonomías

Ahora bien, la lucha por la instalación de gobiernos autónomos indígenas representa un esfuerzo de los propios pueblos indígenas por construir regímenes políticos diferentes a los actuales, donde ellos y las comunidades que los integran puedan organizar sus propios gobiernos, con facultades y competencias específicas acerca de su vida interna. Ese es el primer problema que enfrentan quienes han decidido caminar ese camino, ya que, las posibilidades de lograrlo se encuentran determinadas por la naturaleza de las relaciones históricas de subordinación en que se encuentran y el carácter sociopolítico del régimen del Estado en que las autonomías pretenden construirse y practicarse. Los pueblos indígenas no ignoran que para la construcción de ellas sus prácticas política van a contrapelo de una legislación que minimiza la posibilidad de su ejercicio hasta casi pulverizarlo, al grado de colocar a los pueblos y sus comunidades indígenas casi fuera de las reglas legales dictadas por el Estado, aunque no necesariamente contra ellas; que el régimen político actual no cuenta con políticas públicas que las favorezcan, sino otras de carácter asistencial que las niegan y que el tránsito a la democracia sigue siendo una asignatura pendiente en muchos sentidos.

Ellos entienden el contexto y no pueden ignorar que en términos políticos la construcción de autonomías indígenas implica que las comunidades y pueblos indígenas le disputen el poder a los grupos políticos regionales que los detentan y que para lograr este fin no pueden caminar sólo por los causes institucionales marcados por los Estados, porque están contruidos en base a una ideología mestiza que niega la posibilidad de una ciudadanía étnica, aunque tampoco fuera de las reglas creadas por él mismo, sino abriendo otros que rompan la subordinación de los pueblos y comunidades indígenas. En otras palabras, no se trata de luchar contra los poderes establecidos para ocupar los espacios gubernamentales de poder sino de construir desde las bases contrapoderes capaces de convertir a las comunidades indígenas en sujetos políticos con capacidad para tomar decisiones sobre su vida interna, al tiempo que modifican las reglas por medio de las cuales se relacionan con el resto de la sociedad, incluidos otros pueblos indígenas y los tres niveles de gobierno.

Con la decisión de construir autonomías, los pueblos indígenas buscan *dispersar el poder* para posibilitar su ejercicio directo por las comunidades indígenas que lo reclaman. Es una especie de descentralización que nada tiene que ver con la que desde el gobierno y con el apoyo de instituciones internacionales se impulsa, que en el fondo pretende hacer más efectivo el control gubernamental sobre la sociedad. La descentralización de las que aquí se habla, la que los pueblos y comunidades indígenas que avanzan por

caminos autónomos nos están enseñado, pasa por la edificación de formas paralegales de ejercicio del poder, diferentes a los órganos de gobierno, donde las comunidades puedan fortalecerse y tomar sus propias decisiones. Incluye asimismo la necesidad de transformar las relaciones con otros poderes como los económicos, religiosos y políticos, se encuentren institucionalizados o no dentro de las leyes, pues no tiene ningún sentido construir un poder distinto que se ejecutará en las mismas condiciones de aquel que se pretende combatir. Esto a su vez reclama que al interior de las comunidades indígenas ellas mismas realicen los ajustes necesarios para que ese poder sea ejercido con la participación de todos o la mayoría de sus integrantes y no caiga en manos de grupos de poder locales, que después lo usen en nombre de la comunidad pero para su propio beneficio. Las autonomías transforman las relaciones de los pueblos con el resto de la sociedad y con las comunidades que los integran, pero también las de éstas con los ciudadanos que forman parte de ellas.

Cuando los pueblos indígenas deciden construir autonomías han tomado una decisión que va contra las políticas del Estado y obliga a quienes optan por ese camino a iniciar procesos políticos de construcción de redes de poder, capaces de enfrentar la embestida estatal, contrapoderes que les permitan afianzarse ellos mismos como una fuerza con la que se debe negociar la gobernabilidad y poderes alternativos que obliguen al Estado a tomarlos en cuenta. Por eso la construcción de autonomías no puede ser un acto voluntarista de líderes «iluminados» o de una organización, por muy indígena que se reclame. En todo caso requiere la participación directa de las comunidades indígenas en los procesos autonómicos. En otras palabras, se necesita que las comunidades indígenas se constituyan en sujetos políticos con capacidad y ganas de luchar por sus derechos colectivos, que conozcan la realidad social, económica, política y cultural en que se encuentran inmersos, así como los diversos factores que inciden en su condición de subordinación y los que pueden influir para trascender esa situación, de tal manera que les permita tomar una posición sobre sus actos.

Con su lucha por la autonomía los pueblos y comunidades indígenas trascienden las visiones folcloristas, culturalistas y desarrollistas que el Estado impulsa y muchos todavía aceptan pasivamente. Porque la experiencia les enseña que para hacerlo no basta con que se reconozca en alguna ley su existencia y algunos derechos que no se opongan a las políticas neoliberales, o los aportes culturales de los pueblos indígenas a la constitución multicultural del país; tampoco es suficiente que los gobiernos destinen fondos específicos para impulsar proyectos de desarrollo en las regiones indígenas que siempre son insuficientes y se aplican en actividades y por las formas decididas desde el gobierno, que despojan a las comunidades de todo tipo de decisión y niegan su autonomía. Estas son políticas que si bien expresan que buscan modi-

ficar las prácticas de asimilación y aculturación impulsadas desde hace años por el indigenismo, no dejan de reproducir las relaciones de subordinación de los pueblos indígenas con respecto a la sociedad mestiza y hasta legitiman las políticas de negación de los derechos indígenas. Por el contrario, se requiere desmitificar el carácter «neutral» del Estado y mostrar su carácter de clase, evidenciando que se encuentra al servicio de la clase dominante y los agentes políticos, económicos, sociales que la sustentan.

Los pueblos indígenas saben que construir y transitar este camino sin quedar a la mitad de él es difícil, por eso cada que deciden hacerlo antes fijan muy bien sus objetivos y ven la manera de hacerlo para que sea posible llevarlo a cabo. Una vez asegurado lo anterior, colocan junto a ellos algunos más generales que sirvan para establecer alianzas con otras comunidades. En algunos casos pueden son de las comunidades, como cuando luchan para obligar a los gobiernos a impulsar programas generales para la solución de conflictos agrarios, defensa de la tierra, o promoción de derechos. Pero no por eso se olvidan de demandas más amplias, que importan a todos los ciudadanos, como la reforma del Estado autoritario por otro democrático y multicultural, la lucha por la soberanía alimentaria, contra la privatización de la energía eléctrica y el petróleo y los recursos naturales. Esto, los pueblos lo han aprendido en la práctica. No es casualidad que la rebelión zapatista en el Estado mexicano, haya comenzado el primero de enero de 1994, cuando entraba en vigencia el Tratado de Libre Comercio de este país con los Estados Unidos y Canadá; que las mayorías de las demandas nacionales de los movimientos indígenas incluyan el rescate de los recursos naturales del control de empresas transnacionales y que las luchas en Ecuador, Perú y Chile incluya la oposición a la forma de tratados de libre comercio.

De igual manera saben que la lucha por la autonomía no puede ser una lucha sólo de los pueblos indígenas. Por eso construyen relaciones de solidaridad con los otros sectores de la sociedad, apoyándose mutuamente en sus luchas propias, al tiempo que se impulsan demandas comunes. En este sentido cobra importancia cuidar con quien se establecen las alianzas, porque existen sectores y organizaciones sociales que discursivamente aceptan defender los derechos indígenas pero en la práctica hacen lo contrario, como sucede con algunos partidos políticos que han manifestado defender los derechos de los pueblos indígenas pero sus legisladores votaron iniciativas de leyes que atentan contra ellos; o los partidos de la izquierda que en muchos lugares todavía intentan subsumir la demanda específica de los pueblos indígenas a la de la sociedad en general. Igual sucede con algunas organizaciones indigenistas que en el discurso defienden el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía pero su práctica están más ligadas a las políticas del Estado y su aspiración es vivir del presupuesto público.

10. Los procesos autonómicos

Hemos dicho líneas atrás que los movimientos indígenas por la construcción de las autonomías representan a los nuevos movimientos indígenas y que éstos son novedosos tanto por su demanda como por los actores políticos y sus formas de acción colectiva. Parafraseando a Alberto Melucci, también podríamos afirmar que los movimientos indígenas son profetas del presente, que lo que ellos poseen no es la fuerza del aparato sino el poder de la palabra y con ella anuncian los cambios posibles, no para el futuro distante sino para el presente; obligan a los poderes a mostrarse y les dan forma y rostro, utilizando un lenguaje que les que tal pareciera es exclusivo de ellos, pero lo que dicen los trasciende y al hablar por ellos hablan por todos.¹⁷

Y es cierto, porque como hemos visto, los pueblos indígenas al recurrir a su cultura y prácticas identitarias para movilizarse en defensa de sus derechos, cuestionan las formas verticales de la política al tiempo que ofrecen otras horizontales que a ellos les funcionan, porque las han probado en siglos de resistencia al colonialismo. Se trata de prácticas que surgen precisamente cuando las organizaciones tradicionales de partidos políticos, sindicatos u otras de tipo clasista y representativo entran en crisis y la sociedad ya no se ve reflejada en ellas. Estas prácticas políticas se expresan de muchas maneras, desde una guerrilla *posmoderna* como ha sido calificada la rebelión del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, que se levantó en armas en tierras mayas en el año de 1994, esgrimiendo las armas más como símbolo de resistencia que por hacer la guerra, hasta las largas caminatas de las autoridades de los pueblos indígenas de Colombia, los «levantamientos» de los pueblos ecuatorianos, o las cercos aymaras a la ciudad de La Paz, en Bolivia, hasta los enfrentamientos directos de los mapuches contra la empresas forestales que buscan despojarlos de sus recursos naturales.

En estas luchas los pueblos indígenas en lugar de recurrir a sofisticadas teorías políticas para armar sus discursos recuperan su memoria histórica para fundamentar sus demandas y sus prácticas políticas, lo cual le da un toque distintivo, simbólico si se quiere, de los nuevos movimientos indígenas. Los pueblos indígenas de México recuperan la memoria de Emiliano Zapata, el incorruptible general del Ejército del Sur durante la revolución de 1910-17, cuya demanda central fue la restitución de las tierras usurpadas a los pueblos por los hacendados; los colombianos recuperan el programa y las andanzas de Manuel Quintín Lame; los andinos de Perú, Ecuador y Bolivia traen al presente las rebeliones de Tupac Amaru, Tupac Katari y Bartolina Sisa, durante la colonia y la del Willka Pablo Zarate durante la época repu-

¹⁷ MELUCCI A., *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*, El Colegio de México, México, 1999, p. 59.

blicana. Héroes locales y nacionales vuelven a hacerse presentes en la lucha para guiar a sus huestes, como si hubieran estado descansando, esperando el mejor momento para volver a la lucha.

Junto a su memoria histórica los pueblos vuelven la vista a lo que tienen para hacerse fuertes y cansados de tanta desilusión por las organizaciones políticas tradicionales retoman las de ellos: sus sistemas de cargos. Por eso quienes desconocen sus formas propias de organización llegan a afirmar que actúan de manera anárquica, que así no se puede, que con ello contribuyen a la dispersión y eso es un mal ejemplo para la unidad de los oprimidos, explotados y excluidos. Pero los pueblos saben lo que les conviene y sus formas organizativas les han funcionado por años sin importar que otros no las compartan. Por eso las practican y las fortalecen, adaptándolas a sus necesidades.

Claro, para avanzar hacia formas de lucha mas amplias buscan superar sus propias formas de organización, que la mayoría de las veces son locales. Y justo aquí es en donde entra el peligro de suplantar a los pueblos indígenas como sujetos de la construcción de los procesos autonómicos, porque en ese eslabón entre lo local y lo regional o nacional muchas organizaciones indígenas se apartan de la participación colectiva de las comunidades y en lugar de dispersar el poder para que todos participen en su ejercicio y controlen el uso que otros hacen de él, crean estructuras paralelas a las de los pueblos indígenas y actúan en su nombre como si fueran lo mismo, lo que constituye una salida falsa que aunque en el corto plazo pueda traer algunas ventajas, a la larga también puede convertirse en un gran problema, pues se trata de una postura que no responde a una visión indígena sino a una práctica ajena a las comunidades.

Sólo los pueblos y las comunidades indígenas pueden evitar la tentación de que las organizaciones indígenas caigan en la tentación de suplantarlos. Una forma de hacerlo podría ser que se deslindara claramente entre la *organización indígena* propiamente dicha —la que responde a las estructuras propias de las comunidades— y la *organización de indígenas*, que no responde a la realidad indígena sino a las necesidades de hacerse escuchar en el ámbito regional o nacional. Ambos tipos de organización no son excluyentes pero las segundas deben tener cuidado de que siempre y en todo momento el eje de la autonomía recaiga en las primeras y las otras les sirvan de apoyo, sin suplantarlas. Si este último caso se presentara estaríamos ante un nuevo caso de subordinación y lo peor es que sería con el discurso de ayudar a los pueblos indígenas a alcanzar su liberación.

Lo mismo vale para los miembros de ellas y algunos de sus líderes. La sociedad nacional, ansiosa de tener interlocutores «validos» dentro de las comunidades indígenas, muchas veces intenta convertir —y a veces lo logra— en líderes a los indígenas que por una u otra razón han trascendido las barreras comunitarias en líderes indígenas, sobretodo aquellos que por haber

accedido a estudios superiores se han convertido en «intelectuales orgánicos» de sus comunidades. Cuando esto sucede se crean líderes a modo que pueden tener mucha presencia nacional pero que en las comunidades muchas veces no tienen ningún reconocimiento porque no cumplen sus obligaciones y a veces hasta están en contra de ella. La historia reciente de los movimientos indígenas tiene muchos ejemplos de esto, que también opera contra la construcción de procesos autonómicos.

Mención aparte merecen aquellas organizaciones que se han constituido conforme a las reglas que los Estados que niegan las autonomías han diseñado para la participación política y desde ahí luchan junto con los movimientos indígenas por la construcción de la autonomía. Al aceptar las reglas del juego impuestas desde el estado y ceñir sus actos a ellos no pueden ser, propiamente hablando, movimientos autonomistas, cuando mas aliados de aquellos. De ese tipo de organizaciones existen en todos los países, desde México hasta Chile. Se trata de organizaciones o partidos políticos que apuestan a la ocupar puestos administrativos en la institucionalidad gubernamental y desde ahí transformarlas, cosa que se antoja difícil, pues lo que más se ha visto es que el Estado los transforma a ellos. Como dijo un indígena mixteco en México, quieren montarse en un caballo viejo y cansado que lleva un rumbo equivocado y así no se va a ningún lado.

Con estas organizaciones se debe tener mucho cuidado. Mientras mantienen la congruencia entre su discurso y su práctica no existe ningún problema de tejer alianzas con ellas, pero la experiencia enseña que cuando llevan mucho tiempo en el gobierno o abandonan la lucha y se alejan de sus antiguos compañeros —caso en el que solo hay que lamentar la pérdida de antiguos compañeros— o continúan actuando como si nada hubiera pasado cuando en realidad ellos ya operan más como agentes del Estado que como líderes indígenas. Estas prácticas ya llevan años con diferentes matices y resultados en todos los países. Tal vez el más lamentable sea el de México, donde los líderes que al principio impulsaron la lucha por la autonomía indígena terminaron diseñando las políticas públicas de un gobierno de derecha. Otro caso emblemático es el del movimiento ecuatoriano, que en el año 2003 se alió a un ala militar para arribar al poder pero al poco tiempo lo abandonaron porque les pareció que desde ahí no se podían conseguir sus objetivos. Ellos, a diferencia de los mexicanos, han formulado una autocrítica y han llegado a la conclusión de que «nunca fueron mas débiles que cuando estuvieron en el poder». A partir de esa autocrítica, la CONAIE resolvió no participar más en elecciones pues, en sus propias palabras, «corren el riesgo de ganar».¹⁸

¹⁸ Palabras de PABLO DÁVALOS, miembro de Pachakutik-Nuevo País en las II Jornadas andino-mesoamericanas *Movimiento indígena en América Latina: resistencia y proyecto alternativo*, realizadas en La Paz, Bolivia, durante los días del 22 al 25 de marzo del 2006.

Reflexiones finales

Como el lector seguramente ya se habrá dado cuenta, todo lo que aquí se ha dicho sobre las autonomías indígenas y su paso de ser demanda por la reforma constitucional a ser un proceso de construcción, tiene como trasfondo, como también se dijo al principio, buscar el fondo del problema que, según se ha argumentado, es la condición de colonialismo interno en que viven los pueblos indígenas en los Estados de los que forman parte. Se trata de una situación que ni la igualdad jurídica de los ciudadanos pregonada por el liberalismo decimonónico, ni las políticas indigenistas impulsadas por los diversos estados latinoamericanos durante todo el siglo xx fueron capaces de resolver porque no iban a la raíz del problema que, según se aprecia ahora, pasa por el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos, pero también por la refundación de los Estados para corregir sus anomalías históricas de considerarse monoculturales en sociedades multiculturales.

¿A dónde nos van a conducir los procesos de construcción de las autonomías indígenas en América Latina? Es una pregunta a la que nadie puede dar respuesta porque no la tienen los movimientos sociales. Los actores de este drama se trazan su horizonte utópico pero que lo logren no depende de enteramente de ellos sino de muy diversos factores, la mayoría de ellos fuera de su control. De lo que si podemos estar seguros es que el problema no encontrará solución en la situación en que actualmente se encuentran los Estados y por eso las luchas de los pueblos indígenas por su autonomía no tienen retorno. Ni la guerrilla zapatista en el Estado mexicano, ni los autogobiernos indígenas de Colombia o las luchas de los pueblos andino o mapuches tendrán solución de fondo si el estado no se refunda. Pero también es cierto que los estados no se refundarán sin tomar en serio a sus pueblos indígenas. El reto entonces es en doble sentido: los Estados nacionales deben refundarse tomando en cuenta a sus pueblos indígenas y estos deberían incluir dentro de sus utopías el tipo de estado que necesitan y luchar por él. De eso se tratan las autonomías indígenas y las luchas por construirlas.

Por eso hay que celebrar que muchos pueblos y comunidades indígenas hayan decidido no esperar pasivamente a que los cambios vengan de fuera y se hayan enrolado en la construcción de gobiernos autónomos, desatando procesos donde se ensayan nuevas formas de entender el derecho, imaginan otras maneras de ejercer el poder y construyen otros tipos de ciudadanías. De acuerdo con estas ideas el derecho se mide mas que por la eficacia de la norma que lo regula, por la legitimidad de quien lo reclama; el poder tiene sentido en la medida en que quien lo detenta lo reparta entre todo el grupo hasta el grado de que a él no le cree privilegios, que es en lo que se traduce el famoso «mandar obedeciendo» zapatista; y la ciudadanía, es decir, la ca-

racterística que da sustento al ejercicio de los derechos políticos, no se mide por alcanzar determinada edad sino porque se está en actitud de asumir compromisos sociales y se cumple con la comunidad, cualidad muy propia de las comunidades indígenas en México.

El final de estos procesos nadie lo conoce. Lo que si es cierto es que no tienen vuelta al pasado.

Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo

Felipe Gómez Isa

Cada vez que entramos en contacto con ellos les echamos a perder

(Charles Brewer)¹

El objetivo fundamental de este artículo es defender la urgente necesidad de que los pueblos indígenas² sean considerados como titulares del derecho humano al desarrollo si queremos garantizar su supervivencia como pueblos diferenciados en un mundo globalizado que camina hacia una creciente homogeneización cultural sin tener en cuenta la diversidad existente en todas sus dimensiones³. Es muy significativo al respecto que el principal documento con el que contamos en cuanto al derecho al desarrollo, la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986⁴, no realice ninguna mención de

¹ Citado en TIERNEY, P.: *El Saqueo de El Dorado. Cómo científicos y periodistas han devastado el Amazonas*, Grijalbo, Barcelona, 2002, p. 31.

² Uno de los estudios más concienzudos sobre los problemas relacionados con la definición y el status de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional contemporáneo se puede encontrar en ANAYA, S.J.: *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

³ Sobre la situación general de los pueblos indígenas ver BURGER, J.: *Report from the Frontier: The State of the World's Indigenous Peoples*, Zed Books. London, 1987.

⁴ Tal y como señala el artículo 1.1 la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, «el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él». Un análisis en profundidad de los avatares por los que ha pasado el derecho al desarrollo, sus principales contenidos y las dificultades a las que se enfrenta su realización figura en GÓMEZ ISA, F.: *El derecho al*

los pueblos indígenas como sujetos de dicho derecho, extremo que consideramos como una de las principales lagunas de esta Declaración, a pesar de que hubo diferentes propuestas al respecto durante las discusiones conducentes a la adopción de dicha Declaración. Esta laguna es especialmente grave si tenemos en cuenta que los pueblos indígenas se enfrentan a serios problemas en cuanto a la capacidad para poder determinar y dirigir sus propios procesos de desarrollo⁵ y que se encuentran en una situación de discriminación sistemática que tiende a excluir a sus miembros de los beneficios económicos, sociales, culturales y de todo tipo que son accesibles en el marco de los Estados en los que se integran⁶, exclusión que en algunas ocasiones ha alcanzado proporciones de un auténtico genocidio⁷.

En lo que concierne al esquema de este trabajo, en primer lugar, vamos a abordar la polémica, ya tradicional, y aún en trance de superación, en la teoría de los derechos humanos, entre los derechos individuales y los derechos colectivos, dado que una de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas es la defensa de sus derechos como grupo diferenciado. A continuación, nos detendremos en la Declaración sobre el derecho al desarrollo, para analizar cuál es su pronunciamiento en torno al carácter individual o colectivo del derecho al desarrollo. Por último, nos referiremos a la imperiosa necesidad de los pueblos indígenas de ser considerados como titulares privilegiados del derecho al desarrollo.

1. Polémica entre los derechos individuales y los derechos colectivos

La tradición de los derechos humanos se remonta a las revoluciones liberales del siglo XVIII que ponían el acento en las libertades del individuo frente al Estado. Los derechos humanos eran fruto de una modernidad antropocéntrica e individualista⁸, siendo el ser humano el núcleo exclusivo sobre el que giraban dichos derechos. Se trataba de un individuo considerado en abstracto del que se predicaban determinados derechos de carácter

desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

⁵ Ver al respecto MUGARIK GABE: *Pueblos Indígenas. Nuestra visión del desarrollo*, Icaria, Barcelona, 1995.

⁶ Uno de los estudios más completos sobre la situación de discriminación a la que se enfrentan los pueblos indígenas se puede consultar en MARTÍNEZ COBO, J.R.: *Estudio del problema de la discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1986/7 (4 vols.).

⁷ GÓMEZ ISA, F. (Coord.): *Racismo y Genocidio en Guatemala*, Gakoa, Donostia, 2000.

⁸ LÓPEZ CALERA, N.: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000.

formal; no se atendía en ningún momento a las diferentes circunstancias, económicas, sociales o culturales, que condicionaban el disfrute de esos derechos, a sus *condiciones de posibilidad*. Esta visión liberal individualista de los derechos humanos ha marcado la evolución de los mismos y ha venido a configurar su propia naturaleza jurídica, siendo una aproximación que sigue siendo actualmente la predominante, sobre todo en el ámbito occidental⁹.

Sin embargo, esta tradición liberal ha venido siendo sometida a tensiones ya desde mediados del siglo XIX, con la aparición de doctrinas políticas y económicas que vinieron a criticar el enfoque excesivamente individualista de los derechos humanos, que olvidaba por completo la ineludible dimensión social de los mismos. En este sentido, el marxismo jugó un papel fundamental al poner de manifiesto una contradicción inherente a los derechos humanos. Lo que venía a señalar el marxismo es que los derechos humanos tal y como estaban reconocidos y garantizados se convertían en meras *libertades formales* si, al mismo tiempo, no se trataba de asegurar sus *condiciones de posibilidad*, es decir, las condiciones de carácter económico, social y cultural que rodean el ejercicio de las libertades. Los derechos humanos no se podían dirigir exclusivamente a un ser humano considerado en abstracto sino que era necesario considerar a la persona concreta, a la persona *situada* en un determinado contexto. En estas reflexiones radica el fundamento teórico y conceptual de la aparición progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales en las postrimerías del siglo XIX y su consolidación a inicios del siglo XX como complemento necesario de los derechos civiles y políticos fruto de la Ilustración¹⁰.

Otra motivo de tensión para la teoría clásica de los derechos humanos, que se ha venido a unir a la que acabamos de comentar, es la producida por la aparición tras la Segunda Guerra Mundial de sujetos colectivos que han ido adquiriendo protagonismo y que han comenzado a reclamar derechos tanto en el ámbito interno como en el internacional¹¹. Estos sujetos de

⁹ Ver en este sentido contribuciones como la de DONELLY, J.: «Human Rights, Individual Rights and Collective Rights», en BERTING, J. (Ed.): *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, Meckler, London, 1990, pp. 39-62.

¹⁰ HERRERA FLORES, J.: «Hacia una visión compleja de los derechos humanos», en HERRERA FLORES, J. (Ed.): *El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 19-78.

¹¹ No debemos olvidar que el Derecho Internacional es un ordenamiento jurídico en el que sus principales protagonistas son sujetos de carácter colectivo, los Estados. El Derecho Internacional reconoce derechos a los Estados aunque, evidentemente, no nos encontramos ante derechos humanos, sino que son derechos de otra naturaleza. Asimismo, al calor de la globalización otros sujetos de carácter colectivo se han convertido en elementos de primer orden, las Empresas Transnacionales. Estos entes todavía no han sido regulados por el Derecho Interna-

naturaleza colectiva son, fundamentalmente, los pueblos, y, más recientemente, los pueblos indígenas e, incluso se ha llegado a cuestionar si la propia humanidad se ha convertido en sujeto de derechos¹². Desde esta perspectiva, se defiende que existen determinados intereses que trascienden los intereses estrictamente individuales y que, en consecuencia, hay que proceder al reconocimiento de determinados derechos colectivos para una defensa adecuada de dichos intereses. Mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos individuales no se pueden defender de una manera efectiva esos intereses de naturaleza colectiva; es necesario un reconocimiento de los entes colectivos como auténticos titulares de derechos humanos¹³. Además del derecho de autodeterminación de los pueblos, que hace su aparición, como veremos, en el escenario jurídico internacional con la Carta de las Naciones en 1945, a partir de los años 70 han surgido los denominados derechos de la tercera generación o derechos de la solidaridad. Estos nuevos derechos humanos, entre los que podemos destacar el derecho al desarrollo, el derecho a la paz o el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, van a tener como una de sus características fundamentales el ser derechos tanto individuales como colectivos¹⁴, aunque esta doble titularidad no ha estado exenta de problemas y de divergencias, animadas fundamentalmente por determinados países occidentales que no comulgan ni con la concepción general de estos derechos ni con su doble titularidad¹⁵.

cional, pero sí que se les reconocen derechos y deberes por parte de los ordenamientos jurídicos de los países en los que desarrollan sus actividades. Sobre las Empresas Transnacionales como sujetos de Derecho Internacional ver ADDO, M.K.: *Human Rights Standards and the responsibility of Transnational Corporations*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

¹² El reconocimiento de ciertos derechos cuyo titular es la humanidad en su conjunto es la base de la noción de *patrimonio común de la humanidad*, novedosa noción de Derecho Internacional que se aplica a ciertos espacios que están excluidos de la soberanía estatal, como pueden ser los fondos marinos y oceánicos o la luna y otros cuerpos celestes. Véase al respecto GÓMEZ ISA, F.: «Patrimonio Común de la Humanidad», *Estudios de Deusto*, Vol. 41/2, julio-diciembre 1993, pp. 119-192.

¹³ Esta es la tesis defendida, entre otros, por ALVAREZ, N.: «Reconocimiento internacional de los derechos indígenas», *Papeles de Cuestiones Internacionales*, n.º 77, primavera 2002, 73-78.

¹⁴ Por ejemplo, la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1986, establece en el artículo 1 ya mencionado que «el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *todo ser humano y todos los pueblos* están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales...» (la cursiva es nuestra).

¹⁵ Un análisis exhaustivo y en profundidad de la aparición de estos nuevos derechos humanos y la problemática que les rodea, incluyendo la relativa a su doble titularidad, en GÓMEZ ISA, F.: *El derecho al desarrollo*, op. cit.

1.1. Argumentos favorables al reconocimiento de los derechos colectivos

Uno de los argumentos más utilizados para defender la pertinencia de los derechos colectivos es que con ellos se responde a la compleja realidad del ser humano, una realidad que tiene una inherente dimensión individual pero también una necesaria dimensión social o colectiva. Es a la protección de esa faceta comunitaria del ser humano a la que se dirigen los derechos colectivos¹⁶. Los seres humanos «no son átomos aislados, sino que deben individuarse por vía de socialización. De ahí la necesidad de estructurar junto a los derechos individuales una serie de derechos colectivos»¹⁷. Los derechos colectivos serían una vía para tratar de armonizar la relación dialéctica entre la individualidad y la socialidad inherentes a todo ser humano¹⁸. Con los derechos colectivos se trata básicamente de defender a la persona *situada* en su comunidad, en la comunidad cultural que le dota de sentido y que le proporciona sentimientos de pertenencia y de identidad.

Por otro lado, también se han defendido los derechos colectivos como las *condiciones de posibilidad* de los derechos individuales. Mediante el reconocimiento y el ejercicio de estos derechos se estarían creando las condiciones necesarias para un adecuado disfrute de los derechos individuales. En este sentido, Luis Villoro ha defendido que los derechos colectivos, en especial los derechos de los pueblos, no pueden verse como contradictorios ni opuestos a los derechos individuales, «sino como condición para el ejercicio de esos derechos»¹⁹.

Un último argumento para la defensa de los derechos colectivos es que con su reconocimiento estamos caminando hacia una verdadera universalidad de los derechos humanos. Como ya hemos señalado, la tradición occidental de los derechos humanos se ha basado en la filosofía liberal individualista, en el ser humano como el único y exclusivo titular de derechos. A esta tradición le resulta ajena la noción de derechos colectivos. En cambio, existen otras tradiciones, como la africana o la de muchos pueblos indígenas, que subrayan el carácter grupal y comunitario de la persona. El ser humano no tiene sentido más que concebido en su relación con el grupo, con la comunidad. Un reflejo de esta aproximación a los derechos humanos la podemos encontrar en la *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos*, adoptada en el marco de la Organización para la

¹⁶ DE OBIETA CHALBAUD, J.A.: *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, Madrid, 1985.

¹⁷ JÁUREGUI, G.: «Humanos y Colectivos», *EL PAÍS*, 5 de enero de 1999, p. 10.

¹⁸ LÓPEZ CALERA, N.: «¿Hay derechos colectivos?...», *op. cit.*, p. 16.

¹⁹ VILLORO, L.: *Estado plural, pluralidad de culturas*, Paidós-UNAM, México, 1998, p. 94.

Unidad Africana (OUA) en 1981, que, como su propio título deja entrever, va a realizar un reconocimiento explícito de varios derechos de carácter colectivo. En este sentido, desde el mismo preámbulo la Carta Africana manifiesta que «... las virtudes de sus tradiciones históricas y los valores de la civilización africana (...) deben inspirar y caracterizar sus reflexiones sobre la concepción de los derechos humanos y de los pueblos». Coherente con este llamamiento a las tradiciones africanas como fuente de inspiración de los derechos humanos, la Carta efectúa un reconocimiento explícito de varios derechos de los pueblos: entre ellos, podemos destacar el «derecho imprescriptible e inalienable a la autodeterminación» (artículo 20); el «derecho a la libre disposición de sus riquezas y de sus recursos naturales» (artículo 21); el «derecho a su desarrollo económico, social y cultural» (artículo 22); el derecho de los pueblos «a la paz y la seguridad, tanto en el plano nacional como internacional» (artículo 23) o, finalmente, el «derecho a un medio ambiente satisfactorio y global, propicio para su desarrollo» (artículo 24). No debemos olvidar aquí que la Carta Africana es el único tratado internacional, si bien de carácter estrictamente regional, que reconoce los denominados derechos de la tercera generación, todos ellos con una dimensión colectiva.

Asimismo, muchos pueblos indígenas comparten esta cosmovisión de los derechos humanos no encarnada exclusivamente en el individuo, sino abierta a su dimensión comunitaria. En este sentido, el *Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*²⁰ que se está discutiendo en el seno de las Naciones Unidas camina en la misma dirección, enfatizando la necesidad del reconocimiento de ciertos derechos colectivos a los pueblos indígenas como condición para su propia supervivencia. De hecho, es la perspectiva colectiva de los derechos indígenas la que planea sobre todo el texto del Proyecto de Declaración, lo que explica, en parte, el estancamiento en el que se encuentra este Proyecto ante la falta de consenso entre los diferentes países. Para hacernos una somera idea de las demandas indígenas en términos de derechos colectivos, el artículo 3 del Proyecto dispone que «los pueblos indígenas tienen el derecho de autodeterminación», uno de los auténticos caballos de batalla de las negociaciones²¹; en el artículo 7 se establece que «los pueblos indígenas tienen el derecho individual y colectivo de no ser sometidos a etnocidio y a genocidio cultural...»; el artículo 23, finalmente, reconoce que «los pueblos indígenas tienen el derecho a deter-

²⁰ El texto figura en el documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, de 20 de abril de 1994.

²¹ Al respecto se puede consultar FOSTER, C.: «Articulating Self-Determination in the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *European Journal of International Law*, Vol. 12, n.º 1, 2001, pp. 141-157.

minar y desarrollar sus propias estrategias y prioridades para el ejercicio de su derecho al desarrollo...».

Sobre la base de estas dos formas diferentes de aproximarse a los derechos humanos, la africana y la indígena, si queremos construir un concepto verdaderamente universal que recoja las diferentes sensibilidades, tenemos que estar abiertos al reconocimiento de una de las dimensiones de esas diferentes formas de entenderlos. Esta dimensión no es otra que la dimensión colectiva de los derechos humanos. Por lo tanto, los derechos colectivos pueden considerarse como una forma de avanzar por la senda de la universalidad de los derechos humanos, como una especie de «mediación comunitaria de la universalidad»²²; como ha señalado al respecto Peter Leuprecht, «el reconocimiento de ciertos derechos de grupo es indispensable para el desarrollo del ser humano, ser social, y para la realización de una efectiva universalidad de los derechos humanos en tanto que derechos de todo ser humano y de todos los seres humanos sin exclusión»²³.

1.2. *Críticas efectuadas a los derechos colectivos*

El surgimiento de los derechos colectivos no ha sido pacífico, sino que ha venido acompañado de todo un conjunto de prevenciones y argumentos en su contra que vamos a tratar de analizar a continuación.

La primera crítica que se suele efectuar a los derechos colectivos, en especial a los derechos de los pueblos, es la indefinición e indeterminación del concepto de *pueblo*. Nos encontramos ante una de las categorías más controvertidas, más resbaladizas y sobre la que se han escrito miles de páginas con un resultado bastante incierto. Esta indeterminación de los perfiles básicos del concepto de pueblo lleva a algunos a negar la posibilidad de afirmar derechos colectivos, dado que, por definición, su titular no es un sujeto claramente definido en todos sus extremos. Desde otras instancias se defiende que, aunque dicha determinación sea «jurídica y políticamente una tarea difícil», no es razón suficiente para negar la existencia de los derechos colectivos²⁴. Sin dejar de reconocer las dificultades que conlleva la empresa de tratar de definir un concepto tan poroso como el de pueblo, debemos

²² ETXEBERRIA, X.: «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Cincuenta Aniversario. Un Estudio Interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 320.

²³ LEUPRECHT, P.: «Droits individuels et Droits collectifs dans la perspective du droit au développement», en MARCUS HELMONS, S. (Ed.): *Droits de l'Homme et Droit au Développement*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 13.

²⁴ GARCÍA INDA, A.: *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 76.

poner de relieve que ha habido intentos de proporcionar criterios para una definición adecuada²⁵.

Un segundo argumento esgrimido para negar la posibilidad de la existencia de derechos colectivos es que, por su propia definición, los derechos *humanos* son los derechos que pertenecen exclusivamente a los seres humanos. Dotar a entes colectivos de derechos *humanos* sería una especie de perversión de la teoría de los derechos humanos. Son reveladoras de este perspectiva individualista de los derechos humanos las palabras de Jack Donnelly cuando afirma que

«si, como el propio término sugiere, los derechos humanos son los derechos que uno tiene simplemente porque uno es una persona humana, parecería que los derechos humanos sólo tienen una clase de titulares o sujetos, los seres humanos. Esto es tal y como se han entendido hasta ahora y tal y como se deben entender».

Lo cierto es que nos encontramos ante un argumento sólido y difícil de contrarrestar, ya que la teoría de los derechos humanos ha estado basada históricamente en el liberalismo individualista, en «la prioridad ontológica de los individuos como principio irrenunciable de la tradición moderna occidental»²⁶. Hay otra corriente, sin embargo, que no ve obstáculos al reconocimiento de auténticos derechos humanos de carácter colectivo, ya que el concepto de derechos humanos es un concepto dinámico que, a medida que va evolucionando, va incorporando nuevas realidades e, incluso, nuevos sujetos que se unen a los individuos.

Una posible salida a esta controversia podría estar en considerar a los derechos de los pueblos como una categoría diferente a la de derechos humanos, como una subcategoría de derechos humanos²⁷ en la que sus sujetos ya no son los individuos sino los pueblos. En este sentido, se ha abogado por la distinción conceptual entre derechos humanos y derechos de los pueblos, cada uno de ellos con autonomía y su especificidad. No debemos olvidar que ésta es la opción elegida por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos quien, ya desde el mismo enunciado, está abogando por una distinción entre los derechos humanos y los derechos de los pueblos.

Una razón contraria a los derechos colectivos, íntimamente relacionada con la anterior, es que los derechos colectivos serían innecesarios y redundan-

²⁵ Algunos intentos de definición del concepto de *pueblo* figuran en DE OBIETA CHALBAUD, J.A.: *op. cit.*; RUILOBA SANTANA, E.: «Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional: el concepto de pueblo», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, pp. 303-336.

²⁶ VELASCO CRIADO, D.: *Pensamiento Político Contemporáneo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, P. 128.

²⁷ CRAWFORD, J.: *The Rights of Peoples*, Clarendon Press, Oxford, 1988, P. 167.

tes, dado que las demandas asociadas a intereses de carácter colectivo pueden ser satisfechas mediante el reconocimiento y la garantía de los derechos individuales. Mediante la profundización en los derechos individuales se puede dar respuesta a la dimensión social y comunitaria de los individuos, sin tener que proceder para ello a la creación de derechos colectivos²⁸. Una versión extrema de esta crítica viene representada por Jack Donnelly, para quien todos los derechos colectivos, incluyendo entre ellos los derechos de la tercera generación y los derechos de los pueblos, entre los cuales figura el derecho de autodeterminación, «se pueden interpretar esencialmente como derechos de individuos actuando como miembros de grupos sociales»²⁹.

Una de las razones más sólidas y más extendidas para explicar el recelo existente ante la categoría de los derechos colectivos es que éstos pueden suponer un auténtico peligro para la pervivencia de los derechos individuales³⁰. Un excesivo énfasis en los derechos colectivos conlleva un riesgo de debilitamiento de los derechos de los individuos, como algunas experiencias históricas se han encargado, desgraciadamente, de demostrar. En este sentido, Angustias Moreno nos previene del

«desplazamiento de lo individual hacia lo colectivo que se está produciendo en el tratamiento internacional de los derechos humanos, ..., lo que puede suponer una absorción de los derechos del individuo por los del grupo y de los de éste por el Estado que haga desaparecer la noción de *derechos humanos* del orden internacional o, cuando menos, la vacíe absolutamente de contenido»³¹.

El único antídoto contra esta auténtica perversión y manipulación de los derechos colectivos es afirmar la *indivisibilidad* de los derechos individuales y los derechos colectivos, es decir, tanto unos como otros son indispensables

²⁸ Esta concepción aparece, por ejemplo, en el reconocimiento de los derechos de las minorías en la esfera internacional, donde prima el aspecto individual de dichos derechos sobre su vertiente colectiva. Es interesante en este sentido el artículo 27 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos cuando señala que «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 tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma» (la cursiva es nuestra). Como vemos, nos encontramos ante derechos individuales que se pueden ejercer colectivamente, por el hecho de pertenecer a un determinado grupo, en este caso un grupo minoritario. Estaríamos ante lo que Gurutz Jáuregui ha denominado *derechos individuales colectivizados*.

²⁹ DONNELLY, J.: *op. cit.*, p. 46.

³⁰ SIEGHART, P.: *The International Law of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1985, pp. 367 y ss.

³¹ MORENO LÓPEZ, A.: «Los derechos humanos de la solidaridad», en *IV Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad de Granada, Granada, 1980, pp. 51 y 52.

para la garantía de la dignidad humana, son «complementarios»³². Esto nos lleva a reafirmar la idea de que para proteger unos determinados derechos colectivos no se podría atentar contra derechos de carácter individual. Nos encontramos ante una tesitura en la que hay que tratar de armonizar y de encontrar equilibrios entre los derechos individuales y los derechos colectivos, lo cual no siempre va a resultar sencillo; se trata, en definitiva, de buscar un término medio entre los intereses de la comunidad en su conjunto y los del individuo. Como ha puesto de manifiesto en este sentido Theo Van Boven,

«la noción de los derechos de los pueblos no es en sí misma destructora de los derechos humanos individuales; es más, sitúa a los derechos de los pueblos y a los derechos humanos individuales en una relación dialéctica y positiva, apoyándose mutuamente y como conceptos complementarios. Tanto los derechos de los pueblos como los derechos humanos representan aspiraciones y objetivos humanos y reflejan inherentemente la búsqueda de la justicia»³³.

Una vez analizada la controversia entre los derechos individuales y los derechos colectivos, vamos a ver a continuación cómo se trasladó este debate a las discusiones en torno a los sujetos del derecho al desarrollo.

2. Sujetos del derecho al desarrollo en la Declaración sobre el derecho al desarrollo

Tal y como se desprende de las propias discusiones en torno al derecho al desarrollo como del propio texto sustantivo del principal instrumento internacional con el que cuenta este derecho, la Declaración sobre el derecho al desarrollo va a tratar de ser consecuente con esta indivisibilidad e interdependencia de los derechos individuales y los derechos colectivos. Es el artículo 1.1 de la Declaración el que expresa cuál es su concepción respecto a los titulares del derecho al desarrollo como derecho humano. Así, este artículo 1.1 dispone lo siguiente:

«El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *todo ser humano* y *todos los pueblos* están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él» (la cursiva es nuestra).

³² SIERPINSKI, B.: «Droits de l'Homme, Droits des Peuples: de la primauté à la solidarité», *L'Homme et la Société*, n.º 85-86, 1987, p. 132.

³³ VAN BOVEN, T.: «Human Rights and Rights of Peoples», *European Journal of International Law*, Vol. 6, n.º 3, 1995, p. 472.

Por su parte, y abundando en este tema de los sujetos del derecho al desarrollo, el artículo 2.1 de la Declaración que venimos comentando señala que

«la persona humana es el sujeto central del desarrollo y debe ser el participante activo y el beneficiario del derecho al desarrollo».

Como podemos observar, la Declaración sobre el derecho al desarrollo opta por una postura de equilibrio, de síntesis, respecto a los sujetos del derecho al desarrollo, un equilibrio entre la faceta individual y la faceta colectiva de este derecho humano. En este sentido, para Bedjaoui, «la Declaración sobre el derecho al desarrollo define, en una posición muy equilibrada y ecuánime, el derecho al desarrollo como un derecho tanto colectivo como individual»³⁴. En la misma línea se expresa C-A. Colliard, para quien «la Declaración consagra el equilibrio entre la dimensión individual y la dimensión colectiva del derecho al desarrollo»³⁵.

Hemos visto cómo el artículo 1.1 confiere este derecho a «todo ser humano» y a «todos los pueblos», aunque también debemos observar que el artículo 2.1 enfatiza a la persona humana como «el sujeto central del desarrollo». Parece que la Declaración quiere integrar las diferentes concepciones que existían en torno al tema de los sujetos del derecho al desarrollo, concepciones que, en muchos casos, eran contrapuestas. Ello nos puede ayudar a explicar la relativa heterogeneidad en la que incurre la Declaración a la hora de definir los titulares del derecho al desarrollo. En el preámbulo, la Declaración se refiere a que el desarrollo es una prerrogativa de las «naciones», sin clarificar qué entiende por naciones³⁶; posteriormente, en el artículo 1, confiere este derecho a los seres humanos y a los pueblos, sin mencionar explícitamente a los Estados como titulares³⁷ y sin definir en ningún momento lo

³⁴ BEDJAOUI, M.: «The Right to Development», en BEDJAOUI, M. (General Editor): *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO-Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 1182.

³⁵ COLLIARD, C-A.: «L'adoption par l'Assemblée Générale de la Declaration sur le droit au développement (4 décembre 1986), *Annuaire Français de Droit International*, Vol. XXXIII, 1987, p. 623.

³⁶ Según DE FEYTER, la utilización que la Declaración hace del término «naciones» en el preámbulo supone una «referencia indirecta» a los Estados, aunque él mismo se encarga de reconocer que esta perspectiva no vuelve a aparecer en la parte operativa de la Declaración; incluso el mismo término «naciones» ya no se vuelve a mencionar en el texto de la Declaración, en DE FEYTER, K.J.E.: *The Human Rights Approach to Development*, tesis doctoral dirigida por el Dr. M. BOSSUYT, Universitaire Instelling Antwerpen, Belgium, 1992, p. 387.

³⁷ Sin embargo, debemos recalcar cómo el artículo 2.3 otorga también un protagonismo al Estado en el proceso de desarrollo, aunque no le cite expresamente como uno de los sujetos del derecho al desarrollo. Este artículo establece que «los Estados tienen el derecho y el deber de formular políticas de desarrollo nacional adecuadas con el fin de mejorar constantemente el bienestar de la población entera y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la equitativa distribución de los beneficios resultantes de éste».

que entiende por «pueblo»; por otro lado, el artículo 2.1 parece que establece una suerte de jerarquía, en beneficio del aspecto individual del derecho al desarrollo... En opinión de Kenig-Witkowska, «esta multifacética y heterogénea definición de los sujetos del derecho al desarrollo no es lo bastante clara y puede poner en peligro su implementación»³⁸. Lo cierto es que tenemos que admitir que no podía ser de otra forma, dado que la Declaración sobre el derecho al desarrollo fue el resultado de un compromiso tras arduas e interminables negociaciones, todo un encaje de bolillos para intentar alcanzar un consenso entre las diferentes posturas que existían en torno al espinoso tema de los sujetos del derecho al desarrollo³⁹.

Un aspecto que merece ser destacado en la Declaración sobre el derecho al desarrollo es que el individuo ostenta una posición privilegiada, es el «sujeto central del desarrollo», tal y como viene contemplado en el artículo 2.1 de la Declaración. Esta aproximación al derecho al desarrollo, desde las necesidades y desde la participación del individuo, supone «un enfoque muy positivo»⁴⁰ para autores como Triggs. Esto implica que todo proceso de desarrollo debe contar necesariamente con el individuo, con su participación y con sus expectativas. Acorde con esta importancia del individuo en la concepción del derecho al desarrollo, la Declaración sobre el derecho al desarrollo establece como uno de los elementos fundamentales de este derecho el respeto y la garantía de todos los derechos humanos. La Declaración asume que no cabe un verdadero desarrollo si no se produce un respeto escrupuloso de los derechos y las libertades fundamentales. Las referencias en la Declaración a la protección de los derechos humanos son variadas. Así, en el preámbulo de la Declaración, la Asamblea General se declara

«preocupada por la existencia de graves obstáculos, constituidos, entre otras cosas, por la denegación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, obstáculos que se oponen al desarrollo y a la completa realización del ser humano y de los pueblos, y considerando que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes...»⁴¹.

³⁸ KENIG-WITKOWSKA, M.M.: «The UN Declaration on the right to development in the light of its *travaux préparatoires*», en DE WAART, P.J.I.M.; PETERS, P. and DENTERS, E.M.G. (Eds.): *International Law and Development*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, p. 382.

³⁹ A pesar de todos los esfuerzos desplegados para alcanzar el consenso en éste y otros aspectos problemáticos de la Declaración, ya hemos visto cómo Estados Unidos votó en contra e importantes Estados occidentales optaron por la abstención.

⁴⁰ TRIGGS, G.: «The Rights of Peoples and Individual Rights: Conflict or Harmony?», en CRAWFORD, J. (Ed.): *The Rights...*, *op. cit.*, p. 156.

⁴¹ N.º 10 del preámbulo de la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*.

Por otro lado, diferentes artículos de la Declaración mencionan los derechos humanos como un elemento importante para el desarrollo; entre ellos, destaca el artículo 6.3, señalando que

«los Estados deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos al desarrollo resultantes de la inobservancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales».

De todas formas, en lo que a nosotros nos concierne, los pueblos indígenas ni siquiera se mencionan en la Declaración sobre el derecho al desarrollo, constituyéndose así en unos de los «grandes olvidados» de la Declaración⁴². Y este olvido tenemos que reconocer que es un olvido plenamente consciente, dado que hubo propuestas en el sentido de incorporar expresamente a los pueblos indígenas como titulares del derecho al desarrollo y estas propuestas fueron desechadas.

3. Los pueblos indígenas como titulares del derecho al desarrollo

Al hilo del análisis que venimos efectuando, para un determinado sector de la corriente doctrinal que ve en el derecho humano al desarrollo un derecho de carácter individual y colectivo, va a ser fundamental para la adecuada garantía de este derecho la participación de ciertas entidades subnacionales en todo proceso de desarrollo. El derecho al desarrollo se configura así, en palabras de De Feyter, como un derecho «multidimensional»⁴³. Es decir, además de los pueblos, el derecho al desarrollo también va a tener como titulares a «las minorías y a los pueblos indígenas»⁴⁴. Con esta ampliación de los sujetos del derecho al desarrollo se trataría de garantizar la participación de aquellos entes hacia los que va dirigido el desarrollo, la participación de lo que Ginther denomina las «estructuras intermedias»⁴⁵. Para este autor, garantizando el derecho al desarrollo de estas estructuras

⁴² Lo cierto es que los pueblos indígenas han constituido una auténtica «humanidad ausente» en el proceso de elaboración de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 hasta nuestros días. Ver al respecto CLAVERO, B.: «De los ecos a las voces, de las leyes indigenistas a los derechos indígenas», en *Derechos de los Pueblos Indígenas*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 37.

⁴³ DE FEYTER, K.J.E.: *The Human Rights Approach to Development...*, op. cit., p. 550.

⁴⁴ DE FEYTER, K.J.E.: *The Human Rights Approach to Development*, op. cit., p. 272.

⁴⁵ GINTHER, K.: «The domestic policy function of a right of peoples to development: popular participation a new hope for development and a challenge for the discipline», en ROY CHOWDHURY, S.; DENTERS, E.M.G.; and DE WAART, P.J.I.M. (Eds.): *The Right to Development in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, p. 69.

intermedias entre el individuo, el pueblo y los Estados, se consolida la función doméstica del derecho al desarrollo, es decir, se asegura una participación lo más amplia posible de todos aquellos sujetos sin cuyo concurso no es posible un verdadero y auténtico proceso de desarrollo⁴⁶. En esta misma línea, diferentes autores han reconocido que etnias, minorías y pueblos indígenas también deben pasar a ser sujetos activos del derecho al desarrollo⁴⁷. Y ello, sobre todo, tras constatar que los pueblos indígenas se encuentran entre los principales damnificados de políticas de desarrollo inadecuadas y que no han tenido en cuenta sus intereses, necesidades y sus particulares formas de entender y concebir el mundo⁴⁸. A pesar de que estos pueblos no aparecen mencionados en la Declaración sobre el derecho al desarrollo, desde diferentes instancias se ha defendido su inclusión entre los sujetos del derecho al desarrollo. Así, Koen De Feyter, de la Universidad de Maastricht, señala la necesidad de incluir a los pueblos indígenas entre los titulares del derecho al desarrollo si queremos preservar su identidad e, incluso, su propia supervivencia⁴⁹, postura que es compartida por otros

⁴⁶ En este sentido, es interesante la aportación de un autor como Stavenhagen con la introducción del concepto de «etnodesarrollo», una forma alternativa de desarrollo que enfatiza el rol de las entidades sub-nacionales en el proceso de desarrollo. Desde la perspectiva del etnodesarrollo, el Estado y la sociedad se beneficiarían de la diversidad de estrategias de desarrollo determinadas por los diferentes grupos étnicos. El etnodesarrollo implica, en última instancia, el establecimiento de amplios márgenes de autonomía de los grupos étnicos en relación con la toma de decisiones en torno al uso de recursos para el desarrollo, *Cfr.* en STAVENHAGEN, R.: «Ethnodevelopment: a neglected dimension in Development Thinking», en *Ethnic Violence, Development and Human Rights*, SIM, Utrecht, 1985, pp. 15-51.

⁴⁷ BERMEJO y DOUGAN, por ejemplo, son de la opinión de que las etnias y las minorías también pueden prevalecer del derecho al desarrollo, aunque la Declaración sobre el derecho al desarrollo no les mencione explícitamente, BERMEJO GARCIA, R. y DOUGAN BEACA, J.D.: «El derecho al desarrollo: un derecho complejo con contenido variable», *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 1985, p. 239; esta posición es compartida, aunque con matices, por BROWNLEE, I.: *The Human Right to Development*, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁸ *Cfr.* al respecto *Informe sobre la Conferencia Técnica de las Naciones Unidas sobre la Experiencia Práctica en el logro de un Desarrollo Autónomo Sostenible y Ecológicamente Idóneo para las Poblaciones Indígenas* (Santiago, Chile, 18 a 22 de mayo de 1992), Relator: SR. INGMAR EGEDE (Inuit Circumpolar Conference), E/CN.4/Sub.2/1992/31/Add.1, de 25 de mayo de 1992; SIMON, M.: «Indigenous Peoples and the Right to Development: an Inuit Perspective», *Global Consultation on the Realization of the Right to Development as a Human Right*, Geneva, 8-12 January 1990, HR/RD/1990/CONF.26; SPELLMAN, J.W.: «Development through indigenous resources», *Global Consultation on the Realization of the Right to Development as a Human Right*, Geneva, 8-12 January 1990, HR/RD/1990/CONF.31; MOSES, T.: «Indigenous Peoples and International Development Policies», *Global Consultation...*, HR/RD/1990/CONF.18; EWEN, A. (Ed.): *La Voz de los Pueblos Indígenas*, Olañeta, Palma de Mallorca, 1995.

⁴⁹ DE FEYTER, K.J.E.: *The Human Rights Approach to Development...*, *op. cit.*, p. 476.

autores que han prestado atención al derecho al desarrollo y su relación con las poblaciones indígenas⁵⁰.

Para, de alguna forma, tratar de colmar la laguna presente en la Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*, adoptado el 27 de junio de 1989, realiza algunos reconocimientos interesantes de determinados derechos colectivos desde la óptica del desarrollo de los pueblos indígenas. En concreto, el artículo 7 del Convenio se refiere a que «los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual..., y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural...». Por su parte, el artículo 13 dispone que «... los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios... y, *en particular, los aspectos colectivos de esta relación*» (la cursiva es nuestra). No podemos olvidar, como muy bien pone de manifiesto este artículo, la dimensión colectiva inherente a la cosmovisión indígena relativa a su relación con la tierra y al derecho de propiedad sobre ella, aspectos fundamentales para un adecuado desarrollo de los pueblos indígenas, un desarrollo que pasa necesariamente por su relación especial con su territorio⁵¹. En coherencia con este planteamiento, el artículo 14 del Convenio que venimos analizando va a reconocer un derecho de propiedad de carácter colectivo para los pueblos indígenas. En virtud de esta disposición, «deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan».

Asimismo, en la propia Consulta Mundial sobre el derecho al desarrollo, celebrada en Ginebra en enero de 1990, se hizo un especial énfasis en la desfavorable situación de los pueblos indígenas, subrayando que «las violaciones más destructivas y frecuentes de los derechos de los pueblos indígenas eran consecuencia directa de unas estrategias de desarrollo que no respetan

⁵⁰ COE, P.: «The Right to Development must also adress indigenous peoples and economies», *Global Consultation on the Realization of the Right to Development as a Human Right*, Geneva, 8-12 January 1990, HR/RD/1990/CONF.38; BULL, H.: «Indigenous Peoples and the Right to Development», *Global Consultation on the Realization of the Right to Development as a Human Right*, Geneva, 8-12 January 1990, HR/RD/1990/CONF. 25.

⁵¹ Esta relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales y el carácter colectivo de su propiedad ha sido reconocido recientemente en una memorable sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 31 de agosto de 2001, en el caso de la comunidad Awas Tingni contra la República de Nicaragua por determinadas concesiones de explotación maderera en el territorio tradicional de la comunidad Awas Tingni. Ver al respecto ANAYA, S.J. and GROSSMAN, C.: «The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples», *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, n.º 1, 2002, pp. 1-16.

el derecho fundamental a la libre determinación»⁵², derecho que, como sabemos, está íntimamente relacionado con el derecho al desarrollo⁵³. De acuerdo con esta visión, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 consagró una parte de la Declaración Final a reconocer la importancia de garantizar el desarrollo y el bienestar de los pueblos indígenas. Es el párrafo 11 de la Declaración de Viena el que subraya que «la Conferencia Mundial reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios del desarrollo sostenible»⁵⁴.

Sin embargo, el reconocimiento más explícito y rotundo de los pueblos indígenas como auténticos titulares del derecho al desarrollo se encuentra en el *Proyecto de Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* que se está discutiendo en el seno de un Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas creado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este Proyecto⁵⁵ ha incluido entre los derechos que les corresponden a estos pueblos, además del derecho a su libre determinación, derecho sobre el que pivota todo este Proyecto, el derecho a perseguir su propio desarrollo económico, cultural y político. Es el artículo 23 del citado proyecto el que establece que

«los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de *su derecho al desarrollo*. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar todos los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les afecten y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones»⁵⁶ (la cursiva es nuestra).

⁵² *Consulta Mundial sobre el Derecho al Desarrollo como Derecho Humano. Informe preparado por el Secretario General de conformidad con la resolución 1989/45 de la Comisión de Derechos Humanos*, E/CN.4/1990/9/Rev.1, de 26 de septiembre de 1990, p. 29.

⁵³ No podemos olvidar que el artículo 1.2 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo proclama que «el derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación...».

⁵⁴ *Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, A/CONF.157/DC/1/Add.1, de 24 de junio de 1993.

⁵⁵ Un riguroso estudio en torno a los avatares por los que está transitando este Proyecto y en cuanto a su futuro en BROLMANN, C.M. and ZIECK, M.Y.A.: «Some Remarks on the Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *Leiden Journal of International Law*, Vol. 8, n.º 1, 1995, pp. 103-113.

⁵⁶ «Proyecto de Declaración convenido por los miembros del Grupo de Trabajo en su 11º período de sesiones», en *Discriminación contra las Poblaciones Indígenas. Examen técnico del proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, de 20 de abril de 1994.

Este Proyecto, como vemos, realiza una nítida afirmación de los pueblos indígenas como titulares de un derecho tan necesario para ellos como es su derecho al desarrollo. De todas formas, debemos tener en cuenta que nos encontramos todavía tan solo con un Proyecto que, además, cuenta con unas enormes resistencias por parte de los Estados. Y es que, en el fondo, existe una pugna entre el modelo de desarrollo que persiguen el Estado y las grandes empresas transnacionales⁵⁷ y el modelo de desarrollo que defienden los pueblos indígenas. Otorgar el derecho al desarrollo a los propios pueblos indígenas podría suponer dejar en sus manos valiosos recursos y territorios que los Estados se resignan a dejar de controlar. Ahora bien, debemos ser conscientes de que de la garantía del derecho a su propio desarrollo a los pueblos indígenas depende su supervivencia como entidades autónomas y diferenciadas.

⁵⁷ Tal es la relevancia creciente de las empresas transnacionales en la economía mundial que la propia Subcomisión de derechos humanos de las Naciones Unidas ha creado un Grupo de Trabajo para analizar las actividades y los métodos de trabajo de dichas empresas y sus eventuales impactos sobre el disfrute de los derechos humanos. Este Grupo de Trabajo ya ha celebrado varias reuniones y una de sus conclusiones es el impacto de las actividades de estas compañías sobre las comunidades indígenas, en *Informe del Grupo de Trabajo encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su primer período de sesiones*, Presidente-Relator: Sr. El-Hadji GUISE, E/CN.4/Sub.2/1999/9, 12 de agosto de 1999, p. 5. Ver asimismo DORRENBOOM, N.J.: *Transnational Corporations and the responsibility for their impact on the lives of Indigenous Peoples in Latin America*, European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, University of Padova-University of Deusto, 2001.

Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente

Mikel Berraondo López

1. A modo de introducción. ¿El derecho humano al medio ambiente desde la perspectiva indígena?

Para poder establecer el derecho humano al medio ambiente de los pueblos indígena resulta importante ser capaces de deducir en el lenguaje propio de los derechos humanos todos los elementos que integran esa relación especial y traducirlos al lenguaje jurídico y muy particular de los derechos humanos para poder realizar una construcción que tenga validez dentro de los sistemas jurídicos de derechos humanos, ya que en los sistemas propios indígenas no es necesario realizar dicho ejercicio porque su relación con el medio ambiente es evidente, no necesita explicación alguna y se encuentra respetada y protegida sin necesidad de interferir de ninguna manera. En pro del respeto de la diversidad cultural y de la tan ansiada universalidad de los derechos humanos resulta fundamental realizar este esfuerzo de adaptación de unos sistemas de reconocimientos propios a aquel sistema de reconocimiento de valores que se ha erigido en el sistema universal de protección como es el sistema de derechos humanos, ya que en materia de protección ambiental resulta evidente la existencia de parámetros totalmente opuestos entre unas culturas y otras y los estándares asumidos por el conjunto de la mayoría no resultan suficientes para la protección de las culturas indígenas.

Por este motivo, y por esa vocación universalista que tanto se ha afirmado de los derechos humanos resulta necesario construir en clave de derechos humanos ese derecho indígena al medio ambiente para poder posteriormente comparar su contenido con el que se le ha otorgado desde la doctrina de los derechos humanos e iniciar un proceso de cohesión imprescindible para poder mantener esa vocación universalista de los derechos humanos, y sobre todo para poder asegurar cierto grado de eficacia de la doctrina de los derechos humanos en la protección de aquellos valores fundamentales o de

aquellas necesidades básicas de todas las culturas presentes en el mundo. De nada sirve que intentemos aplicar patrones de reconocimiento de necesidades básicas occidentales a culturas diferentes que priman o necesitan el reconocimiento y protección de otras necesidades que desde puntos de vista occidentales pueden ser consideradas superadas, y que luego intentemos hacer creer un discurso de diversidad cultural y universalidad de los derechos humanos.

Con todo lo dicho, si tuviéramos que hablar, en términos occidentales, de la construcción del derecho humano al medio ambiente bajo las perspectiva indígena, teniendo presente el respeto de los criterios de las necesidades vitales y de la universalidad de los derechos humanos, entendida la universalidad condicionada por el respeto a la diversidad cultural, tendríamos un derecho sustancialmente diferente al derecho humano al medio ambiente reconocido en los ámbitos internacionales y nacionales. En primer lugar hablaríamos de un derecho al mantenimiento y promoción de la relación especial entre los pueblos y comunidades indígenas y el medio ambiente, en los términos en que ha sido descrita esa relación especial, en ámbitos internacionales, principalmente. Una relación que sitúa al medio ambiente en el centro de las culturas indígenas como pilar fundamental alrededor del cual gira toda la vida política, social, económica y espiritual, y que podemos describir como interdependiente, intergeneracional, sostenible e integral, en el sentido de que afecta de manera transversal a los diferentes ámbitos de la vida de los pueblos indígenas. Esta relación especial se convertiría en el valor fundamental del derecho indígena al medio ambiente.

Y en segundo lugar hablaríamos de un derecho de protección de esta relación especial, que se materializaría a través de los tres derechos que acabamos de mencionar, el derecho a la tierra, el derecho a los recursos naturales y el derecho al territorio, que a su vez se concretarán a través del ejercicio de todo un elenco de derechos ambientales, algunos de los cuales ya existen en relación a la protección del derecho al medio ambiente occidental y otros surgirían directamente de las necesidades derivadas de proteger la relación especial en toda su magnitud y extensión. La materialización de estos tres derechos resulta fundamental para la protección de la relación especial y su proceso de concreción está actualmente en el ojo del huracán, ante todas las negaciones que despiertan en los Estados y sociedades no indígenas, que se sienten amenazados si se respetan los derechos de los pueblos indígenas, después de acostumbrarse a vivir dándoles la espalda y negándoles sus derechos más básicos.

Hablamos del territorio indígena, sin duda, el derecho ambiental indígena que más polémica suscita en ámbitos no indígenas y que más reticencias encuentra en su proceso de positivación. De hecho, presenta fuertes detractores entre los Estados que o no lo reconocen, o lo limitan hasta el extremo de

negar sus elementos más básicos, produciendo una distorsión terminológica del propio concepto para enmascarar su oposición decidida al reconocimiento de tal derecho. Es evidente que resulta un derecho bastante molesto para los Estados, que lo ven desde el punto de vista de las consecuencias supuestamente negativas que podría generar en la estabilidad de los modelos de organización política del Estado y que no resisten la utilización de un término con tanta fuerza en el derecho como es el del término «territorio». Por este motivo se han producido numerosos intentos de diluir el contenido de este derecho entre los contenidos de otros derechos ambientales, menos polémicos y con enunciados terminológicos menos conflictivos.

Los Estados han insistido en desinflar el fuerte contenido que guarda en sí misma la concepción indígena del territorio, transformando los distintos elementos que conforman esta concepción en reclamos estancos e independientes unos de otros, adoptando dinámicas puramente mercantilizadoras de los derechos como demuestra sus constantes intentos en reducir o circunscribir este derecho al territorio siempre en el marco del derecho privado de propiedad, aceptando la posibilidad de luchar por tener más o menos extensión de tierra, pero no aceptando que un pueblo pueda tener autoridad o capacidad de decisión. Hasta ahora los Estados han rechazado un reclamo de jurisdicción proveniente de los pueblos indígenas, alegando que dicho reclamo atenta directamente contra la integridad y soberanía de los Estados.¹ El problema se da a raíz de que dicho reclamo de jurisdicción no es sobre cuestiones secundarias, sino que se produce sobre su derecho al territorio, cuyo reconocimiento y respeto se hace necesario para garantizar la existencia misma de los pueblos indígenas por ser este el espacio donde ejercen control político y el derecho a la propia cultura, a la posibilidad de mantener y desarrollar su relación con la naturaleza, sus expresiones artísticas, sus creencias, su historia misma, su versión de la historia.² Dicho de otro modo, este reclamo de jurisdicción sobre el derecho al territorio resulta fundamental ya que la defensa del territorio equivale a la defensa de la propia existencia físico-espiritual porque es en la tierra que se saca el sustento pero también es el espacio donde yacen los ancestros, donde se reproduce la cultura, la identidad y la organización social.

En vista de tanta polémica que rodea a dicho derecho, no resulta extraño que sea el derecho menos reconocido de todos los derechos ambientales indígenas y que más detractores presenta, junto con el derecho sobre los re-

¹ GOMÉZ M. M., «El derecho indígena frente al espejo de América Latina», en Alta V., Iturralde, D. y López-Bassols, M.A. (compiladores), *Pueblos indígenas y Estados en América Latina*, ed. Abya Yala, Quito, 1998. P 124-125.

² Nota superior. P 124.

cursos naturales. De hecho es un derecho que no se reconoce en su totalidad, puesto que siempre se intenta limitar y supeditar su ejercicio a la soberanía de los Estados y que para obligar a los Estados a cumplirlo ha sido necesaria la aparición de sentencias jurídicas vinculantes de tribunales internacionales, las que han sentado las bases jurídicas para permitir el reconocimiento del derecho al territorio. Lo que es importante dejar bien claro, es el carácter fundamental e irrenunciable que este derecho al territorio presenta para los pueblos indígenas, puesto que es el derecho donde se integran el reconocimiento y respecto de todas las características diferenciadoras de la relación de los pueblos indígenas con el medio ambiente y porque el reconocimiento de este derecho condiciona el desarrollo de otros derechos tan importantes como son los derechos culturales, religiosos o de autogobierno. En definitiva, y como los mismos pueblos indígenas señalan constantemente la negación del derecho al territorio supone prácticamente la condena a la extinción cultural y a la asimilación en las culturas mayoritarias, puesto que sin la posibilidad de ejercer los derechos territoriales, resulta muy difícil poder desarrollar derechos de autogobierno y derechos culturales arraigados en la relación con la tierra.

2. Confusiones terminológicas

Curiosamente, y a pesar de la trascendencia que este derecho presenta para los pueblos indígenas, existe cierta confusión terminológica que oscurece el reconocimiento de este derecho y su posible ejercicio por todos los pueblos indígenas. Esta confusión viene motivada por dos planteamientos radicalmente opuestos, tanto en el origen como en los resultados que se pretende conseguir. De un lado, podemos hablar de una confusión inconsciente, creada generalmente por los propios pueblos indígenas, quienes no están acostumbrados a utilizar terminología occidental para referirse a sus tierras y territorios, y que dentro de sus propios sistemas de organización políticas y sociales nunca se han visto en la necesidad de hacer tales distinciones en materia territorial, puesto que no existen dudas dentro de las cosmovisiones indígenas sobre el contenido, la importancia, la indivisibilidad e irrenunciabilidad de sus derechos territoriales. Esta confusión se produce en el momento de adaptar e integrar su relación con la tierra a las patrones occidentales de derechos, asumiendo la complejidad de quien tiene que fundamentar la existencia y contenidos de un derecho fundamental que no existe en los complejos sistemas de derechos occidentales, y que por lo tanto, a la vista de los sistemas internacionales y nacionales de derechos estamos hablando de la creación de un derecho nuevo. Ante esta situación, los pueblos indígenas han tardado tiempo en conceder a

las cuestiones conceptuales relacionadas con sus tierras y territorios la importancia que se merecen dentro de los sistemas occidentales, al no ser una cuestión relevante para ellos, puesto que sus cosmovisiones siempre se han mostrado unánimes al entender la complejidad de su relación con el medio ambiente cada vez que se pronunciaban sobre ella. La necesidad de tener que explicar y precisar el significado de sus territorios ha sido y es una necesidad creada, basada en la necesidad occidental de conceptualizar los nuevos derechos emergentes y de adaptar las distintas corrientes culturales a las corrientes predominantes en las doctrinas clásicas de derechos humanos.

Hasta el momento en que surge la posibilidad de reivindicar y defender sus derechos ambientales y territoriales, arropadas por el derecho de los derechos humanos surgido en la segunda mitad del siglo XX, que coincide a su vez con el agravamiento de su hostigamiento en busca de los recursos naturales de sus territorios, los pueblos indígenas no habían tenido nunca que demostrar o explicar una cuestión, carente de cualquier polémica, como es la de su relación con la tierra y sus derechos territoriales. Es a partir del interés creciente por los recursos naturales existentes en sus territorios cuando tienen que hacer frente a divisiones ambientales artificiales para ellos, que dividen sus territorios en recursos naturales del suelo y del subsuelo, que hablan de tierras y/o territorios y que en definitiva solamente obstaculizan la defensa de sus territorios y la construcción de un cuerpo jurídico que los proteja de injerencias externas en sus territorios. A base de conflictos y de mucha indefensión los pueblos indígenas han tenido que comprender la diferente concepción sobre la relación con el medio ambiente imperante en el mundo occidental y han tenido que traducir los elementos sustanciales de su relación con el medio ambiente, al lenguaje occidental para poder motivar el desarrollo de un cuerpo jurídico que proteja la esencialidad de su relación con el medio ambiente y no se quede solo en los aspectos superficiales de dicha relación. De una concepción global e integradora, en la que todos los elementos de la naturaleza ocupan un lugar en la construcción cosmovisional, y no se concede excesiva importancia a la forma con que se denominan a cada uno de estos elementos porque todos y cada uno de ellos forman parte del todo que significa la relación indígena con el medio ambiente, han tenido que pasar a adaptar su visión a una concepción desintegradora, en la que las palabras tienen significados distintos, y en la que al margen de pretender establecer marcos globales de relacionarse y entender el mundo, se pretende crear departamentos estancos, dividiendo los recursos naturales entre recursos renovables y no renovables o recursos del suelo y del subsuelo, siempre con el objetivo único de favorecer la explotación de esos recursos. En esta situación los pueblos indígenas se han visto obligados a tener que conceptualizar su relación con

el medio ambiente a través de términos occidentales como tierra o como territorio, a pesar de las muchas dificultades que esto les supone, cuando tratan de explicar dicha relación.

Por otro lado, podemos hablar de otro tipo de confusión, que viene dada generalmente desde las culturas occidentales, que resulta más preocupante, por la intencionalidad que generalmente lleva consigo, y que se encuentra enfocada maliciosamente hacia la negación del derecho al territorio, tal y como se concibe por las culturas indígenas, y a su equiparación con las corrientes occidentales del derecho humano al medio ambiente, con menos implicaciones políticas y económicas que la perspectiva indígena. Hablamos de una confusión consciente o inducida para refererirnos a aquella confusión que se genera desde los legisladores y políticos occidentales, a raíz de la promoción de una supuesta equiparación terminológica entre términos con significados distintos como son la tierra o el territorio. Desde las doctrinas occidentales se promueve la utilización indistinta de dichos términos, equiparándolos con el derecho humano al medio ambiente positivado en los distintos sistemas constitucionales o regionales, y por lo tanto eliminando los aspectos existenciales de una relación que presenta connotaciones políticas, sociales, económicas y culturales que como resulta más que evidente son irrenunciables. Se tiende a generar un clima de confusión y desconocimiento que obstaculiza peligrosamente el reconocimiento de este derecho. Esta confusión se potencia simultáneamente desde ámbitos políticos y jurídicos conservadores, que no muestran disposición alguna a tolerar el surgimiento de nuevos conceptos y nuevos derechos que supuestamente atenten contra la soberanía de los Estados, y que se niegan a reconocer el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus culturas y sus formas de vida sin necesidad de ser integrados en las formas de vida y contextos culturales occidentales. Esta confusión consciente de políticos y legisladores occidentales, realizada a través del juego consciente con la terminología para confundir a los propios pueblos indígenas y equiparar todos los derechos ambientales de los pueblos indígenas alrededor de los derechos ambientales reconocidos a nivel internacional y nacional para los pueblos no indígenas, pudo basarse en un origen en el desconocimiento sobre las culturas indígenas y sus cosmovisiones. De esta manera, se podrían excusar actitudes equiparadoras en el desconocimiento y la falta de entendimiento de una relación compleja y radicalmente opuesta a la existente entre las culturas occidentales y el medio ambiente.

Pero a raíz de la creciente necesidad por explotar los recursos naturales, y el mantenimiento de actitudes racistas de rechazo y discriminación hacia las culturas indígenas, resulta más que evidente la intencionalidad de esta confusión consciente y su finalidad clara y concreta de reducir los derechos

ambientales de los pueblos indígenas a su mínima expresión. Mínima expresión que se concreta en la negación de que la relación entre los pueblos indígenas y el medio ambiente sea una relación existencial basada en la interdependencia de los derechos territoriales con derechos de autodeterminación, autogobierno, culturales y religiosos; y en el no reconocimiento de derechos de propiedad de los territorios, o de derechos sobre los recursos naturales. En definitiva, con esta confusión consciente se busca eliminar todas las connotaciones peligrosas para la soberanía de los Estados de ciertos derechos ambientales indígenas, eliminando tales derechos de la concepción del derecho indígena al medio ambiente, y generando una confusión tal, que imposibilite cualquier tipo de concreción favorable o integradora de la construcción indígena del derecho humano al medio ambiente en las doctrinas internacionales de derechos humanos.

Así resulta típico encontrar, entre la postura de los legisladores de los Estados comentarios aludiendo a las tierras o territorios de manera indistinta, como si guardaran el mismo significado, lo cual significa una negación consciente del derecho al territorio de los pueblos indígenas. Y eso en aquellos Estados, considerados como progresistas, porque precisamente son los Estados que más amplio reconocimiento de los derechos ambientales de los pueblos indígenas realizan. La Constitución política de Ecuador de 1998, habla de tierras y de la propiedad comunitaria de las tierras, pero limita estos derechos de propiedad reservándose los recursos naturales del subsuelo, o la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999, que siempre habla de tierras indígenas y les reconoce el derecho de propiedad sobre dichas tierras, siempre y cuando lo permita el Estado.

En otros Estados menos progresistas la negación del derecho al territorio y la equiparación terminológica entre las tierras y los territorios es total. Por ejemplo, en los países Norteamericanos, Canadá y EEUU, se ha llegado al punto de adoptar una definición de territorio, totalmente distorsionada, a la que se han desposeído de cualquier connotación que ponga en riesgo la integridad territorial y la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales. Sin ir más lejos para Canadá la distinción terminológica se resuelve considerando que la tierra indígena es el área donde un pueblo indígena ejerce su derecho de propiedad y jurisdicción, mientras que los territorios son aquellas áreas que no forman parte de la tierra indígena, donde los pueblos indígenas ejercen otros derechos (uso de tránsito, caza y reunión, ceremonias sagradas), pero que no son de su propiedad y en las que no puede ejercerse la jurisdicción indígena³. Una distinción, esta, muy alejada de la realidad indígena,

³ KREIMER, O., Informe del Relator de la Sesión del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,

que rechaza la existencia de cualquier tipo de derecho que proteja la relación especial entre los pueblos indígenas y su medio ambiente y tan solo tiene en cuenta aquellas tierras en las que se puede aplicar la jurisdicción indígena. En Estados Unidos por su parte, el problema se resuelve de manera práctica ya que se afirma que en la jurisprudencia estadounidense ya no se utiliza el término territorio, y que en la ley estadounidense, la palabra «territorios» no es un término que tenga un significado o definición jurídica específica. Es cierto que con frecuencia se ha utilizado en contextos jurídicos y políticos para definir las tierras sobre las cuales los pueblos indígenas tienen derechos jurídicos. Sin embargo, los diferentes derechos de propiedad de los pueblos indígenas varían tanto que es bastante difícil conectar un término con una definición común de sus derechos constituyentes. Es cierto que en Estados Unidos normalmente se utilizan términos tales como país indígena, tierras indígenas y reservas indígenas. Este último normalmente se utiliza para describir áreas de tierras y recursos que se encuentran bajo la amplia jurisdicción o autoridad de los pueblos indígenas. Los otros dos pueden incluir reservas así como áreas en las que los pueblos indígenas pueden tener varios derechos que pueden o no incluir la plena propiedad de las tierras o la plena jurisdicción sobre las mismas (subsuelo y/o suelos), pero también incluyen otros derechos mencionados (por ejemplo, uso, tránsito, caza, reunión, ceremonias sagradas).⁴

Su convencimiento de que el territorio de los pueblos indígenas significa el contenido que ellos le atribuyen es tal, que en diversos foros internacionales de discusión sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, mantienen su definición de territorio, como la única definición válida, a pesar, incluso, de sus propios pueblos indígenas, quienes dan una visión totalmente diferente sobre como y por qué se ha llegado a tal definición en sus Estados⁵.

sobre la Sección Quinta del Proyecto de Declaración con especial énfasis en las «Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios», celebrada en Washington los días 7 y 8 de noviembre de 2002. OAS GT/DADIN/Doc.113/03 rev.1, de 20 de febrero de 2003. P 4.

⁴ *Op. cit.*

⁵ Esta contradictoria postura entre las planteamientos de los Estados y los planteamientos de los pueblos indígenas en la reunión del Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Declaración del año 2000, en donde el representante de Canadá apostó por una definición del término «territorios» confundiendo las cuestiones término y equiparando tierras y territorios indígenas en un mismo término. Según Canadá, la concepción norteamericana sobre las tierras y los territorios, hace preciso enmendar y aclarar el texto actual y en especial que se distinguiese entre los términos «tierras» y «territorios». El término «tierras» se referiría a aquellas zonas en que los pueblos indígenas podían ser los propietarios o usuarios exclusivos. En cambio el término «territorios» incluiría aquellas zonas en las cuales los pueblos indígenas, sin ser propietarios o usuarios exclusivos, podían practicar su estilo de vida tradicional, de conformidad con la legislación nacional. Mientras, en la misma sesión el representante de la Comunidad Upp.er

Y es típico también encontrar en textos internacionales referencias indistintamente a las tierras y a los territorios indígenas, afirmando su equiparación conceptual, y negando por tanto una parte sustancial de la relación entre los pueblos indígenas y el medio ambiente. Como ejemplo podemos citar el mismísimo Convenio n.º 169 de la OIT, único instrumento internacional que protege derechos humanos de los pueblos indígenas, que afirma en su artículo 13 que la utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. Para facilitar la ratificación del convenio, los redactores accedieron a integrar el término territorio dentro del término tierras, una vez que quedó claro que el empleo del término territorio no tendría implicaciones de ningún tipo para la propiedad y soberanía nacional. Esto fue debido a que el Convenio dejó muy claro desde el momento mismo de su redacción que el límite al ejercicio de estos derechos territoriales se encontraba en los marcos de los Estados en donde viven los pueblos indígenas, por lo que resulta evidente la negación que se introduce en el Convenio con relación al ejercicio del derecho al territorio, en cuanto que el convenio no se manifiesta a favor del reconocimiento de estos derechos, y en la fundamentación de estos derechos en el propio derecho indígena sino que establece el límite de los Estados para todos los derechos que establecen, negando por tanto el origen anterior de los derechos indígenas a sus tierras y territorios a la creación de los Estados⁶.

2. Concepción de las Tierras indígenas

Para poder abordar con detenimiento la construcción y alcance de este derecho a la tierra, primero de los derechos sustantivos que conforman el derecho indígena al medio ambiente, es importante hacer un esfuerzo por entender el significado del término tierra, para poder establecer una diferenciación clara y precisa respecto al derecho al territorio, otro de los

Sioux/Pejihauzizi Oyate, critico severamente dicho planteamiento haciendo observaciones sobre las diferencias entre los conceptos occidental e indígena de la tierra y la propiedad y los esfuerzos desplegados por las autoridades responsables para asimilar a los americanos autóctonos y debilitar su concepto de colectivismo tradicional, demostrando que las visiones estatales sobre las concepciones terminológicas distan mucho de adecuarse a la realidad indígena y a los conceptos indígenas sobre las tierras y los territorios. Comisión de Derechos Humanos. 56º período de sesiones E/CN.4/2000/84, de 6 de diciembre de 1999. Párrafo 96 y 87 respectivamente.

⁶ Ver TOMEI, M. y SWEPSTON, L., *Pueblos indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del Convenio n.º 169 de la OIT*, OIT, Ginebra, 1996. P 15-22

derechos importantes de este derecho indígena al medio ambiente, y sobre todo para intentar relacionarlo con derechos humanos ya existentes que faciliten su construcción y aplicación en el sistema internacional de los derechos humanos. En esto, es muy importante partir de que cuando los pueblos indígenas se refieren a sus tierras y territorios, aunque muchas veces parezca que no existe ninguna diferencia y que aplican indistintamente un término u otro para referirse a los mismos elementos, existen diferencias importantes entre uno y otro y nunca ha sido lo mismo hablar de los territorios o de las tierras. De alguna manera, dentro de las cosmovisiones indígenas las diferencias han sido siempre tan claras que no han necesitado establecer conceptos lingüísticos que afianzaran estas divisiones. Para los pueblos indígenas la tierra siempre ha estado asociada a los espacios físicos concretos en donde habitan las comunidades, o en donde realizan sus actividades agrícolas, de recolección o de caza y que fundamentalmente se utilizan para mantener la vida comunitaria y para seguir desarrollando sus modelos de vida basados en la recolección, caza y pesca.

Quizás el texto que mejor establece la distinción clara entre los derechos a la tierra y al territorio es el Proyecto Americano de derechos humanos de los pueblos indígenas. Este proyecto reconoce por separado ambos derechos otorgándoles autonomía y vigencia plena en relación el uno con el otro pero afirmando de manera indiscutible la validez de cada uno de los dos, los distintos elementos que los componen y la distinta finalidad de cada uno de ellos. De esta manera nos encontramos con el artículo XIII en donde, bajo el epígrafe de derecho a la protección del medio ambiente, recoge el derecho a la tierra y sus derechos fundamentadores y el artículo XVIII el que se afirma el derecho al territorio, con todos sus derechos fundamentadores. Este artículo 13 demuestra claramente el sentido del derecho a la tierra de los pueblos indígenas y su equiparación con el derecho humano al medio ambiente reconocido a nivel internacional. En el párrafo 1 afirma el derecho al medio ambiente sano y seguro y establece los principios elementales del derecho al medio ambiente de los pueblos indígenas al hablar de la necesidad que tienen los pueblos indígenas de vivir en armonía con la Naturaleza como condición para sus derechos a la vida, espiritualidad y bienestar colectivo. Este párrafo afirma que:

«Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un medio ambiente sano y seguro, condiciones esenciales para el goce del derecho a la vida, a su espiritualidad y al bienestar colectivo».

Sobre el concepto del término « Tierras», y en el interés de delimitar el concepto, la secretaría de Naciones Unidas recomendó a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que, ante la utilización que se realiza entre los artículo 25 a 27 de diferentes términos

en relación con la tierra y los territorios, convendría tomar nota de la definición más limitada del término «tierras» que figura en el capítulo 26 del Programa 21 del Informe Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Acto seguido, recomendó a la Subcomisión, considerar de utilidad definir las tierras y territorios a que se hace referencia en el artículo 25 como se ha hecho en el artículo 26, y utilizar en lo sucesivo la frase «tierras y territorios» sin más detalles⁷.

Así pues, el capítulo 26 sobre Reconocimiento y Fortalecimiento del Papel de las Poblaciones Indígenas y sus Comunidades del Programa 21 del Informe Final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, define a las tierras indígenas diciendo que

«...se sobrentiende que el término «tierras» abarca el medio ambiente de las zonas que esas poblaciones ocupan tradicionalmente.»

Y el artículo 26 del proyecto de declaración

«...el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma».

Por lo tanto, y atendiendo a las recomendaciones de la secretaría de Naciones Unidas, si aceptamos la definición del Capítulo 26 de la Agenda 21, en la que definen las tierras indígenas como el medio ambiente de las zonas que esas poblaciones abarcan, y si también aceptamos que las definiciones establecidas en el proyecto de declaración hay que interpretarlas en el sentido que establece el artículo 26, según el cual el medio ambiente estaría formado por las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma, podríamos definir las tierras indígenas como el medio ambiente de las zonas que las poblaciones indígenas ocupan tradicionalmente, entendiendo por medio ambiente a las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Otras definiciones hablan de las tierras indígenas como el área geográfica en posesión de una comunidad indígena o étnica, ya sea bajo título real de dominio o sin él. Comprende las tierras habitadas por la comunidad y aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, culturales, lugares sagrados, áreas boscosas para reproducción y multiplicación de flora y fauna, construcción de embarcaciones, así como actividades de subsistencia, incluyendo la caza, pesca y

⁷ Examen técnico del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, E/CN.4/Sub.2/1994/2, de 5 de abril de 1994.

agricultura. Las tierras comunales no se pueden gravar y son inembargables, inalienables e imprescriptibles⁸

Atendiendo a las definiciones consensuadas en el ámbito internacional podríamos afirmar que el derecho a la tierra vendría a equipararse con el derecho al medio ambiente que aparece en los diferentes proyectos. Este derecho versaría sobre el derecho a una tierra sin contaminaciones, libre de actores externos que permita unas condiciones de vida y de salud dignas y en el que se contemple la implicación de sus beneficiarios en los procesos de decisión en cuestiones referentes al medio ambiente de su entorno, a través de los derechos de información, consulta y participación, así como, medidas de actuación y compensación en caso de violación de dicho derecho. Junto a estos derechos, reconocidos como derechos ambientales reconocidos en los proyectos internacionales de declaraciones que se han realizado, tales como los derechos de información, participación, educación e indemnización, se añaden otros dos derecho propios de los pueblos indígenas y de máxima importancia para ellos como son los derechos de consulta y muy especialmente de la restitución, que si bien no sería sustitutivo del derecho de indemnización, sí debería ser la primera opción antes de la indemnización.

3. Los territorios indígenas desde la óptica occidental. Construcción conceptual del Territorio indígena

Antes de hablar de un posible contenido del derecho al territorio, resulta primordial analizar detenidamente el significado que dicho término presenta para los pueblos indígenas, porque en su concepción del territorio radican todos y cada uno de los elementos fundamentales de este derecho al territorio, y en ella se encuentran también las principales diferencias que existen entre la concepción indígena y la no indígena sobre el territorio, en una primera instancia, y sobre el derechos al medio ambiente, en el fondo de la cuestión. La aceptación del contenido que los pueblos indígenas otorgan a dicho término y por consiguiente la aceptación de la diversidad de contenidos del derecho humano al medio ambiente, se centran principalmente en los debaten en torno a la concepción del territorio y a las discrepancias históricas que ha presentado dicho término con las concepciones occidentales. Lo que resulta importante es que ya no se puede negar la existencia del derecho al territorio. Tal y como se mantiene por los legisladores americanos, el territorio indíge-

⁸ Ley n.º 445, relativa al régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maiz, de 13 de diciembre de 2002. Art. 3

na es un término emergente, creado por el derecho y la doctrina, compatible y en concordancia con el pleno respeto a la integridad del territorio nacional, como parte de la soberanía nacional⁹.

Pero para los pueblos indígenas, el término territorio no solo se encuentra asociado a poder político, sino que presenta unas características mucho más íntimas, que lo convierten en un derecho fundamental para el ejercicio de muchos otros derechos humanos, bien individuales o colectivos. En esta situación el derecho al territorio se convierte en el derecho principal, sin el cual resulta imposible ofrecer garantías de una vida digna y sostenible de acuerdo a las propias culturas.¹⁰ Para los pueblos indígenas, la reivindicación territorial, su derecho al territorio, pasa por dos dimensiones: El espacio y los procesos. El espacio se expresa en la demanda por el uso, goce y manejo de los recursos naturales. Y los procesos se expresan en que se reclama el control sobre los procesos de orden político, económico, social y cultural para asegurar la reproducción y continuidad material y cultural del grupo para que esos procesos se lleven a cabo según la normativa propia de los pueblos indígenas. De tal manera que el territorio se presenta como un sistema de recursos, como un espacio jurisdiccional donde se ejercen derechos colectivos cuyo titular es el pueblo indígena¹¹

Sin duda, estos elementos inmateriales, o los procesos de la segunda dimensión a la que aluden otros autores, son los que motivan principalmente la relación tan estrecha entre el ejercicio de este derecho con el ejercicio de otros derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida, cultura, las prácticas religiosas, el desarrollo, o incluso el derecho a la libre determinación y al autogobierno, que tanta importancia demuestran para la supervivencia de los pueblos indígenas. En este contexto el derecho al territorio se convierte en algo así como un requisito previo o una condición, sin cuyo respeto resulta imposible que los pueblos indígenas puedan ejercer todos y cada uno de los derechos humanos en su totalidad, sin limitaciones. Estos elementos inmateriales son los que proporcionan al derecho al territorio indígena esa condición de necesidad y prioridad que sitúa las posibilidades de supervivencia y desarrollo de los pueblos indígenas, en mayor o menor sintonía con las culturas indígenas o no que los rodean, en dependencia directa del respeto y ejercicio de este derecho y son los que motivan el carácter irrenunciable de este derecho dentro de las culturas indígenas, puesto que

⁹ KREIMER O, *Op. cit.* P 15

¹⁰ MARTÍNEZ DE BRINGAS, A., *Los Pueblos Indígenas y el discurso de los Derechos*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, n.º 24, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003. P. 72

¹¹ LAZOS CHAVERO, E., « Ideas sobre Identidad, Pueblos indígenas y Territorios », 2002, en http://www.latautonomy.org/CH_ideasIdenTerr.PDF, de 17 de abril de 2004.

su no ejercicio esta estrechamente relacionado con la pérdida de identidad, con la imposibilidad de ejercer otros derechos tan fundamentales como el derecho a la libre determinación, y en definitiva con la aculturación y desaparición de las culturas indígenas. Pero, a su vez, el derecho al territorio, al reconocerle estos elementos inmateriales, se convierte también en un derecho síntesis, como ya se reconoció en su día sobre el derecho al desarrollo¹², puesto que para su realización requiere también la realización o la garantía del ejercicio del resto de derechos humanos, ya que su total realización supone a la vez el disfrute de muchos de los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Esta doble caracterización como derecho condición y derechos síntesis es lo que sitúa al derecho al territorio entre los derechos humanos de los pueblos indígenas más complejos, polémicos y que más rechazo reciben por parte de los legisladores y políticos. La afirmación de estos elementos materiales e inmateriales, no presentes en las concepciones clásicas del derecho humano al medio ambiente, como los elementos constitutivos del derecho al territorio indígena, y por lo tanto como parte fundamental de la construcción indígena de su derecho humano al medio ambiente, supone un duro obstáculo en el proceso de reconocimiento y respeto de este derecho en el ámbito internacional, ya que se perciben como peligros o amenazas para cuestiones tan delicadas para los Estados como la concepción misma del modelo de Estado o la soberanía territorial, o la propiedad de los recursos naturales¹³.

Siguiendo con el planteamiento teórico planteado, se puede afirmar que el territorio es el medio donde el hombre desarrolla su vida cotidiana y donde tiene el contacto armónico frecuente y regular con la naturaleza.¹⁴ Entre los redactores de la declaración americana de derechos de los pueblos indígenas existe el consenso de afirmar la existencia de cuatro elementos constitutivos fundamentales de los territorios indígenas, que se enumeran en la Constitución Brasileña. Estos son la ocupación ancestral y permanente de los pue-

¹² Ver declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

¹³ La existencia de estos elementos materiales e inmateriales en el sentido que aquí se expresan, es algo que no presenta ya ninguna duda, y que se encuentra internacionalmente aceptado, a través de todas las declaraciones indígenas y declaraciones y reconocimientos que se vienen produciendo en declaraciones y tratados internacionales. La relación especial que une al medio ambiente con los pueblos indígenas, fundamento de los elementos inmateriales se encuentra plenamente reconocida y los espacios de ejercicio del derecho al territorio, fundamento de los elementos materiales, han sido claramente definidos tanto en contextos indígenas como en contextos internacionales, existiendo un consenso más o menos amplio en torno a esta cuestión.

¹⁴ TIBAN L., *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas de Ecuador. Aplicabilidad, alcances y Limitaciones*, INDESIC, Quito, 2001. P 63.

blos indígenas, la esencialidad de mantener sus actividades productivas, la esencialidad como hábitat para la supervivencia y reproducción cultural de los pueblos indígenas y el funcionamiento permanente en ese hábitat de sus instituciones y autoridades internas¹⁵.

Este concepto de «Territorio» estaría fundamentado en el derecho a la posesión y explotación de las tierras y los recursos naturales de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, y por lo tanto se encontraría estrechamente vinculado con otra serie de derechos humanos como son, el derecho al mantenimiento de la propia cultura y al ejercicio de dicha cultura, el derecho al mantenimiento de estructuras sociales, políticas y económicas propias y en definitiva al derecho a la autodeterminación, ya que, a la postre, el derecho al territorio supone la soberanía territorial sobre una área geográfica determinada. En esta última cuestión habría que aceptar ciertas limitaciones, porque como ha declarado D^a. Erica Irene Daes, en el contexto del proyecto de declaración, el término «territorio» no debe confundirse con el concepto de «integridad territorial» utilizado en derecho internacional. En este caso no supone una separación política del territorio del Estado, pues es evidente que todo pueblo indígena, incluso en ejercicio de su derecho a la autonomía y al autogobierno, sigue aún comúnmente vinculado con el territorio político o soberano del Estado, como por ejemplo, en el caso de Groenlandia¹⁶. En esta misma línea se han manifestado los legisladores americanos al afirmar que existe una comprensión del significado especial de «territorio indígena», diferente del significado tradicional vinculado con la soberanía nacional, pero sin discrepar con el mismo. Según estos legisladores el concepto de territorio indígena es definido como el hábitat necesario para su vida colectiva, actividades, autogobierno y reproducción cultural y social; con el claro entendimiento de que no afecta la integridad territorial de los Estados.¹⁷

Pero han sido los mismos pueblos indígenas quienes, de manera constante, mejor han definido el concepto de los territorios indígenas, y se han embarcado en el duro proceso de traducir sus cosmovisiones al lenguaje del derecho de los derechos humanos y demostrar a los Estados y legisladores no indígenas la existencia de su derecho al territorio. Aprovechando cualquier ocasión para explicar su relación con la tierra y los territorios, los pueblos indígenas llevan décadas hablando y demostrando la existencia de los elementos materiales e inmateriales en su relación con las tierras, los territorios y en definitiva con el medio ambiente y exigiendo reconocimiento y respeto de unas realidades, que si bien no se contemplaban de esa manera dentro del

¹⁵ KREIMER O., *Op. cit.* P 15.

¹⁶ DAES, E. I., *Nota explicativa acerca del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, 19 de julio de 1993. .

¹⁷ KREIMER O., *Op. cit.* P 4.

derecho, han tardado demasiado tiempo en mostrar sensibilidad y voluntad para entender una relación tan básica y fundamental para los pueblos indígenas. En las declaraciones y manifestaciones indígenas queda claro que esa base territorial de la que hablan abarca el suelo y el subsuelo, la flora y la fauna, el agua y el aire, los lugares sagrados. Como ejemplos de cuanto acabamos de expresar basta citar algunas referencias de cómo diversos líderes indígenas se refieren a sus territorios:

«el territorio no es simplemente el espacio geográfico delimitado por convenio...El territorio es algo que vive y permite la vida, en él se desenvuelve la memoria que nos cohesiona como unidad de diferencias. El territorio, ámbito espacial de nuestras vidas, es el mismo que debe ser protegido por nuestros pueblos del desequilibrio, pues necesitamos de él para sobrevivir con identidad. Existe una reciprocidad entre él y nosotros, que se manifiesta en el equilibrio social que permite un aprovechamiento sustentable de los recursos de que nos provee este. El equilibrio social debe manifestarse en la protección del territorio para proveer a las futuras generaciones de un espacio rico en recursos y lleno de memoria»¹⁸

Recogiendo todo este sentir indígena ante sus territorios cabe destacar las palabras de la Relatora Especial de Naciones Unidas y ex presidente del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas, D.^a Erica Irene A. Daes al respecto del concepto del término «Territorios», que formuló al analizar el proyecto de declaración de derechos humanos de los pueblos indígenas. Según la Relatora Especial el concepto de «territorio» en los párrafos que lo mencionan del proyecto de declaración incluye, en cierta medida, la relación global de los pueblos indígenas con la tierra y todos sus recursos y características. Es fundamental que esta relación se entienda, no simplemente como una cuestión de «propiedad de la tierra», en el sentido habitual de propiedad privada de los ciudadanos, sino como un tipo de relación especial y global que tiene un carácter histórico, espiritual, cultural y colectivo¹⁹. Por lo que de alguna manera, en ámbitos de las instituciones internacionales se aceptan plenamente los planteamientos indígenas al respecto de lo que ellos entienden por territorios.

A pesar de los innumerables intentos por alcanzar una definición del concepto de territorio no existe todavía una definición consensuada en el marco internacional. Sobre las concepciones existentes sobre el término territorio, es importante distinguir entre la definición dada en los países Norteamericanos,

¹⁸ JESÚS PINAKWE, J., *Del Olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*. Imprenta nacional, Dirección general de asuntos indígenas DGAI- Ministerio del Interior, Consejo Regional Indígena del Cauca y Ministerio de Justicia y del derecho, Santa Fe de Bogota, 1997. P 34

¹⁹ DAES E. I. Nota explicativa acerca del proyecto de declaración, nota superior n.º 31.

en donde el territorio son aquellos espacios fuera de las tierras indígenas, donde los pueblos indígenas tienen derechos especiales, como el derecho de tránsito, de caza y reunión, de pastizaje, de cultivo, de ceremonias sagradas, pero no son de su propiedad y no puede ejercerse la jurisdicción indígena. Y la definición dada en el resto del continente americano donde el territorio indígena se utiliza para incluir todo el hábitat que los indígenas ocupan y donde realizan actividades tradicionales necesarias para su supervivencia como pueblos, partiendo de la concepción que eleva al territorio a situarlo como una condición para la existencia y reproducción de los pueblos indígenas, ya que se asume que la relación entre los pueblos y la tierra es el fundamento de la demanda por el control, uso, goce, y manejo de los recursos naturales. En esta discusión conceptual se podría afirmar que, por lo menos en el ámbito internacional, las propuestas que se están planteando van más en la línea de este segundo planteamiento que apuesta por la integración en torno al territorio de todos los elementos materiales e inmateriales que lo conforman. Podríamos situar como ejemplo de este planteamiento la definición que propone la CONAIE, organización de pueblos indígenas de Ecuador, según la cual el territorio vendría a ser:

«Aquel espacio físico y determinado que comprende la totalidad del hábitat que los pueblos y nacionalidades indígenas ocupamos. Es el espacio donde los pueblos y nacionalidades desarrollamos nuestras culturas, leyes, formas de organización y economía propias. Comprende la superficie de la tierra y el subsuelo»²⁰.

Pero se puede apreciar como organizaciones internacionales se posicionan en esta línea argumental como por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo, quien de manera muy parecida, aunque más sencilla, viene a reconocer que los territorios indígenas:

«Son el espacio bajo su control que les permite desarrollar y reproducir los aspectos sociales y culturales de su subsistencia»²¹.

O como por ejemplo el mismísimo Relator Especial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Rodolfo Stavenhagen, el cual establece una definición de territorio hablando de:

«Tierras y territorios de origen como aquellos territorios geográficos en los que florece la sociedad y la cultura, con el que se mantienen unos vínculos espirituales e históricos y por tanto, constituye el espacio social en el que una cultura puede transmitirse de generación en generación».²²

²⁰ CONAIE, proyecto político, CONAIE, Quito, 1997. P 50

²¹ PLANT, R. y HVALKOF, S., *Titulación de tierras y pueblos indígenas*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 2002. P 25

²² STAVENHAGEN, R., Informe del Relator sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, E/CN.4/2002/97, de 4 de febrero de 2002. Párr. 49.

Incluso en ámbitos legislativos nacionales, existen ya propuestas posicionadas en la misma línea argumental, asumiendo la complejidad del término. De esta manera podemos mencionar el caso de Bolivia, en donde la Ley Servicio Nacional de Reforma Agraria²³, adopta una definición de Tierras Comunitarias de Origen, según la cual las TCO son:

«Los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas por comunidades, mancomunidades, inembargables e imprescriptibles.»²⁴ (art. 41).

Por su parte, con carácter más reciente, en Nicaragua, a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso de la Comunidad Mayagna de Awas Tingni contra Nicaragua se desarrollo la Ley 445 relativa al régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maiz, en la que se establecen diversas definiciones relacionadas con las tierras y territorios. Así definen a los territorios indígenas y étnicos como:

«El espacio geográfico que cubre la totalidad del hábitat de un grupo de comunidades indígenas o étnicas que conforman una unidad territorial donde se desarrollan, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones».²⁵

Aparte de estas propuestas del ámbito gubernamental, podemos destacar diversos intentos provenientes de otros ámbitos no gubernamentales que se sitúan en la misma línea de definición. Entre estas propuestas podemos mencionar, la que habla de los territorios como:

«Las áreas de asentamiento de uno o más pueblos o comunidades indígenas, que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales; las áreas pobladas por no indígenas que queden comprendidas dentro de su delimitación y las que estén o sean puestas a su cuidado para la protección y conservación de la cultura y el medio ambiente».

²³ Ley INRA n.º 1715, del 18 de octubre de 1996. Esta ley garantiza los « derecho de los pueblos y comunidades indígenas y originarias sobre sus tierras comunitarias de origen, tomando en cuenta sus implicancias económicas, sociales y culturales, y el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables». Art. 3 de la Ley.

²⁴ Art. 41 de la ley. *Op. cit.*

²⁵ Ley 445. *Op. cit.*

O como:

«El espacio social, demográfico, ecológico, cultural fundamental para la existencia y desarrollo de los pueblos indígenas. El territorio incluye el conjunto del sistema ecológico necesario para el desarrollo de estos pueblos, sin perjuicio de los derechos de propiedad constituidos en esos espacios.»²⁶

Lo que resulta evidente es que la concepción indígena del territorio difiere enormemente de las connotaciones simplemente políticas que se le atribuyen siempre en los ámbitos no indígenas. Y que no se pueden disociar los diferentes elementos materiales e inmateriales que conforman el espacio denominado como territorio por los pueblos indígenas. Estos elementos materiales e inmateriales están presentes en casi todas las definiciones que se plantean y constituyen los elementos diferenciadores de una concepción integral de un espacio alrededor del cual gira el desarrollo de los pueblos indígenas. En el ámbito internacional es importante apostar por las concepciones del territorio que proponen los pueblos indígenas y asumir los cambios y modificaciones que estas concepciones exigen en las legislaciones nacionales y en las políticas públicas. Para ello será fundamental seguir las recomendaciones que se vienen realizando desde diversos ámbitos de afirmar que el derecho internacional de los derechos humanos debe ser interpretado siempre de manera positiva para los pueblos indígenas, intentando integrar todas las necesidades que presentan los pueblos indígenas para garantizar su desarrollo.

²⁶ LAZOS CHAVERO E., *Op. cit.*

Reconocimientos legislativos de los derechos ambientales indígenas en el ámbito internacional

Nancy Adriana Yañez

Los no indígenas han llegado a nuestras tierras para explotar esas tierras y sus recursos en beneficio propio y empobrecer a nuestros pueblos. Los pueblos indígenas son víctimas del desarrollo. En muchos casos se los extermina en aras de un programa de desarrollo. Hay muchos ejemplos de casos de ese tipo.

Declaración de Kari-Oca, párrafo 74.

Antecedentes Generales

La preocupación internacional por la protección del Medio Ambiente ha desarrollado una amplia conciencia colectiva sobre la necesidad de generar un marco legal destinado a darle efectiva protección. En los últimos años esta preocupación se ha traducido en la adopción de normas jurídicas específicas tanto en el derecho interno como en el derecho internacional. No obstante, el desarrollo de esta normativa es aún incipiente. El reconocimiento del derecho al Medio Ambiente y como contrapartida al Desarrollo ha puesto en el tapete el gran desafío de compatibilizar ambos conceptos y transitar hacia el logro de un desarrollo ambientalmente sano y sustentable, que promueva el bienestar humano y la participación, renegando de concepciones meramente economicistas del desarrollo.

Tratándose de los Pueblos Indígenas el tema es particularmente sensible, habida consideración de que los pueblos indígenas, sus culturas y medios de subsistencia están íntimamente ligados a sus tierras, territorios y recursos naturales. En este contexto, la degradación del medio ambiente en las tierras y territorios indígenas es particularmente devastador. Así lo ha demostrado la historia contemporánea que da cuenta de una larga lista de proyectos de desarrollo cuyos efectos sobre las culturas, tierras y territorios indígenas se han traducido

en: degradación ambiental masiva, fragmentación cultural, relocalización, pérdida de recursos naturales y pérdida de bienes patrimoniales.

El conflicto se agudiza en aquellos Estados cuyas economías se centran en la explotación de recursos naturales. En estos países, la presión por la explotación de estos recursos es muy fuerte y coincide que la mayor concentración de estos recursos se encuentra precisamente en territorios indígenas. Esta es la percepción que hoy emerge de la demanda indígena y que se ha traducido en la reformulación del concepto de desarrollo por parte de los Pueblos Indígenas. Así quedó expresado en la declaración de Kari-Oca, donde 700 delegaciones indígenas reunidas en lo que se llamó «La Cumbre de la Tierra» manifestaron su rechazo a la definición actual de desarrollo¹ y concluyeron que esta noción de la propiedad está destruyendo a los pueblos indígenas, siendo necesario para contrarrestar esta situación volver a su propia visión de mundo, de la tierra y del desarrollo.²

A partir de estas constataciones y de la creciente convicción de que los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas son una irremplazable contribución al desarrollo sostenible, la comunidad internacional y muchos Estados han comenzado a preocuparse más seriamente del impacto que genera el desarrollo sobre los Pueblos Indígenas, sus culturas, tierras y territorios. Esta preocupación se ha manifestado en el surgimiento de normas legales destinadas a resolver la problemática del impacto ambiental de proyectos o actividades cuya área de influencia afecta Pueblos Indígenas, sus tierras y/o territorios.

La mayoría de los países en vías de desarrollo están promoviendo economías de rápido crecimiento, fuertemente dependientes de la explotación de recursos naturales, lo que genera graves impactos ambientales, la erosión de ecosistema y el descenso de la calidad de vida³. Estas economías se fundan en la libre disposición de los recursos naturales, incluido aquellos localizados en los territorios indígenas.⁴

La evidencia empírica muestra que en esta confrontación se ha impuesto históricamente la alternativa de desarrollo que promueve la sociedad mayor. El asunto se resuelve a partir de la fuerza que cada grupo social impone

¹ Párrafo 66, Declaración de Kari-Oca

² Párrafo 77, Declaración de Kari-Oca

³ SABATINI, F, *Conflictos Ambientales Locales y Profundización Democrática* (Serie de Documentos de Trabajo N°46, CIPMA, Santiago, abril 1996) p. 11-12.

⁴ En la economía chilena los sectores exportadores entre los que se encuentran especialmente las actividades extractivas de recursos naturales, constituyen cerca del 40% del PIB y diversas estimaciones permiten prever que este proceso se acentuará en las próximas dos décadas. SEPÚLVEDA C; VILLARROEL P; RIVAS, H, *Valorización del Patrimonio Natural y Gestión Pública Ambiental en las Regiones* (Serie de Documentos de Trabajo N° 41, CIPMA, Santiago, Agosto 1995), p.1

—Estado, inversionistas o indígenas— su poder político, su capacidad de presión y, en definitiva, su hegemonía. Los conflictos «etnoambientales» se han caracterizado por la desigualdad de las partes. En efecto, cada vez que se suscita un conflicto ambiental que involucra a Pueblos Indígena, la marginalidad de éstos y la limitada capacidad de influencia política de sus representantes se enfrenta a la incontrarrestable fuerza de los sectores empresariales, que presionan por ejecutar sus proyectos de inversión en los territorios indígenas y que se ejerce sin contrapesos sobre las instancias de gobierno, llamadas a pronunciarse acerca del impacto de dichos proyectos o que ejercen jurisdicción para resolver conflictos ambientales. Los mecanismos de participación ciudadana también están mediatizados por la estructura de poder. En efecto, en los mecanismos de participación alcanzan mayor reconocimiento los sectores sociales que tienen mayor acceso a las cúpulas de poder, en tanto los pueblos indígenas sólo logran posicionar sus demandas y planteamientos cuando el conflicto adquiere notoriedad política nacional y/o internacional, producto del apoyo de algunos sectores más vinculados a los grupos sociales dominantes⁵

Pero los intereses indígenas manifestados en los conflictos «etnoambientales» no sólo entran en colisión con los intereses de los grupos económicos, sino que también con grupos ecologistas que representan intereses conservacionistas. Así expresado, la mayoría de las veces se polariza el debate entre las posiciones que representan intereses económicos y aquellas que representan intereses ecologistas. Queda oculta la postura indígena más cercana al ideal del desarrollo sustentable y que aspira a compatibilizar crecimiento económico y conservación ambiental⁶, mediante el uso de sus conocimientos ecológicos ancestrales y el control de sus territorios y recursos.

Para el capitalismo moderno, los recursos naturales y el conocimiento indígena son bienes de consumo de alta rentabilidad. Cerca del 90% de la diversidad biológica que subsiste en el planeta, se encuentra en las regiones tropicales, subtropicales de África, Asia y Sudamérica⁷. Además, se calcula que el 80% de la población mundial, depende de conocimientos indígenas para satisfacer sus necesidades médicas, lo que ha generado también un incipiente mercado de productos medicinales indígenas⁸. Es interés de las economías capitalistas, por tanto, poner estos «bienes» en el mercado. Para

⁵ SABATINI, F.; SEPÚLVEDA, C.; BLANCO, *Participación Ciudadana para enfrentar conflictos ambientales, Desafíos para el Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales* (CIPMA, Santiago, 2000), p. 13

⁶ SABATINI, F., *Conflictos Ambientales Locales y profundización democratización* (Serie Documentos de Trabajo N° 34, CIPMA, Santiago, abril 1996), p. 19 (Sabatini, abril 1996), p. 19

⁷ SOUZA SANTOS, B de, *A construção multicultural da igualdade e da diferença* (Ponencia VII Congreso Brasileiro de Sociologia, Río de Janeiro, 4-6 Septiem bre, 1995), p. 30

⁸ SOUZA SANTOS, B de, et al., p. 30.

estos efectos la teoría neoliberal ha utilizado la noción de apropiación y disposición, promoviendo la privatización de estos recursos o reconociendo un derecho eminente del Estado, que permite poner estas riquezas en el mercado a través del mecanismo de concesiones particulares amparadas por las mismas protecciones que el derecho de propiedad.⁹

La cuestión sobre la propiedad de estos bienes ha adquirido tal relevancia que incluso se ha intentado resolver por la vía de acuerdos internacionales. La cumbre sobre biodiversidad celebrada en Río de Janeiro en el año 1992, fue escenario de la disputa entre los países desarrollados -influidos por las empresas transnacionales- que apoyaban la tesis de que los recursos naturales y la diversidad biológica son patrimonio de toda la humanidad y, por lo mismo, pueden ser objeto de apropiación por cualquier ciudadano del orbe, y, por otro lado, la postura de los Estados pertenecientes a los países tercermundistas, que apoyaban la postura de que ellos tenían soberanía sobre los recursos dentro de sus territorios nacionales y, por tanto, la jurisdicción para reglamentar su régimen de apropiación¹⁰

Esta cosificación de los recursos naturales da pie para una fragmentación del hábitat y la implementación de distintos cuerpos normativos que se ocupan del régimen de propiedad, uso y goce de los mismos, independiente del territorio e incluso de los derechos de propiedad sobre el suelo. Esta concepción del espacio impone, además, un determinado régimen de protección de los ecosistemas más frágiles que es privativo y excluyente de la presencia humana. En esta lógica se sustenta aquellas normas de protección que declaran determinada áreas silvestres como espacio de intangibilidad y los someten a protección bajo la modalidad de Parques Nacionales, Reservas Nacionales y/o Monumentos Naturales¹¹.

Los pueblos indígenas parecen ofrecer una perspectiva distinta. Los recursos naturales, bosques, tierra, agua, tienen un doble estatuto para los pueblos indígenas. Por una parte, constituyen dones que confieren identidad cultural y simbolizan la relación de estos pueblos con la divinidad, los antepasados o los héroes fundadores. Por otro lado, son proveedores de sustento material y espiritual. Esta particular relación, ha determinado que distintas comunidades humanas hayan regulado el uso del bosque y otros recursos naturales, no por la apropiación, sino por medio de la imposición de ritos,

⁹ Estos principios fundan gran parte de la legislación sectorial moderna sobre recursos naturales. Así lo muestra en el caso chileno la legislación forestal; el código de aguas; el código de minería; la ley de concesiones eléctricas; la ley de concesiones marinas; y la ley de pesca. Se alude al caso chileno por ser el más paradigmático en materia de privatización de recursos naturales.

¹⁰ LILLO, R, *Conflictos ambientales en territorios indígenas*, disponible en: www.derechosindigenas.cl, p. 43.

¹¹ SEPÚLVEDA C; VILLARROEL P; RIVAS, H, et. al., agosto 1995, p. 8.

permitiendo en muchos casos el uso sustentable de éstos y, consecuentemente, su sobrevivencia durante siglos¹²

La mayoría de los Estados se han negado a reconocer la cosmovisión e instituciones que en el derecho propio indígena regulan las formas de distribución, tenencia y administración de los recursos y, como contrapartida, ha impuesto unilateralmente un régimen de bienes sustentado en la apropiación. A lo anterior se suma un sistema de evaluación de impactos que determina también el que y el cómo se justiprecia conforme a estas mismas estructuras de propiedad, estableciendo que todos los derechos vulnerados son en todo evento compensables, en circunstancias que, en el ámbito de los derechos indígenas, hay derechos no compensables como la pérdida de la cultura por ejemplo.

Legislación Ambiental en el Derecho Internacional

Desde hace muchos años el derecho internacional ha mostrado preocupación por la protección de determinados ecosistema de relevancia para toda la humanidad. Este es el caso de la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas de América, acordada en Washington en 1940; la Convención sobre zonas Húmedas de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, suscrita en Irán el 2 de Febrero de 1971; y, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO, acordada en París el 16 de Noviembre de 1972.

Las normas de la Convención para la Protección de la Flora, Fauna y Bellezas Escénicas de América, también conocida como «Convención de Washington», imponen a los Estado partes la obligación de crear parques nacionales, reservas naturales, monumentos naturales y/o reservas de regiones vírgenes en todos aquellos casos en donde sea factible la creación y otorga una amplia protección a estas áreas¹³. La convención sobre zonas húmedas y aves acuáticas, comúnmente conocida como «Convención Ramsar», otorga a protección a todas las zonas húmedas, entendiendo que son tales los siguientes espacios: zonas de ciénagas, pantanos, áreas de musgos o agua, sean éstas naturales o artificiales, permanentes o temporales, de aguas estáticas o corrientes, frescas, con helecho o saladas, incluyendo zonas de agua de mar cuya profundidad no exceda de seis metros durante la marea baja¹⁴. La convención impone a las partes contratantes la obligación de designar zonas húmedas existentes dentro de sus respectivos territorios, apropiadas

¹² LETLIER, E. *Taller Pueblos Indígenas y Bosque Nativos* (CET SUR, Temuco, 2001)

¹³ Artículo II, Convención de Washington

¹⁴ Artículo 1, Convención Ramsar.

para ser incluidas en una lista de zonas húmedas de importancia internacional. Al fijar los límites de estas zonas húmedas podrán, además, incorporarse territorios adyacentes que sin cumplir con las características específicas de zonas húmedas sean de importancia como hábitat de las aves acuáticas que viven en dichas zonas húmedas¹⁵. Por su parte, la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural otorga protección a los lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitada que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la ciencia y de la conservación.¹⁶

Sin embargo, el instrumento internacional que da origen a la legislación ambiental en el derecho internacional es la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la ciudad de Estocolmo en el año 1972. Este cuerpo normativo reconociendo la vinculación entre derecho humanos y medio ambiente, declara: «El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas, en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar.»¹⁷ Junto con la declaración se adoptó el Plan de Acción para el Medio Humano, estrategia que contribuyó al establecimiento del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

No obstante, el primer instrumento internacional que relaciona a los Pueblos Indígenas con el Medio Ambiente es el Convenio 169, artículo 4 (1). El texto legal no reconoce expresamente el derecho al medio ambiente, pero impone a los Estados la obligación de adoptar medidas especiales para proteger el medio ambiente de los pueblos indígenas, tales como:

- Estudios de Impacto Ambiental de las actividades de desarrollo que se propongan, artículo 7 numeral 3;
- El Reconocimiento de los derechos de subsistencia, artículo 23; la protección de los recursos naturales, artículo 15 numeral 1;
- Las medidas para proteger y preservar los territorios de los pueblos indígenas; y,
- Exige la participación y consulta de las comunidades y la buena fe en la evaluación y ejecución de los proyectos.

La protección del Medio Ambiente indígena es relevado por el Convenio 169 al reconocer la singular relación que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras y territorios, disponiendo que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los

¹⁵ Artículo 2 N° 1, Convención Ramsar.

¹⁶ Artículo 2, Convención Patrimonio Mundial.

¹⁷ Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano. Doc. UN, A/ Conf./ 48 / 14/ Ref. 1, 1972.

pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación, artículo 13 numeral 1.

La Relatora Especial de Naciones Unidas de la Subcomisión de Derechos Humanos y Desarrollo, Sra. Fátima Sohar Ksentini, en un informe preliminar publicado en el año 1991, pone énfasis en la relación entre los derechos de los Pueblos Indígenas y la protección ambiental. Reconoce el informe la especial relación de los Pueblos Indígenas con sus tierras y territorios y sostiene que toda degradación ambiental tiene un impacto en los derechos de los Pueblos Indígenas dependientes de su medio ambiente.¹⁸

En su informe final publicado en 1994, la Sra. Relatora Especial, principio 14, trata directamente de los derechos de los Pueblos Indígenas sobre el Medio Ambiente estableciendo lo siguiente:

«Los Pueblos Indígenas tienen derecho a controlar sus tierras, territorios y recursos naturales y a mantener sus formas de vida tradicional. Esto comprende el derecho a la seguridad en el disfrute de sus medios de subsistencia.

Los Pueblos Indígenas tienen derecho a ser protegidos contra toda acción o forma de conducta que pueda tener por resultado la destrucción o degradación de sus territorio, incluidos la tierra, el aire, el agua, el hielo marino, la fauna y otros recursos.»

Bajo esta concepción, se estima que la explotación de recursos causa o puede causar degradación en las tierras indígenas, lo que constituye una violación a sus derechos y es el caso que el derecho a los recursos en sí mismo es un derecho humano de los Pueblos Indígenas.¹⁹

En los últimos años la tendencia que se ha impuesto es vincular el derecho de los Pueblos Indígenas sobre el medio ambiente y sus recursos naturales al derecho de autodeterminación y, en particular, a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 1° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, donde se establece que no podrá privarse a un pueblo «de sus propios medios de subsistencia». Así ha sido consignado por la Relatora Especial de Naciones Unidas Sra. Erica-Irene A. Daes, en su estudio acerca de la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales²⁰.

¹⁸ E / CN.4 / Sub. 2/ 1991 / 8, 1991.

¹⁹ MACKAY, F., *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, (APRODEH – FIDH, Lima, 1999), p. 283.

²⁰ DAES A. , E., *Prevención de la Discriminación y Protección de los Pueblos Indígenas. Informe Preliminar «La Soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales»*. E/CN.4/Sub.2/2003/20, 21 de julio del 2003, disponible en: <http://www.unhchr.ch/indigenous/documents.htm>

Análisis instrumentos internacionales sobre Derechos Indígenas al Medio Ambiente y a los Recursos Naturales

Los instrumentos internacionales que se refieren específicamente a los derechos indígenas sobre los derechos al Medio Ambiente, Desarrollo y Participación son: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T), la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Agenda 21, estos últimos adoptados en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) de 1992. También se han pronunciado al respecto los proyectos de Declaración de la ONU y la OEA sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que se encuentran en proceso de aprobación. Los Pueblos Indígenas, por su parte, también se han referido a este derecho en la Declaración de Kari-Oca, donde fue aprobada la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas.

Convenio N.º169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

El Convenio 169 de la OIT²¹, desarrolla ampliamente los derechos de los Pueblos Indígenas a la tierra y sus recursos naturales. Reconoce la «importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios»²² Define a los territorios indígenas como aquellos que cubren «la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera»²³

El Convenio 169 reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y tradiciones, dentro del marco de los Estados en que viven.²⁴ Desde esta perspectiva el Convenio establece que los Pueblos Indígenas deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de Desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ellos ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su

²¹ Sólo 17 países han ratificado el Convenio 169 de la OIT. A pesar del exiguo número de ratificaciones, los países que han ratificado dicho instrumento son aquellos que poseen poblaciones indígenas y la mayoría son latinoamericanos.

²² Artículo 13.1, Convenio 169

²³ Artículo 13.2, Convenio 169

²⁴ Preámbulo, numeral 5, Convenio 169

propio desarrollo económico, social y cultural. Además dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional, susceptibles de afectarlos directamente.²⁵

El Convenio impone a los gobiernos el deber de velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.²⁶

Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan... artículo 14, numeral 1. En lo que respecta a los recursos naturales el Convenio 169, impone a los Estados partes la obligación de proteger «especialmente» los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos de protección especial comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.²⁷ En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, el Convenio 169 dispone que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Asimismo, reconoce el Convenio el derecho de los pueblos interesados para participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.²⁸

Conjuntamente con lo anterior, el Convenio 169 insta los gobiernos a promover la autogestión indígena en materia de desarrollo. Para estos efectos, se dispone que a petición de los pueblos interesados, los Estados deberán facilitar, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada para la gestión de los recursos propios que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.²⁹

²⁵ Artículo 7 numeral 1, Convenio 169

²⁶ Artículo 7 numeral 3, Convenio 169

²⁷ Artículo 15, numeral 1, Convenio 169

²⁸ Artículo 15, numeral 2, Convenio 169

²⁹ Artículo 23, numeral 2, Convenio 169

La Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) (1992)

La Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD) constituye el más reciente avance en materia de legislación ambiental de rango internacional. La Conferencia elaboró cinco documentos: La Declaración de Río de Janeiro 1992, el Convenio sobre Diversidad Biológica, la base estructural de la Convención de Naciones Unidas sobre Cambio Climático, la Declaración de Principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible en lo relativo a los bosques y la Agenda 21. De estos instrumentos algunos hacen alusión expresamente a los derechos indígenas sobre el Medio Ambiente o a los estándares que debe cumplirse para la debida protección de estos derechos. Cabe, sin embargo, tener presente respecto a la fuerza coercitiva u obligatoria de estos instrumentos que el único que es vinculante y, por tanto, impone obligaciones a los Estados, es la Convención sobre Biodiversidad. Los otros instrumentos carecen de fuerza obligatoria, aunque constituyen un importante precedente para la consolidación de estándares internacionales en materia de protección del medio ambiente y el hábitat de los Pueblos Indígenas.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), en Río de Janeiro en 1992, artículo 8, inciso j, impone a los Estados una obligación específica de respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Deberán, además, promover la aplicación más amplia de estos conocimientos y prácticas, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, es decir, las comunidades indígenas y sus miembros. Asimismo, los Estados deberán fomentar los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas garantizando que se compartan equitativamente.

La Declaración de Río de Janeiro, por su parte, reconoce que las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Por tanto, recomienda a los Estados reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.³⁰

³⁰ Principio 22, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo

La Declaración reconoce el aporte de las comunidades indígena al uso y explotación sostenible de los recursos, particularmente de los bosques. Por tanto, establece la Declaración que los gobiernos deberían promover y ofrecer oportunidades para la participación de... las poblaciones indígenas... los habitantes de las zonas forestales y las mujeres, en el desarrollo, la ejecución y la planificación de la política forestal del país.³¹

Como consecuencia de lo expresado precedentemente, prosigue la Declaración, la política forestal de cada país, debería reconocer y apoyar debidamente la cultura y los intereses y respetar los derechos de las poblaciones indígenas, de sus comunidades y otras comunidades y de los habitantes de las zonas boscosas. En esta línea de razonamiento, la Declaración dispone que se deberían promover las condiciones apropiadas para los grupos indígenas y las comunidades locales tradicionales a fin de permitirles tener un interés económico en el aprovechamiento de los bosques, desarrollar actividades económicas y lograr mantener una identidad cultural y una organización social, así como un nivel adecuado de sustentación y bienestar, lo que podría hacerse, entre otras cosas por conducto de sistemas de tenencia de la tierra que sirvieran de incentivo para la ordenación sostenible de los bosques.³²

Para favorecer la autogestión indígena sobre sus recursos forestales, la Declaración señala que habría que reconocer, respetar, registrar, desarrollar y, según procediera, introducir en la ejecución de programas la capacidad autóctona y los conocimientos locales pertinentes en materia de conservación y desarrollo sostenibles de los bosques ... en colaboración con los miembros de las comunidades locales interesadas ... Disponiendo expresamente que los beneficios que se obtuvieran del aprovechamiento de los conocimientos autóctonos de las comunidades indígenas deberían compartirse equitativamente con las personas pertenecientes a dichas comunidades.³³

En materia de autogestión, la Declaración va mas allá de la explotación de los recursos naturales y contiene normas específicas en materia de financiamiento de planes y programas autogestionado por comunidades indígenas relativos a la explotación de sus recursos naturales y transferencia tecnológica. En este contexto, dispone que los organismos de Naciones Unidas y otros organismos internacionales de financiamiento de indígenas y de sus comunidades, según procediera, deberían tomar medidas para incorporar los valores, opiniones y conocimientos indígenas, así como la contribución excepcional de la mujer indígena, en políticas y programas de ordenación de los recursos y de otro tipo que pudieran afectarles. En particular, se sugiere como medida de esta índole: b) Prestar asistencia técnica y financiera a los programas de

³¹ Artículo 2, literal d, Declaración de Principios relativos a los Bosques, Agenda 21

³² Artículo 5, Declaración de Principios relativos a los Bosques, Agenda 21

³³ Artículo 12, literal d, Declaración de Principios relativos a los Bosques, Agenda 21

aumento de la capacidad a fin de apoyar el desarrollo autónomo sostenible de las poblaciones indígenas y de sus comunidades.³⁴

Para la materialización de las políticas gubernamentales y, en general, cualquier acción pública o privada destinada e intervenir territorios indígenas se sugieren las siguientes directrices:

- El reconocimiento de que las tierras de las poblaciones indígenas y sus comunidades deben estar protegidas contra actividades que presenten riesgos para el medio ambiente o que la población indígena de que se trate considere improcedentes desde los puntos de vista social y cultural,³⁵
- El reconocimiento de que la dependencia tradicional y directa de los recursos renovables y los ecosistemas, incluido el aprovechamiento sostenible, sigue siendo esencial para el bienestar cultural, económico y físico de las poblaciones indígenas y sus comunidades;³⁶
- Establecer, cuando procedan acuerdos para intensificar la participación activa de las poblaciones indígenas y sus comunidades en la formulación de políticas, leyes y programas relacionados con la ordenación de los recursos en el plano nacional y otros procesos que pudieran afectarles.³⁷

La Agenda 21, es un programa no vinculante, que señala como los Estados deben enfocar y conducir los asuntos relacionados con el medio ambiente. La orientación básica del plan, como ya se ha referido, es conciliar el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente con el crecimiento económico. Sin embargo, el capítulo 26 de la Agenda 21 está dedicado exclusivamente a los Pueblos Indígenas y como su título lo señala aspira al reconocimiento y al fortalecimiento del papel de las Poblaciones Indígenas y sus Comunidades en la definición del desarrollo sostenible. El objetivo del Capítulo 26 es fortalecer y facilitar la participación de los pueblos indígenas en su propio desarrollo y en las actividades de desarrollo externo que puedan afectarlos, reconociendo el conocimiento tradicional único de los pueblos indígenas en sobre ecología y desarrollo sostenible.

Para el cumplimiento de estos objetivos se promueve una mayor participación política de los pueblos originarios en las instancias de decisión, para fortalecer el auto control sobre las tierras y recursos indígenas, así como el reconocimiento de las prácticas de subsistencias tradicionales y el reforza-

³⁴ Párrafo 26, artículo 5, literal b, Agenda 21

³⁵ Párr. 26.3, literal a, (ii). Agenda 21

³⁶ Párr. 26.3, literal a, (iv) Agenda 21

³⁷ Párr. 26.3, literal b. Agenda 21

miento de la legislación nacional (26.3). Dentro de las actividades recomendadas por la agenda 21 en la materia están las siguientes:

- La ratificación de los instrumentos internacionales relativos a los pueblos indígenas;
- La acción dentro de las Naciones Unidas y los Organismos Internacionales de desarrollo, incluyendo apoyo técnico y Financiero que incorpore los puntos de vista de los pueblos indígenas y de sus organizaciones en la implementación y diseño de políticas de políticas; y
- Adopción fortalecimiento de políticas para proteger la propiedad intelectual y cultural de los pueblos indígenas (26.4 y 26.5).

Otras partes relevantes de la Agenda 21 incluyen los capítulos 11 y 17. El plan formula recomendaciones respecto a la pesca tradicional de los pueblos indígenas, sugiere la incorporación del conocimiento tradicional concerniente(s) a los ecosistemas dentro de los planes de manejo interno y el reconocimiento de los derechos de subsistencia en las negociaciones internacionales sobre recursos marinos. El capítulo 11 recomienda la promoción de la participación indígena en las actividades relacionadas con los bosques; programas para el fortalecimiento de la organización a fin de facilitar la investigación y la implementación de medidas para la protección de ecosistemas forestales y la biodiversidad; la creación de reservas y áreas protegidas, incluyendo los territorios tradicionales de los pueblos indígenas; programas de apoyo a la participación de Pueblos Indígenas en el manejo forestal y; apoyo a las organizaciones y comunidades indígenas.

Borrador de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas – 1993)

El Borrador de Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas es un instrumento internacional que se encuentra en discusión desde el año 1993. Hasta la fecha aún no ha sido aprobada por los órganos pertinentes del Sistema de Naciones Unidas. No obstante, este documento tiene el valor de haber sido consensuado entre los equipos técnicos de Naciones Unidas, representados por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, y representantes indígenas, en un proceso de amplia participación que se extendió por 10 años.

La declaración reconoce el derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación y precisa los contenidos y alcance de este derecho en lo que corresponde al autogobierno y la autogestión de los recursos propios. Comienza el Borrador de Declaración reconociendo que los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean en todos los niveles de

adopción de decisiones, en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones para la adopción de decisiones³⁸.

En este contexto, el Borrador reconoce el derecho de los pueblos indígenas al desarrollo y, en particular, a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de este derecho. Se reconoce específicamente el derecho de los Pueblos Indígenas a determinar y elaborar todos los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les afecten y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones³⁹.

Conjuntamente con lo anterior, los pueblos indígenas, en el marco del Borrador de Declaración, tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio no sólo de su derecho al desarrollo, sino les es reconocido expresamente el derecho a la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídrico o de otro tipo⁴⁰.

El Proyecto de Declaración de la Organización de Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Así como el Sistema de Naciones Unidas ha avanzado en la elaboración de un proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, lo propio ha ocurrido en el marco del Sistema Interamericano. El mismo proceso se vive al interior de la Organización de Estados Americanos (OEA), donde se encuentra en proceso de aprobación el Borrador o proyecto de Declaración de la Organización de Estados Americanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Los principios que inspiran este proyecto coinciden con aquellos que sustentan la Declaración que en la misma materia se encuentra en discusión ante la ONU: autonomía y autogestión.

Se consagra expresamente el Derecho al Desarrollo de los Pueblos Indígenas, cuyos contenidos normativos son los siguientes:

- Los Estados reconocen el derecho de los pueblos indígenas a decidir democráticamente respecto a los valores, objetivos, prioridades y

³⁸ Artículo 19, Borrador Declaración ONU

³⁹ Artículo 23, Borrador Declaración ONU

⁴⁰ Artículo 30, Borrador Declaración ONU

estrategias que presidirán y orientarán su desarrollo, aún cuando los mismos sean distintos a los adoptados por el Estado nacional o por otros segmentos de la sociedad. Los pueblos indígenas tendrán derecho sin discriminación alguna a obtener medios adecuados para su propio desarrollo, de acuerdo a sus preferencias y valores, y de contribuir a través de sus formas propias, como sociedades distintivas, al desarrollo nacional y a la cooperación internacional⁴¹.

- Salvo que circunstancias excepcionales así lo justifiquen en el interés público, los Estados tomarán las medidas necesarias para que las decisiones referidas a todo plan, programa o proyecto que afecte derechos o condiciones de vida de los pueblos indígenas, no sean hechas sin el consentimiento y participación libre e informada de dichos pueblos, a que se reconozcan sus preferencias al respecto y a que no se incluya provisión alguna que pueda tener como resultado efectos negativos para dichos pueblos⁴².
- Los pueblos indígenas tienen derecho a restitución e indemnización sobre base no menos favorable al estándar del derecho internacional por cualquier perjuicio, que pese a los anteriores recaudados, la ejecución de dichos planes o propuestas pueden haberles causado; y a que se adopten medidas para mitigar impactos adversos ecológicos económicos, sociales culturales o espirituales⁴³.

Declaración de Kari-Oca: Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas

La Declaración de Kari-Oca no es un instrumento internacional, pero tiene especial relevancia pues da cuenta de las demandas indígenas en la materia y permite contrastarla con los estándares fijados por los instrumentos internacionales.

Esta Declaración adscribe, al principio de la libre determinación, expresado como el derecho a la autonomía y la autogestión. Así se reconoce expresamente en el Párrafo 69, donde se dispone lo siguiente:

- a) Para que los pueblos indígenas puedan asumir el control, la gestión y la administración de sus recursos y territorios, los proyectos de desarrollo deben basarse en los principios de la libre determinación y la autogestión.
- b) Los pueblos indígenas deben ser autónomos.

⁴¹ Artículo XXI, numeral 1, Borrador Declaración OEA.

⁴² Artículo XXI, numeral 2, Borrador Declaración OEA.

⁴³ Artículo XXI, numeral 3, Borrador Declaración OEA.

Como ejercicio del derecho de autodeterminación, se establece el irrestricto derecho de los Pueblos Indígenas a que sea exigido su libre consentimiento y plena participación para la ejecución de proyecto en sus territorios.

Dispone la Declaración que los Pueblos Indígenas deben dar su consentimiento para aprobar o rechazar todos los proyectos que se ejecuten en sus territorios. Antes que la población dé su consentimiento, puntualiza la declaración, se le deberá dar plena y completa participación a los Pueblos Indígenas, en todas las decisiones. Se le facilitará toda la información sobre el proyecto y sus efectos⁴⁴.

El no reconocimiento de este derecho es tipificado como delito de lesa humanidad contra los Pueblos Indígenas. En efecto, dispone la Declaración que si no se recaba este consentimiento del modo que se expresa, se considerará que se ha perpetrado un crimen contra los Pueblos Indígenas. Para el efectivo cumplimiento de estas normas, se sugiere una jurisdicción internacional que permita perseguir este tipo de crímenes. Exigen las organizaciones indígenas que la persona o las personas que violen este principio sean enjuiciadas en un tribunal mundial establecido a tal fin y controlado por los pueblos indígenas, en un proceso similar a los juicios celebrados tras la segunda guerra mundial.⁴⁵

En lo que respecta al desarrollo, se demanda el derecho a tener sus propias estrategias de desarrollo basadas en las Prácticas culturales que les pertenecen. Reconociendo la relación armónica de los pueblos indígenas con la naturaleza, exigen que se respeten los modelos de desarrollo sostenible, las estrategias de desarrollo y los valores culturales indígenas por ser fuentes distintas y vitales de conocimientos.⁴⁶

Reconocimiento del derecho al agua de los Pueblos Indígenas en el derecho internacional

El derecho internacional ha establecido normas que reconocen el derecho al agua de Pueblos indígenas y tiende a garantizar la gestión sustentable y culturalmente pertinente de los recursos hídricos en los territorios ancestrales.

La discusión en torno al derecho al agua comienza en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, que tuvo lugar en Estocolmo-Suecia, en el año 1972, donde se identificó el agua como uno de

⁴⁴ Párrafo 61, Declaración Kari-Oca

⁴⁵ Párrafo 61, Declaración Kari-Oca

⁴⁶ Párrafo 67, Declaración Kari-Oca

los recursos naturales que debía ser objeto de una protección especial por el ordenamiento jurídico, para garantizar su uso sustentable por parte de las generaciones actuales y futuras⁴⁷. En 1977, las Naciones Unidas en la Conferencia del Agua de Mar del Plata en Argentina⁴⁸ y, posteriormente, en el año 1992, la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA) de Dublín, constatan que la escasez y el uso abusivo del agua dulce plantea una creciente y seria amenaza para el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente y, por tanto, se pronuncian sobre la necesidad de darle protección. En el mismo año 1992, la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, que adoptó la agenda 21 «programa de Acción para el Desarrollo Sustentable», estableció un derecho preferente para el aprovechamiento y el uso de los recursos hídricos destinado a satisfacer las necesidades básicas y a otorgar protección a los ecosistemas⁴⁹. Otras instancias internacionales como la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena el año 1993, El *Global Water Paternship* (GWP)⁵⁰ y las Naciones Unidas a través del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han avanzado en el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano y han sentado bases normativas para el reconocimiento de los derechos de comunidades locales, indígenas y campesinas.

En el año 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que el derecho al agua está en la base del derecho al desarrollo. De esta forma, las Naciones Unidas han posicionado en el debate que el derecho al agua es un derecho económico, social y cultural que debe ser garantizado al amparo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC) de 1966. Al respecto, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que instaura el pacto, en el año 2002, estableció expresamente la relación entre derechos humanos y agua, y otorgó reconocimiento expreso al derecho al agua, adoptando una Observación General sindicada con el N° 15, la que se sustenta en lo dispuesto por los artículos 11 y 12 del PDESC.

⁴⁷ Principio 2, Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, Junio 16, 1972, U.N. Doc. A/CONF.48/14Rev.1, Número de Venta E. 73.II.A.14 (1973); reprinted in 11 I.L.M. 1416 (1972). Disponibles en: <http://www.ecoportal.net/content/views/full/11994>.

⁴⁸ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977. Publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.II.A.12.

⁴⁹ Párrafo 18, Agenda 21, «Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: Aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce»

⁵⁰ El GWP, creado en 1996, tiene por misión darle soporte político-técnico a los países del mundo en la *Gestión Integrada de los Recursos Hídricos*. PEÑA, H.; SOLANES, M., *Gobernabilidad Efectiva del Agua. Acción a través de Asociaciones en América*, (CEPAL-PROYECTO GWP SAMTAC, Santiago, 2003)

A través de esta resolución N° 15, el Comité adopta una interpretación extensiva de los derechos económicos, sociales y culturales que reconoce que el derecho al agua está en la base del reconocimiento de una serie de otros derechos, cuyo goce se torna ineficaz si no hay condiciones que garanticen el acceso a este recurso⁵¹.

El Derecho Indígena al agua ha sido reconocido expresamente en la Observación General N° 15. Este documento otorga especial protección a las personas y grupos más vulnerable, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos a quienes les reconoce el derecho básico al agua potable⁵².

En lo que respecta a este documento, cabe resaltar la consagración de derechos preferentes a comunidades locales rurales sobre sus fuentes tradicionales de agua, salvaguardándola de toda injerencia ilícita y contaminación. Adicionalmente, consagra el derecho de los Pueblos Indígenas para acceder al agua en sus tierras ancestrales, las que también deben ser protegidas de toda trasgresión y contaminación ilícitas. Los Estados, se señala, deben facilitar recursos para que los Pueblos Indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua. También, se garantizar el derecho preferente de las comunidades nómadas y errantes para acceder al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales y designados⁵³.

La observación vincula el ejercicio del derecho al agua a la obligación establecida en el párrafo 2 del artículo 1 del PDESC, que dispone que no podrá privarse a un pueblo «de sus propios medios de subsistencia», imponiendo a los Estados Partes el deber de garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la subsistencia de los pueblos indígenas. Este fundamento jurídico incorpora al debate una dimensión de derechos colectivos que se sustenta, como se señalara, en el párrafo 2 del artículo 1 del PDESC, donde ha sido reconocido el derechos de todos los pueblos a disponer de sus recursos naturales para garantizar su propia estrategia de desarrollo, en el marco de reconocimiento del derecho de autodeterminación.

Consideraciones finales en relación a los derechos derivados de los estándares internacionales sobre legislación ambiental

Los derechos derivados de los estándares internacionales sobre el Medio Ambiente, son los siguientes: Derecho soberano de los pueblos indígenas

⁵¹ Introducción, Observación General N° 15

⁵² Párrafo 16, Observación General N° 15

⁵³ Párrafo 16, letras c), d) y e), Observación General N° 15

sobre los recursos naturales como ejercicio del derecho a la libre determinación⁵⁴; Evaluación de Impacto Ambiental; información y consulta de buena fe; y, participación⁵⁵. Estos derechos son los que en definitiva constituyen los marcos jurídicos a través de los cuales se hace efectivo los derechos ambientales de los Pueblos Indígenas.

A partir de la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Naciones Unidas del año 1992 la exigencia de Evaluar los Impactos Ambientales de los proyectos de inversión ha sido incorporada en los estándares internacionales. Así lo dispone expresamente el Convenio 169 (artículo 7 (3)). Diversos organismos internacionales han incorporados en sus directrices operativas estas exigencias, tal es el caso del Banco Mundial a través de la Directiva Operacional 4.01, donde se exige la evaluación ambiental de todos aquellos proyectos susceptibles de generar un impacto significativo al medio ambiente. Lo propio ocurre con el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), donde han sido adoptadas directrices operativas para ser incorporadas por los Estados miembros a los sistemas de evaluación de impacto ambiental y que incorporan exigencias específicas destinadas a garantizar la participación ciudadana en el proceso⁵⁶. Otros instrumentos internacionales reconocen el derecho de la ciudadanía y, en particular, de los Pueblos Indígenas a estar informados del impacto potencial de aquellas medidas y decisiones que afectan el medio ambiente y su hábitat tradicional. Exigiendo que la información esté disponible y sea accesible a los interesados. Estos mismos instrumentos e instancias internacionales garantizan, además, el derecho de información y consulta de buena fe y el de participación.

El proceso de evaluación de impacto ambiental aspira a ser un instrumento preventivo de gestión, destinado a identificar y corregir con la debida antelación los impactos ambientales adversos que resulten de la intervención humana al medio ambiente y optimizar los impactos positivos que pudieran derivarse de dicha acción. Durante el proceso de evaluación de impacto se debe asegurar que los recursos y elementos susceptibles de ser afectados se identifiquen para evaluar efectivamente el impacto sobre los mismos. Conforme a lo indicado, el sistema pretende ser un instrumento preventivo de efectos negativos y a la vez un instrumento de gestión que entregue a la autoridad estatal todos los antecedentes necesarios para orientar la toma de decisión respecto a la ejecución o suspensión de un proyecto sometido a evaluación. Siguiendo en este punto las tendencias que reivindican el derecho de libre determinación de los Pueblos Indígenas sobre sus recursos naturales, el Sistema

⁵⁴ DAES A., E, et al, p. 3.

⁵⁵ MACKAY, F., et. al., p. 284-285.

⁵⁶ PNUMA/Z/Ser.A/9, 1999

de Evaluación de Impacto Ambiental debiera, al mismo tiempo, ser un instrumento de gestión que oriente a las autoridades indígenas en las decisiones que involucren la eventual disposición de recursos naturales. El sistema de evaluación de impacto ambiental en definitiva, desde la perspectiva que ofrece la teoría de los derechos indígenas, debe ser concebido como una herramienta de protección medio ambiental cuyo fin último es asegurar el pleno ejercicio del derecho de autodeterminación, el desarrollo sostenible, la preservación del hábitat de los Pueblos Indígenas y su participación.

El nuevo régimen internacional de derechos de propiedad intelectual y los derechos de los pueblos indígenas

Víctor Toledo Llancaqueo

Los Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) adquirieron una inusitada centralidad en la nueva economía global, donde predomina el factor conocimiento, las dimensiones simbólicas, la información y las biotecnologías. Este cambio se tradujo en presiones políticas y comerciales de las corporaciones transnacionales —principalmente de la industria farmacéutica, biotecnológica, informática y de industria cultural— en dos direcciones complementarias:

- a) Establecer sistemas de protección mundial que blinden la seguridad jurídica de los titulares de *patentes*, *marcas*, *copyright*, etc. en los distintos territorios nacionales y regionales. Es el régimen internacional de Propiedad Intelectual.
- b) Establecer regímenes internacionales que faciliten y legalicen la apropiación de recursos biológicos del sur, incluidos los recursos genéticos, bioquímicos de los territorios indígenas y sus conocimientos tradicionales asociados. Son el régimen de «acceso a recursos genéticos» y el mercado de «servicios ambientales».

Tales regímenes —de tipo comercial y ambiental— llevan más de dos décadas de elaboración, se materializan a través de una diversidad de tratados y convenciones en curso bajo el liderazgo de los países del norte.

Los nuevos marcos regulatorios de los DPI y de comercialización y apropiación de la biodiversidad, han profundizado antiguas desprotecciones de los derechos indígenas sobre diversos componentes del patrimonio cultural. La vieja práctica colonial de apropiación y saqueo del patrimonio cultural indígena —tradiciones orales, diseños, iconografía, arqueología ancestral, arquitectura, artes, tecnologías, música, lugares, topónimos, idiomas, etc. — adquiere hoy una nueva dimensión, en tiempos de economía simbólica. La biodiver-

sidad indígena ha adquirido nuevo valor como mercancía y es susceptible de diversos modos de apropiación. Las nuevas regulaciones de DPI exponen al conjunto del patrimonio de los pueblos indígenas a inéditas y radicales prácticas de fragmentación y usurpación a manos de terceros, ya sea como patentes, marcas, derechos de autor, indicaciones geográficas, nombres de dominio. Y los nuevos regímenes ambientales crean nuevos mercados y regulaciones tales como los «servicios ambientales», el acceso a recursos genéticos y bioquímicos y a los conocimientos asociados a la biodiversidad de los territorios indígenas.

Es necesario prestar atención a los escenarios y debates del régimen de los DPI, acceso y comercio de la biodiversidad y servicios ambientales, no sólo para advertir los riesgos y contener la desposesión, sino también para reclamar y defender derechos colectivos, el control y protección del patrimonio cultural e intelectual y la soberanía sobre los territorios de los pueblos indígenas.

1. La propiedad intelectual como forma especial del derecho de propiedad

En el pensamiento jurídico occidental, la propiedad intelectual es un tipo especial de propiedad que expresa la capacidad de dominio sobre ciertos bienes de carácter creativo tales como invenciones, obras literarias y artísticas, símbolos, nombres, imágenes, dibujos y modelos utilizados en el comercio.¹

La «propiedad intelectual» confiere a su titular derecho de exclusividad para proteger sus activos inmateriales frente a todos. Desde este punto de vista, la «propiedad intelectual» comparte muchas de las características de la propiedad material y personal. Por ejemplo, es un activo y como tal, se puede comprar, vender, ceder bajo licencia, intercambiar o entregar gratuitamente, como cualquier otra forma de propiedad; y el titular de la propiedad intelectual tiene derecho de impedir la venta o el uso no autorizado de la misma.

La protección y regulación de los Derechos de Propiedad Intelectual es materia de legislación nacional, sin embargo, desde fines del siglo XIX los países han negociado acuerdos internacionales vinculantes que abordan varios tipos de propiedad, dando forma a un régimen internacional de DPI.

A lo largo del siglo XX los convenios más importantes fueron el *Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial* (1883) y el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias o Artísticas* (1886). Pese a su antigüedad, hacia 1960 sólo seis países de América Latina se habían adheri-

¹ Algunos autores consideran que es impropio aplicar la categoría «propiedad» romanista a objetos inmateriales. Cf. BECERRA M., *La propiedad Intelectual en transformación*, IJ-UNAM, México 2004.

do al Convenio de París, y sólo uno al de Berna. Tales convenios, con sucesivas enmiendas, son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), organismo especializado de Naciones Unidas, cuyo mandato es fomentar la protección de la propiedad intelectual en el mundo.² Por otro lado, en 1961 un conjunto de países suscribieron el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, que crea a la Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (UPOV).³

2. Infraestructura del régimen internacional de DPI

El régimen internacional de Propiedad Intelectual se compone de tres grandes sistemas de derechos propietarios⁴:

- a) El «**Derecho de Autor**», cuyas normas le confieren al creador de una obra literaria, artística o científica la facultad de divulgarla al público o reproducirla.
- b) La «**Propiedad Industrial**», integrada por las normas que confieren el derecho de excluir a cualquier otro, y por supuesto a los competidores, del aprovechamiento económico de las creaciones aplicables en la in-

² El *Convenio de París* ha sido revisado en siete ocasiones, la última en 1979. En él se entiende la propiedad industrial en una acepción amplia y aplica no sólo a la industria y al comercio propiamente dichos, sino también al dominio de las industrias agrícolas y extractivas y a todos los productos fabricados o naturales. El art. 1 del Convenio indica,

«la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal».

El *Convenio de Berna* ha tenido siete revisiones sucesivas en el tiempo, la última en París en el año 1971. Regula el Derecho de Autor y aplica el principio de trato nacional, así como la suspensión de todo formalismo para la protección de las obras de origen extranjero; fija un mínimo de duración del derecho en la vida del autor en más cincuenta años (50 años p.m.a.) y reconoce el derecho moral de paternidad y de integridad.

³ El Convenio entró en vigencia en 1968. A escala mundial la UPOV (Unión Internacional para la Protección de Variedades Vegetales) es la instancia que actúa como eje de decisiones, debates e ideas alrededor de la cual gira gran parte de la discusión y legislación en materia de protección de obtenciones vegetales. La UPOV es una unión de países que comparten una legislación armonizada de protección de variedades vegetales, en cuyo seno se redactan las denominadas Actas que rigen los contenidos de las legislaciones nacionales de los Estados miembros. La primera de ellas data de 1961, mientras que en marzo de 1991 se adoptó la última. Cf. RAPELA M. *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores* Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, 2000. pp. 25-30.

⁴ HUENCHUÁN S., *Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas. Objetos y enfoques de protección*, Revista Austral de Ciencias Sociales, Universidad Austral, Valdivia Volumen 8. 2005.

dustria y el comercio. Características esenciales son la individualidad, tangibilidad, innovación, novedad, temporalidad y susceptibilidad de aplicación industrial.

- c) Los «**Derechos de Obtentores de Variedades Vegetales**». Se refieren a los derechos de propiedad de una persona —o empleador de dicha persona—⁵, que haya creado o descubierto o desarrollado una variedad de planta, otorgando derechos exclusivos para controlar la reproducción (o copia) de su material protegido. Para conceder el derecho de obtentor se requiere que la variedad sea nueva, distinta, homogénea y estable⁶. El derecho de obtentor, de acuerdo al Acta UPOV de 1991, no debe ser inferior a 20 años a partir de la fecha de concesión, y para los árboles y las vides, dicha duración no debe ser inferior a 25 años⁷. El derecho de obtentor implica que el titular puede impedir la reproducción o multiplicación de la variedad protegida, inclusive el almacenamiento de semillas.

Estos tres sistemas abarcan diversos tipos de derechos, referidos a materias específicos, los que se resumen en el siguiente esquema:

Sistema	Materias	Derechos
Derechos de Autor	Obras literarias, artísticas y científicas	Derechos de autor
	Interpretaciones o ejecuciones, emisiones de radiodifusión	Derechos conexos

⁵ Artículo 1, Acta de la UPOV de 1991. De acuerdo al Acta de UPOV de 1991 el obtentor es la persona que ha creado o descubierto y desarrollado una variedad de planta o bien el empleador de dicha persona o que haya encargado el trabajo.

⁶ Artículo 5, Acta de la UPOV de 1991. El requisito de novedad tiene por finalidad velar porque la variedad no haya sido objeto de explotación comercial. Se trata de una evaluación puramente jurídica y no técnica. Una variedad se considera nueva si se distingue claramente de otra variedad cuya existencia, en la fecha de presentación de la solicitud, sea notoriamente conocida. La definición técnica exacta de la distinción reside en la descripción biológica de la variedad. Basta la opinión de un experto técnico para determinar esta cuestión. Una variedad se considera homogénea si es suficientemente uniforme en sus características pertinentes, a reserva de la variación previsible habida cuenta de las particularidades de su multiplicación vegetativa. Esto significa en pocas palabras que las plantas de una variedad deben ser iguales o muy similares, y que el grado de similaridad depende del método de multiplicación seleccionado. Y es estable si los caracteres de la planta se mantienen inalterados después de reproducciones o multiplicaciones sucesivas o, en caso de un ciclo particular de reproducciones o de multiplicaciones, al final de cada ciclo. Se exige también que la variedad sea designada por una denominación destinada a ser su designación genérica. RAPELA, *Op. cit.* P. 36.

⁷ Artículo 19, Acta de la UPOV de 1991

<i>Sistema</i>	<i>Materias</i>	<i>Derechos</i>
Propiedad Industrial	Invencciones con aplicación industrial o comercial	Patentes
	Dibujos o modelos industriales	Dibujos industriales (también protegido como derecho de autor)
	Origen de un producto que determina la calidad, reputación u otra característica	Indicación Geográfica
	Marcas de servicio, nombres y designaciones comerciales	Marcas
Derechos de Obtentor	Nuevas variedades vegetales	Derechos de Obtentor

3. Transformaciones neoliberales del régimen internacional de DPI

Desde fines del siglo XX se producen profundos cambios en las regulaciones internacionales de los DPI, marcados por la tendencia a elevar los niveles de protección y la homogeneización de las normas regionales y locales. Son manifestaciones de la transformación jurídico-institucional que acompaña las políticas neoliberales globales.

Tal como señalan algunos intelectuales neoliberales, la economía global requiere marcos regulatorios nacionales e internacionales que garanticen la inviolabilidad de los contratos, faciliten y reduzcan los costos de las transacciones, y resguarden a los inversionistas extranjeros y nacionales de medidas locales expropiatorias directas o indirectas.⁸ La economía globalizada requiere de un blindaje de la «seguridad jurídica» de las inversiones transnacionales. Tras ese objetivo de afirmar una certidumbre jurídica global de

⁸ Cf. SACH J., *Globalization and the Rule of Law*, Yale University Press, New Haven, 1999; COASE R., *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988; NORTH D., *Institutional Change and Economic History* En: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol 145.

Para una crítica Cf. RODRIGUÉZ C., *El regreso de los programas de derecho y desarrollo* En: *Globalización, reforma judicial y Estado de Derecho en América Latina*, Revista *El Otro Derecho* 25, Bogotá, 2001; SANTOS B., *The GATT of Law and democracy* En: FEST J., (ed) *Globalization and Legal Cultures*, IISJ, Oñati, España, 1999.

las inversiones, desde los años ochenta, se ha empujado en múltiples niveles un conjunto de reformas legales e institucionales centradas en la depuración liberal de los regímenes propietarios (toda la gama de derechos reales: sobre recursos naturales, bienes materiales e inmateriales, susceptibles de inversión), regímenes arancelarios, etc. A nivel internacional se han uniformado normas y establecido disciplinas globales y mecanismos de resolución de controversias y sanciones, donde puedan acudir no sólo los estados sino directamente los inversionistas. La formación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), los Acuerdos Regionales de Comercio, y los ya más de 2000 Tratados Bilaterales de Inversión, forman parte de este denso proceso de construcción de un nuevo régimen internacional de comercio, con un reduccionista concepto del *Rule of Law*. Emerge un nuevo régimen internacional de comercio que ha introducido una problemática fragmentación del Derecho Internacional Público.

En este contexto, no es sorprendente la transformación del marco regulatorio internacional de los Derechos de Propiedad Intelectual, operada con el impulso de los países del norte y los consorcios farmacéuticos, biotecnológicos y de la industria cultural. Debe considerarse que, en la economía global, el valor y fuerza de las corporaciones se mide cada vez más según el valor de su cartera de patentes y marcas más que por su capacidad productiva. La propiedad industrial pasó a jugar una función de barreras de mercados, y un mecanismo de constitución de monopolios.

Hoy estamos ante un denso marco regulatorio mundial de propiedad intelectual, cuyos cimientos están ya construidos. Un marco regulatorio que ha pasado a ser uno de los pilares del régimen internacional de comercio. Un régimen internacional vinculante para los Estados, por medio de una malla de Tratados multilaterales, regionales y bilaterales, que establecen obligaciones y plazos perentorios para adaptar los ordenamientos jurídicos nacionales.

4. Un sistema global y multiescalar de derechos de propiedad intelectual, como parte del régimen mundial de comercio

Desde la década de los años ochentas del siglo xx, bajo el impulso de los países desarrollados y las corporaciones transnacionales, se ha ido moldeando un nuevo sistema global de derechos de propiedad intelectual (DPI) como una de las piezas claves del régimen internacional de comercio. Rasgos distintivos de la construcción de este nuevo sistema son el incremento sucesivo de los niveles de protección de los DPI, la ampliación creciente de las materias que comprende, la tendencia a su globalización, su estrecho vínculo con las regulaciones de inversiones y la lógica multiescalar y simultánea de negociación y regulación.

La lógica multiescalar y sincrónica ha descolocado a los críticos del régimen internacional de comercio, que habían focalizado las objeciones en la OMC y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (en adelante ADPIC). Tardíamente han venido a constatar que a través de tratados bilaterales se configuraban regulaciones superiores a los ADPIC. Por su parte, los actores corporativos y gobiernos de países del norte, no tienen dificultad para desenvolverse en esa lógica, brincar regímenes, y saltar entre escenarios multilaterales, regionales y bilaterales, en pos de un mismo programa: un sistema global de patentes.

Es necesario entender esta multiescalaridad, e incesante reconfiguración de instituciones, como una característica del proceso de globalización económica. Como indica Brenner, no estamos sólo ante la expansión físico-geográfica del capitalismo, sino frente a la transformación de los espacios sociales y políticos en los que se asienta, ante una contradictoria reconfiguración del espacio social que acaece simultáneamente en múltiples escalas geográficas, que no son ni autosuficientes, ni estancas, ni recíprocamente excluyentes.⁹

La multiescalaridad de la construcción de este sistema se expresa en tres niveles: el Acuerdo ADPIC de la OMC, los Tratados OMPI y UPOV; los Acuerdos Regionales de Comercio; los Tratados Bilaterales de Inversión. Tal sistema se expresa localmente en leyes nacionales, que son su corolario.

En paralelo a este sistema de DPI forjado en el régimen internacional de comercio, se ha ido gestando en el régimen internacional ambiental, una regulación de acceso a los recursos genéticos y Conocimientos Tradicionales.

4.1. *El Acuerdo ADPIC de la OMC, 1988-1994*

«Nuestras fuerzas combinadas nos permitieron establecer una red de gobiernos y sector privado que sentó las bases para lo que luego se convirtió en los ADPIC.»

Edmund Pratt. Director Ejecutivo de PFIZER.

Pfizer Forum: Intellectual Property Rights and International Trade.
The Economist, 27/05/1995 p.26.

Un momento clave de este nuevo sistema global de propiedad intelectual, y que marca un partaguas en la historia comercial contempo-

⁹ BRENNER N. y NIK T., (eds.) *Spaces of Neoliberalism. Urban Restructuring in North America and Western Europe*, Blackwell Publishers, Londres, 2002.

ránea, es el Acuerdo suscrito el 1994 *ADPIC*, —o TRIPS por su siglas en inglés¹⁰— uno de los tres pilares del régimen mundial de comercio expresado en la Organización Mundial de Comercio (OMC). En donde quedaron consagrados un conjunto de normas, que establecen elevados estándares de protección de los DPI, obligatorios para los países partes de la OMC.¹¹

La suscripción del Tratado ADPIC representó un triunfo de las corporaciones a que se refiere Edmund Pratt en la cita de epígrafe. A través de los ADPIC lograron el objetivo de imponer mundialmente los estándares de patentamiento de los países desarrollados a todos los estados, cubriendo la mayoría de las disciplinas de la propiedad intelectual. Al mismo tiempo el acuerdo ADPIC colocó el tema de la propiedad intelectual bajo la dirección de la OMC. Hoy son obligatorias las patentes sobre productos farmacéuticos y organismos vivos y quedaron sustantivamente restringidas las facultades nacionales de regulación en materia de DPI.

El Acuerdo ADPIC es vinculante para los Estados partes y subordina a las legislaciones locales, las que deben ser adaptadas para guardar concordancia con las nuevas normas; también impone medidas coercitivas, inclusive posibles sanciones comerciales contra los países que no cumplan con esas normas. En América Latina, más del 50 % de las leyes y reglamentos sobre DPI han sido promulgados después del 1 de enero de 2005, cuando entraron en vigencia los ADPIC.¹²

En el proceso de negociación de los ADPIC, durante la ronda de Uruguay, la posición mayoritaria de los países del sur fue que este acuerdo versara exclusivamente sobre materias de incidencia directa en el comercio internacional, tales como las marcas y copyrights. Sin embargo, en las negociaciones primaron las posiciones de los países del norte, sede de las corporaciones directamente interesadas y los ADPIC finalmente incluyeron prácticamente todos los asuntos que son objeto de derechos de propiedad intelectual, tales como patentes, marcas comerciales, secretos comerciales, derechos de autor, derechos conexos, copyrights, los que quedaron sujetos

¹⁰ Inicialmente el tema de los DPI fue introducido por EEUU desde la ronda de Tokio, a propósito de la falsificación de marcas, y se sumaron la Unión Europea, Japón y Canadá. Para la siguiente ronda se incluyeron no sólo las marcas comerciales sino todos los derechos de propiedad intelectual.

¹¹ Anexo 1C Acta Final de la Ronda Uruguay del GATT, suscritos en Marrakech, Marruecos, el 15 de Abril de 1994.

¹² ROFFE P., «América Latina y la nueva arquitectura internacional de la propiedad intelectual: de los ADPIC-TRIPS a los nuevos tratados de libre comercio», en *Diálogo Regional sobre Propiedad Intelectual, Innovación y Desarrollo Sostenible*, Costa Rica, 10-12 Mayo 2006, UNCTAD/ICTSD

a mecanismos de solución de controversias que permiten la imposición de medidas coactivas para la aplicación de los DPI.¹³

Tal acuerdo ADPIC, ya impuso a los estados miembros de la OMC obligaciones y plazos para que adecuen sus legislaciones locales según los estándares y normas mínimas.

No obstante la elevación de los estándares de protección de los DPI que imponen los ADPIC, el Acuerdo dejó algunos márgenes de flexibilidad para dar una protección a materias relacionadas a DPI no incluidas en sus disposiciones.

4.2. *Nuevos tratados multilaterales y recomendaciones sobre DPI*

Un segundo momento de desarrollo del nuevo sistema global de DPI lo constituyen una serie de nuevos tratados internacionales y recomendaciones adoptados en el seno de la OMPI después de 1995.

La OMPI es un ente técnico multilateral con el mandato de la ONU para promover la protección de la propiedad intelectual. Durante los años ochenta, perdió espacio como foro multilateral y los países desarrollados trasladaron la negociación de los temas de DPI al GATT. Para estos países, la OMPI tenía dos desventajas: por un lado, en las negociaciones los países en desarrollo presentaban posiciones en bloque contrarias a elevar estándares de protección y por otro lado la OMPI se presentaba como un

¹³ Este Acuerdo consta de siete partes que se refieren a:

Parte I: Disposiciones generales y principios básicos.

Parte II: Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual (1. Derechos de autor y derechos conexos; 2. Marcas de fábrica o de comercio; 3. Indicaciones geográficas; 4. Dibujos y modelos industriales; 5. Patentes; 6. Esquema de trazado (topografías) de los circuitos integrados; 7. Protección de la información no divulgada; 8. Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.)

Parte III: Observancia de los derechos de propiedad intelectual (1. Obligaciones generales; 2. Procedimientos y recursos civiles y administrativos; 3. Medidas provisionales; 4. Prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera; 5. Procedimientos penales.)

Parte IV: Adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos contradictorios relacionados.

Parte V: Prevención y solución de diferencias.

Parte VI: Disposiciones transitorias.

Parte VII: Disposiciones institucionales. Disposiciones finales.

La supervisión del Acuerdo está a cargo del «Consejo de los ADPIC al que pertenecen todos los miembros de la OMC, monitorea la operación de los Acuerdos sobre los ADPIC y realiza cualquier tarea sobre los DPI que le encomienden los ministros de la OMC o el Consejo General de la OMC. En VIVAS D., *Opciones Sui Generis para la protección del conocimiento tradicional y la experiencia venezolana en la materia*, Ministerio de Ciencia y Tecnología de Venezuela, Caracas, 2004.

régimen imperfecto al no contar con mecanismos eficaces de solución de controversias ante situaciones de incumplimientos de los convenios bajo su administración.

Desde 1995, post ADPIC-OMC, la OMPI y su burocracia adquirieron renovada utilidad en el nuevo régimen, tras acordar con la OMC prestar asistencia técnica en DPI a los Estados parte y promover la suscripción de nuevos tratados y directrices sobre DPI, con estándares aun más elevados a los establecidos en los ADPIC.

Tratados OMPI adoptados después de 1995:

- Tratado sobre Derechos de Autor y Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996), que se conocen como los nuevos Tratados «Internet» de la OMPI;
- Tratado sobre Derecho de Patentes (2000), que cubre los procedimientos de la derecho de patentes; y,
- Tratado de Cooperación en materia de Patentes (1970, última revisión 2001);

Recomendaciones adoptadas después de 1995:

- Disposiciones sobre la Protección de Marcas Comerciales Notoriamente Conocidas (1999);
- Licencias de Marcas Comerciales (2000); y,
- Disposiciones sobre la Protección de Marcas y otros Derechos de Propiedad Industrial de Signos en Internet (2001).

Procesos de negociación iniciados después de 1995:

- Tratado de Derecho Sustantivo de Patentes,
- reforma del Tratado de Cooperación en materia de Patentes;
- un tratado potencial sobre la protección de presentaciones audiovisuales;
- ciertos asuntos sobre los derechos de autor y derechos;
- una mayor armonización de las leyes sobre marcas comerciales bajo el Tratado de Ley de Marcas Comerciales.

Fuente: D. Vivas, 2004.

Particular importancia se ha asignado al proceso de negociación de un Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes (TDSP). Tal tratado, en los términos que ha sido elaborado, es un paso más en la reducción de los márgenes de flexibilidad nacionales de los sistemas de patentes, despejan-

do camino a un modelo de «patente mundial», concedido directamente por la OMPI.¹⁴

4.3. *Tratados Bilaterales de Inversión y Áreas de Libre Comercio. Normas «más allá de los ADPIC» y mercado de servicios*

Un tercer momento de desarrollo del nuevo sistema internacional de DPI, simultáneo a los procesos OMC y OMPI ya señalados, lo constituye la serie de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y acuerdos de libre comercio (ALC) que se han suscrito entre países en desarrollo y las principales potencias del mundo. Tales tratados y acuerdos incluyen cláusulas específicas sobre DPI, con estándares superiores a los ADPIC.

Simultáneamente en algunos de estos tratados se introdujeron obligaciones de proteger los Derechos de Propiedad Intelectual en calidad de «inversiones»,¹⁵ con todas las implicaciones del caso en términos de disciplinas y mecanismos de resolución de controversias a las que pueden recurrir con inversionistas contra eventuales actos de los Estados parte, que pueda ser considerada una medida expropiatoria.

En los hechos, tales tratados y acuerdos han sobrepasado las normas internacionales sobre DPI, tanto de la OMC como las que están actualmente en debate en diversos foros multilaterales, como en la OMPI. Tales instrumentos bilaterales y regionales han ampliando el alcance de los Derechos de Propiedad Intelectual a asuntos no cubiertos en los ADPIC. Los negociadores de los países desarrollados han presionado a los países en desarrollo suscriptores de estos Tratados Bilaterales de Inversión y Acuerdos de Libre Comercio a superar los estándares ADPIC, que ya eran elevados, y han reducido el ya estrecho espacio de flexibilidad de los Estados en materia de DPI. Más aún, por la vía de las cláusulas de «nación más favorecida» de los Tratados Bilaterales de Inversión y Acuerdos de Libre Comercio, que incluyen DPI —explícitamente o como «inversión»— se ha introducido un mecanismo que presionará hacia elevar globalmente las normas de protección de los DPI.

Como señala Carlos Correa:

«...los acuerdos de inversión generalmente se aplican a todos los tipos de 'activos', independientemente de su carácter tangible o intangible y del sector en el cual están invertidos, lo que incluye diversas formas de propiedad intelectual. Es así que los derechos de propiedad intelectual, estén

¹⁴ GRAIN *¿Un sistema mundial de patentes? El Tratado sobre el Derecho Sustantivo de Patentes de la OMPI* Documento de Análisis. 2003. www.grain.org

¹⁵ El tratamiento de los DPI como inversiones ya estaba en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En él se vincula el derecho de propiedad industrial con la inversión extranjera.

registrados o no, son inversiones protegidas por los Tratados Bilaterales de Inversión y los acuerdos comerciales que incorporan normas sobre inversiones. Esto agrega otra capa de protección basada en los tratados a los derechos protegidos por el Acuerdo sobre los ADPIC y otros convenios internacionales. Pero va más allá de los ADPIC ya que los acuerdos de inversión se aplican a los derechos que no están amparados por el Acuerdo sobre los ADPIC e incorporan el principio de trato nacional sin las excepciones establecidas en los tratados internacionales sobre DPI.»¹⁶

Fue el TLC Chile-Estados Unidos, el que estableció un nuevo estadio «más allá de los ADPIC» del régimen internacional de DPI. Junto con incluir a los DPI dentro de la definición de inversión, estableció un estándar de normas de protección de los DPI más elevado que los ADPIC. El capítulo de propiedad intelectual de este TLC pasó a constituirse en la referencia obligada de los Tratados bilaterales y subregionales.

Con posterioridad, los TLC's suscritos por los países Centroamericanos y República Dominicana con los EEUU (DR-CAFTA); Perú-EEUU y Colombia-EEUU, obligan a introducir estándares de protección de la propiedad intelectual significativamente más elevados que los requeridos por la legislación de esos países y el Acuerdo ADPIC¹⁷. Y han ido aún más lejos, puesto que han incluido sendos capítulos de Biodiversidad, incorporando menciones específicas a los Conocimientos Tradicionales.

Tal como destaca Silvia Rodríguez, los TLC's suscritos y en proceso desde el 2003, están incorporando expresamente a los Conocimientos Tradicionales bajo las normas de propiedad intelectual, con el buen propósito declarado de limitar la «biopiratería», pero con el equívoco resultado de zanjar de antemano un debate acerca de la aplicación del modelo oficial de derechos de propiedad intelectual sobre los Conocimientos Tradicionales.¹⁸

5. Impactos del nuevo régimen internacional de dpi, sobre los derechos de los pueblos indígenas. Efecto combinado con el nuevo régimen internacional ambiental

El nuevo régimen internacional de DPI, en sus distintos niveles, ha estrechado el espacio para el reconocimiento y protección de los derechos de

¹⁶ CORREA C., *Tratados bilaterales de inversión: ¿agentes de normas mundiales nuevas para la protección de los derechos de propiedad intelectual?*, En: Revista GRAIN, 2004, www.grain.org

¹⁷ CORREA C., *Protección de productos farmacéuticos y agroquímicos («productos regulados») en DR-CAFTA*. En: *Diálogo Regional sobre Propiedad Intelectual, Innovación y Desarrollo Sostenible*

Costa Rica, 10-12 de Mayo, 2006. UNCTAD/ICTSD.

¹⁸ RODRÍGUEZ S., *TLC's: el conocimiento tradicional en venta* En: Revista GRAIN, Abril 2006. <http://www.grain.org/briefings/?id=198>.

los pueblos indígenas sobre su patrimonio cultural e intelectual, en el caso de existir voluntad para respetar tales derechos. Más aún, dicho régimen de DPI combinado con las nuevas regulaciones de acceso a recursos genéticos y Conocimientos Tradicionales asociados a biodiversidad, y los emergentes mercados de servicios ambientales crean un escenario de alto riesgo para los pueblos indígenas. Se instalan en cada país y a escala internacional, nuevos y formidables obstáculos a arreglos autonómicos efectivos, que realicen plenamente el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas que inspira las negociaciones sobre los derechos indígenas en el seno de Naciones Unidas y OEA.

En este contexto de un nuevo régimen internacional de propiedad intelectual, los convenios ambientales adquieren un insospechado perfil de amenaza, toda vez que tanto el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) como el Protocolo de Kyoto han alentado a la exploración y explotación de los territorios indígenas. El primer caso tiene modalidades conocidas como bioprospección y patentamiento; en el segundo caso, las nuevas amenazas han emergido bajo la modalidad de contratos de «servicios ambientales».

Desde la perspectiva de los actores indígenas, los cambios regulatorios internacionales operados en los regímenes de Comercio y medio ambiente, en especial el nuevo marco sobre Derechos de Propiedad Intelectual (DPI), y las políticas de comercio de la biodiversidad y acceso a los recursos genéticos, impactan negativamente sobre los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el régimen internacional de derechos humanos.

Los tratados internacionales comerciales y de inversión — multilaterales, regionales y bilaterales— y los convenios medioambientales que incluyen regulaciones sobre derechos de propiedad intelectual y acceso a recursos de biodiversidad, y servicios ambientales, no sólo afectan la soberanía de los países, sino también han comprometido los intereses, derechos, territorios y soberanía de los pueblos indígenas que se encuentran bajo las jurisdicciones de los estados partes. Tales tratados regulan explícita o implícitamente el acceso y patentabilidad de recursos, biodiversidad y patrimonio cultural e intelectual indígena.

6. Economía de la biodiversidad y medio ambiente: soberanía, acceso y beneficios

Los instrumentos ambientales internacionales, tales como el Convenio de Biodiversidad y el Protocolo de Kyoto han introducido nuevos desafíos a la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos y territorios. En la práctica, el emergente régimen internacional ambiental ha ido quedando subordinado al régimen internacional comercial, lo que se expresa en que la

agenda ambiental tiene por asuntos principales el acceso y comercialización de biodiversidad («bienes») y el «pago por servicios ambientales».

El Convenio de Biodiversidad ha sido criticado por las organizaciones indígenas, por su énfasis en la utilización comercial de la biodiversidad, lo que se expresa en el énfasis en los regímenes de acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios. Asimismo se ha criticado el desconocimiento que hace el CDB y los estados partes de los pueblos indígenas como titulares de derechos —el CDB sólo habla de comunidades indígenas y locales.

El CDB señala «derechos soberanos de los Estados» sobre los recursos naturales ubicados en sus jurisdicciones territoriales, hace referencia a ellos en el Preámbulo y en el texto (artículos 3 y 15.1). En el artículo 15.1 del CDB expresa que: «en reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional». Tal disposición del Convenio de Biodiversidad introdujo un cambio controversial en el derecho internacional al atribuir a los *Estados* lo que son derechos soberanos de los *pueblos*.¹⁹ Además, el CDB establece la obligación contraída por cada Parte Contratante para crear condiciones «para facilitar... el acceso a los recursos genéticos... y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio» (artículo 15.2).

El tratamiento de la relación indígenas-diversidad biológica ha proveniendo de los circuitos teóricos y políticos ecologistas, cuya arena internacional principal se encuentra en el seguimiento a los acuerdos y Convenios emanados de la Cumbre Mundial de Medio Ambiente. En particular, la institucionalidad surgida en torno al Convenio de Diversidad Biológica (CDB) y sus eventos de Conferencias de las Partes estructuran el calendario y agenda. En ellos encontramos la temática indígena incluida en el Artículo 8j del CBD, referida a comunidades y no a pueblos. Unas comunidades indígenas son reserva y «custodios» de biodiversidad.

Esta inclusión tangencial de los indígenas en el CDB se explica por el «redescubrimiento» ambiental de los territorios indígenas²⁰ otrora despre-

¹⁹ Artículo 1. (2). Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

²⁰ Los conceptos de territorio y territorialidad tienen distinta acepción: i) *Dimensión Política*: jurisdicción, gobierno, normas y decisiones. Es lo que se expresa como territorialidad y territorio político; ii) *Dimensión Cultural*: se refiere a la idea de espacio socialmente organizado, esto es un espacio geográfico significativo culturalmente, en el cual se localizan, distribuyen y organizan asentamientos, significados, actividades de un grupo; iii) *Dimensión Natural*: unidad de los recursos naturales, agua, tierra, subsuelo, vegetación.

ciados por su fragilidad ecológica y baja productividad comercial, los que adquirieron relevancia como espacios de conservación de la diversidad biológica de la tierra. Los territorios indígenas poseen una mayoría sustancial de la diversidad biológica médica y agrícola que sigue existiendo «in situ». Los conocimientos de los Pueblos Indígenas sobre biodiversidad se han generado en la interacción con sus territorios y está compuesto por el conjunto de usos, costumbres e informaciones sobre los organismos vivientes y los complejos ecosistemas en los que viven. Estos conocimientos generalmente se producen de manera colectiva y son de carácter intergeneracional y acumulativo, son producidos y mantenidos en un determinado contexto cultural y biológico. Desde este punto de vista, el territorio es para los indígenas la expresión material de la red de relaciones que construye el conocimiento colectivo. Por esto los derechos intelectuales colectivos son para los indígenas una prolongación de los derechos territoriales, ya que el territorio y el conocimiento conforman una unidad indisoluble. De hecho, la noción de territorio indígena debe ser entendida como garantía de continuidad de los conocimientos sobre biodiversidad.

La inicial lectura optimista del Convenio de Biodiversidad promovida por organizaciones ecologistas subvaloró los riesgos de la matriz comercial que informa a dicho convenio, y los riesgos de la atribución de facultades de autorización de acceso a los recursos biodiversos a los estados, tal como ha quedado de manifiesto en los actuales énfasis de las decisiones de las Conferencias de las Partes en temas de Acceso a Recursos Genéticos y Reparto de beneficios²¹. Hoy el movimiento indígena se ve presionado por dos posturas: la comercialización de los etnoconocimientos y patrimonio indígena, utilizando acríticamente el sistema de DPI²²; y por otro lado, la negación de toda posibilidad de uso o adaptación *sui generis* de los DPI y de incidencia en los regímenes internacionales.

En ese escenario se revela la insuficiencia del Art. 8 (j) del CDB, que en rigor es una formulación programática, que alude sólo a las comunidades, se orienta hacia la comercialización y la materialización del artículo queda al arbitrio de los estados.

Art. 8 (j): «Con arreglo a su legislación nacional; respetará, preservará y mantendrá, los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida

²¹ Los peligros que hoy identifican algunas organizaciones ecologistas, ya habían sido advertidos en 1990 por ANDREW GRAY del Grupo Internacional de Asuntos Indígenas. GRAY A., *Entre la integridad cultural y la asimilación: conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, Copenhagen IWGIA, 1992.

²² Un ejemplo es la posición de VOGEL J., *Genes for Sale*, : Oxford University Press, New York, 1994 y VOGEL J., (ed). *El Cártel de Biodiversidad*, CARE, Quito, 2000.

pertinentes para la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.»

Como señala el Informe del *Grupo de Pueblos Indígenas y la Conferencia Circumpolar Inuit a la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible*:

44. «El CBD, como tal, otorga a los pueblos indígenas una protección muy limitada y débil para su propiedad cultural e intelectual. El CBD no procura desafiar la legitimidad u operatividad de la ley de propiedad intelectual, sino simplemente reconocer que los derechos de propiedad intelectual pueden aplicarse para asistir a los gobiernos en la conservación de la diversidad biológica. Otra limitación importante del CBD es el fuerte énfasis de la soberanía nacional sobre la biodiversidad, sin un reconocimiento adecuado de los territorios indígenas. Las provisiones sobre el reparto de beneficios también dependerían de que los gobiernos reconozcan y apliquen este derecho.»²³

En el seno de la institucionalidad del CDB los pueblos indígenas han librado un prolongado y persistente trabajo de incidencia política, para cautelar sus intereses, recursos y derechos.

7. Servicios ambientales y territorios indígenas²⁴

A inicios del siglo XXI emergió el mercado de los servicios ambientales, que se potencia con el mercado de los recursos genéticos y la nueva regulación y protección de los DPI. Los principales impulsores de los «servicios ambientales» hasta el momento, son grandes corporaciones conservacionistas, interesadas en el control de las áreas protegidas y otras áreas estratégicas desde el punto de vista de la biodiversidad. Su propuesta es que dentro de las áreas protegidas, se lleve a cabo un proceso de valoración y venta de bienes y servicios ambientales. Tales «servicios» incluyen desde la captura de carbono, el etnoturismo, la bioprospección, hasta el acceso a los recursos genéticos y a los Conocimientos Tradicionales.

Cabe destacar que este mercado de servicios, en tanto tal, queda comprendido dentro de las regulaciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de la OMC. En general, *la crítica desde los derechos*

²³ ONU E/CN.17/2002/PC.2/6.Add.5

²⁴ Instituto de Estudios Ecológicos del Tercer Mundo *Encuentro taller internacional «servicios ambientales»: la naturaleza como mercancía*, Quito, Mayo, 2006.

indígenas a los tratados de la OMC se ha dirigido a los ADPIC y al Acuerdo sobre Agricultura, descuidando hacer una crítica al Acuerdo y mercados de servicios, y sus niveles de protección en calidad de inversiones, tal como ocurre con los DPI.

«La venta de servicios ambientales es presentada por las corporaciones conservacionistas como una oportunidad en la que comunidades locales reciben compensación por proteger los ecosistemas, y dar acceso a la biodiversidad. En la práctica, es una forma de venta del derecho de uso del territorio, garantizando exclusivamente el derecho de las corporaciones. Las funciones de la naturaleza como son la generación de agua, oxígeno y biodiversidad son consideradas como bienes y servicios ambientales. Las comunidades, los campesinos que venden sus recursos como servicios ambientales, pierden el control sobre los mismos. Se pasa desde un enfoque de derechos territoriales, a un mercado de servicios transables que genera utilidades.»²⁵

Una de las modalidades de este mercado son los «contratos por servicios ambientales», suscritos por comunidades o pueblos, que en la práctica hipotecan y ceden el control, de sus territorios, conocimientos y recursos. Una paradójica amenaza que se cierne después de décadas de luchas por recuperar sus territorios, los cuales han sido titulados con apoyo de programas del Banco Mundial.

8. Fragmentación de regímenes internacionales: comercio, derechos humanos y medio ambiente

Uno de los asuntos más complejos que plantea el nuevo sistema global de DPI y servicios, forjados de acuerdo al sistema internacional de comercio, es la discordancia y contradicciones con los derechos y obligaciones estatales establecidas en otros tratados internacionales vinculantes: el régimen internacional de Derechos Humanos y el emergente derecho público internacional ambiental. Esta situación es expresión de un fenómeno mas general y característico de la globalización: la fragmentación de los regímenes internacionales, lo que plantea serios problemas y dudas respecto a la capacidad de los Estados para cumplir con obligaciones contradictorias²⁶. Al mismo tiempo, tal fragmentación se traduce en problemas y complicaciones para los actores no estatales, como los pueblos indígenas, para hacer valer sus intereses y derechos.

²⁵ *Ibídem*.

²⁶ ORELLANA M., *Fragmentación y acumulación de regímenes internacionales: los derechos indígenas v/s privilegios de los inversionistas* Ponencia en 51 Congreso Internacional de Americanistas, Santiago de Chile, Julio, 2003.

Desde su gestación, el nuevo sistema comercial de derechos de propiedad intelectual ha sido objeto de críticas, protestas y expresiones de preocupación por parte de gobiernos de países del sur, instancias del sistema internacional de Naciones Unidas, organizaciones indígenas y campesinas, iglesias y académicos. Las críticas se han concentrado en el instrumento más visible de este sistema, el Acuerdo ADPIC de la OMC, pero pueden y deben ser extendidas al conjunto de instrumentos —Tratados OMPI post 1995, Tratados Bilaterales de Inversión y Acuerdos de Libre Comercio— que forman parte del sistema global de protección de los DPI. Un listado simple de tópicos en debate muestra una combinación de campos temáticos, desde el derecho al desarrollo, salud, educación, industria cultural, comunicaciones, hasta la conservación de la biodiversidad, conocimientos tradicionales, derechos de los pueblos indígenas, pasando por el acceso y transferencias de tecnologías a los países en desarrollo.

Algunos de los principales nodos de críticas y preocupaciones planteados en foros multilaterales son los siguientes:

a) En asuntos relacionados al *régimen internacional de derechos humanos*, las críticas coinciden en indicar los impactos del nuevo sistema de DPI en los derechos económico sociales y culturales, tales como el acceso a la salud pública, la educación, la soberanía alimentaria y el derecho al desarrollo de los países del sur. Así, la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Resolución 2001/21 señaló que:

«existen contradicciones reales o potenciales entre la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular de los derechos a la libre determinación, la alimentación, la vivienda, el trabajo, la salud y la educación, y en relación con la transferencia de tecnología a los países en desarrollo.»

Algunos gobiernos países del sur, han promovido la discusión y revisión de los DPI en función de resguardar intereses económicos, y garantizar derechos al desarrollo, a la salud y acceso a tecnologías, entre otros objetivos.²⁷ Asimismo, organismos no gubernamentales con status consultivo ante ONU, y movimientos sociales han promovido debates en torno a aspectos de derechos humanos afectados por algunas de las cláusulas del nuevo sistema de DPI.

²⁷ Brasil y Argentina plantearon a la Asamblea de la OMPI del 2004 que: «a escala internacional, se reconoce cada vez más la necesidad de incorporar la ‘dimensión de desarrollo’ en las políticas relacionadas con la protección de la propiedad intelectual... el mandato de la OMPI conlleva indudablemente tener en cuenta los amplios compromisos y resoluciones en materia de desarrollo contraídos por todo el sistema de las Naciones Unidas. No obstante, también cabe considerar la posibilidad de modificar el Convenio de la OMPI (1967) para que garantice definitivamente la inclusión de la ‘dimensión de desarrollo’ como elemento fundamental del programa de trabajo de la Organización.» (WO/GA/31/11, 27 agosto 2004).

Una cada vez más intensa actividad de debate y análisis de los efectos del nuevo régimen mundial de DPI, se ha desarrollado en diversas instancias de Naciones Unidas, y en entidades especializadas: OMPI, UNCTAD, UNESCO, PNUD, FAO, ECOSOC, y Comisión de Derechos Humanos. En el propio seno de la OMC se ha puesto en debate los alcances del acuerdo ADPIC en el derecho a la salud desarrollo y sus discordancias con otras obligaciones internacionales de los estados partes.²⁸

Asimismo, en la medida que se ha ido comprendiendo que los Tratados Bilaterales de inversión y los Acuerdos de Libre Comercio forman parte integrante del proceso de formación del sistema de DPI, se ha ido incrementando la crítica específica a estos instrumentos suscritos por los estados, indicando los conflictos de obligaciones vinculantes de distintos regímenes: de comercio y derechos humanos.

b) En aspectos relacionados al emergente *régimen internacional ambiental* se han señalado las discordancias entre los ADPIC y el Convenio de Diversidad Biológica (CDB).

En particular se ha señalado el impacto negativo de los ADPIC en la conservación de la biodiversidad, la soberanía sobre los recursos, la afectación de derechos de comunidades locales e indígenas sobre sus conocimientos tradicionales, y la equidad en el reparto de beneficios. La Conferencia de las Partes del CDB (COP-CDB) propuso a la OMC analizar las vinculaciones entre los ADPIC y las normas del Convenio en relación al acceso a los recursos genéticos, reparto de beneficios de su explotación, y protección del Conocimiento Tradicional.²⁹

²⁸ Una referencia explícita a la necesidad de tener debidamente en cuenta la dimensión de desarrollo se recogió en el párrafo 19 de la Declaración Ministerial de Doha de 2001, que asigna al Consejo de los ADPIC un mandato en el marco del Programa de Doha para el Desarrollo. La Declaración de Doha prevé que la labor llevada a cabo en el Consejo de los ADPIC relativa a los exámenes (el examen del párrafo 3 b) del artículo 27 o al examen del Acuerdo sobre los ADPIC en su totalidad, previsto en el párrafo 1 del artículo 71) y a cualquier otra cuestión relativa a la aplicación (tanto dentro como fuera del marco de la OMC), debería abarcar también los aspectos siguientes: la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore y otros nuevos elementos pertinentes señalados por los gobiernos Miembros en el examen del Acuerdo sobre los ADPIC. En la Declaración se establece asimismo que, al realizar esta labor, el Consejo de los ADPIC se regirá por los objetivos (artículo 7) y principios (artículo 8) enunciados en el Acuerdo sobre los ADPIC y tendrá plenamente en cuenta los temas relacionados con el desarrollo.

²⁹ En 1999 la reunión intersesional sobre la operación del Convenio analizó la relación entre los DPI, el CDB y las normas establecidas en los ADPIC. En esa ocasión se recomendó a la Conferencia de las Partes (COP-5) representar a la OMC y a la OMPI, las recomendaciones pertinentes al Artículo 8(j) del CDB, e invitar a la OMC a que reconozca las disposiciones del CDB. El tema de la relación entre ADPIC y CDB fue debatido en la COP-5 realizada en Nairobi, en el punto 23 de la agenda, sobre acceso a recursos genéticos. Cf. Correa, 2001.

A su vez, el Acuerdo sobre los ADPIC prevé que se lleve a cabo un examen del párrafo 3 b) del artículo 27, que trata de la patentabilidad o no patentabilidad de las invenciones relacionadas con las plantas y los animales y de la protección de las obtenciones vegetales. El párrafo 19 de la Declaración de Doha de 2001 ha ampliado el alcance del debate. «En efecto, encomienda al Consejo de los ADPIC que examine también la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas, la protección de los conocimientos tradicionales y el folclore».³⁰

En el Consejo de los ADPIC de la OMC bajo el mandato de la Declaración de Doha de 2001, se ha sometido a discusión «la forma de aplicar conjuntamente el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (CDB) y la conveniencia de modificar el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular, la eventual divulgación en las solicitudes de patente de la fuente del Conocimiento Tradicional o del material genético; el tipo de autorización que podrían obtener los investigadores e inventores antes de estar autorizados a utilizar dichos conocimientos y material en sus invenciones, y los posibles métodos para compartir los beneficios con las comunidades locales cuando los inventores de otros países tienen derechos sobre invenciones basadas en material obtenido en la localidad correspondiente».³¹

9. Los derechos de los pueblos indígenas y DPI

Hoy existe una preocupación mundial de los pueblos indígenas por las consecuencias del nuevo régimen de Derechos de Propiedad Intelectual (DPI) sobre los derechos colectivos sobre sus Conocimientos Tradicionales, su patrimonio cultural, sus recursos y territorios.³² Las organizaciones de los pueblos indígenas de distintos países, han apuntado sus críticas transversales tanto desde el Derecho Internacional Ambiental como de los DDHH. Sus

³⁰ OMC. «**ADPIC: EXÁMENES, APARTADO B) DEL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 27 Y ASUNTOS CONEXOS**» en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_background_s.htm

³¹ Diversos países han presentado Documentos de propuesta al Consejo de los ADPIC, para impulsar la revisión del párrafo 3b del artículo 27, y resolver la relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales. De particular interés son los documentos del Grupo Africano, India y Brasil, presentado en 2003 y 2004. Véase en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_s.htm

³² Cf. Declaraciones del Taller Internacional de Pueblos Indígenas y Biodiversidad, presentadas en cada ocasión a las Conferencias de las Partes del CDB desde 1997 a 2004. También, POSEY D. y DUTFIELD G., *Más Allá De La Propiedad Intelectual Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, CIID/WWF/Editorial Nordan 1999

planteamientos los han expresado en los órganos de Naciones Unidas (CDH, OMPI, UNESCO, Conferencias mundiales) como en los espacios de la Convención de Biodiversidad (COP y Grupos de trabajo intersesional)

Asimismo, existe una amplia preocupación de diversos organismos internacionales y no gubernamentales por la situación de los derechos indígenas, los Conocimientos Tradicionales y los recursos genéticos en los nuevos marcos de DPI.³³ Por ejemplo en la Resolución 2001/21 de la Subcomisión de Derechos Humanos, se señala

«...la necesidad de proteger suficientemente los conocimientos tradicionales y los valores culturales de los pueblos indígenas y, en particular, protegerlos suficientemente contra la «biopiratería» y la reducción del control de las comunidades indígenas sobre sus propios recursos genéticos y naturales y valores culturales».

Sin embargo, pese al creciente interés y preocupación que suscita el tema, no existen claros consensos entre las organizaciones indígenas, ONG's y organismos internacionales, que permitan incidir de modo eficaz y oportuno en los procesos de negociación multilateral, regional y nacional donde se abordan directa o indirectamente temas de DPI, Conocimiento Tradicional y patrimonio cultural.

En esta discrepancia de estrategias y posiciones inciden múltiples factores. En primer lugar, es necesario tener presente la diversidad de situaciones y status coloniales en los cuales se encuentran los pueblos indígenas, los diversos grados de vulnerabilidad y presión sobre sus territorios, etc. Ciertamente, los espacios y derechos ganados, y poder de negociación de los Maori en Nueva Zelanda o los Cree en Canadá son distintos a los que tienen los mapuches en Chile, o los huaorani en Ecuador; a su vez la presión sobre los territorios y recursos indígenas es de distinto tipo y grado según la riqueza de su biodiversidad y el grado de soberanía y control sobre sus territorios.

Y en segundo lugar, cabe indicar el papel de los diversos discursos ambientalistas, sea en sus corrientes conservacionistas, de «capitalismo verde», o de ecología social. Gran parte de la literatura disponible sobre derechos indígenas y Conocimientos Tradicionales, en rigor responde a las agendas y marcos interpretativos medioambientalistas, y escasean las reflexiones desde los derechos y soberanía territorial indígena.

³³ «*Estudio sobre la Protección de la Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas*», por Irene Erica Daes, Relatora Especial y Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Un Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, 28 de Julio de 1993. Un resumen actualizado del estado de la cuestión en el informe de Yozo Yokota al 22 periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de ONU. «Orientación para el examen del proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas» E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5, Julio 2004

En tercer lugar, cabe mencionar la misma fragmentación de regímenes internacionales y sus circuitos de negociación, como factor que hace más compleja la elaboración de estrategias y el logro de desempeños eficaces en una agenda internacional, abigarrada, veloz y multiescalar.

Frente a los nuevos desafíos para los derechos y territorios de los pueblos indígenas no existe una única respuesta. Es posible constatar, a lo largo del mundo, una amplia variedad de propuestas, posiciones y experiencias respecto a los mecanismos jurídicos e institucionales para realizar tal programa de derechos. Sin embargo, la piedra de toque para evaluar la pertinencia de esos mecanismos debiera ser cuánto garantizan la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos, conocimientos y territorios, entendiendo que es eso lo que está en juego y no la «propiedad intelectual», sino las bases de su libredeterminación.

Las diferencias de propuestas las resume el Informe de Yozo Yokoda y Consejo Sami al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de ONU:

«Varios representantes indígenas consideran que el régimen de derechos de propiedad intelectual no es un sistema adecuado para la protección de su patrimonio cultural, mientras que otros reconocen que a veces los mecanismos relativos a esos derechos pueden proteger por lo menos determinados elementos del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. Los que no están plenamente de acuerdo con la creación de un régimen internacional de derechos de propiedad intelectual para la protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas piden que se establezcan en su lugar sistemas *sui generis*».³⁴

Hoy en día el tema de los Conocimientos Tradicionales y el acceso a los recursos genéticos está instalado en la agenda de diversos organismos internacionales (OMPI, OMC, UNCTAD, CDB, FAO, Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas), y en cada caso se plantea la necesidad de protección del patrimonio cultural e intelectual indígena. Se discute ahora cuál es el mejor modelo de protección, cuáles los conceptos y mecanismos, y qué foro global es el más apropiado para hacerse cargo de su administración.

No obstante esa amplia distribución del tema entre las agencias, en la práctica, es en el seno de la OMPI y del CDB en donde se configuran los asuntos claves. En el caso del CDB, a través del «Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta entre períodos de sesiones sobre el artículo 8j) y disposiciones conexas» y del «Grupo de Trabajo Especial de Composición Abierta sobre Acceso y Participación en los Beneficios». En el caso de la OMPI, a través de los trabajos y acuerdos del «Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos».

³⁴ Yozo Yokota al 22 periodo de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de ONU. «Orientación para el examen del proyecto de principios y directrices sobre el patrimonio de los pueblos indígenas» E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/5, Julio 2004.

10. Modelos de protección del patrimonio cultural e intelectual indígena

De acuerdo al Comité OMPI, los temas que deberían ser abordados para elaborar sistemas y normas destinados a la protección del Conocimiento Tradicional indígena serían los siguientes:

- Acuerdo sobre los principios y objetivos de la protección.
- Comprensión de las relaciones que existen entre el sistema oficial de propiedad intelectual y los sistemas jurídicos consuetudinarios en las comunidades indígenas.
- La puesta a punto de métodos para abordar la creación, innovación y titularidad colectiva y,
- la adopción de métodos para tratar de resolver problemas jurídicos y administrativos.³⁵

En cuanto a la primera cuestión, se identifican los siguientes objetivos de protección:

- Respeto de los sistemas de conocimientos y su preservación.
- Distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de Conocimientos.
- Aumento de la utilización de los conocimientos.
- Creación de sistemas económicos y jurídicos para los titulares de Conocimientos y sus comunidades y,
- Protección de los Conocimientos en el contexto de la conservación de la diversidad biológica.³⁶

La segunda cuestión se refiere a que existen dos sistemas de protección, uno referido al sistema oficial de propiedad intelectual y un segundo compuesto por un sistema tradicional de protección que opera al interior de las comunidades indígenas. Este segundo sistema pertenece al derecho consuetudinario y es preciso su conocimiento y respeto por parte del sistema oficial.³⁷

La tercera cuestión concierne a la creación, titularidad y custodia colectiva que impera en ciertas comunidades y sistemas de conocimientos. Se considera

³⁵ OMPI *Panorama general sobre las cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore*, Documento preparado por la Secretaría, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, Primera sesión, Ginebra 30 de abril a 3 de mayo de 2001 h, p. 23.

³⁶ *Ibíd.*, p. 24.

³⁷ OMPI *Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders. WIPO Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)*, Ginebra, 2000, p. 213.

que el Conocimiento Tradicional indígena se desarrolla, transmite y comparte de manera comunitaria y que el actual sistema de propiedad intelectual no responde plenamente a las necesidades de las comunidades titulares de conocimientos y la facultad de gozar los derechos colectivos o comunitarios. Como han señalado representantes indígenas: «los regímenes de propiedad intelectual actuales son inadecuados e inapropiados para la protección de nuestro conocimiento colectivo y recursos, porque tales regímenes son monopólicos y favorecen la privatización de nuestros recursos bio-culturales por las empresas transnacionales, y sólo protegen derechos individuales de propiedad intelectual».³⁸

Se deben encontrar soluciones jurídicas que respondan a las necesidades de las comunidades y al reconocimiento de los derechos colectivos relativos a los Conocimientos Colectivos.³⁹

La cuarta cuestión se refiere a los procedimientos legales y administrativos del sistema de protección de los derechos intelectuales, el cual debe ser equitativo en cuanto a su acceso y utilización. Los derechos de propiedad intelectual serán ineficaces a menos que los titulares puedan hacerlos valer en la práctica. Las necesidades primarias al respecto se dividen en tres categorías:

- Disponibilidad de procedimientos justos y equitativos para que los titulares puedan hacer valer sus derechos intelectuales.
- Capacidad jurídica y organizativa de los titulares para hacer valer sus derechos, si los hubiera.
- Acuerdos institucionales que faciliten la observancia de los derechos intelectuales⁴⁰.

En general, en el mundo se detectan dos grandes tendencias en relación a la protección de los derechos intelectuales indígenas:

- Utilización de los mecanismos oficiales de protección de la propiedad intelectual, es decir el régimen de DPI.
- Creación de un sistema sui generis de protección de la propiedad cultural e intelectual indígena.

13. Protección del patrimonio cultural e intelectual indígena, bajo formas sui generis de propiedad

La alternativa de generar sistemas sui generis de propiedad para proteger el patrimonio cultural e intelectual indígena ha ido tomando cada vez mayor

³⁸ Foro Internacional Indígena sobre Biodiversidad Declaración de Clausura VII Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Kuala Lumpur, Malasia, 20 de febrero de 2004.

³⁹ OMPI 2001 h, op.cit, p. 25.

⁴⁰ Ibíd, p. 28

fuerza a nivel internacional. Sin embargo, no existe demasiada claridad en cuáles deben ser los elementos mínimos de un sistema *sui generis*⁴¹.

Entre los factores a considerar para evaluar la pertinencia de un sistema *sui generis*, Tony Simpson destaca los siguientes elementos:

- Que el modelo propuesto sea realmente aplicable.
- Qué cambios políticos, legales o culturales se requieren para la implementación del modelo.
- Qué partes e individuos necesitan actuar para facilitar la implementación y cumplimiento del modelo.
- Qué recursos de los pueblos indígenas se requieren para lograr implementar el modelo.
- Cómo contribuirá el modelo a la protección práctica de los derechos intelectuales indígenas.
- Cómo mejorará el modelo la evolución de los principios concebidos para otorgar una efectiva protección de los derechos intelectuales indígenas.
- Qué aspectos del modelo pudieran perjudicar a los pueblos indígenas⁴².

Este enfoque también otorga a los pueblos indígenas el derecho de excluir a otros del acceso a sus tierras y recursos y vetar proyectos que no apoyarán.

Las opciones de protección varían de acuerdo al objeto específico que se pretenda proteger y a las prioridades nacionales en la materia. Vivas (2002) identifica cuatro grupos básicos de sistemas *sui generis*:

- *Los sistemas amplios*: aquellos que cubren no sólo los conocimientos indígenas, sino también otras materias. Un ejemplo es la *Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de Filipinas*, que incluye derechos a los dominios ancestrales, derechos al autogobierno, justicia social y derechos humanos de las sociedades indígenas, entre otros. La ley es ventajosa desde el punto de vista de la integralidad de la protección, no obstante, existen dificultades de aplicación en tanto coherencia de la amplitud de temas que incluye.
- *Los sistemas derivados del CDB*: aquellos que poseen como objetivo principal la conservación de la biodiversidad y utilizan mecanismos reconocidos por el Convenio. Entre estos se encuentran el Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos de la Comunidad Andina de Naciones y el Proyecto de Régimen de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Perú.

⁴¹ HUENCHUÁN S., «Propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas. Objetos y enfoques de protección», *Revista Austral de Ciencias Sociales, Universidad Austral*, Valdivia Volumen 8, 2005.

⁴² SIMPSON T., *Patrimonio Indígena y Autodeterminación*, IWGIA, Copenhagen, 1997.

El *Régimen común de acceso a los recursos genéticos de la Comunidad Andina de Naciones* —conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela— regula las condiciones de acceso sobre los recursos genéticos. En la disposición transitoria de la Decisión 391 de 1996 se estableció el futuro desarrollo de un régimen especial o una norma de armonización para fortalecer la protección de los conocimientos, innovaciones y práctica tradicionales de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales⁴³, incluyendo a los derivados de los recursos genéticos. Asimismo establece que los contratos de acceso deben tomar en cuenta los derechos y los intereses de los proveedores de los recursos genéticos, sus derivados y los componentes intangibles. Se definen estos últimos como,

«Todo conocimiento, innovación o práctica individual o colectiva, con valor potencial o real, asociado a los recursos genéticos, a los productos derivados o a los recursos biológicos que los contienen, estén o no protegidos por los regímenes de propiedad intelectual. En caso de que haya un recurso que incluya un componente intangible, la decisión exige la identificación del proveedor del recurso genético y sus derivados, y la incorporación de un anexo al contrato de acceso donde se prevea la distribución equitativa de los beneficios resultantes por el acceso a los elementos anteriores⁴⁴.

— *Las opciones sui generis derivadas de la propiedad intelectual*: aquellas que fundamentan la protección en la utilización de una o varias figuras o elementos de la propiedad intelectual. Una de las propuestas en esta línea es el *Sistemas sui generis de bases de datos*.

En la doctrina existen posiciones que afirman que la mejor manera de proteger los conocimientos —dadas sus características, variedad y riqueza— sería a través del establecimiento de bases de datos *sui generis*. Estas bases de datos se protegerían por el derecho de las bases de datos originales sobre la selección o disposición de sus contenidos. Para su aplicación se requiere, por una parte, la protección de la información no divulgada y, por otra, que existan derechos sobre los conocimientos allí registrados⁴⁵.

— *Opciones sui generis sectoriales*: están dirigidas a solucionar problemas concretos en sectores donde existe mayor probabilidad de éxito económico y social, o donde se presentan los mayores resultados prácticos del mismo. Un ejemplo de estas iniciativas es la *Ley de*

⁴³ COICA, Iniciativas para la protección de los derechos de los poseedores de conocimientos tradicionales, pueblos indígenas y comunidades locales. OMPI, Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas, Ginebra 23 y 24 de Julio de 1998, p. 19.

⁴⁴ GRULAC, Los conocimientos tradicionales y la necesidad de otorgarles una protección de propiedad intelectual adecuada, OMPI, Ginebra, 16 de marzo de 2001, p. 8

⁴⁵ *Ibid*,

Panamá sobre Régimen especial de Propiedad Intelectual para los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Esta ley se aplica a las invenciones, modelos, dibujos y diseños indígenas, tiene un énfasis particular hacia los contenidos de las imágenes artísticas y las expresiones tradicionales susceptibles de uso comercial a través de un sistema de registro especial. Esta ley crea derechos de propiedad intelectual colectivos y les otorga derechos de exclusión cuando la solicitud sea formulada por pueblos indígenas. Estos derechos se conceden siempre que se cumplan los criterios establecidos en la definición de derechos colectivos indígenas y se registren. La ley crea derechos colectivos y expresiones folclóricas a cargo de un departamento especial de la oficina de propiedad industrial.⁴⁶

Conclusiones

Los pueblos indígenas se ven enfrentados a nuevas amenazas a sus derechos y soberanía permanente sobre sus territorios y recursos. En la práctica, los estados por la vía de los regímenes comerciales y ambientales, van inclinando la discusión y cerrando los espacios de opciones de protección, al incluir en los TLC y Acuerdos Comerciales regulaciones relativas a los Conocimientos Tradicionales, biodiversidad y acceso a recursos genéticos. Todos esos mecanismos tienden a incluir los Conocimientos Tradicionales y el patrimonio cultural y ambiental indígena bajo regímenes propietarios. Ello ha implicado, al igual que en materia de derechos indígena a la tierra, que el campo de opciones para los pueblos indígenas se reduzca cada vez más, y se busca entonces reivindicar derechos propietarios colectivos sobre el patrimonio cultural e intelectual de los pueblos indígenas.

Como constata Tony Simpson, la evidencia indica que, «los pueblos indígenas se están volcando a la ley de propiedad intelectual para proteger su conocimiento, estilos tradicionales, patrimonio cultural y recursos biológicos; y que el uso de los pueblos indígenas de la ley no implica necesariamente su apoyo a estos mecanismos, sino más bien, es un resultado del hecho de que existe una creciente presión internacional sobre los Estados para que implementen una legislación nacional que garantice los derechos de propiedad intelectual y existen pocos intentos de parte de éstos de explorar mecanismos legales alternativos para proteger adecuadamente la propiedad cultural e intelectual indígena»⁴⁷.

⁴⁶ VIVAS D., op.cit, p. 8

⁴⁷ SIMPSON T., *Patrimonio Indígena y Autodeterminación*, IWGIA, Copenhagen, 1997.

Esta reivindicación de «derechos propietarios intelectuales indígenas» no debiera ser sorprendente si se considera la antigua estrategia de los pueblos indígenas de amparar sus derechos soberanos sobre sus tierras, recursos y territorios bajo instituciones jurídicas de propiedad. Tales derechos propietarios sui generis han sido reconocidos en el derecho internacional.⁴⁸

Sin embargo, el desafío de defender los derechos intelectuales de los pueblos indígenas, su patrimonio cultural, es cómo evitar la mera aplicación de las instituciones de los DPI oficiales. Elaborar y promover tipos sui generis de propiedad: colectiva, inalienable, indivisible, inembargable, imprescriptible, aplicando el bagaje de principios y experiencias desarrolladas en la defensa de tierras y recursos. En el entendido de que se trata de resguardar derechos soberanos. Ello pasa por destacar la centralidad del principio de la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos, un asunto crucial de la autodeterminación de los pueblos indígenas.⁴⁹

⁴⁸ Para una discusión sobre los derechos propietarios indígenas Cf. ANAYA J. y WILLIAMS R. A. Jr., *The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System* Harvard Human Rights Journal 33, 2001; GARCÍA HIERRO P. *Territorios Indígenas: tocando a las puertas del derecho* En: SURRELLES A. y P. GARCÍA P., (eds.) *Tierra Adentro. Territorio Indígena y percepción del entorno*, Lima: IWGIA, 2004.; RODRÍGUEZ-PINERIO L., *El Caso Awas Tingni y la norma internacional de derecho de propiedad indígena* En: Fernando M. MARINO F. M. y DANIEL J. OLIVA D. J., (eds.) «Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas», Madrid, Editorial Dykinson, 2004.

⁴⁹ DAES, ERICA-IRENE «La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales», E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004

Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino

Raquel Yrigoyen Fajardo

Introducción

Este texto contiene una reseña de las políticas indigenistas en los países andinos así como un bosquejo histórico de los diferentes modelos de tratamiento constitucional de los indígenas, en particular considerando el tema del derecho indígena y el pluralismo jurídico.¹

Cabe hablar del *derecho indígena* como un sistema jurídico, tanto desde una perspectiva histórica como comparada, en la medida que el concepto de derecho utilizado no identifique *derecho* con *Estado*, como lo hace el *monismo jurídico*. El *pluralismo jurídico* es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad.²

¹ Este texto es parte de la tesis doctoral de Raquel Yrigoyen Fajardo, *Sometimiento Constitucional y Penal de los Indígenas en los Países Andinos en el s. XIX*, Universidad de Barcelona: Facultad de Derecho, 2005.

² Hay una situación de pluralismo jurídico cuando en un mismo espacio social o geopolítico (como el de un Estado) co-existen varios sistemas normativos. Boaventura de Sousa Santos (1994) considera que puede haber muchas fuentes del pluralismo legal: una situación colonial, la presencia de pueblos indígenas, un período revolucionario o de modernización, poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también situaciones de desregulación al interior del propio Estado, y un pluralismo transnacional (*lex mercatore*) que imponen las transnacionales por encima de las regulaciones locales. Véase: SANTOS B. «Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law», 14 *Journal of Law and Society* 279, 1987; Estado, Derecho y Luchas Sociales. Bogotá: ILSA (p.63 y ss), 1991; «Entrevista a Boaventura de Sousa Santos» por Raquel Yrigoyen. En: Desfaciendo Entuertos, N° 3-4 (pp. 27-31), 1994; *Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nueva York, Rutledge, 1995; y *La Globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y*

Por ahora, antes que aspirar a un concepto *esencialista* de derecho, me interesa identificar los elementos de los sistemas confrontados que producen los conflictos de interlegalidad. De ahí que me es útil —como categoría operativa— definir al derecho como «un sistema de normas, prácticas, valores, procedimientos y autoridades/instituciones que sirve para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas; que tiene legitimidad y eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico». Esta categoría me sirve como herramienta de estudio comparado y diacrónico. Y, sin asumir que en tales elementos se agota la definición del derecho de los pueblos indígenas o colectivos no estatales, tal categoría me permite identificar dónde se encuentran las claves del sometimiento del derecho estatal respecto de los sistemas indígenas o campesinos. Y, por lo tanto también, las resistencias y demandas de reconocimiento.

Definición operativa de *derecho*

Contenido	Funciones	Contextualización
Sistema de — Normas, — Valores o principios (retórica) — Procedimientos y prácticas, — Autoridades, instituciones — y Reglas para cambiar las reglas	Que sirve para — Regular la vida social, — Resolver conflictos, — Organizar el orden público	Que tiene cierto grado de — Legitimidad y — Eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico

1. Las políticas indigenistas en los Países Andinos

Antes de analizar los modelos constitucionales, me parece pertinente dar un marco general sobre las políticas indigenistas andinas en las cuales tales modelos constitucionales se encuadran. Marzal, de quien tomo en parte su tipología sobre Perú y México, define las políticas indigenistas como los

la emancipación. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 1998. También véase: BOHANNAN P., «La antropología y la ley», en *Antropología una nueva visión*, Editorial Nosma, Cali, 1964; y GLUCKMAN M., *Política, derecho y ritual en la sociedad tribal*, Akal, Madrid, 1978. Para una síntesis actualizada de los aportes de la antropología jurídica, véase: KRTOZ E., *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthopos Barcelona, 2002; y SÁNCHEZ E., *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2004. pp. 17-45).

diferentes «proyecto[s] de los vencedores para integrar a los vencidos dentro de la sociedad que nace después de la conquista.»³ Dichas políticas difieren de acuerdo al grado de autonomía o sometimiento en el que se encuentren las sociedades indígenas respecto de la sociedad dominante. *Grosso modo*, creo que cabe agruparlas en tres modelos, que siguen rutas históricas diferenciadas: a) Naciones indígenas colonizadas en el s. XVI, b) Naciones Indígenas no sometidas con las que la Corona firmó tratados, y c) Naciones indígenas no colonizadas a donde la Corona enviaba misioneros.⁴

Como tendencia general, los españoles se asentaron más fácilmente sobre dominios que ya pertenecían o habían sido conquistados por los Incas, como ocurrió también en Mesoamérica, con territorio que fuera de Aztecas y Mayas. Tales naciones indígenas fueron sometidas y reducidas en *pueblos de indios*. Pero las naciones indígenas que no habían conquistadas por los Incas tampoco lo fueron por los españoles, y tuvieron un desenlace histórico distinto. En el caso de los pueblos del Sur como los Mapuche, Pehuenque, Ranqueles, entre otros, ante la imposibilidad de su sometimiento militar, la Corona española decidió firmar tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio durante todo el período colonial, a partir de 1610 en adelante.⁵ Estos pueblos nunca fueron sometidos a servidumbre personal ni a la *mita*. En el caso de los pueblos ubicados en las selvas (Amazonía, Orinoco, Guajira), la Corona mandó misioneros, y la colonización de la misma se produjo propiamente en el s. XIX. De estas tres situaciones se derivan, políticas indigenistas diferenciadas.

1.1. *Naciones indígenas colonizadas*

Marzal estudia los casos de Perú y México y alude a las políticas desarrolladas por los estados respecto de los indígenas que lograron ser sometidos y colonizados, y por ende, convertidos en *indios*. En gran modo, es semejante lo ocurrido en los demás países Centroandinos en tanto formaban parte de la misma unidad histórico-política. Según Marzal, ha habido tres

³ MARZAL M., *Historia de la Antropología indigenista: México y Perú*, PUCP, Lima, 1986, p. 43.

⁴ Véase un mayor desarrollo en: YRIGOYEN FAJARDO R., «Políticas históricas de relación estado-pueblos indígenas en los países andinos, nuevo constitucionalismo y posibles acuerdos constructivos» en: Curso de Verano *Tratados y otros acuerdos constructivos entre estados y pueblos indígenas*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2001.

⁵ FERNÁNDEZ S., *Naciones Indígenas. Análisis histórico y constitucional de los casos de Argentina y Chile*, 2001, en www.Alertanet.org (Foro II). De esta autora tomo valiosa información sobre los pueblos no sometidos de Chile y Argentina. Sobre Argentina también me valgo del trabajo de Briones y Carrasco (2000) y Levaggi (2001). Y sobre Chile, de Aylwin (1999, 2001 y 2002), Bengoa (2001), Lincoqueo (2000), Lillo (2000) y Namuncurá (2001).

grandes proyectos políticos organizados desde el poder/ los gobiernos respecto de los pueblos indígenas.⁶ De mi parte, introduzco unas variantes al esquema de Marzal, y añado un par de modelos.⁷ Uno al inicio y otro al final. De este modo, anoto cinco momentos o políticas respecto de los pueblos colonizados.

(1) Históricamente, aparece primero el proyecto de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI. Tal se implementa a través de la ocupación político-militar de los pueblos pre-colombinos, lo que implicó la desestructuración del Tawantinsuyo (el llamado «Imperio de los Incas») y el sometimiento de los pueblos y señoríos que lo componían, así como el de otros pueblos vecinos. El sometimiento de los pueblos originarios a partir de la invasión hispana constituye el hecho fundacional de la condición indígena posterior.

(2) Le sigue el proyecto de subordinación política y segregación colonial. El Derecho Indiano establece un régimen de separación física y diferenciación legal que se implementa desde el siglo XVI hasta inicios del XIX. Los indígenas fueron reducidos en *pueblos de indios*, y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales), bajo régimen legal diferenciado. La Corona establecía protección de sus tierras, frente a los colonos. Dentro de los *pueblos de indios* regía un sistema de gobierno indirecto, dado que el Derecho Indiano permitía la existencia de autoridades indígenas (curacas y alcaldes), y pluralismo legal subordinado, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus «usos y costumbres» —en tanto no contradijeran la religión o las leyes—. Según las Leyes de Indias, los alcaldes de *pueblos de indios* así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero sólo para pleitos entre *indios* en casos que no ameritaban pena grave. Los casos graves pasaban al corregidor español y las audiencias. Cuando los indígenas eran sometidos a las audiencias, entonces se les aplicaba un régimen diferenciado, bajo las reglas del derecho castellano medieval correspondientes a los rústicos, miserables y menores. Esto es, procedimientos simplificados, apli-

⁶ Según MARZAL hay 3 políticas seguidas por los estados: 1) el *indigenismo colonial* cuyo proyecto político es *segregar* y «conservar» a las sociedades y culturas indígenas como tales bajo el control (defensa-explotación) de la sociedad dominante; 2) el *indigenismo republicano* cuyo proyecto político es «*asimilar*» a los indígenas a la sociedad nacional para formar una nación mestiza; y 3) el *indigenismo moderno*, de mediados del siglo XX, que tiene como proyecto político *integrar* a los indígenas a la sociedad nacional pero conservando ciertas peculiaridades culturales propias.

⁷ Utilizo la categoría de «modelos» en el sentido de los *tipos ideales* de Weber. Es decir de construcciones teóricas basadas en la relevancia de determinados aspectos. Por lo tanto, esta taxonomía plantea *modelos* que más o menos corresponden con un momento histórico, pero no significa que sean cerrados, pues en cada momento se aprecian elementos de modelos previos y la emergencia de rasgos que caracterizarán modelos posteriores. Weber M., *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

cación de usos y costumbres, exoneración de costas procesales, y presencia de defensores y procuradores.⁸

(3) Luego de la Independencia aparece el proyecto asimilacionista de inicios de la República. Tal dura desde el s. XIX hasta bien entrado el s. XX. Su objetivo es convertir a los *indios* en ciudadanos, mediante el levantamiento de sus cargas coloniales (tributo, mita), y la desaparición de sus protecciones colectivas (tierras, autoridades, fuero, usos y costumbres, idioma, etc.).

(4) Posteriormente, aparece el proyecto integracionista de mediados del s. XX, que reconoce ciertos derechos colectivos y especificidades indígenas, pero sin renunciar al modelo de Estado-nación ni al monismo legal. Y,

(5) Finalmente, aparece el *horizonte pluralista* a finales del s. XX e inicios del s. XXI, gracias a reformas constitucionales y, la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Dichas constituciones reconocen el carácter pluricultural del Estado/nación, los pueblos indígenas, y el pluralismo legal.

1.2. *Los pueblos no sometidos con los que la Corona firmó tratados*

Aquí la ruta histórica es diferente.

(1) En el s. XVI estos pueblos no pudieron ser conquistados militarmente, por lo que no fueron sometidos ni colonizados.

(2) Entre el s. XVII y fines del XVIII, mientras los otros pueblos del núcleo colonial eran reducidos y sufrían las cargas coloniales, los no conquistados firmaron tratados o parlamentos con la Corona, aunque siempre mantuvieron una relación tensa.

(3) Después de la Independencia, a mediados del s. XIX, los nuevos estados de Chile y Argentina desconocieron los tratados y parlamentos firmados entre la Corona y los pueblos originarios, e iniciaron una campaña de ocupación militar y exterminio, lo que no ocurrió en el s. XVI.⁹ Así, fueron despojados de su territorio y reducidos en espacios segregados, como en la era colonial.¹⁰ Por el contrario, en lo que fue el núcleo colonial Centroandino, se aplicaban políticas de asimilación, esto es, de desaparición de las reducciones coloniales. En las reducciones, misiones, colonias o mercedes indígenas de la era republicana, Argentina y Chile permiten una suerte de pluralismo jurídico subordinado, esto es, autoridades y costumbres indígenas de modo limitado.

⁸ Véase: CLAVERO B., *Derecho Indígena y cultura constitucional en América, Siglo XXI Editores*, México, 1994.

⁹ Los expertos calculan que la llamada Campaña de Pacificación de la Araucanía en Chile y la Conquista del Desierto en Argentina exterminaron más de 300.000 indígenas.

¹⁰ Estas políticas despojaron del 95% de sus tierras a los mapuche.

(4) Después de la segunda década del s. XX, mientras los estados Centroandinos empiezan a reconocer derechos colectivos y a elaborar discursos de integración indígena, Chile inicia una política de asimilación mediante leyes que buscan disolver las reducciones indígenas. Argentina mantuvo un modelo de constitución asimilacionista-misionera entre 1853 y 1994.¹¹

(5) Chile y Argentina ensayan algunas políticas integracionistas limitadas. En Chile, luego de las políticas de exterminio, reducciones y privatización de tierras del siglo XIX, se ensayaron políticas de orientación «campesinista» en los setentas, incluyendo una reforma agraria y entrega de tierras a los mapuches, en tanto campesinos; proceso fue revertido por el gobierno de Pinochet.

(6) La apertura limitada al pluralismo. Argentina cambia la Constitución asimilacionista de 1853 en 1994, fecha en la que por primera vez en la historia constitucional reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, y un conjunto de derechos, aunque con limitaciones. Y en el 2000 hace el depósito internacional del Convenio 169 de la OIT. En Chile, Con la llegada de la democracia se reivindican los derechos indígenas, pero su reconocimiento todavía queda en un nivel infraconstitucional (mediante ley de 1993), siendo Chile el único país andino que no ha logrado constitucionalizar los derechos indígenas ni ratificar el Convenio 169 de la OIT. Los intentos frustrados de reforma constitucional, el último el 18 de mayo de 2005, reflejan todavía una vocación integracionista, bajo la ideología del Estado-nación y el monismo jurídico.

1.3. *Naciones no colonizadas a donde la Corona envió misioneros*

Se trata de las regiones de la Amazonía, el Orinoco, la Guajira.

(1) En el s. XVI los españoles enviaron misioneros dado que no era efectivo el envío de conquistadores, pues los indígenas se internaban selva adentro. La Iglesia logró hacer ensayos autonómicos sin presencia de encomenderos (como las misiones de los Jesuitas en Maynas o entre los Guaraní; los dominicos en las Verapaces de Guatemala; o los pueblos-hospitales de Vasco de Quiroga en México). Estas misiones a su vez permitían el control de fronteras. Esta política se mantuvo durante toda la Colonia. En los espacios autonómicos indígenas controlados por los misioneros había una suerte de pluralismo jurídico subordinado en tanto se permitía un cierto nivel de autoridad indígena y la vigencia de algunas de sus normas y costumbres, mientras fueran acordes con el modelo misionero.

(2) Después de la Independencia los estados republicanos adoptan como política de Estado, nuevamente, el envío de misioneros para la conversión y civilización de «salvajes». A diferencia de la era colonial, en que las misio-

¹¹ En Argentina la población indígena constituye apenas el 1% del total mientras que en Chile bordea el 8%, con aproximadamente un millón de personas.

nes eran un freno a los colonos, en era republicana, las misiones son la punta de lanza para la entrada de colonos y militares. Van juntos «la cruz, el arado y el fusil»,¹² lo que permite ampliar la frontera agrícola interna y asegurar la externa. Colombia y Venezuela establecen territorios y regímenes especiales, y fuero eclesial para indígenas *salvajes* que dura hasta casi finales del s. xx. Perú, Ecuador y Bolivia establecen el envío de misioneros y la colonización de los «Orientes» mediante abundante legislación secundaria. El s. xix es la era de la penetración colonizadora en la Amazonía, mediante actividades extractivas (caucho, petróleo, café, etc.).

(3) Integracionismo. Perú, Ecuador y Bolivia establecen políticas integracionistas y *campesinistas* en lo social a partir de la tercera década del s. xx, mientras todavía mantienen políticas de colonización. En lo penal, los códigos empiezan a incorporar dicha población, al contemplar reglas especiales para *salvajes* o *inimputables*, pero expresan un proyecto asimilacionista. En Venezuela, las Constituciones de la segunda mitad del s. xx mantienen políticas de regulación especial, pero ya no bajo el discurso misionero-civilizador, sino integracionista.

(5) Con la llegada del pluralismo, Colombia y Venezuela, enlazan -casi sin solución de continuidad- directamente el paso de los regímenes especiales del modelo segregacionista de carácter civilizador a los nuevos regímenes constitucionales autonómicos de corte pluralista.

Cuadro síntesis de las políticas indigenistas

Casos/ períodos	Pueblos sometidos en el s. xvi	Pueblos no sometidos en el s. xvi	
1. Sometimiento (S. xv-xvi)	— Ocupación militar y política — Guerras de conquistas contra los pueblos originarios. — Desestructuración militar y política de la cabeza del Tawantinsuyo (mega-estado Inca), y sometimiento de los pueblos que lo conformaban. (Igual en el caso de otras grandes confederaciones o estados: Aztecas, Mayas). — Debate sobre las <i>Justas Causas</i> de las guerras contra los indios: <i>Teoría de la servidumbre Natural</i>.	— Pueblos no conquistados por los Incas ni españoles: Pueblos del Sur: mapuches, pehuenques, renqueles y otros (ahora Argentina y Chile).	Pueblos no colonizados: Pueblos de la Amazonía y el Orinoco

¹² GARCÍA P., Cruz y arado, fusiles y discursos. *La construcción de los Orientes en el Perú y Bolivia 1820-1940*. Lima: IEP, Lima, 2001.

Casos/ períodos	<i>Pueblos sometidos en el s. XVI</i>	<i>Pueblos no sometidos en el s. XVI</i>	
2. Colonia (S. XVI- Inicios S. XVIII):	— Segregación, gobierno indirecto y pluralismo subordinado — Instalación de gobierno colonial. Virreinato del Perú. — Subordinación política y explotación económica de los pueblos sometidos. — Sometimiento e incorporación al sistema colonial: indios <i>vasallos</i> de la Corona. — Dualismo legal Subordinado: dos regímenes jurídicos diferenciados. — Segregación física de <i>pueblos de indios</i> para facilitar tributo, mita y evangelización. — Gobierno indirecto (autoridades indígenas) y pluralismo subordinado: fuero indígena para casos menores y «Usos y costumbres» limitados. — Justificación: «ideología de la inferioridad natural de los indios»	Tratados a) Sur: Conflicto en las fronteras de núcleos coloniales establecidos con pueblos no sometidos. — Firma de Tratados y Parlamentos entre Corona Española y pueblos no conquistados del Sur. — Estos pueblos no fueron sometidos a servidumbre personal, tributo ni mita.	Misiones b) <i>Amazonía</i> Y selvas del Orinoco y la Guajira: Envío de misioneros (no se firmaron tratados ni parlamentos). — En algunos casos se hicieron experimentos semi-autonómicos (como con los Guaraní).
Independencia (Siglo XIX):	— Asimilación — Independencia: liderada por criollos. — Nuevas repúblicas: idea del Estado-nación (un pueblo, un idioma, una cultura, una religión). — Estado-derecho: monismo legal. Un solo sistema jurídico para todos. Abolición de regímenes legales diferenciados — Sólo el Estado produce derecho y monopoliza la violencia legítima. Fin de gobierno indirecto y pluralismo subordinado — Objetivo: desaparición de culturas indígenas, mediante la <i>conversión de indios en ciudadanos</i>: asimilación de los indios a la nueva nación mestiza. — Modelo individualista de derechos: desconocimiento de protecciones colectivas a indígenas (tierras, idiomas, etc.).	Guerra: despojo territorial y sometimiento a) Desconocimiento de tratados y parlamentos por los nuevos estados de Chile y Argentina, que se reparten territorio de pueblos no sometidos. — Campañas militares de ocupación y exterminio por Chile y Argentina — Despojo territorial, reducciones	Misiones y reducción para conversión y civilización de salvajes b) Pueblos de la <i>Amazonía</i> , Guajira, Orinoco: — Política misionera como política de Estado. — Colonización y penetración extractivomercantil para expansión de frontera interna y protección de la externa.

<i>Casos/ períodos</i>	<i>Pueblos sometidos en el s. xvi</i>	<i>Pueblos no sometidos en el s. xvi</i>	
República (Siglo xx):	Integracionismo —Reconocimiento de sujetos y derechos colectivos, pero como minorías. —Reconocimiento de ciertos derechos culturales y socio-económicos. —«Problema indígena»: marginación, pobreza. —Proyecto: integrar a los colectivos indígenas al mercado y Estado. —Acciones: Institutos Indigenistas, reforma agraria, cooperativismo, <i>campesinización</i>. —Reconocimiento de derechos indígenas no debe afectar políticas de integración, ni unidad territorial —Se mantiene monismo jurídico. —Convenio 107 OIT: reconocimiento de derechos dentro de marco integracionista/ asimilacionista.	Asimilación. a) Pueblos del Sur: —Constitución Argentina de 1853 hasta 1994: Modelo <i>civilizador</i>. —Chile: Silencio constitucional sobre indígena, pero política de asimilación vía leyes Integracionismo limitado: 60's: reforma agraria y entrega de tierras, <i>campesinización</i> (proceso revertido por Pinochet).	Siguen políticas de colonización b) Amazonía: penetración extractivo-mercantil —Se mantienen regímenes especiales bajo fuero eclesial en Colombia y Venezuela —Perú: reconocimiento de potestades jurisdiccionales para casos menores (1974)
Última Década (S. xx-Inicios S. xxi):	Horizonte Pluralista —Convenio 169 OIT: superación de asimilacionismo e integracionismo. Propone que pueblos indígenas controlen sus propias instituciones dentro de los Estados en los que viven. —Reformas constitucionales: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998), Venezuela (1999), que incluyen: —Reconocimiento del carácter Pluricultural de la Nación/ Estado/ República. —Reconocimiento de Pueblos Indígenas. —Reconocimiento del pluralismo legal: Derecho Indígena y jurisdicción especial/ justicia. —Aún hay tensiones, contradicciones y deficiencias pero se abre perspectiva pluralista.	Reconocimientos limitados (línea integracionista) y demandas pluralistas —Argentina: Reconocimiento constitucional limitado (1994). —Ratificación del Convenio 169 (2000). —Chile: Reconocimiento infraconstitucional de derechos indígenas (ley de 1993). —No ratificación del Convenio 169. —Conflicto con Pueblo Mapuche	Se extiende el modelo pluralista a los pueblos a los que antes se aplicaba políticas especiales de corte segregacionista. Se da continuidad a la legislación especial. Se mantienen políticas extractivas y por ende de conflicto.

2. Modelos constitucionales

2.1. *Constitucionalismo liberal y sometimiento indígena*

De la revisión de las constituciones americanas¹³ postulo que las mismas adoptan tres modelos de tratamiento indígena en el marco del constitucionalismo liberal. El constitucionalismo liberal se caracteriza por el establecimiento del sistema institucional democrático y garantías liberales de corte estrictamente individualista.¹⁴ Tales modelos de tratamiento indígena son bosquejados en las primeras constituciones históricas de las Américas, más la Carta de Cádiz de 1812. Tienen como objetivo el sometimiento indígena, esto es, el despojo de sus territorios, el aseguramiento de su subordinación política, y su anulación cultural. Las modalidades específicas de sometimiento constitucional indígena responden al grado de sujeción o autonomía indígena precedente.

Las tres modalidades de sometimiento indígena en el marco del constitucionalismo liberal son las siguientes:

a. **Modelo segregacionista colonial de tutela federal de naciones domésticas.**

El primer modelo de tratamiento constitucional de los indígenas en las Américas aparece ya con la Constitución de los Estados Unidos (EEUU) de 1787. Las provisiones de esta Constitución están destinadas a la domesticación de las *naciones indias* no sometidas, con las que la Corona Inglesa —previamente— y la Unión —luego— habían firmado tratados, como los que firmaban con naciones extranjeras. El desarrollo del modelo derivará en un formato segregacionista-colonial de tutela federal de «naciones domésticas», uso de guerra —por fuera de las reglas de guerra—, reducción física y subordinación política, con regímenes diferenciados; establecimiento de *territorios* sin soberanía estadual, pluralismo jurídico subordinado y limitado, y suspensión constitucional de ciudadanía para los indígenas no tributarios.

¹³ Además de mi propia búsqueda, he aprovechado la selección de textos constitucionales de BARTOLOMÉ CLAVERO, CLAVERO B., *Pronunciamientos indígenas de las Constituciones Americanas*, 2004, en www.Alertanet.org/constitucion-indigenas.htm. y BARIÉ C.G., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Editorial Abya-Yala, 2a ed. Bolivia, 2003.

Cito los textos de las Constituciones de Iberoamérica de: <http://cervantesvirtual.com/portal/constituciones/constituciones.shtml>.

¹⁴ En las constituciones andinas, el marco liberal no siempre es consistente, por estar en pugna con el conservadurismo, enclavado en las estructuras heredadas de la Colonia.

b. El modelo propiamente liberal-asimilacionista.

El segundo modelo, de corte liberal asimilacionista, es diseñado por la primera constitución de la Hispanoamérica Independiente, la Constitución de Venezuela de 1811. Este modelo se dirige a los indígenas ya sometidos y reducidos en *pueblos de indios* durante la era colonial. Busca dar fin al régimen diferenciado y al remanente de autoridad colectiva indígena que el sistema de gobierno indirecto y pluralismo subordinado de la Colonia permitían. En el marco de la ideología individualista liberal los estados republicanos proscriben las comunidades indígenas y toda forma corporativa. Bajo tal ideología liberal se pregona la conversión de *indios* en ciudadanos iguales ante la ley, lo que se traduce en levantamiento constitucional de las cargas coloniales de los indios (mita y servicio personal). La otra cara de la moneda es el levantamiento de las protecciones colectivas que existían en era colonial y protegían a los indígenas frente al avance de los criollos, como la inalienabilidad de tierras colectivas indígenas. El constitucionalismo liberal busca desaparecer los elementos de cohesión colectiva, y de reproducción material, política y cultural de los pueblos indígenas, y así prevenir posibles levantamientos, como ocurrió a fines de la era colonial. Bajo la ideología del Estado-nación y el monismo legal, las constituciones sancionan un solo idioma, cultura, religión y ley para todos los ciudadanos, buscando la *asimilación* de los indígenas a dicho patrón general. Quedan proscritos el fuero, autoridades, y normas indígenas, así como sus idiomas y cultura.

c. El modelo constitucional misionero-civilizador.

El tercer modelo se desprende de las constituciones de Nueva Granada (Colombia) de 1811 y de Cádiz de 1812, todavía bajo esquema monárquico. Contiene un programa **Misionero-civilizador** de conversión y *civilización* de *indios infieles/incivilizados*, bajo **tutela eclesial** o estatal. Este modelo está destinado al sometimiento de las naciones indígenas aún no colonizadas, buscando la sedentarización de las mismas en misiones o reducciones. Con ello, los nuevos estados buscan ganar territorio para ampliar la frontera agrícola interna con la presencia de colonos, y asegurar la frontera externa. El constitucionalismo misionero-civilizador utiliza los medios del segregacionismo colonial (segregación territorial, régimen legal especial, tutela eclesial y administrativa, gobierno indirecto, pluralismo subordinado), bajo suspensión transitoria de ciudadanía. Su objetivo explícito no es el de mantener a los indígenas segregados, sino de «civilizarlos», a fin de que posteriormente se sometan a la ley ge-

neral. Sin embargo, esta modalidad segregacionista tutelar tenderá a perpetuarse.

En el s. XIX, los nuevos estados andinos, y latinoamericanos en general, adoptan estos tres paradigmas de sometimiento constitucional de los indígenas, de modo directo o mixto, así como sucesivo, de acuerdo a la condición indígena precedente. La aplicación de tales modelos a las diversas realidades indígenas heredadas de la era colonial (naciones sometidas y reducidas en «pueblos de indios», naciones no sometidas con las que se firmaron tratados, y naciones no colonizadas) dará lugar a políticas indigenistas diferenciadas.

Estas modalidades de sometimiento constitucional indígena mantendrán su vigencia durante todo el s. XIX y hasta entrado el s. XX, cuando aparezca el constitucionalismo social.

Cuadro de los modelos de sometimiento constitucional del indígena s. XVIII-XIX

Modelos	Modelo Segregacionista-colonial de Tutela Federal de naciones domésticas	Modelo Liberal-Asimilacionista: conversión de indios en ciudadanos	Modelo Misionero-civilizador: Tutela Eclesial o adm. de salvajes para su civilización
Paradigma	EEUU 1787	Venezuela 1811	Nueva Granada 1811 y Cádiz 1812
Sujetos destinatarios	—Naciones indígenas no sometidas —Habían celebrado tratados de paz, comercio y fronteras con Coronas. —Gozaban de soberanía y control territorial	—Indígenas colonizados y reducidos en «pueblos de indios» —Sufrían cargas coloniales: tributo, trabajo forzado, azote —Gozaban de: autogobierno limitado, fuero propio y territorio	—Pueblos indígenas no colonizados por difícil acceso para el conquistador (selvas, desierto). —Gozaban de soberanía
Objetivos	1. Domesticar naciones indígenas autónomas sometiéndolas a tutela del Congreso Federal 2. Incorporar territorios indígenas a la Unión 3. Mantener <i>indios</i> segregados pero subordinados	1. Promesa liberal: «Convertir indios en ciudadanos»: levantar cargas coloniales, titularlos de derechos 2. Desmontar <i>pueblos de indios</i> (tierras, gobierno, fuero) y 3. Extender la ley general	1. «Civilizar y evangelizar salvajes» para someterlos a ley general 2. Colonizar: Incorporar nuevos territorios, y 3. Proteger fronteras

<i>Modelos</i>	<i>Modelo Segregacionista-colonial de Tutela Federal de naciones domésticas</i>	<i>Modelo Liberal-Asimilacionista: conversión de indios en ciudadanos</i>	<i>Modelo Misionero-civilizador: Tutela Eclesial o adm. de salvajes para su civilización</i>
Medios	1. Tutela federal y regulación especial 2. Trato pacífico y comercio 3. Guerra ante «invasiones» 4. «Territorios» segregados pero sin soberanía. 5. Interno: gobierno Indirecto y fuero indígena subordinado 6. Suspensión de ciudadanía y ders. constitucionales	1. Eliminación de cargas coloniales 2. Disolución de tierras colectivas, fueros y gobierno propio 3. Sujeción a ley general 4. Programas de asimilación cultural o «desindianización» 5. Intitulación de ciudadanía individual	1. Régimen especial «temporal» bajo tutela eclesial o estatal 2. Trato pacífico, misiones, comercio. 3. Fuerza ante «hostilidades» 4. Colonización y reducciones 5. Fuero indígena subordinado 6. Suspensión de ciudadanía
Control punitivo	1. Guerra ante resistencia al sometimiento 2. Jurisdicción federal para crímenes mayores 3. Gobierno interno y fuero indígena para casos menores	1. Aplicación de leyes generales (Código Penal) y jueces ordinarios (formal) 2. En la práctica: control por otras vías (propias comunidades indígenas, Haciendas, Ejército)	1. Régimen especial bajo tutela eclesial o estatal 2. Pluralismo interno subordinado 3. Uso de fuerza ante «hostilidades»
Difusión del modelo entre países andinos (PA)	Instituciones específicas: 1) Exclusividad del Congreso [de la Unión] sobre indígenas (Arg. Venezuela, Colombia, Perú, Chile), 2) <i>Territorios</i> (Col., Ven.), 3) Exclusión de ciudadanía (Col., Ve.), 4) Guerra, (Argentina, Chile)	— Todos los Países Andinos (PA) aplican este modelo como regla general para indígenas ya colonizados (aún bajo silencio constitucional sobre indígenas)	— Componente «civilizador»: Lo aplican los P. A. con pueblos no sometidos: Chile, Arg., Col., Ven., Ecu., Perú. (Bolivia, bajo silencio const.) Chile: no aplica componente eclesial
Otros	México, Centro América, Canadá, Brasil	Regla general aún bajo silencio constitucional	Paraguay, Honduras, Panamá

2.1. *El Constitucionalismo Social en el s. xx y el indigenismo integracionista*

Con la emergencia del constitucionalismo social en Latinoamérica, a partir de la Constitución de México de 1917, se introducen los derechos sociales y colectivos, que cuestionan las limitaciones del modelo liberal precedente.¹⁵ Ello, por lo menos, tiene tres implicaciones. Primera. A diferencia del carácter fundamentalmente abstencionista que el modelo liberal clásico diseñaba como papel del Estado, los derechos de carácter social —como los relacionados al trabajo, la educación, la salud, la vivienda, las prestaciones sociales— obligan al Estado a formas de intervención en la vida económica y social, incluyendo políticas públicas proactivas, así como el establecimiento de limitaciones a la libertad contractual y al derecho de propiedad, asignando a éste una función social. Segunda. A diferencia de la interpretación liberal formal del principio de igualdad ante la ley, el constitucionalismo social asume una interpretación sustantiva del derecho a la igualdad teniendo en cuenta las condiciones materiales para que la misma se haga efectiva, por lo que asume un papel protector o tutelar de sectores o grupos sociales vulnerables —trabajadores, campesinos, madres— lo que posibilita el desarrollo de normas tutelares de carácter especial o diferenciado. Tercera. Superando la proscripción de sujetos corporativos que hacía el constitucionalismo liberal individualista, la introducción de derechos colectivos supone el reconocimiento y protección de entes colectivos —como sindicatos, cooperativas, comunidades—, y no sólo de individuos. De ese modo, el constitucionalismo social posibilita el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, derechos específicos o especiales de carácter protector, y el desarrollo de políticas proactivas o intervencionistas del Estado en favor de derechos sociales de la población indígena. Este es el contexto de aparición del *indigenismo integracionista*.

En palabras de Marzal, el *integracionismo*, como proyecto político, busca superar la negación del indígena del modelo *asimilacionista* y reconoce

¹⁵ Hay una vasta literatura sobre los aportes del constitucionalismo social mexicano y sobre el constitucionalismo social en general, que no es materia de esta tesis. Sólo me referiré a su impacto en materia indígena. Véase, entre otros: SAYEG HELÚ J., *El Constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, Fondo de Cultura Económica, México, 1991; KURCZYN VILLALOBOS P., «El constitucionalismo social frente a la reforma en el derecho del trabajo en México», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, Número 92 Mayo-Agosto 1998. (Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art5.htm>); PISARELLO G., «Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático» en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XXXI, Número 92 Mayo-Agosto 1998 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/art/art7.htm>); TORRE VILLAR E. y GARCÍA LAGUARDIA J. M., *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1976.

ciertas especificidades indígenas con el objetivo político de integrar a los indígenas al Estado y el mercado.¹⁶ El constitucionalismo integracionista responde de modo explícito a las limitaciones del modelo liberal asimilacionista del s. XIX, y se extenderá desde la segunda década del s. XX hasta los ochenta. En la última década del s. XX hará su aparición el indigenismo pluralista.

El constitucionalismo social define el «problema indígena» como un asunto de marginalidad socio-económica producida por la concentración de la tierra por la Oligarquía, la servidumbre indígena y la falta de desarrollo agrícola. Los derechos sociales y colectivos que introduce el constitucionalismo social buscan cambiar la situación de los indígenas a los que en el siglo precedente se les aplicara el modelo liberal individualista de disolución de sus entidades jurídicas colectivas, tierras, idiomas, costumbres, autoridades. Queda claro a los legisladores que el desmontaje de las protecciones colectivas que la Colonia daba a las comunidades indígenas no produjo prósperos agricultores sino despojo territorial a favor de hacendados, servidumbre indígena, miseria generalizada y marginación social; lo que las nuevas políticas sociales buscan paliar. He ahí que las constituciones se preocupan por el reconocimiento de entidades colectivas y tierras; el fin de la servidumbre, y el establecimiento de diversas protecciones, con un propósito de integración y desarrollo.

En el marco del constitucionalismo social, el indigenismo integracionista reconoce derechos indígenas específicos que dan paso a nuevas políticas públicas. En primer lugar, los estados Centroandinos de Perú, Bolivia y Ecuador reconocen constitucionalmente entes colectivos como comunidades indígenas y campesinas, sindicatos campesinos, cooperativas y otras formas de organización colectiva indígena.¹⁷ En segundo lugar, las constituciones establecen protecciones frente al abuso en el trabajo, buscando proscribir la servidumbre indígena, y dan un papel activo al Estado con relación a la educación, la salud y la integración de los indígenas al mercado y el Estado. En tercer lugar, las constituciones reconocen tierras colectivas, incluso restaurando el carácter inalienable que tenían en la Colonia. Aquí destacan las políticas de reforma agraria, fomento propiedad social, comunal o cooperativa, y de desarrollo agrícola. Los indígenas son definidos básicamente como

¹⁶ MARZAL, *Op. cit.*, 1986.

¹⁷ Ello permite una lenta superación del concepto de «raza indígena» con el que se calificaba a los colectivos indígenas luego del abandono de las categorías de *república de indios*, *pueblos de indios*, o *naciones de indios*, que se utilizaban en era colonial y que en tiempos constitucionales podían colisionar de algún modo con la idea del Estado-nación. Las constituciones no recuperan la terminología colonial, sino que introducen el concepto de «comunidad indígena», y luego diversos nombres asociados a la condición campesina de los mismos.

campesinos. En cuarto lugar, las constituciones reconocen algunas especificidades culturales proscritas previamente, lo que hace permisible el uso de los idiomas y prácticas culturales indígenas. Ello va vinculado a la prestación de servicios públicos teniendo en cuenta las particularidades socio-culturales indígenas (como fomento de la educación en idiomas indígenas, difusión del folklore, y la artesanía, etc.). En cuarto lugar, también se reconocen algunas instituciones, autoridades, usos y prácticas jurídicas indígenas para regulación de la vida social y la resolución de conflictos, pero subordinadas a la ley y el orden público, y sin que en ningún caso amenacen la integridad territorial, el monopolio estatal de la violencia legítima y la llamada «unidad nacional».

Si bien el pensamiento jurídico constitucional admite entidades y derechos colectivos, superando el liberalismo individualista decimonónico, no hace concesiones respecto de la identidad Estado-derecho. Al contrario, el Estado social supone un reforzamiento de la presencia estatal y el indigenismo permite la regulación estatal del mundo indígena. La máxima fisura intrasistémica que permite el pensamiento jurídico monista es la aceptación de «costumbres» indígenas, pero no el derecho indígena como tal, o el pluralismo legal. El reconocimiento de ciertas costumbres o incluso del derecho consuetudinario indígena mismo sólo cabe de modo transitorio y con el expreso límite de que no afecte las políticas de integración a las que los estados pueden someter a los pueblos indígenas. Esto tiene un claro desarrollo en el ámbito internacional con la elaboración del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1957. En el campo internacional americano el nuevo indigenismo integracionista se expresa a partir del Congreso de Pazcuaro en 1940, que permite la institucionalización del mismo como política de Estado a escala intercontinental. La Carta Americana de creación de la Organización de los Estados Americanos —OEA en 1948 establece un marco integracionista sobre el «problema indígena».

Respecto de los colectivos indígenas de los territorios del Orinoco, la Amazonía o los «orientes» de Colombia, Ecuador o Bolivia, que no se encontraban sometidos al inicio de la República, durante el s. xx, las constituciones continúan alentando las políticas de colonización y la emisión de legislación especial para indígenas.¹⁸ En estos casos, la dación de legislación

¹⁸ La aplicación del modelo constitucional Misionero-civilizador en el s. xix tuvo como efectos la penetración colonizadora en los territorios indígenas por colonos particulares y empresas extranjeras extractoras de recursos naturales (caucho, madera, hidrocarburos, etc.) acompañados de burocracia estatal; la desaparición de muchos colectivos indígenas (por enfermedades, enfrentamientos en los procesos de reducción, explotación) y la reducción de los indígenas supervivientes en asentamientos, con una profunda alteración de sus *modus vivendi*.

especial no es producto del nuevo constitucionalismo social, sino herencia del constitucionalismo misionero-civilizador (Venezuela en el ámbito constitucional, Colombia, al nivel de legislación secundaria. En Perú, Ecuador y Bolivia las constituciones siguen alentando las políticas de colonización). Con la colonización, los estados logran someter de hecho a la población indígena de la Amazonía que antes se encontraba por fuera de la sujeción estatal. Con la autorización constitucional de elaborar legislación especial para los indígenas, se abre la puerta para la sujeción legal de los indígenas mediante reglas especiales dentro de los códigos generales. Esto explica, por ejemplo, las normas especiales para indígenas dentro del Código Penal peruano de 1924. El constitucionalismo social, al permitir normas especiales para indígenas, da continuidad al constitucionalismo misionero-civilizador respecto de la existencia de regulación especial. Sin embargo, ello no da lugar al establecimiento de regímenes separados, sino de reglas especiales (como fisuras intrasistémicas) dentro de las leyes generales, para poder someter y asimilar a la población indígena. Se trata de un mecanismo de «integración» forzosa de los indígenas por parte de la regulación estatal, mediante nuevas formas de control legal e institucional. Curiosamente, esto permite realizar de modo más eficaz lo que no logró el constitucionalismo asimilacionista, la fagocitación del mundo indígena y su control por los no-indígenas, a partir del reconocimiento constitucional de su existencia y diferencia. La normativa especial y las políticas de integración indígena suponen una línea de continuidad histórica de más larga data, que hunde sus raíces en el hecho colonial: se establecen desde fuera del mundo indígena, con un marcado acento paternalista. En este sentido, reeditan la tutela colonial.

Con relación a las naciones indígenas que no habían sido conquistadas durante la era colonial y a las que los nuevos Estados de Argentina y Chile aplicaron políticas de guerra durante la segunda mitad del s. XIX, el resultado fue el despojo de su soberanía y territorio. Luego del lacónico pronunciamiento civilizador de su Constitución de 1822, a partir de la Constitución de 1823, Chile impone silencio constitucional sobre los indígenas que se extenderá durante todo el s. XX y hasta nuestros días. Ello no le impide producir una vasta legislación especial. Argentina mantiene durante casi todo el s. XX el texto de la Carta de 1853, de carácter misionero-civilizador, y también produce legislación secundaria de carácter especial.

Entrado el s. XX, la población indígena superviviente al genocidio se encuentra reducida y «radicada» en comunidades aisladas, obligada a una economía agrícola de subsistencia, y sujeta a un régimen legal de especial, en parte similar al modelo de segregación que se aplicó durante la era colonial a los indígenas sometidos. En Chile, la política de radicación o reducción indígena que terminó hacia la segunda década del s. XX. A partir de entonces, se inicia una política de aliento a las parcelaciones y desaparición

de comunidades, siguiendo la ruta asimilacionista que iniciaran el siglo anterior los estados Centroandinos vecinos (Perú, Bolivia, Ecuador). Así, mientras los estados Centroandinos inician a partir de la tercera década del s. xx un nuevo indigenismo integracionista, al amparo del constitucionalismo social (para paliar los nefastos efectos de las políticas asimilacionistas y privatistas del siglo anterior), Chile y Argentina emprenden políticas de cuño asimilacionista. Tales se extienden hasta la segunda mitad del s. xx. Luego de medio siglo de políticas asimilacionistas en Chile, el efecto es el aumento del despojo territorial, la reducción del número de comunidades y la migración de indígenas a las ciudades. La llegada del constitucionalismo social no impacta sobre el mundo indígena sino hasta los sesentas, con las políticas agrarias que Freire (1967) y Allende (1970-73) emprenden a favor del «desarrollo agrario y la integración de las masas campesinas a la nación».¹⁹ Sin embargo, pronto se inicia un nuevo ciclo violento de despojo. Chile es el primer Estado que introduce, nuevamente mediante la violencia, el modelo económico neoliberal de privatización de la economía y la transferencia de recursos a las transnacionales. Ello impacta en un nuevo despojo de tierras y recursos que las políticas *campesinistas* habían logrado transferir o reconocer a los colectivos indígenas bajo el título de campesinos. Los indígenas tendrán que esperar el inicio de la democracia para la dación de una legislación indigenista que les reconozca derechos (1991). Sin embargo, todavía está pendiente la reforma constitucional que haga lo propio.²⁰

En el caso argentino, hay variantes, pues en 1960 el Estado ratifica el Convenio 107 de la OIT, consagrando oficialmente el indigenismo integracionista, que se concreta con la Ley de 1980. El cambio constitucional se hace esperar hasta 1994 y en el 2000 el Estado ratifica el Convenio 169 que supera el Convenio 107.

2.2. *El Constitucionalismo pluralista de finales del s. xx*

En el marco del constitucionalismo social los estados reconocieron el sujeto colectivo indígena y derechos especiales. Sin embargo, los colectivos indígenas sólo fueron reconocidos como comunidades o etnias, no propiamente como pueblos. De otro lado, el modelo integracionista

¹⁹ En Chile, la reforma agraria de Allende posibilita el reconocimiento y adjudicación de tierras colectivas a los indígenas, y favorece el fortalecimiento de sus organizaciones, aunque bajo el título de «campesinos».

²⁰ Chile, hasta el presente, es el único país andino que no ha reconocido constitucionalmente a los pueblos indígenas y sus derechos, ni ha ratificado el Convenio 169 de la OIT.

mantuvo el ideal del Estado-nación y el monismo legal. El reconocimiento de «costumbres» indígenas, así como de formas limitadas y subordinadas de la justicia indígena, constituyeron fisuras intrasistémicas que no implicaban el reconocimiento del derecho indígena o del pluralismo jurídico propiamente.

A fines del s. xx se producen cambios importantes que permiten la emergencia del *Horizonte Pluralista*.²¹ La transición se da con las constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988) que empiezan a reconocer la conformación multicultural de la nación o el Estado, el derecho a la identidad cultural y nuevos derechos indígenas. La de Guatemala empieza a utilizar el discurso del multiculturalismo,²² pero todavía bajo el horizonte integracionista y acentuando la perspectiva étnica —no habla de pueblos indígenas ni oficializa sus idiomas—. La de Nicaragua, luego de un proceso de confrontación armada, reconoce el carácter multicultural del pueblo, y es la primera en la región en reconocer «autonomías» de los pueblos indígenas, aunque todavía no plenamente el pluralismo jurídico, en particular para asuntos penales. La de Brasil, que se adelanta en un año al Convenio 169 de la OIT, incorpora importantes derechos indígenas que luego éste reconoce.²³

²¹ YRIGOYEN FAJARDO R., «Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos» en: Revista El Otro Derecho No 30, *Variaciones sobre la justicia comunitaria*. ILSA, Bogotá, 2004. Pp. 171-196.

²² BARIÉ. *Op. cit.*

²³ Véase: CLAVERO B., *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI Editores, México, 1994; YRIGOYEN FAJARDO R., «Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución Peruana», en *Desfatiendo Entuertos*. No 3-4, Lima, 1994; IPRECONM, *Constitución, jurisdicción Indígena y derecho consuetudinario* (Colombia, Perú, Bolivia), CEAS y Desfatiendo Entuertos, Lima, 1995; SÁNCHEZ E., (comp). *Derechos de los pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina*, COAMA Villa de Leiva, 1996; ASSIES W., VAN DER HAAR G y HOEKEMA, eds. *Los retos de la diversidad, Pueblos Indígenas y Reformas del Estado en Latinoamérica*. Colegio de Michoacán; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1999; *Memoria del segundo seminario internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*, San José: IIDH; VAN COTT D. L., «Constitutional Reform and ethnic rights in Latin America», en *Parliamentary Affairs: A Journal of Comparative Government*, 1999; Reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario y la jurisdicción especial en los países andinos» en *Pena y Estado, Revista Latinoamericana de Política Criminal*, No 4, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999; CASTRO M., (ed). *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos del Tercer Milenio*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2000; CLAVERO B., *Ama Llunco, Abya Yala: Constitución Indígena y Código Ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; SIEDER R., ed. *Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy*, Palgrave Macmillan, London, 2002; APARICIO M., (2002): *Los pueblos Indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, CEDECS, Barcelona, 2002; PEÑA A., et al. *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: PUCP, Lima, 2002; BARIÉ C. G., *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un*

El reconocimiento de la jurisdicción indígena, con sus propias autoridades y según sus propias normas y procedimientos, lo inaugura la Constitución de Colombia de 1991, a la que le siguen las constituciones andinas de Perú (1993), Bolivia (1994-2003), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), aunque con variantes. Las constituciones de Paraguay (1992) y México (1992-2001), contienen fórmulas mediatizadas de reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena. En el caso del Paraguay, por su carácter voluntario, y en el de México, por su carácter subordinado (validación de las decisiones indígenas por los jueces ordinarios). Argentina luego de más de un siglo, cambia en 1994 la Constitución misionero-civilizadora de 1853, pero todavía bajo la fórmula norteamericana de otorgar atribuciones al Congreso para regular en materia indígena. No obstante, incorpora nuevos conceptos —como el de la preexistencia de los pueblos indígenas— y derechos específicos para los mismos.

La ratificación del Convenio 169 de la OIT asegura la incorporación del concepto de pueblos indígenas, superando el de poblaciones que tenía el Convenio 107. Igualmente, el Convenio 169 de la OIT hace una declaración explícita de superación de las políticas asimilacionistas e integracionistas que los estados habían desarrollado con los pueblos indígenas. Este Convenio reconoce de modo expreso las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones sociales, políticas y culturales, y su desarrollo económico, superando el modelo tutelar. Para ello incorpora instituciones específicas como la consulta previa y la participación a todo nivel. Estos contenidos también aparecen en las distintas constituciones de modo diverso. Sin embargo, el Convenio limita el concepto de pueblos a fin de que no se interprete en el sentido del derecho internacional, buscando evitar alguna forma de secesión o reclamo independentista. De otro lado, busca limitar desde fuera el derecho indígena a fin de que no viole los derechos humanos, cómo si el derecho indígena careciera de reglas mínimas de convivencia humana y los derechos humanos fuesen, por definición, algo externo. Considerando el principio de la igual dignidad de las culturas que las nuevas constituciones reconocen ahora, lo coherente sería una definición intercultural de los derechos humanos donde los pueblos indígenas tuviesen igual poder de definición que otros pueblos. Del mismo modo, debería reconocerse poder de definición a todos los pueblos para establecer los principios y ejes de la articulación nacional de la diversidad de pueblos y culturas.

panorama. 2a ed. Bolivia: Instituto Indigenista Interamericano, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Editorial Abya-Yala, 2003; CASTRO M., (ed). *Desafíos de la Interculturalidad. Identidad, Política y Derecho*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004.

Contenidos del reconocimiento del pluralismo jurídico en los países andinos

Las reformas constitucionales de los países andinos incorporan derechos indígenas y el discurso del multiculturalismo, y suponen cambios paradigmáticos respecto de la ideología jurídica monista. A ello se suma el Convenio 169 de la OIT. Ahora, voy a destacar algunos de estos cambios paradigmáticos.²⁴

- a. El reconocimiento del carácter pluricultural del Estado/Nación/república, y el derecho a la identidad cultural, individual y colectiva. Ello permite superar la idea del Estado-nación monocultural y monolingüe.
- b. El reconocimiento de la igual dignidad de las culturas, que rompe la supremacía institucional de la cultura occidental sobre las demás.
- c. El carácter de sujetos políticos de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas. Los pueblos indígenas tienen derecho al control de sus instituciones políticas, culturales y sociales y su desarrollo económico. Ello permite superar el tratamiento tutelar de dichos pueblos, como objeto de políticas que dictan terceros.
- d. El reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa de pueblos indígenas, campesinos y afro-descendientes. Ello supera la idea que sólo los funcionarios públicos representan y pueden formar la voluntad popular. Y,
- e. El reconocimiento del derecho (consuetudinario) indígena y la jurisdicción especial. Ello supone una forma de pluralismo jurídico interno. A modo de ejemplo véase el texto del Convenio 169 de la OIT y de la Constitución peruana de 1993. Al final véase un cuadro referido a todos los países andinos que comprenden alguna fórmula de pluralismo legal.

Convenio 169 de la OIT

Considerando Quinto. «Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.»

Art. 8, 2: «Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles

²⁴ Véase YRIGOYEN FAJARDO R., «Legal Pluralism, Indigenous Law and the Special Jurisdiction in the Andean Countries», en *Beyond Law, Informal Justice and Legal Pluralism in the Global South* Vol. 10, Issue # 27, 2004.

con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.»

Art.9,1: «En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.»

Constitución del Perú de 1993

Art.2: Toda persona tiene derecho,

inc. 19: «A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.»

Art. 149: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.»

Del texto del Convenio 169 de la OIT y de las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos se desprende el reconocimiento de tres contenidos mínimos:

- I. El sistema de normas y procedimientos propios, o derecho consuetudinario, y por ende de la potestad normativa o reguladora de los pueblos indígenas y comunidades indígenas y campesinas,
- II. La función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de dicha jurisdicción especial de modo autonómico, y
- III. El sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones de autogobierno, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades.

El sujeto titular del reconocimiento de su propio sistema de derecho (o derecho consuetudinario), autoridades (e instituciones), y jurisdicción (incluyendo los mecanismos para el control de delitos) son los pueblos indígenas. Así lo dicen el Convenio 169 de la OIT y algunas constituciones. Otras constituciones añaden a las comunidades indígenas y campesinas. Por vía analógica, en tanto les corresponda y favorezca, también constituyen sujetos colectivos beneficiarios de dicho reconocimiento los pueblos negros

o afroecuatorianos, como dice el texto de la Constitución ecuatoriana de 1998.²⁵ Igualmente, las rondas campesinas del Perú según la última Ley de Rondas, al garantizarles la aplicación de los derechos reconocidos a pueblos indígenas.²⁶

En cuanto a la competencia territorial, el derecho propio se ejerce dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades indígenas y campesinas, y las rondas campesinas, según corresponda. En cuanto a la competencia personal, en algunos textos constitucionales ésta queda subordinada a la competencia territorial (fórmulas de las constituciones de Colombia y Perú), por lo que cabe aplicarse a cualquier persona que esté dentro del ámbito territorial de la jurisdicción indígena o especial. En otros textos (como la Carta de Venezuela), sólo se alude a los casos entre «indígenas», aunque dicha potestad se amplíe por otros artículos. En cuanto a la competencia material, el alcance del derecho y la jurisdicción indígena no tiene límites de materia, cuantía o gravedad, en ningún texto constitucional andino ni en el Convenio 169 de la OIT, por lo que puede ser materia del derecho y la jurisdicción indígena cualquier materia y por cualquier gravedad o monto. En los textos de Bolivia y Ecuador la materia quedaría tan sólo limitada por lo que pueda constituir un «asunto interno», aunque esto carece de precisión. En todo caso, sería lo que el pueblo o comunidad indígena consideran un asunto de su interés, en tanto alude a un bien jurídico propio.

El límite constitucional del reconocimiento del derecho indígena se asemeja, con variantes, al del Convenio 169 de la OIT, que señala que no debe haber incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En esta línea se inscribe la Carta constitucional peruana que limita la jurisdicción especial a la no vulneración de «los derechos de la persona». Otras fórmulas constitucionales son bastante más limitativas en este punto al indicar que el derecho indígena o la jurisdicción especial no pueden contravenir la Constitución y las leyes (Colombia, Ecuador, Bolivia) o incluso el orden público (Venezuela). En estos últimos casos primaría el Convenio 169 de la OIT (art. 35), que dispone una interpretación progresiva pro-indígena, debiéndose aplicar lo que más favorezca a los pueblos indígenas. La

²⁵ Constitución del Ecuador de 1998, Artículo 85: «El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable.»

²⁶ Ley de Rondas Campesinas 27908. Aprobada el 17/12/2002, promulgada el 06/01/2003 y publicada el 07/01/2003. (Disponible en www.Congreso.gob.pe, Legislación Digital). El Art. 1º dice: «(...) Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.»

Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado por una interpretación favorable al principio del pluralismo y la búsqueda de un «consenso intercultural», que supera largamente las limitaciones del texto escrito. Según esta Corte, la jurisdicción especial sólo está obligada a respetar unos *mínimos fundamentales* (no matar, no esclavizar y no torturar, y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho).²⁷

Todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

Los cambios reseñados tienen un carácter paradigmático pues permiten vislumbrar un *horizonte pluralista* y sentar las bases para la construcción de un Estado pluricultural. Ahora, si bien se trata de cambios realmente importantes, no están exentos de limitaciones y formulaciones contradictorias tanto políticas, como técnicas. En efecto, las reformas pluralistas también van acompañadas de otras que pueden tener incluso un efecto neutralizador. En el contexto de la globalización, las constituciones también han incluido normas relativas a la desregulación, la reducción de derechos sociales, y la apertura del Estado a la presencia de transnacionales que desarrollan actividades extractivas en territorios indígenas, generando nuevos conflictos e incluso restricción efectiva de derechos indígenas. Es necesario superar las nuevas formas de sometimiento de los pueblos indígenas, así como los resabios de las ideologías que las acompañan. Esto es, la ideología de la inferioridad indígena heredada del s. XVI, y la ideología del Estado-nación y el monismo jurídico heredada del s. XIX.

La construcción de estados pluriculturales o plurinacionales supone el desafío de reconocer poder de definición a los pueblos indígenas y otros

²⁷ En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado estableciendo que la jurisdicción indígena o especial no puede estar constreñida al respeto de toda la Constitución y las leyes, pues el reconocimiento del principio del pluralismo quedaría vacío.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/97:

«Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente «resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre», decir, **el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas** (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos «de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico»). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional».

pueblos y colectivos que coexisten al interior de los estados, a fin de que los mismos puedan negociar, bajo el principio de la igual dignidad de los pueblos y culturas, las bases de constitución de dichos estados, los mecanismos de articulación democrática de la diversidad, las formas de participación en el poder de gobernar, normar y ejercer funciones jurisdiccionales por parte de dichos colectivos; y los procedimientos para resolver los conflictos de interlegalidad a través del diálogo intercultural. Estos son algunos de los retos pendientes del constitucionalismo pluralista.

Cuadro: Reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico y el derecho indígena en de los Países Andinos

Puntos de comparación	Convenio 169 Oit	Constitución política de la república de Colombia de 1991	Constitución política de la república del Perú de 1993	Reformas a la constitución política de la república de Bolivia de 1994	Constitución política de la república de Ecuador de 1998	Constitución política de la república de Venezuela de 1999
1. Fundamento: Estado reconoce Pluralidad de la Nación o se define como tal.	—Considerando... la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas (...) hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; —Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.	Art. 7: El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.	Art.2: Toda persona tiene derecho, Inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multitética y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. (...)	Artículo 100: Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconocéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. (...)

Puntos de comparación	Convenio 169 Oit	Constitución política de la república de Colombia de 1991	Constitución política del Perú de 1993	Reformas a la constitución política de la república de Bolivia de 1994	Constitución política de la república de Ecuador de 1998	Constitución política de la república de Venezuela de 1999
2. Texto de Reconocimiento del pluralismo legal a) El Derecho Indígena o Consuetudinario, b) la Jurisdicción Indígena y c) La institucionalidad indígena (autoridades e instituciones propias).	Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. Art.9,1: En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.	Art. 246: Las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Roncampesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establecerá las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	Art.171: (...) Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.	Art. 191: (...) Las autoridades indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instituciones de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

<i>Puntos de comparación</i>	<i>Convenio 169 OIT</i>	<i>Constitución política de la república de Colombia de 1991</i>	<i>Constitución política de la república del Perú de 1993</i>	<i>Reformas a la constitución política de la república de Bolivia de 1994</i>	<i>Constitución política de la república de Ecuador de 1998</i>	<i>Constitución política de la república de Venezuela de 1999</i>
3. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias/ derecho consuetudinario. 2. Instituciones propias. 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas (incluidos métodos de control de delitos).	1. Propias normas y procedimientos. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho Consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades y RC/PI, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades naturales de comunidades/PI. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos.	1. Derecho Consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de justicia.	1. Normas y procedimientos, y tradiciones ancestrales. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Aplicación de instancias de Justicia.
4. Titular del derecho (Sujeto Beneficiario del reconocimiento).	1. Pueblos Indígenas en países independientes. 2. Pueblos Tribales.	1. Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Campesinas, 2. Comunidades Nativas, 3. Rondas Campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	1. Pueblos Indígenas.	1. Pueblos Indígenas.

Puntos de comparación	Convenio 169 Oit	Constitución política de la república de Colombia de 1991	Constitución política del Perú de 1993	Reformas a la constitución política de la república de Bolivia de 1994	Constitución política de la república de Ecuador de 1998	Constitución política de la república de Venezuela de 1999
5. Competencia Territorial	No se menciona expresamente.	— Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	— Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas/ y PI.	— Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas/ y PI.	No se indica, pero se habla de «conflictos internos» (no se sabe si es por la materia, los sujetos o el territorio).	— Dentro de su hábitat.
6. Competencia Material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: «represión de delitos cometidos por sus miembros».	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
7. Competencia Personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Cabe entender que es para <i>todos</i> dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para <i>todos</i> dentro del ámbito territorial campesino/ indígena	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para <i>todos</i> dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de «conflictos internos» (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).	— Que sólo afecten a sus miembros (PI).

Puntos de comparación	Convenio 169 <i>oit</i>	Constitución política de la república de Colombia de 1991	Constitución política de la república del Perú de 1993	Reformas a la constitución política de la república de Bolivia de 1994	Constitución política de la república de Ecuador de 1998	Constitución política de la república de Venezuela de 1999
8. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución. 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes.	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, 2. la Ley, y 3. el orden público.
9. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los conflictos en la aplicación del principio de la incompatibilidad entre: a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con el sistema <i>jurídico nacional</i> . — No hay ley, pero si jurisprudencia.	La ley de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con los juzgados de Paz y <i>Poder Judicial</i> . — Aún no se da ley.	Ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con las atribuciones de los <i>poderes del estado</i> . Hay varias normas, pero no ley específica.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con las del sistema judicial nacional. — Todavía no se da ley.	La ley determinará la forma de coordinación de: a) esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. — Todavía no se da ley.

<i>Puntos de comparación</i>			<i>Constitución política de la república de Colombia de 1991</i>	<i>Constitución política de la república del Perú de 1993</i>	<i>Reformas a la constitución política de la república de Bolivia de 1994</i>	<i>Constitución política de la república de Ecuador de 1998</i>	<i>Constitución política de la república de Venezuela de 1999</i>
10. Ubicación sistemática	Parte I: Política General. — Artículo 8, inc. 2 — Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Señala dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los Pl.	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama <i>jurisdicción especial</i> . No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.	— Capítulo III Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia. Sección Primera: De las Disposiciones Generales.	Incorporado al derecho interno. Sin depósito internacional.
11. Ratificación del Convenio 169		Ratificado en 1991	Ratificado en 1993 (depósito en 1994)	Ratificado en 1992	Ratificado en 1998		

Los pueblos indígenas: derecho a la educación y a la cultura

Kajkoj Ba Tiul

Los Pueblos Originarios de Abya Yala: libres y colonizados

Aunque no existen datos exactos sobre el aparecimiento de los pueblos indígenas en lo que hoy se conoce como América Latina, los mayas sobre todo, han elaborado un conteo en base a sus propios calendarios y con esto han calculado un recorrido histórico de 5,122 años, completado hasta el día Wuqub Kej¹.

Hay diversos datos sobre la cantidad de población indígena en el mundo, se calcula que son más de cuatrocientos pueblos, sumando un total de treinta millones de habitantes². Cada uno de ellos con una cosmovisión diferente, pero que universalmente todos tienen como forma de vida la colectividad, llámese: ayllu (región andina) o el komon (región mesoamericana) u otra forma de cohesión y que les permite el desarrollo y fortalecimiento de su identidad.

Todos los pueblos indígenas, desde su aparecimiento sobre la «madre tierra», lograron construir complejas ciudades: Machu Pichu, Tiawanaku, Cochasqui (región andina), Tikal, Cancuén, Palenque, Tonalá (región mesoamericana)³. Todas estas relacionadas con una forma propia de espiritualidad⁴,

¹ El 23 de febrero de 2006, fue celebrado el «año nuevo maya» en todos los centros ceremoniales de la región mesoamericana. Esta fiesta está contemplada en el calendario de 365 días que tienen los mayas.

² STAVENHAGEN, RODOLFO, «los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales» en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Nueva Sociedad, Venezuela 1996. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos del Sistema de las Naciones Unidas OACDH, folleto informativo No. 9/ Rev c.1., los derechos de los pueblos indígenas

³ Solo por citar algunos ejemplos, porque no nos alcanzaría las páginas para anotar todos los lugares.

⁴ Desde la concepción maya, se le llama «espiritualidad» a lo que otros llaman «religión», porque se considera que la religión es abstracta, en cambio la espiritualidad es vida, además que permite la espontaneidad.

que a la vez estaba relacionada con el movimiento de los astros, sobre todo de la luna y de las estrellas, y con ello llegaron a establecer técnicas agrícolas que permitía asegurar el futuro de las nuevas generaciones.

Los valores de los pueblos indígenas, fueron y siguen siendo importantes para su desarrollo, como: la palabra, la armonía y el equilibrio, la complementariedad, la dualidad, etc., de acuerdo a estos valores, transmitieron normas y principios que funcionaron para la cohesión de la familia y la comunidad⁵ y para el fortalecimiento de la identidad indígena.

Los descubrimientos que los pueblos indígenas realizaron en el campo de la espiritualidad, la matemática, la astronomía, el arte, la construcción, la agricultura, se fortalecieron con el reconocimiento y la práctica de los principios y valores y que fueron transmitidos de generación en generación.

Con la llegada de pueblos extranjeros a territorios indígenas, sobre todo en Abya Yala en 1492, inicia una nueva época. Es una época de terror, persecución, opresión, destrucción. Esta etapa se consolida en la colonia y que origina la discriminación contra los indígenas y la violación de sus principales derechos. Todo este andamiaje político e ideológico se fortalece con las independencias de los actuales Estados nacionales en relación a las antiguas potencias invasoras (España, Inglaterra, Postular, Francia, Holanda). Se destruye todo lo desarrollado por los pueblos indígenas, durante cientos de años y se les incorpora instituciones sociales, jurídicas, políticas y religiosas ajenas a su pensamiento y cosmovisión y esto da como resultados el despojo de sus riquezas sobre todo de la tierra y el territorio.

De esta manera el racismo y la discriminación, no solo tendrá como efecto la exclusión social, política y religiosa a que están siendo objetos los millones de indígenas de todo el mundo, sino también de la exclusión económica⁶ y es así como los indígenas actualmente ocupan los estratos sociales y económicos más bajos de los países latinoamericanos⁷.

El modelo de nación del siglo XIX⁸, excluía a los pueblos indígenas de la participación en desarrollo de los Estados nacionales, considerándolos como población incapacitada y de poco provecho, a no ser para el trabajo, como lo afirmaban los alemanes a principio de 1900 en Guatemala: ellos (los indígenas) trabajan sin descansar, porque para eso sirven, además ello

⁵ DARY C., *El Orden Jurídico Maya y el Derecho Internacional Humanitario*, FLACSO-Guatemala y el CIRC, Guatemala, 1997.

⁶ BA TIUL K., «El Mas Y Evo: Un Desafío Para Los Mayas De Guatemala, El Movimiento Indígena Latinoamericano Y Sus Lucha». Congreso Regional Maya Tecpan, Wajxaqib' Noj , 25 De Noviembre De 2005. www.i-dem.org.

⁷ STAVENHAGEN R., «Los Derechos Indígenas: Algunos problemas conceptuales», en *Construir la democracia: derechos humanos, ciudadanía y sociedad en América Latina*, Nueva Sociedad, Venezuela 1996.

⁸ *Op. cit.*

les gusta quedar bien con nosotros... se debe invertir poco en ellos para ganar más...⁹.

Después de la colonización y que será un proyecto permanente en contra los pueblos indígenas, los grupos de poder conjuntamente con sus intelectuales, implementaran otras políticas de desarrollo y que perduraran hasta principio de 1990. Una de estas políticas va a ser el indigenismo, que potenciará el cambio cultural y la aculturación de los pueblos indígenas que supuestamente daría paso a la integración de los pueblos indígenas a la vida nacional. En mesoamerica, sobre todo en Guatemala y México se desarrollará la «ladinización», en América del Sur, el proceso de «mestizaje».

De esta manera, el sistema educativo y los medios de comunicación, principalmente, jugaran un papel importante para inducir a las comunidades indígenas a abandonar su idioma, su traje, su espiritualidad, etc., porque se consideró la causa del subdesarrollo para las naciones. A pesar de esto, la sobrevivencia y la revitalización de los pueblos indígenas, ha sido permanente y siempre se ha fortalecido viviendo con el «miedo», pero un miedo que empuja a fortalecer y revalorar lo suyo.

Los Estados nacionales desde siempre, acrecientan su poder sobre los pueblos indígenas, por medio de un sistema educativo y medios de comunicación que promocionan políticas de sometimiento y de colonización. A pesar que actualmente la mayor parte de los Estados nacionales en donde hay pueblos indígenas, han reconocido la multiculturalidad de su territorio, este solo es un proyecto de maquillaje, puesto que los espacios estatales indígenas existentes como sucede en México, Guatemala y Ecuador, solo son espacios de cooptación de líderes y dirigentes indígenas y los programas educativos como el programa de educación bilingüe intercultural, solo es un proyecto de castellanización y no responde a las realidades de las mismas comunidades.

Dentro de toda esta maraña política los pueblos indígenas han estado siempre contestando a los Estados, demandando sus derechos como pueblos y como los históricos dueños de los territorios. Desde esta perspectiva, sus demandas colectivas, siempre han estado vinculados al proceso de descolonización que iniciaron sus antepasados ante la corona española y sujetos a la lucha por al autonomía y a la autodeterminación.

Todos los acontecimientos abanderados por los pueblos indígenas, han estado vinculados, a ese espíritu de liberación y descolonización y ahora vinculados a un nuevo tiempo, que desde la filosofía de los pueblos indígenas andinos se le llama el nuevo Pachakutiq y desde el pueblo maya, se le llama el nuevo Baqtun.

⁹ Los Civilizadores Alemanes, Video, Guatemala, 1997.

Movilizaciones indígenas: nuevo Pachakutiq y nuevo Baqtun

América Latina, durante muchos años se ha convertido en el territorio y en el escenario político en donde se pone en duda las políticas macroeconómicas y culturalistas de los imperios colonizadores. Desde la llegada del imperio español en 1492 y de los otros imperios como el portugués, el francés, el inglés, principalmente, los pueblos indígenas de ese entonces, llevaron a cabo importantes levantamientos para contrarrestar las políticas de expropiación, robo y hurto de los recursos de sus abuelos.

Los levantamientos en el Sur América: Tupaj Amaru, Tupaj Katari, Bartolina Sisa, en el Norte; sobresale la lucha librada por los Píeles Rojas, los Siux, etc., en el Centro; los levantamientos de los Mayas Yukatekos, Kaji Imox, Belejeb Kat, Atanasio Tzul, Manuel Tot, entre otros, todos ellos llevan un solo sello: «liberarse de las manos de los colonizados y explotadores».

En el siglo anterior, los movimientos guerrilleros organizados en casi toda América Latina, impulsaron una frontal lucha en contra del imperio no solo español sino norteamericano, dejando su huella en la conciencia social de los pueblos y sobre todo indígenas y pobres. De esa cuenta es importante resaltar el movimiento guerrillero del Perú, el movimiento guerrillero del Ché en Bolivia y posteriormente el movimiento Katarista, el movimiento guerrillero de Camilo Torres en Colombia (ELN) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), las Fuerzas Armadas para la Liberación Nacional de Venezuela, el Movimiento Guerrillero de Guatemala (EGP, PGT, FAR, ORPA) que posteriormente se unirán en lo que se llamará la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca —URNG—, por citar algunos ejemplos. Estos movimientos fueron alimentados por el triunfo de la Revolución Cubana de 1959.

El año de 1970, a estos movimientos de corte marxista, leninista, sende-rista, maoísta, socialistas y comunistas, se incorpora otro gran movimiento que pretende recoger la resistencia de los pueblos indígenas de los años de 1500. Aunque este tipo de movimiento se inicia con el triunfo de la revolución mexicana de 1910, que posteriormente comienza a tener algunas lagunas de incidencia política a causa de las políticas de asimilación implementadas desde la antropología culturalista norteamericana, como el indigenismo o de las incipientes reformas agrarias de corte norteamericana, que como complemento de las políticas de contrainsurgencia se implementaran en América Latina, como en Ecuador, Bolivia y Perú. Este es el movimiento indígena y que ahora, tendrá una característica, puesto que tendrá como eje de la lucha el fortalecimiento de la identidad.

Este movimiento que emerge en los años de 1970, se crea con la idea de reivindicar la identidad, tal como sucede en Ecuador, Bolivia y Guatemala, en donde, subyace siempre ese criterio de descender de los antiguos habitantes del Continente. Posteriormente se fortalece con las propuestas de la Teología y Fi-

lososofía de la Liberación, que a raíz del Concilio Vaticano II, hace su aparición radical en América Latina. Este movimiento indígena comienza a retomar las propuestas que emanan del socialismo como una forma de resolver el problema de la pobreza y desarrolla también un proceso de fortalecimiento de la conciencia étnica, demandando así no solo el respeto por su cultura, sino también la transformación del sistema educativo, de acuerdo a su realidad.

Los años de 1980 y 1990 van a ser fundamentales para el fortalecimiento del movimiento indígena. El Encuentro Latinoamericano de Organizaciones Campesinas e Indígenas en Octubre de 1989, en Bogotá, Colombia, que entre sus compromisos fue la de desarrollar la Campaña Continental en contra de los 500 años y que posteriormente repercute en la Campaña de Guatemala de 1991, Nicaragua de 1993¹⁰ y que da como resultado el Año Internacional de los Pueblos Indígenas de 1991, el Premio Nóbel de la paz de 1993 y la primera década de los Pueblos Indígenas Del Mundo 1995-2005.

Estos acontecimientos transforman y fortalecen al movimiento indígena latinoamericano, pero a la vez, los Estados nacionales conjuntamente con los organismos internacionales como la ONU y la OEA, influidos por las nuevas estrategias de Estados Unidos, luego del derrumbamiento del Muro de Berlín a finales de 1980 y principios de 1990, comienzan a introducir el desarrollo del «proyecto multicultural» de carácter burgués-neoliberal¹¹ que es acompañado con los procesos de paz en la región centroamericana (Guatemala y el Salvador)¹² y en otros países como Ecuador, se llegan a reformar las constituciones nacionales, dándoles el carácter pluricultural de la nación, pero con la misma inclinación de cooptación y neoasimilación de personalidades y de organizaciones indígenas.

Después de esta etapa, en el escenario político latinoamericano comienzan a suceder infinidad de acontecimientos de lucha dirigidos por el movimiento indígena, entre ellos, los levantamientos campesinos-indígenas de Ecuador¹³ y su participación en el gobierno de Lucio Gutiérrez al inicio de este

¹⁰ FORNET-BETANCOURT, *Crítica Intercultural de la Filosofía Latinoamericana Actual*, Editorial Trotta, 2004.

¹¹ Una parte de la discusión sobre el carácter burgués del proyecto multicultural de los Estados Nacionales latinoamericanos, lo he estado tratando en diferentes conferencias y en artículos publicados en diferentes medios de información de América Latina.

¹² Sobre todo en Guatemala, en donde se firma el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, que es uno de los menos cumplidos en la etapa de la posguerra y a lo sumo, los diferentes gobiernos que han acontecido desde la firma de la paz en el año de 1996, solo han maquillado la estructura burguesa del Estado, creando pequeñas oficinas indígenas, de tipo folklórico.

¹³ Sobre este tema, lo trato en el primer capítulo de la tesis de Maestría en Ciencias Sociales —FLACSO-Ecuador.

siglo. No podemos descartar en esta etapa al movimiento generado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional —EZLN— en Chiapas, México, en 1994, así también es importante resaltar el movimiento indígena-campesino-sindical y cocalero de Bolivia, que ahora nos ofrece una nueva forma de lucha para «llegar al poder» y derrumbar así a los Estados nacionales, racistas, excluyentes, discriminadores y cooptadores.

Todo este escenario político, marca casi una vida entera a los movimientos indígenas de América Latina, sobre el que podemos observar estancamientos, retrocesos y avances, pero que a la vez, crea esperanza y reencauce del camino iniciado por los abuelos y las abuelas, desde la época misma de la invasión extranjera (1492) y que dejaron como aliento estás frases históricas: «vendremos nuevamente»¹⁴ o como dijera Tupaj Katari: «volveré en millones y millones».

Otro escenario importante que permitirá el desarrollo de las demandas de los pueblos indígenas, sobre todo relacionados al derecho a la educación y a la cultura, va a ser la transnacionalización de las demandas indígenas, que si bien es cierto que va a iniciar con la llega del Gran Jefe Seattle en 1925 a la sociedad de naciones, es hasta en estas últimas décadas que se va a fortalecer, con la creación del grupo de Trabajo Sobre Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas, el Convenio 169, la discusión de el proyecto de Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración Americana de los derechos de las Poblaciones de los Pueblos Indígenas, la instalación del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, entre otras.

Pero además, se afianzará con la realización de encuentros nacionales, regionales y continentales sobre los derechos de los pueblos indígenas, como el próximo encuentro latinoamericano de pueblo indígenas que se realizará en Guatemala en este año del 2006, en donde se seguirá discutiendo las conclusiones del Encuentro Continental realizado en Quito-Ecuador, en junio del 2004, en donde los y las representantes indígenas participantes, demandaron una mejor educación, respeto a su cultura y a sus recursos.

El derecho a la educación y a la cultura de los pueblos indígenas desde la normativa nacional e internacional

Marco Internacional

Como efecto de las grandes movilizaciones indígenas de los años de 1970, 1980 y 1990, la problemática indígena, comienza a asumirse primero desde los organismos internacionales como la Organización de las Nacio-

¹⁴ Este pensamiento lo encontramos en la memoria histórica de los mayas mesoamericanos.

nes Unidas ONU —, la Organización Internacional del Trabajo —OIT¹⁵— y posteriormente por la Organización de los Estados Americanos —OEA—, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo —BID—, entre otros. Cada quien desde sus propios objetivos, algunas veces con buenas intenciones, pero en la mayor parte de las veces, sobre todo con los proyectos que vienen desde la agencias multilaterales de cooperación como el BID y el BM, mediatizando la situación de los pueblos indígenas.

Sobre esta mediatización han sido claro los planteamientos de las organizaciones indígenas y campesinas vinculadas a los foros sociales, a los movimientos antiglobalización y anti TLCs. Al demandar al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional, al Banco Interamericano de Desarrollo, no inmiscuirse en los problemas que aquejan a los pueblos indígenas¹⁶ y su relación con los Estados Nacionales, sobre todo cuando se refiere a la discusión del presupuesto para atender situaciones de los pueblos indígenas.

Este andamiaje político que reconstituye a los movimientos indígenas como la representación de los pueblos indígenas, sobre todo desde 1970, a pesar de las grandes discusiones internacionales como el Congreso de Barbados de 1971, que obliga a los participantes a escuchar a los pueblos indígenas. Todas las demandas étnicas se realizaban bajo el techo de los instrumentos y mecanismos internacionales en materia de derechos humanos, sobre todo bajo la normativa de los derechos civiles y políticos como derechos individuales.

De hecho es importante rescatar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de los años de 1948, con su propuesta de igualdad, reconocen de alguna manera que todos los pueblos y sobre todo los seres humanos tienen los mismos derechos y que por lo tanto deben ser tratados de igual forma¹⁷. De tal manera que los Estados partes de estos instrumentos se comprometen a asegurar a sus ciudadanos sin distinción de raza, religión, etnia, etcétera, al acceso a la educación en iguales condiciones y a vivir su cultura de acuerdo como los pueblos lo consideran.

La Declaración Universal, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana y el Pacto de San José, si bien es cierto, como lo anotábamos anteriormente tienen un claro espíritu individualista, pero junto con la Convención

¹⁵ Es importante resaltar que fue la Organización Internacional del Trabajo, el primer organismo internacional que asumiera la conducción de discutir el tema indígena con el Convenio 107.

¹⁶ Conclusiones de la Cumbre Continental de Pueblos Indígenas, celebrada en Quito, Ecuador, Junio de 1994.

¹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1, 2, 26, 27.

Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial de los años de 1965¹⁸, pueden ampliar el derecho a la no discriminación en contra de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas, sobre todo en el campo de la educación y de la cultura.

Es importante señalar que estas discusiones sobre el derecho a la no discriminación, aun estaba permeado por las políticas indigenistas de los años de 1940, que tenían como dos objetivos: promover el desarrollo económico y social de los pueblos indígenas, y acelerar su «integración a la sociedades nacionales»¹⁹ y que ponía en desventaja a los pueblos indígenas al derecho a su autonomía, porque el principio de los grupos de poder fue la construcción de una nación homogénea sobre los fundamentos del monoculturalismo.

Cuando se comienza a discutir las políticas de reconocimiento y las propuestas de los teóricos como: Walzer, Taylor, Kymlicka, Díaz Polanco, León Olivé, entre otros, comienza una nueva etapa para la defensa del derecho a la educación y a la cultura de los pueblos indígenas, sumándose a los conceptos de tribus, etnia y raza, lo de pueblo.

Aunque este último concepto sigue siendo sometido a una fuerte discusión, sobre todo, porque mientras se reconoce el derecho a la autodeterminación y a la autonomía de los pueblos, este concepto no puede entenderse desde el concepto que reivindican los instrumentos internacional en materia de derechos humanos²⁰.

Lo importante es que es en este momento cuando se comienza a discutir los derechos relacionados a las demandas colectivas de los pueblos indígenas y que aunque tímidamente lo recoge el Convenio 169, sigue siendo el primero y hasta ahora el único instrumento reconocido por los Estados Nacionales para atender la situación indígena.

El Convenio 169 reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas, a tener acceso a un programa educativo en iguales condiciones al resto de la sociedad, pero no solo como simples espectadores, sino que también se debe asegurar a que ellos, participen en la formulación y ejecución de sus programas educativos y el derecho de crear sus propias instituciones.

Esta argumentación normativa del Convenio 169, es importante para que en los años de 1980 en los países de América Latina, se comience a hablar de Educación Bilingüe y que posteriormente se le llamará Educación Bilingüe Intercultural, y que al decir de la gran mayoría de líderes y pueblos indígenas, este programa no ha respondido a las expectativas que se esperaba, puesto que nuevamente se ha constituido como programas están dirigidos sólo para indígenas, pero no para toda la sociedad que constituyen los Estados Nacionales.

¹⁸ CERD, artículo 5.

¹⁹ STAVENHAGEN, *Op. cit.*

²⁰ Convenio n.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Art. 1.3

A partir de los años 80, a petición de la Subcomisión de prevención de las discriminación y protección de las minorías, de Naciones Unidas se crea el grupo de trabajo para las poblaciones indígenas y es desde allí donde se impulsa la elaboración de un proyecto de declaración universal sobre los derechos de los pueblos indígenas, porque hasta el momento lo que lo que servía de fundamento para analizar la discriminación étnica en contra de los pueblos indígenas, era el informe del Relator Martínez Cobo de 1981 a 1984, sobre los pueblos indígenas, documento que inicia un acercamiento sobre la definición de comunidades, pueblos y naciones indígenas (Ochoa García; 2002)²¹.

En el proyecto de declaración universal de los derechos de los pueblos indígenas, que hasta el momento sigue en discusión, se quiere ampliar el concepto de autonomía el derecho a la libre determinación, puesto que se considera que en virtud de este derecho determinan libremente su condición política, económica, social y cultural (art.3). Además que recalca que los pueblos tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características (art.4).

En la parte IV y artículo 15, del mismo proyecto, se demanda que los niños indígenas tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado y tienen el derecho los pueblos indígenas de establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes impartiendo educación en sus propios idiomas y en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

De igual forma el proyecto de declaración americana de los derechos de los pueblos indígenas de la OEA, también recalca todos estos derechos que tienen los pueblos indígenas, sobre todo de la región, pero esto lo pueden desarrollo los propios indígenas mediante un proceso de autodeterminación, como uno de los principios fundamentales de los derechos humanos.

El mismo proyecto reconoce el derecho a la cultura de los pueblos indígenas, sobre todo porque ancestralmente con el desarrollo de su cultura, han logrado defender y proteger el medio ambiente y la ecología, pero sobre todo por la relación que tienen con su tierra y su territorio. De esta manera, el desarrollo que se debe implementar para los pueblos indígenas, debe ser un desarrollo que esté en sintonía con su propia cosmovisión.

El modelo de educación y el fortalecimiento de la cultura de los pueblos indígenas, que está en sintonía con el modelo de desarrollo que se plantea crear y que está impregnada por la cosmovisión indígena que considera a la naturaleza como un todo, que abarca lo material, lo espiritual y humano; es

²¹ Este informe también se hizo a solicitud de la Subcomisión de prevención de las discriminaciones y protección de las minorías de las Naciones Unidas. Ver OCHOA GARCÍA C., *Derechos Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*, Cholsamaj, Guatemala, 2002.

la vida misma y no puede ser utilizada para enriquecerse individualmente²² (Tibán, 2003).

A partir de toda esta discusión y como consecuencia de la primera década de los derechos de los pueblos indígenas, se crea en el seno de las Naciones Unidas el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, que es un organismo asesor del Consejo Económico y Social, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos.

En el 2000 los gobiernos del mundo y quienes adoptaron ocho objetivos fundamentales que deben cumplir hasta el año 2015, entre ellos, el objetivo 1: erradicar la extrema pobreza y el hambre y el objetivo 2: lograr la enseñanza universal. Estos dos objetivos fueron discutidos en la quinta reunión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de mayo del 2005, en donde los líderes y las lideresas indígenas participantes, concluyeron que estos objetivos no responden a la realidad de los pueblos indígenas, porque lo que sugirieron pedir a Naciones Unidas hacer un cambio.

Es importante rescatar el Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas del 2004, que por primera vez eligió la diversidad, que aunque reconoce el nivel de exclusión que viven los pueblos indígenas, todavía hace una separación entre el derecho a ser reconocido como diferente y el derecho a las redistribución de los recursos que tienen los pueblos indígenas, reduciendo así, el derecho a la educación y el derecho a la cultura que tienen los pueblos indígenas, solo por ser originarios y por ser ciudadanos de un mismo Estado.

Por otro lado, los mecanismos convencionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas, como el Relator Especial para los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, afirma el nivel de exclusión y sumisión a que son sometidos los pueblos indígenas y que, por lo tanto, demanda creación de medidas de protección para estos pueblos, sobre todo en los países en donde son una mayoría y que por lo tanto cree que el disfrute cabal del derecho a la educación es una cuestión crucial para los pueblos indígenas²³.

Por su parte el Relator Especial sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz Villalobos²⁴, manifiesta que el derecho a la educación de las comunidades y personas indígenas no solo se asiente en la posibilidad de construir una ciudadanía proactiva y sensible desde su propia experiencia, sino que también implica la necesidad de que otros grupos respeten sus autonomía. El Relator Especial concuerda con el derecho de los pueblos

²² TIBAN L., *Concepto de Desarrollo Sustentable y los Pueblos Indígenas*, Comunidad Virtual de Gobernabilidad, desarrollo humano e institucional, Diciembre, 2003.

²³ E/CN.4/2005/88/Vd. 4 de 15 de diciembre de 2004

²⁴ E/CN.4/2005/50 de 17 de diciembre de 2004

indígenas en elaborar sus propias propuestas educativas, con atención a los derechos humanos, la experiencia ancestral de su dignidad y en el plano de la profunda práctica de la equidad e igualdad. Por lo que invita a profundizar las acciones educativas acerca del respeto a la diversidad cultural, procurando el empoderamiento de las poblaciones discriminadas y extendiendo la labor educativa entre las personas y los grupos sociales que perpetran los actos de discriminación, de modo que no se diluyan la responsabilidad ni los derechos.

En conclusión, los instrumentos internacionales y los mecanismos convencionales en materia de derechos humanos, tanto de la ONU como de la OEA, reconocen el derecho que los pueblos indígenas tienen para gozar de una libre determinación y en virtud de ese derecho, ellos podrán establecer libremente su condición política y proveer así su desarrollo económico, social y cultural.

Marco Nacional

Con la revolución mexicana de 1910, se inaugura un nuevo proceso para los pueblos indígenas de América Latina, pero no como sujetos políticos, sino como poblaciones que hay que dominar y diezmar y por eso en 1940 se propone la integración de los indígenas a los Estados nacionales de ese entonces.

Como anotábamos anteriormente fue hasta los años de 1970, cuando inician nuevamente los levantamientos indígenas con el fin de recuperar su tierra y su territorio y desde allí demandar el respeto a su cultura y a su identidad y a la promoción de formas educativas de acuerdo a su propio pensamiento y filosofía.

Los Estados nacionales, intensificaron programas educativos y de alfabetización para pueblos indígenas, pero con el propósito de «castellanizar» a los indios y así combatir las lenguas indígenas, como elemento fundamental de la identidad. De esta forma, comenzarían a diezmar a los pueblos indígenas, prohibiéndoles a hablar su propio idioma, en los centros educativos e instituciones del Estado y eclesiales.

A partir de los años de 1985, en varios congresos indígenas de América Latina, se comienza a reivindicar los idiomas indígenas, como una forma de revitalizar las identidades indígenas y comenzar así una lucha frontal contra la discriminación y el racismo. Es así como a finales de los años de 1980 se crean los programas de educación bilingüe intercultural en los diferentes países de América Latina, siendo los más importantes: Bolivia, Ecuador y Guatemala, pero que a decir de líderes y dirigentes indígenas, este no ha sido totalmente indígena, puesto que son los grupos de poder quienes prin-

principalmente diseñan las curriculas y los programas a implementar hacia los pueblos indígenas²⁵.

Es en estas fechas que se inician grandes movilizaciones indígenas, dirigidas principales por maestros indígenas en Bolivia, Guatemala, Ecuador, son importantes las movilizaciones de Ecuador de 1990, las de Guatemala por la ratificación del Convenio 169 en 1996 y las de Bolivia del 2003. Estos además de demandar el respeto a sus culturas, también demandaron programas educativos desde sus propias realidades y presupuestos específicos, situación que hasta el momento no han sido resueltos por los Estados Nacionales.

Si 1970 es la fecha que marca el desarrollo de nuevos movimiento indígenas en América Latina, es a finales de 1980, cuando los Estados nacionales tratan de incorporar las demandas indígenas, con un tinte muy paternalistas, como se refleja en las constituciones de Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992) y Bolivia (1994). En menor rango y profundidad se ubican las reformas a las cartas fundamentales de Costa Rica (1977), Guatemala (1985), México (1992), Panamá (1972 y revisada en 1983), Argentina (1994), Perú (1993) y en el caso de Chile que emitió una ley sin reforma constitucional (1993)²⁶

En ellas no solo se reconoce el derecho a la educación de los pueblos indígenas, sino que el mismo Estado se compromete a fortalecer, proteger y promover sus culturas. Este fue un paso trascendental y que le diera un impulso la ratificación del Convenio 169 de la OIT por la mayoría de los países de América Latina.

Por otro lado, las movilizaciones indígenas alrededor de los 500 años de invasión, se prestan a inaugurar nuevos espacios y algunos países como el caso de Guatemala y el Salvador, iniciaban un proceso de paz y con esto se pensaba que se aseguraba la transformación de los Estados Nacionales. En el caso de Guatemala, se firma el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y que hasta el momento es uno de los acuerdos menos cumplido por el Estado guatemalteco.

En México el Acuerdo de San Andrés Larraizar, firmado entre el gobierno mexicano y el Ejército Zapatista de Liberación, permitía de nuevo analizar el derecho a la cultural y a la educación de los pueblos indígenas, no solo como discriminados sino excluidos del goce de todos los recursos del Estado.

En Ecuador el Proyecto Político de la CONAIE, al cuestionar al Estado ecuatoriano propone también un planteamiento político que reconoce el

²⁵ Entrevistas realizados con funcionarios indígenas que atienden los programas de Educación Bilingüe en Ecuador y Guatemala, en el año 2003 y 2004, para la investigación «las Demandas Indígenas y los Estados Multiculturales», inédito.

²⁶ GÓMEZ M., http://alainet.org/active/show_text.php3?key=240

derecho a la educación de los pueblos indígenas y al fortalecimiento de su identidad como pueblos diferentes.

Es curioso, pero cuando se pretende incluir en el discursos de los Estados la característica de la multiculturalidad o pluriculturalidad de la nación, los avances ha sido mínimos en materia de educación, sobre todo en lo que se refiere a la educación bilingüe, en todos los países en donde se ha implementado, estos no tienen presupuestos y carecen de medios para profesionalizar a los indígenas que puedan estar al frente.

En cuando a la defensa de la cultura, es importante el papel que han jugado los medios de comunicación social, para elevar el tono de la discriminación y racismo, aunque se manifiesta que lo que se pretende es luchar contra ella. Por ejemplo, son incontables los artículos y análisis escritos y publicados desde nuestros países hasta los del llamado el primer mundo en torno a la llegada al poder del presidente Evo Morales, tratándolo de que por ser «indígena no tiene capacidad de asumir un puesto como ese».

Demandar el derecho a la educación que tienen los pueblos indígenas y el fortalecimiento de su identidad como culturas vivas, solo puede ser entendido desde el principio de que son poseedores de una riqueza cultural, espiritual y valoriza basada en nuestra cosmovisión que acepta, respeta y valora a todas las culturas y pueblos, por lo que, consideramos necesario contribuir a la unidas en la diversidad y continuar desarrollando procesos que armonicen lo particular y lo universal, a través de un diálogo intercultural²⁷

La misma declaración manifiesta, que la consolidación de la democracia en nuestros países así como la superación de la pobreza y el avance a sociedades más justas y equitativas con una plena vigencia de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales, no ha tenido en cuenta el apoyo a los pueblos originarios, excluyéndonos y marginándonos.

Por otro lado la globalización económica y del sistema neoliberal contemporáneas vienen a reactualizar y agudizar la discriminación institucionalizada y sistemática contra nuestros pueblos, perpetuándonos en la agudización de la pobreza y la marginalidad y negándonos el derecho a la vida.

Es importante, según la declaración, comprender que el fenómeno de la globalización, amenaza de manera integral la supervivencia de los Pueblos Indígenas en todos los aspectos, en nuestras tierras y territorios, nuestra integridad individual y colectiva, nuestra cosmovisión, nuestras formas de organización y nuestros valores culturales, espirituales y tradicionales. Que, el despojo de la tierra y territorios significó forzar a gran parte de las poblaciones indígenas a una migración a los centros urbanos, incrementando la pobreza.

²⁷ Declaración de los pueblos indígenas de América ante la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia realizada en Santiago de Chile, año 2004.

Conclusiones finales

El derecho a la educación y a la cultura que tienen los pueblos indígenas, no solo se demanda por estar reconocidos en los instrumentos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos, sino también por el hecho de ser pueblos que históricamente han estado en estos lugares defendiendo, promoviendo y protegiendo su tierra y su territorio.

Si bien es cierto que la colonización española y las nuevas colonizaciones comerciales han querido destruir a los pueblos indígenas, pero estos han sido capaces de enfrentarse a estas invasiones y a pesar de eso han estado revitalizando su cultura y sus propias instituciones educativas y políticas, estos mismos deben ser promovidos y protegidos por los Estados nacionales.

Pero las demandas educativas y el fortalecimiento de la cultura de los pueblos indígenas como una forma propia de identidad, no pueden ser desarrolladas sino los Estados nacionales, no reconocer el derecho a la autonomía y a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Por lo tanto, no puede haber democracia real, ni siquiera puede haber un proceso de reconocimiento del multiculturalismo y tampoco podrán haber prácticas sinceras interculturales, si no se da en ese campo de la autonomía y a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas, entonces, tienen derecho a la autonomía y a la autodeterminación, como medio importante y seguro para proteger su territorio y su tierra y así generar recursos para sus propios programas educativos y de esta forma perpetuar su identidad.

PARTE VI

Conflictos y pueblos indígenas

Resolución de conflictos y pueblos indígenas

Carlos Deocon

Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos están de moda. Se convocan seminarios internacionales para discutir acerca de ellos, se realizan talleres para capacitar a los líderes, son promocionados por organismos multilaterales, las agencias de cooperación los convierten en prioridad en sus convocatorias de ayuda al desarrollo, los Estados receptores de esa ayuda impulsan su generalización para la resolución de cada vez más conflictos en su territorio y entre sus ciudadanos. Especialmente se predica la bondad de dichos medios para resolver conflictos surgidos entre los pueblos indígenas y los estados, entre aquellos y las empresas multinacionales, y para los casos en que los pueblos indígenas se ven envueltos en conflictos armados que se desarrollan en su territorio.

En el presente artículo pretendemos dar algunos elementos para la reflexión de las organizaciones y los líderes comunitarios acerca del alcance de dichos medios, sus implicaciones y consecuencias, los intereses que hay detrás y las posibilidades de éxito que dichos medios ofrecen para los pueblos indígenas. No tratamos de dar criterios para saber cuándo hay que negociar y cuándo no, ni recetas sobre cómo hacerlo. Muchos manuales ya se encargan de ello. Lo que queremos es poner de manifiesto el contexto en el cual esta moda surge y se desarrolla, el marco en el que las diversas agencias, los gobiernos nacionales y la academia teorizan sobre las bondades de estos medios y los promueven. Intentamos que las materias objeto del artículo sean vistas a la luz de un proceso de mayor alcance que se desarrolla a nivel mundial. De este modo, esperamos que los pueblos indígenas puedan pensar críticamente acerca de los mismos, para evaluar desde sus derechos y sus propios intereses la conveniencia de usarlos y su posible alcance.

Para ello, partimos de una distinción fundamental entre el ejercicio de la jurisdicción y la resolución «alternativa» de conflictos, por la cual en el Estado de Derecho los conflictos más graves, que afectan a derechos fundamentales y bienes jurídicos más importantes, se resuelven a través del ejercicio de la jurisdicción, medio más contundente, garantista y apoyado por el uso de

la fuerza pública para su eficacia. Para todos los demás se reserva la posibilidad de acudir a esos otros medios alternativos de resolución de conflictos: conciliación, mediación, arbitraje, negociación.

El contexto en que debemos hablar de resolución de conflictos y pueblos indígenas es el del desplazamiento de la línea divisoria entre jurisdicción y medios alternativos, dinámica por la cual éstos van ocupando espacios que correspondían a aquella, con la correspondiente transferencia de competencias y recursos. Este desplazamiento se produce a partir las exigencias de la llamada globalización, que implica, para los países menos desarrollados, la reducción de los costes de la administración de justicia y del alcance de la jurisdicción. Nos parece destacable la tesis¹ según la cual el desplazamiento de esa línea perjudica la garantía de los derechos fundamentales y beneficia la de los derechos comerciales y de propiedad privada. Es de esta manera que los derechos de los pueblos indígenas pueden verse afectados por ese desplazamiento a favor de los medios alternativos de resolución de conflictos.

Conflictos externos e internos

Hay dos tipos de conflictos que los pueblos indígenas tratan de resolver: los internos y los externos. Al resolver sus conflictos internos los pueblos indígenas están ejerciendo su jurisdicción y aplicando su derecho propio. Lo han hecho siempre, estuvieran o no esa jurisdicción y ese derecho reconocidos por normativas nacionales o internacionales. Aunque en este artículo nos vamos a referir a los medios de resolución de los conflictos externos, es pertinente hacer una observación previa acerca del derecho interno de los pueblos indígenas.

En ocasiones, los pueblos indígenas han utilizado el derecho interno para resistir y negociar la aplicación del derecho nacional, es decir, para afrontar los conflictos externos. En estos casos, el derecho interno era invocado ante los tribunales nacionales como «prácticas locales de resolución de conflictos», con un estatus inferior al derecho escrito, dentro de la categoría de «derecho consuetudinario» y con las correspondientes limitaciones de competencia y alcance.

En el mundo indígena no observamos una distinción entre jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos, como no existe una diferenciación formal reconocible por la ciencia jurídica entre lo que es y no es derecho, ni entre clases diferentes de derechos y de órdenes jurisdiccionales

¹ Una tesis generalizada ya entre los estudiosos de la materia. Podemos citar, entre otros, a DE SOUSA SANTOS, B., y GARCÍA VILLEGAS M., *El caleidoscopio de las Justicias en Colombia*. COLCIENCIAS. Bogotá, 2001.

correlativos. Uno de los más importantes problemas derivados del reconocimiento del derecho y la jurisdicción indígenas por los ordenamientos nacionales e internacional es determinar si estas indiferenciaciones entre lo que es y no es derecho, lo que es y no es jurisdicción para los pueblos indígenas va a ser respetada por las leyes que regulen la coordinación de los derechos indígenas con el derecho nacional, y la articulación entre jurisdicciones. ¿Hasta qué punto esas leyes exigirán la codificación del derecho, la formalización de las autoridades jurisdiccionales propias, la definición del alcance y los límites de la jurisdicción indígena? Y, sobre todo, ¿hasta qué punto estas formalizaciones se harán con criterios jurídicos interculturales? ¿Es esto posible, o será inevitable que la cultura jurídica occidental imponga a los pueblos indígenas sus propias categorías?

En este último caso se corre el riesgo de que una de las formas de coordinación de ambas justicias sea la reducción del derecho indígena al estatus de procedimientos de resolución alternativa de conflictos. De hecho, en muchos casos al derecho indígena se le denomina con expresiones como «medios propios de resolución de conflictos» o equivalentes. Así, el artículo 171 de la Constitución boliviana². Los propios movimientos indígenas se refieren a veces a su derecho en los mismos términos. Como hemos visto, no se trata solamente de una cuestión terminológica. Creemos que es preferible utilizar las denominaciones «derecho indígena» y «jurisdicción propia», manteniendo el estatus consecuente con tales denominaciones.

Los conflictos externos, aquellos que tienen los pueblos indígenas con la sociedad dominante o con otros pueblos, son históricamente abordados por los indígenas en el marco de la ausencia de un derecho superior a ambas partes en conflicto: un conflicto internacional (si consideramos que se trata de naciones indígenas) sin derecho internacional efectivamente aplicable, o un conflicto intercultural (si pensamos que se trata de pueblos diferentes dentro de una misma nación) sin derecho intercultural aplicable. Ante esta ausencia jurídica, los pueblos indígenas han venido aplicando diversas estrategias de resolución de los conflictos externos que les produce el contacto con otros pueblos.

Vamos a centrarnos en el contacto con la sociedad dominante, una relación que no consideramos formalmente como una relación intercultural a la que quepa aplicar cualquier contenido, sino como una relación caracterizada históricamente por las notas de dominación y dependencia; una interculturalidad impuesta por el Estado nación blanco. Las estrategias de los pueblos indígenas

² «Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus usos y costumbres, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes»

ante esta relación son defensivas, y tienen por objeto la supervivencia étnica, cultural y colectiva, tornándose dramáticas cuando buscan la supervivencia física de los individuos indígenas, ante la inminente desaparición del colectivo. No ha habido otro tipo de estrategias más constructivas (salvo las que se comienzan a plantear en los últimos 20 años, más vinculadas a temáticas de desarrollo) porque no ha habido otro tipo de relación intercultural. Medios de resolución de conflictos externos y estrategias de supervivencia o resistencia son sinónimos para los pueblos indígenas a partir de la colonización.

Entre las estrategias de supervivencia podemos citar la lucha armada, la guerra en defensa del territorio y la soberanía; la huida de las zonas que habitaban los indígenas, dejándolas en manos de los usurpadores para refugiarse en regiones remotas donde esperaban que el blanco no llegara nunca; la asimilación, estrategia que no busca tanto la supervivencia del pueblo indígena como la de sus miembros; el empleo de los medios de protección que el propio orden dominante prevé, como la inclusión en reservas o resguardos, o la participación política local; y la negociación.

Los pueblos indígenas son unos auténticos maestros del arte de la negociación, aplicada a la desesperada finalidad de sobrevivir como tales pueblos y en las más adversas condiciones. La negociación es una estrategia de resolución de conflictos que siempre está presente en las luchas indígenas, generalmente en combinación con las otras estrategias de supervivencia. El éxito de esta estrategia suele ser notable, aunque no duradero, pues si algo caracteriza los acuerdos alcanzados tras una negociación con la sociedad dominante es su escasa, casi nula fiabilidad. Ésta es una amarga experiencia histórica de todos los pueblos indígenas.

A partir del reconocimiento constitucional y legal de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en los años 80, muchas organizaciones indígenas han puesto en primer plano de sus luchas el cumplimiento de las normas constitucionales e internacionales. El reconocimiento legal significa que existe un derecho y una jurisdicción superior a las partes para dirimir los conflictos externos entre los pueblos indígenas y la sociedad dominante. Allá donde, como en gran parte de América Latina, los derechos indígenas fueron reconocidos constitucionalmente, y donde los estados ratificaron convenios internacionales que los contemplaban, era de suponer que los conflictos relativos a dichos derechos iban a ser efectivamente dirimidos por los tribunales competentes aplicando las leyes vigentes.

Sin embargo, como ya ocurriera con la violación de los tratados en aquellos casos en que las potencias coloniales o los estados descolonizados los firmaron con pueblos indígenas, el reconocimiento de derechos ha servido de poco. El desconocimiento de los derechos reconocidos y la falta de cumplimiento de las sentencias que los aplican son generalizados, y esto hace ilusorio recurrir a la jurisdicción la mayoría de las veces. La opinión genera-

lizada de las organizaciones indígenas es que desde mediados de los años 90 se ha producido un retroceso de los derechos indígenas, bien porque las leyes y decretos de desarrollo han recortado el alcance de los derechos constitucionales, bien porque éstos se violan impunemente. Ante este panorama, los pueblos indígenas acuden de nuevo a la negociación.

Como transversal a otras estrategias, complementando o culminando acciones como las tomas de tierra, las marchas y movilizaciones, las campañas internacionales o las propuestas de ley, la negociación es muy positiva. Cuando se plantea como transversal a una reclamación de derechos puede resultar paradójica, porque teóricamente los derechos fundamentales no se negocian, y pone de manifiesto que los pueblos indígenas no confían demasiado en la eficacia del sistema jurídico dominante cuando de protegerles se trata.

Así pues, son claras las motivaciones y necesidades de los pueblos indígenas para acudir a la resolución alternativa de conflictos, pese a existir derechos reconocidos legalmente. Pero los estados, las empresas privadas y los organismos internacionales también están abogando por estos medios para resolver conflictos en detrimento de los tribunales de justicia. Las causas de esta actitud son más complejas y su exposición nos obliga a plantear primero algunos temas más generales.

El paradigma de la globalización

El contexto del desplazamiento de la línea que separa jurisdicción de resolución alternativa de conflictos es la adopción, a partir de los años 80, de políticas públicas en consonancia con las exigencias de la globalización. Cuando hablamos de globalización, no nos referimos al concepto más amplio (y más benévolo) de la mundialización de los fenómenos sociales, de la comunicación, la cultura, el desarrollo o, en su aspecto más tenebroso, el terrorismo o las pandemias. Aludimos a la mundialización económica, que llamaremos «globalización inducida», y que básicamente consiste en la liberalización comercial, la apertura económica impuesta y regulada por los organismos financieros multilaterales (Banco Mundial —BM—, Fondo Monetario Internacional —FMI—, Organización Mundial del Comercio —OMC—). Decimos que es inducida porque la adopción de políticas públicas concordantes con las exigencias de la globalización (condensadas en el llamado «Consenso de Washington»³) en países del Tercer Mundo se produce

³ Conjunto de acuerdos informales alcanzados durante la década de los 80 entre las principales compañías transnacionales, la Reserva Federal norteamericana, el BM y el FMI, entre otros organismos financieros, que diseñan las líneas gruesas de la globalización económica, formalizados en 10 «cánones» en 1989 por John Williamson, ex vicepresidente del Banco Mundial.

como contraprestación de las moratorias y refinanciaciones de la deuda externa, y no por la libre voluntad de los pueblos afectados. Los Programas de Ajuste Estructural impuestos por el FMI, las políticas arancelarias exigidas a cambio de inversiones en infraestructura, las privatizaciones y la apertura a las importaciones estimuladas por la aprobación de proyectos de desarrollo son realidades que permiten emplear ese término.

Ésta que llamamos «globalización inducida» ha llevado a reestructurar gran parte del aparato estatal, mediante la reducción de unas funciones (generalmente las que tienen que ver con la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, y sus correspondientes prestaciones públicas), la ampliación y profundización de otras (relativas a los derechos individuales, principalmente la propiedad privada, y concernientes a la seguridad y el orden público), la privatización de los servicios públicos, la reducción presupuestal, etc.

Este proceso, imparable desde los años 90, afecta a la administración de justicia mediante la contracción presupuestaria y la reducción del alcance de la jurisdicción, una de las principales manifestaciones de la soberanía estatal. Mientras unas ramas jurisdiccionales decrecen, a veces a favor de la resolución alternativa de conflictos (como es el caso del derecho laboral o el de familia), otras ven incrementadas los recursos presupuestarios y humanos, así como la rapidez y eficacia de sus procedimientos, como en el caso de la jurisdicción civil y mercantil.

Esta dinámica viene siendo apoyada por determinados proyectos de cooperación internacional desde mediados de los años 80, cuando la agencia de cooperación para el desarrollo de Estados Unidos (USAID) comenzó a ejecutar el Programa de Administración de Justicia en Latinoamérica, campo de prueba para los que, a partir de la década de los 90, se desarrollarían en Asia y África. Entre otras prioridades (como la lucha policial y judicial contra el narcotráfico), estos programas comprenden proyectos de informalización de la justicia, como las llamadas «casas de justicia» en Colombia o el apoyo a los centros privados de arbitraje y conciliación⁴. Este modelo está inspirado en los mecanismos alternativos de resolución de disputas («alternative dispute resolutions») o de justicia restaurativa («restorative justice») de Estados Unidos, que generan espacios cívicos de resolución de conflictos gracias a los cuales se simplifica y abarata la administración de justicia y se descentraliza el aparato del estado⁵. Por su parte, el Banco Mundial ha apoyado estas políticas de reforma de la justicia en los países en vías de desarrollo para propiciar un ambiente legal y judicial de seguridad jurídica y predictibilidad

⁴ DE SOUSA SANTOS B., y GARCÍA VILLEGAS M., *Op. cit.*

⁵ HERNÁNDEZ R., y ORTIZ ELIZONDO H., *Diferentes pero iguales: los pueblos indígenas en México y el acceso a la justicia*. U.S.-Mexican Studies (<http://usmex.ucsd.edu/justice>). 2003

que favorezcan el comercio, la financiación y la inversión, condiciones del desarrollo económico. Le parece al Banco Mundial sumamente necesario que las instituciones financieras y los inversores puedan realizar cálculos seguros para sus negocios y asegurar sus beneficios, sabiendo que podrán contar con resoluciones judiciales rápidas y fiables si las otras partes incumplen sus contratos.

Las consecuencias de estas políticas se dejan sentir hondamente en la justicia de los países que las adoptan. Así lo recoge el Informe de Desarrollo Humano del Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD) para Colombia en el año 2003: «La distorsión es todavía más clara en el área de la justicia civil. Un estudio reciente concluye que los procesos ejecutivos, singulares, hipotecarios o prendarios constituyen 74% del total sometido a esta jurisdicción; que en 90% de los casos el demandante es una entidad financiera y 95% de ellos se falla a su favor. La justicia está virtualmente al servicio del sector financiero, y esta atención le cuesta al país 158 mil millones de pesos (del 2001), cerca de 12% del gasto total en el ramo de justicia (Garay, 2002, XVII)»⁶ En el otro extremo, los delitos más graves, que suponen la violación de los derechos fundamentales, son cada vez menos y peor atendidos por la jurisdicción, quedando a menudo en la impunidad.

La globalización inducida posee otro rasgo importante para comprender la materia que estamos tratando. En el contexto de la apertura económica y la liberalización del comercio se han redefinido los roles de los distintos países en la concurrencia mercantil internacional. Como en la época colonial, a los países del Tercer Mundo les corresponde el rol de exportadores de materias primas. Para impulsar definitivamente el desarrollo, cada país debe aprovechar las llamadas «ventajas comparativas» de su economía, que en el caso de muchas regiones de Asia, África y América Latina son los recursos naturales y los monocultivos tropicales. Pero ahora la competencia es más dura, la libre concurrencia de compradores y vendedores al mercado, sin regulaciones ni límites, hace que cada país que pretende explotar estas «ventajas comparativas» deba hacerlo bajando los precios y aumentando las exportaciones, lo que nos pone a las puertas de una explotación sin precedentes de los ya frágiles ecosistemas donde estos aprovechamientos pueden prosperar. Los pueblos indígenas de todo el mundo sobreviven en los territorios que contienen estos recursos o donde pueden desarrollarse megaproyectos agroindustriales. De ahí la importancia inusitada que los derechos territoriales y de acceso a los recursos toman actualmente, y la insistencia en encontrar medios alternativos de resolución de estos conflictos por parte de los estados y las empresas que pretenden explotarlos.

⁶ *El conflicto, callejón con salida*. Informe Nacional de Desarrollo Humano para Colombia, 2003. PNUD.

Desde luego, los cambios acaecidos a raíz de la globalización no habrían podido producirse sin, al menos, dos factores que los facilitaron: primeramente, un cambio en la correlación de fuerzas políticas a nivel internacional, que vino a darse con la descomposición y posterior disolución de los regímenes comunistas de la Unión Soviética y de Europa del Este. En segundo lugar, una legitimación teórica y política de esas transformaciones mediante un discurso que, a diferentes niveles (económico, sociológico, político, mediático), elaboró todo un arsenal de conceptos puestos a disposición de las medidas que se fueron adoptando. Estos conceptos provienen de diversos ámbitos: de la deconstrucción de las ciencias sociales y políticas, especialmente en Europa; de la sociología y la tradición política anglosajona; y de los múltiples discursos de la postmodernidad (entre los que se incluyen bastantes de los relativos a la diversidad cultural, el multiculturalismo y la interculturalidad). Procesos democratizadores y apertura económica van de la mano en América, Asia y África durante los años 80 y 90, y los primeros sirven para legitimar la segunda mediante nociones como participación, descentralización, resolución alternativa de conflictos, capital social, gobernabilidad, sociedad civil o aumento de las capacidades. Nos referimos a continuación brevemente a alguno de estos conceptos, que posteriormente serán útiles al analizar más específicamente la resolución de conflictos y lo pueblos indígenas.

Gobernabilidad. Sin duda, el término legitimador estrella de las políticas que acompañan la apertura económica de los países menos desarrollados. El vocablo se acuñó en el informe de 1975 que Huntington, Crozier y Watanuki elaboraron para la Comisión Trilateral⁷, donde se teorizaba acerca de la «situación potencial de ingobernabilidad» de las democracias desarrolladas. Durante la aplicación de las reformas económicas y políticas de los años 80 y 90, la hipótesis de la posible ingobernabilidad de los países ricos se convirtió en probada ingobernabilidad de los países menos desarrollados, y comenzaron a exigirse transformaciones políticas e institucionales para volver gobernables los países pobres. La gobernabilidad ha estado en el centro de las políticas que muchos países han pactado con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional para lograr moratorias y refinanciaciones de sus deudas externas e inversiones de grandes proyectos de desarrollo. La visión que estos organismos tienen de lo que es «buen gobierno» (gobernabilidad o gobernanza, del inglés «governance») refunde una serie de exigencias de legitimación de las democracias liberales con un énfasis especial en la lucha contra la corrupción.

Lo que el uso del término gobernabilidad pone de relieve es que la capacidad de un país para gobernarse a sí mismo puede ser puesta en tela de

⁷ Organización que agrupa a personalidades destacadas de las tres zonas más industrializadas del planeta: Europa, USA y Japón.

juicio por actores externos a sus órganos representativos, en función de determinados criterios. Estos criterios han sido aplicados por los organismos financieros internacionales para el caso de los países con deuda externa. El resultado de las medidas adoptadas como consecuencia del uso de estos criterios no ha sido un aumento de la gobernabilidad, sino el debilitamiento de la soberanía de los estados. Un Estado que puede ser arruinado por un ataque especulativo; un Estado que puede ser demandado ante una instancia internacional para exigirle daños y perjuicios por toda decisión política o legal que le ocasione pérdidas económicas o afecte sus ganancias previstas⁸, un Estado que «desmantela de forma voluntaria sus servicios públicos más esenciales y transfiere al sector privado las tareas que competen al interés colectivo, sometiéndolos de esta manera a la ley de la maximización de los beneficios»⁹; un Estado que no puede garantizar los derechos de sus ciudadanos es un Estado que ha dejado de ser soberano. Dicho de otro modo: la gobernabilidad tiende a sustituir a la soberanía como atributo de un estado deudor en el paradigma de la globalización.

Resolución de conflictos. Medios alternativos de resolución de conflictos y gobernabilidad son términos estrechamente vinculados en el nuevo paradigma. Para Tejada Holguín, «la gobernabilidad puede ser vista como un atributo del estado y de la sociedad civil. Es decir, no es simplemente la posibilidad de respuesta que tiene un gobierno en específico a las demandas de la sociedad civil, sino que forma parte de la visión misma de las demandas que se elaboran desde la sociedad civil. Dicho en otras palabras, la gobernabilidad es la capacidad de procesar los conflictos que tiene una sociedad en su conjunto, es dialogo, intercambio, participación»¹⁰.

La gobernabilidad ya no es sólo cuestión del gobierno de la nación, sino también de la sociedad civil. Y es en la sociedad civil donde deben dirimirse parte de los conflictos sociales. Si la gobernabilidad eclipsa la soberanía, la resolución alternativa de los conflictos tiende a sustituir a la jurisdicción como expresión de la soberanía, y a los jueces y tribunales como poder del estado.

Esta visión se ha afinado en los actores de la cooperación para el desarrollo y en las políticas de derechos humanos. Se entiende que la seguridad y la justicia, al ser bienes públicos, dependen tanto de la acción estatal como

⁸ El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI) fue negociado en el seno de la OCDE y su firma iba a ser parte de las rondas de negociación de la OMC. Las movilizaciones producidas en Europa (fundamentalmente en Francia) contra esta medida obligó a posponerlo, pero la OMC no ha renunciado a seguir discutiéndolo. Un acuerdo similar está presente en las negociaciones del ALCA.

⁹ ZIEGLER J., *Los nuevos amos del mundo*. Ediciones Destino. Barcelona, 2003.

¹⁰ TEJADA HOLGUÍN R., «Los bonos de gobernabilidad». www.pciudadana.com/articulos_analisis/art_2001/art32:bonos.htm.

del comportamiento ciudadano. En consecuencia, se hace recaer en la llamada sociedad civil la responsabilidad de logros para los que precisamente se establece el Estado de Derecho. Ante el fracaso del mismo en los países menos desarrollados, los conflictos entre los ciudadanos deben ser resueltos por los propios ciudadanos. Las políticas de promoción de la democracia y los derechos humanos de la Comisión Europea en países del Tercer Mundo persiguen el reforzamiento del papel de la sociedad civil en los procesos de democratización, en la prevención de conflictos y en la protección de derechos humanos. Los Laboratorios de Paz promovidos por la Comisión Europea en Colombia prevén capacitaciones en métodos alternativos de manejo y resolución de conflictos como una de las concreciones de la gobernabilidad democrática, en una situación como la colombiana, de conflicto armado, violencia política crónica y fracaso del Estado de Derecho.

Empoderamiento de la sociedad civil. El paradigma de la gobernabilidad pone en primera línea a la sociedad civil. Podría entenderse que los viejos ideales anarquistas y socialistas por fin comienzan a materializarse. Pero observamos que el fortalecimiento de las organizaciones sociales y la participación de los ciudadanos en espacios institucionales más bien responden a una tendencia a concentrar tareas y compromisos en el sistema social, descargando de responsabilidades al gobierno y las instituciones. Los ciudadanos pasan a ser responsables de una u otra manera de la aplicación de los derechos. Este proceso encubierto de «responsabilización de la sociedad civil» se produce tanto colectiva como individualmente. En lo personal y en el ámbito de la salud, la loable «pretensión de conseguir una «sociedad saludable», formada por individuos suficientemente responsables de su salud mediante la práctica de «estilos de vida saludables» se puede relacionar con el intento de desprestigiar primero y dismantelar después los servicios sanitarios públicos»¹¹. La misma idea late tras el concepto de «aumento de las capacidades». En el llamado Consenso de Monterrey¹² se diseña una cooperación para el desarrollo que prepare a los sujetos para ejercitar sus derechos y competir en el mercado, mediante el aumento de sus capacidades. De este modo, las adversidades de la vida como el desempleo o la enfermedad (que son vistas más como naturales que como sociales) no les sorprenderán desvalidos. Monterrey dibuja una «sociedad del riesgo» donde los sujetos deben estar preparados para asumir las consecuencias de sus actos. Pero en realidad no hace referencia a la necesidad de generalizar un comportamiento ético, sino a la conveniencia de la privatización de los servicios sociales.

¹¹ HUERTAS R., *Neoliberalismo y políticas de salud*, El viejo topo. 1998

¹² Documento final de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo auspiciado por la ONU y celebrado en Monterrey, México, en 2002.

Colectivamente, se diseña una nueva responsabilidad social, cuya máxima expresión podemos observar en la siguiente afirmación de Tejada Holguín: «el hecho de que una medida económica en específico pueda provocar potenciales estallidos sociales resulta preocupante y es una evidencia de que algo funciona muy mal en el plano de lo social. En ese sentido debe cuestionarse la forma que cada gobierno ha buscado la gobernabilidad»¹³. Aplicando esta tesis a acontecimientos recientes, resulta que si los ciudadanos franceses rechazan en las urnas una constitución neoliberal y se movilizan contra las leyes que institucionalizan la precariedad laboral, algo funciona mal en la sociedad francesa y en la capacidad de lograr consensos del gobierno francés. Pero no en el proyecto de Constitución europea ni en la legislación laboral gala.

Participación. Si el Banco Mundial pone la lucha contra la corrupción en el centro de la gobernabilidad posmoderna, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) hace lo propio con la búsqueda activa de consenso y el fortalecimiento para la participación política, como medios para lograr lo que el Informe sobre el Desarrollo Humano del año 2002 denominó «Gobernabilidad Democrática». Para el PNUD, gobernabilidad es otorgar al pueblo los derechos, los medios y la capacidad para participar en la toma de decisiones que afectan a sus vidas y para hacer que los gobiernos sean responsables de sus actos. Cuando se concreta esta participación, vemos que no se apuesta por modelos de democracia directa, sino por el fomento de acuerdos de gobernabilidad, la creación de consensos entre los distintos actores sociales (partidos políticos, ONG, sindicatos, empresarios, el propio Gobierno como un actor más), la formación de coaliciones de apoyo a las instituciones, la toma de decisión a través de redes (al estilo de las consultas de ciertas políticas públicas en la Unión Europea), y otros mecanismos que revelan una nueva «gremialización» de la democracia para hacer posible la participación.

En esta idea de participación late lo que podríamos llamar una cierta «procedimentalización» de los derechos, por la cual se pone énfasis en la participación pública de los titulares de los derechos (agremiados en organizaciones sociales) y pasa a un segundo plano el efectivo cumplimiento de los derechos, cuya satisfacción es tarea de los servicios públicos del Estado y cuya garantía es función de los tribunales de justicia.

Descentralización. Si los gobiernos no gobiernan y los Estados no son soberanos, el nuevo paradigma globalizador necesita otros actores públicos, que desarrollen iniciativas junto a la sociedad civil: las administraciones locales. En aras de la eficacia, para reducir la corrupción y con el fin de acercar

¹³ TEJADA HOLGUÍ. R. *Op. cit.*

a los ciudadanos la gestión de la cosa pública, se ha producido un desplazamiento de competencias a las regiones y los municipios. Pero ese traslado no ha ido acompañado de las correspondientes transferencias presupuestarias, pues se produce al tiempo que las políticas fiscales varían y menguan los ingresos públicos, como parte del programa globalizador.

¿Qué descentralización democrática es posible si el estado tiene cada vez menos recursos provenientes de los impuestos y de las empresas públicas, ahora privatizadas? La descentralización es un ejemplo especialmente escandaloso de las tristes realidades escondidas tras las idílicas ideas de la globalización. Se ha hablado mucho de los procesos de descentralización europeos (en particular, el de España) como ejemplo a tomar en cuenta para realizar los de América Latina. ¿Acaso en Europa se renunció a una política impositiva progresiva, a la protección de los sectores económicos nacionales, a la garantía última y universal de los niveles centrales estatales para compensar las diferencias de recursos entre municipios? Ciertamente no. Pero se exige a los países latinoamericanos que lo hagan. Los mandatarios municipales están atados de pies y manos, carecen de recursos, no pueden cumplir sus funciones, garantizar los derechos de los ciudadanos ni satisfacer sus necesidades. En realidad, lo que se ha hecho es abandonar a muchos municipios a la suerte de una incierta negociación con los poderes transnacionales, sin apoyo del nivel estatal central. Se espera que la cooperación para el desarrollo palie esta grave situación, lo cual es imposible.

Capital social. Pérez Naufel afirma que «el capital social está comprendido por aquellos factores que se encuentran dentro de una comunidad y que facilitan la coordinación y cooperación para obtener beneficios mutuos, rasgos de la organización social como confianza, normas y redes que pueden mejorar la eficiencia de la sociedad facilitando acciones coordinadas (Putnam)»¹⁴. Las relaciones de confianza y cooperación ayudan a superar problemas de información y transparencia, facilitando los acuerdos en las materias de desarrollo, derechos humanos o prestación de servicios sociales. Por eso se afirma a menudo que las comunidades indígenas poseen un importante capital social, compuesto por sus relaciones culturales, sus conocimientos tradicionales, su cohesión social, sus sistemas productivos, etc. Lo cual es bien cierto, y tiene una aplicación efectiva en proyectos de desarrollo donde están involucrados pueblos indígenas. Pero además oculta una rebaja presupuestal y un deterioro en la prestación de servicios a la población indígena. Aprovechar el capital social popular es una cosa y desentenderse de las responsabilidades de las administraciones públicas en el desarrollo y la

¹⁴ PÉREZ NAUFEL J. M., *La gobernabilidad democrática. Una aproximación al concepto*. <http://www.monografias.com>. 2003.

calidad de los servicios públicos es otra bien distinta. Y, sin embargo, ambas van de la mano.

Este arsenal de conceptos se dirige a reducir la responsabilidad estatal y los recursos públicos. Todos ellos son meritorias ideas acerca de la tensión entre lo social y lo individual, entre democracia y sociedad. Pero esconden otras realidades. Con el fin declarado de fomentar los espacios colectivos, sociales y públicos, consiguen en realidad todo lo contrario: reducirlos en beneficio del sector privado. Estas justificaciones proceden de la crítica social y humanista al Estado Social de Derecho que, desde los años 60, pretendía su transformación democrática. Pero su aplicación responde a la vieja crítica liberal, que predica su debilitamiento hasta reducirlo a la mínima pero necesaria expresión.

Tras más de 25 años de aplicación del nuevo paradigma globalizador, ¿qué podemos concluir respecto de los derechos? Ante todo, la incapacidad del estado para imponer la ley, la renuncia a hacerlo plenamente y para todos los ciudadanos. De este modo, los derechos se ven minusvalorados, las situaciones fácticas de poder y dominación, en lugar de ser corregidas, se incrementan. Más que antes, el estado ha sido puesto al servicio de los más poderosos. Huntington señalaba en el Informe a la Trilateral que gobernabilidad y democracia son conceptos en conflicto. Las medidas adoptadas desde entonces arrojan un balance poco halagüeño para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

Este es el contexto en que entendemos la moda de los llamados medios alternativos de resolución de conflictos, y el desplazamiento de la línea divisoria entre la jurisdicción y dichos medios, a favor de éstos. ¿Cómo afectan esta moda y este desplazamiento a los derechos de los pueblos indígenas?

Negociación y derechos de los pueblos indígenas

La identificación de los conflictos a los que nos hemos referido como externos, que enfrentan a los pueblos indígenas con la sociedad dominante, arroja una caracterización sumamente amplia. Al abordarla, Miguel Alfonso Martínez¹⁵ se refiere a «las controversias y conflictos de intereses entre dos o más actores», rechazando una definición más restringida (enfrentamientos

¹⁵ Para este artículo hemos analizado el documento titulado «Los pueblos indígenas y la resolución de conflictos», elaborado por el Sr. Miguel Alfonso Martínez, miembro del Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, de conformidad con la resolución 2003/29 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que fue presentado al Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en su 22º período de sesiones (Ginebra, 19 a 23 de julio de 2004). Referencia E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/2 de 5 de Julio de 2004.

violentos y armados), pero puntualizando que se trata de situaciones que «contienen las simientes de un conflicto que podría estallar en cualquier momento porque los problemas llevan incubándose mucho tiempo, quizás siglos, sin encontrar una solución adecuada». Esta determinación sigue siendo muy amplia, ya que afecta a problemas relacionados con el territorio indígena y los recursos del mismo, la autonomía o autogobierno, el derecho a decidir el propio desarrollo, a mantener la propia identidad y a vivir según la propia cultura.

En este artículo nos referimos a una clase concreta de esos conflictos, los relativos al territorio y los recursos naturales. Estos son los conflictos más relevantes entre los pueblos indígenas, por una parte, y los estados y entidades privadas nacionales o transnacionales, por otra. Generalmente el conflicto toma la forma de una disputa sobre la validez de la titularidad sobre la tierra y/o los derechos de acceso a los recursos.

Como ya señalamos antes, el papel de oferentes de recursos naturales y cultivos tropicales que en el comercio internacional tienen los países menos desarrollados (en los que habita la mayoría de los pueblos indígenas) ha desencadenado una nueva ofensiva de la sociedad dominante sobre los territorios indígenas. En esta ofensiva, las empresas nacionales o multinacionales que tienen concesiones para la explotación de los recursos (o expectativas de lograrlas) suelen ir de la mano del Estado. Juntos se enfrentan a los pueblos indígenas.

Las formas que toman estos conflictos son diversas: «expulsión por la fuerza de tierras ancestrales; construcción y explotación excesiva de sus recursos que degradan sus territorios, agentes del gobierno o de empresas privadas de seguridad que abusan de las personas o las detienen; problemas de salud y enfermedades a causa de la contaminación industrial, los residuos tóxicos o la exposición a enfermedades contagiosas; y por último, y no es lo menos grave, exclusión general del proceso de adopción de decisiones sobre esos proyectos que los afectan de manera negativa»¹⁶.

Representantes indígenas reunidos el 12 de septiembre de 2003, durante la Quinta Conferencia Ministerial de la OMC en Cancún, presentaron una Declaración en la que destacaban, como efecto negativo de los Acuerdos de la OMC, «los crecientes conflictos entre las corporaciones mineras, de gas y petroleras y los Pueblos Indígenas en Filipinas, Indonesia, Papúa Nueva Guinea, India, Ecuador, Guyana, Venezuela, Colombia, Nigeria, Chad-Camerún, EE.UU., Rusia o Venezuela, entre otros países, y la militarización y devastación ambiental en estas comunidades debido a las operaciones de estas industrias extractivas. La liberalización de las leyes de inversión apoyadas por el Acuerdo TRIMS (Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio),

¹⁶ E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/2.

por las condiciones del BM-FMI, por los acuerdos comerciales regionales como el ALCA y por los acuerdos de inversiones bilaterales, han facilitado la entrada de estas corporaciones» en los territorios indígenas.

También refleja la realidad y gravedad de estos conflictos el hecho de que durante la III Conferencia Mundial sobre Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia e Intolerancias Conexas celebrada en Durban en 2001, el PNUD organizara un panel sobre «Pueblos indígenas en situaciones de crisis y estrategias para la resolución de conflictos», en el que se presentaron cinco estudios de casos en América Latina. Tres de ellos trataban de la resolución dialogada de conflictos entre las comunidades indígenas y empresas privadas; otro entre las comunidades indígenas y un gobierno para evitar conflictos por cuestiones económicas; sólo uno versaba acerca de un conflicto armado con desplazamiento de población indígena.

Los conflictos armados en que se ven envueltos los pueblos indígenas, por desarrollarse en sus territorios, son de suma gravedad y afectan no sólo a su territorio y recursos, sino a la vida y la integridad de las comunidades. Los problemas específicos que plantean estos graves conflictos requieren estrategias específicas para la negociación y la mediación, referidas a la desmilitarización de las tierras y territorios indígenas y sus alrededores, a temas relacionados con el conflicto armado, tales como violaciones, tortura y otras formas de violación de los derechos humanos, a garantizar que las comunidades indígenas no sean utilizadas unas contra otras para aumentar la intensidad de los conflictos armados y a lograr el retorno voluntario de las comunidades desplazadas a sus tierras y territorios ancestrales. Para la resolución de estos conflictos son de aplicación las normas y principios del Derecho Internacional Humanitario¹⁷.

En adelante, dada la especialidad de las negociaciones en los casos de conflicto armado, nos referiremos sólo a los conflictos entre los pueblos indígenas y las empresas y el estado, que podemos denominar «conflictos económicos» en contraposición a los conflictos armados. Pero debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, la forma que toman determinados conflictos económicos es la de un conflicto armado latente o preexistente, como es el caso del conflicto armado colombiano, donde los contendientes responden a menudo a intereses de empresas que proyectan o desarrollan proyectos extractivos o de infraestructura en territorio indígena.

Descendamos ahora a la realidad de las negociaciones que se producen para intentar resolver estos conflictos. Para que una negociación pueda llevar

¹⁷ Estas consideraciones se encuentran, entre otros documentos, en el Plan de aplicación de los pueblos indígenas sobre desarrollo sostenible adoptado en la Cumbre Internacional de los Pueblos Indígenas sobre Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002), y en la Declaración de Barcelona sobre Resolución Pacífica de los Conflictos (Barcelona, 2004).

a la solución de un conflicto se requieren ciertas condiciones que la literatura especializada describe de diversas maneras, pero que podemos sintetizar en dos: existencia de un interés común y mutua confianza de las partes negociadoras. Veámoslos:

Interés común. De uno de los múltiples manuales al uso que podemos encontrar en Internet, extraemos la siguiente definición: «Negociar es tratar asuntos para llegar a un acuerdo, y se trata de llegar a un acuerdo con alguien, porque hay algo que motiva un interés común.»¹⁸ Es difícil visualizar qué interés común puede establecerse entre un pueblo indígena y una compañía petrolera. Podemos hablar de conflicto de intereses pero no de otro interés común que el de solucionar dicho conflicto. Incluso en este caso, mientras para la parte dominante sí se trata de un auténtico interés, para la parte indígena es una necesidad. La compañía petrolera arriesga sus pingües beneficios, pero el pueblo indígena, al defender su territorio ancestral, pone en juego la base material y espiritual de su existencia. Generalmente lo que está en conflicto son derechos frente a intereses comerciales o, tratándose de grandes proyectos de infraestructura, las políticas de desarrollo frente al derecho colectivo al territorio.

Confianza. La confianza mutua y el reconocimiento recíproco son fundamentales para «lograr que las partes instauren una relación nueva, basada en el reconocimiento mutuo, la armonía y la cooperación, en lugar de seguir despreciándose, enfrentándose y rechazándose.»¹⁹ La experiencia histórica de los pueblos indígenas aconseja no fiarse ni de las intenciones ni de los compromisos del occidental. No por nada muchos pueblos indígenas se refieren al hombre blanco con términos que denotan gran desconfianza, como Wasi' chu (en lakota, persona codiciosa o «el que lleva la mejor tajada»)²⁰. Durante la larga historia de interculturalidad forzosa o impuesta, los tratados que los pueblos indígenas han firmado con los estados, así como las leyes que éstos han promulgado a su favor han sido sistemáticamente violados cuando el territorio indígena ofrecía una fuente de ganancia para las empresas o los particulares. Y las resoluciones judiciales que se han dictado a favor de las comunidades muy a menudo no se han cumplido, ni se cumplen hoy en día.

En relación con los mecanismos de las negociaciones, hay múltiple literatura al respecto. La metodologías de la negociación se importan de distintos ámbitos, como el educativo, el empresarial, el familiar, el trabajo

¹⁸ MARTÍNEZ PÉREZ T. y DE LA CRUZ GARCÍA Y., *Conflicto, negociación y mediación; una perspectiva estratégica en los programas de desarrollo local*. En el archivo del autor.

¹⁹ E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/2.

²⁰ JOHANSEN B. y MAESTAS R., *Wasi' Chu. El genocidio de los primeros norteamericanos*, Fondo de Cultura Económica. México, 1982.

social y otros. La traslación automática de estos métodos a la negociación de cuestiones que afectan al territorio y los recursos de los pueblos indígenas puede resultar a veces estrambótica. Tomemos como ejemplo las siguientes pautas para resolver un conflicto de manera justa, extraída del espacio educativo²¹:

- Identificar el Problema
- Atacar el problema y no a la persona.
- Escuchar sin interrumpir
- Preocuparse por los sentimientos de los demás
- Ser responsables de qué decimos y hacemos
- Convertir las ofensas en cumplidos
- Utilizar el sentido del humor (por ejemplo, realizando comentarios inconexos y siguiendo el juego).

Dejamos a la imaginación y sentido del humor del lector la comicidad de las situaciones que pueden producirse al utilizar estas pautas entre una comunidad indígena y, pongamos por caso, una empresa petrolera, si bien no nos resistimos a evocar de qué manera los indígenas deben preocuparse por los sentimientos de un ejecutivo de la transnacional defraudado por ver que su negocio no sale como esperaba. Pero lo cierto es que esa traslación se produce. Mírese, por ejemplo, el documento preparado por ECOPETROL²² para ilustrar a las comunidades indígenas U'wa acerca de la resolución negociada del conflicto que enfrenta a este pueblo con el estado colombiano y las compañías petroleras multinacionales. En este documento²³, entre otras consideraciones, se recomienda a las comunidades eludir los siguientes errores que no permiten una buena negociación:

- Actitud arrogante
- Hablar demasiado y no escuchar
- Atacar a las personas y no ofrecer argumentos
- Preparación inadecuada
- Usar la intimidación
- Impaciencia
- Enojarse

²¹ GARCÍA B L., *Estrategias efectivas para niños de resolución de conflictos*. En el archivo del autor.

²² La Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL) se convirtió en Junio de 2003 Ecopetrol S.A., una sociedad pública por acciones vinculada al Ministerio de Minas y Energía

²³ ECOPETROL. *Transformación de Conflictos. Proyecto Exploratorio Sirirí-Catleya*. En el archivo del autor.

Resulta cuando menos chocante que la participación indígena en la toma de decisiones que les afecta se ventile mediante una negociación cuya formalización queda a expensas de «metodologías de dinamización intercultural» y de «capacitaciones participativas» tan básicas, como si los pueblos indígenas no fueran capaces de comprender las implicaciones de lo que les afecta y de tomar decisiones meditadas y permanentes.

Lejos de desarrollarse en un idílico ambiente de mutua confianza, paciente persecución de intereses comunes y consideración hacia los sentimientos de la parte contraria, las negociaciones suelen transcurrir por cauces escabrosos, llenos de maniobras, dobles y triples juegos y verdades a medias. Curiosamente, los estudios de caso arrojan un saldo bastante indecoroso al evaluar las acciones de los estados y las empresas. Este escenario torticero de negociación comienza por las condiciones de partida. Miguel Alfonso Martínez manifiesta su «seria inquietud por la eficacia (e implícitamente la validez) de las negociaciones del tratado en una situación de dificultades económicas, ambientales y políticas resultantes de unas políticas gubernamentales unilaterales», así como por «la creación de condiciones de coacción para los pueblos indígenas con el fin de inducirlos a aceptar la negociación y a renunciar a sus derechos ancestrales sobre sus tierras de origen...»²⁴

Entrando ya en la mecánica de la negociación, el mismo autor señala su preocupación por «el hecho de pasar por alto a las autoridades tradicionales promoviendo la instauración de nuevas autoridades con arreglo a reglamentos no indígenas, el inicio o la continuación de «proyectos de desarrollo» que van en detrimento del hábitat indígena, los intentos de utilizar estrategias de diversión para centrar la atención sobre los derechos individuales por oposición a los derechos colectivos/comunales, y muchos otros». Sigamos el recuento con Marcus Colchester²⁵, quien advierte de los obstáculos para una negociación que permita expresar el libre consentimiento de los pueblos indígenas mencionando, entre otros, la manipulación del proceso negociador: negociación apurada, falsas promesas, creación de divisiones («divide y vencerás»), constitución de organizaciones de representación falsas, cooptación de líderes indígenas, coacción, etc.

La negociación tendente a resolver un conflicto entre actores indígenas y no indígenas en cuanto a sus territorios y recursos es concomitante con el reconocimiento del derecho de participación de los pueblos indígenas en los asuntos que atañen a su forma de vida, su desarrollo y sus derechos colecti-

²⁴ E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/2.

²⁵ COLCHESTER M., *Consentimiento libre, previo e informado*. Documento presentado en el Taller organizado por el Grupo de Trabajo Intercultural ALMÁCIGA, sobre Construcción de una Perspectiva de Trabajo en la Cooperación con los Pueblos Indígenas de América Latina, celebrado en Madrid del 11-13 de enero de 2005. Mimeo.

vos. Es relevante, pues el libre consentimiento informado previo (LCIP) de las comunidades indígenas antes de llevar a cabo actividades en territorio indígena. Este derecho está reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Fergus Mackay²⁶ lo define como el consentimiento prestado de conformidad con o respetando los regímenes y prácticas consuetudinarias, que se da a través de las organizaciones e instituciones representativas, libre de coacción, previo al inicio de las actividades y con posterioridad a una completa divulgación de las informaciones disponibles sobre las actividades propuestas y sus implicaciones, a través de un proceso acordado y en los tiempos y espacios adecuados. Ciertamente, las condiciones del LCIP son requisitos aplicables a todo proceso de negociación y a toda resolución de conflictos en que intervengan indígenas.

Bartolomé Clavero²⁷ diferencia dos formas de entender la interlocución entre los actores de la negociación o, lo que es lo mismo, el alcance del LCIP: para los negociadores estatales y las empresas es más bien un proceso de información y consulta de buena fe, pero sin necesidad de consentimiento. Para la parte indígena, es consentimiento previo y sostenido para la aplicación de políticas. En el primer caso es una expresión del derecho de participación ciudadana. En el segundo, «un título cualificado a la autodeterminación como pueblo».

La consideración del alcance de la LCIP es de suma importancia para comprender el impacto de los medios alternativos de resolución de conflictos en los derechos de los pueblos indígenas. Para Walt van Praag «La libre determinación es más un proceso que un resultado. En realidad, no existe ningún resultado predeterminado en el ejercicio de la libre determinación (...) el derecho a la libre determinación es un derecho a elegir y un derecho a participar»²⁸. Esta descripción es precisa y correcta desde un punto de vista estrictamente jurídico, pero algunos desarrollos de la misma pueden limitar su alcance, como el comentado por Miguel Alfonso Martínez: «El contenido real y la expresión política y jurídica de la libre determinación de los pueblos indígenas en la sociedad «múltiple» de hoy deben definirse en cada caso

²⁶ MACKAY F., *El Derecho de los Pueblos Indígenas al Consentimiento Libre, Previo e Informado y la Revisión de las Industrias Extractivas del Banco Mundial*. Forest Peoples Programme. 2004

²⁷ CLAVERO B., *Derecho de participación y agencias de cooperación*. Documento presentado en el Taller organizado por el Grupo de Trabajo Intercultural ALMÁCIGA, sobre Construcción de una Perspectiva de Trabajo en la Cooperación con los Pueblos Indígenas de América Latina, celebrado en Madrid del 11-13 de enero de 2005. Mimeo.

²⁸ VAN WALT VAN PRAAG M. C., *La aplicación del derecho a la libre determinación como contribución a la prevención de conflictos*. Informe de la conferencia internacional de expertos celebrada en Barcelona del 21 al 27 de noviembre de 1998. Centro UNESCO de Cataluña. 1999.

mediante un proceso de diálogo y negociación que implique, por definición, a las naciones y pueblos indígenas y a los gobiernos de los estados, en pie de igualdad»²⁹.

Consideramos que este último desarrollo de la libre determinación recorta su alcance y abre la puerta a la «procedimentalización» de los derechos a la que nos referíamos anteriormente. La LCIP es un mecanismo de aplicación de los derechos colectivos indígenas, concretamente del derecho de autodeterminación, aparte de ser un derecho en sí misma. Si la libre determinación fuese un procedimiento, quedaría satisfecho con la consulta. Pero la libre determinación es el derecho a decir no, incluye la posibilidad de no negociar. Si un derecho no existe más que negociando, esta posibilidad es excluida. El contenido del derecho pasa a un segundo plano.

El caso que enfrenta al pueblo U'wa con petroleras multinacionales y ECOPETROL (Colombia) es diciente de este planteamiento. Los U'wa han afirmado desde el comienzo de este conflicto que, según sus leyes y su cosmovisión, no es posible realizar actividades exploratorias ni extractivas en su territorio, ya que el petróleo es la sangre de la Tierra. En 1995 se hizo una primera y muy problemática consulta a las comunidades. Sin duda, esta consulta es un buen ejemplo de los mecanismos torticeros que los estados usan en los procesos de negociación con pueblos indígenas, hasta el punto de que la Corte Constitucional colombiana, en sentencia de febrero de 1997, revocó la consulta realizada y estableció un término de 30 días para realizar una consulta en condiciones adecuadas a las comunidades U'wa. El estado colombiano, la petrolera OXY y ECOPETROL siguieron otro camino, pretendiendo conseguir las licencias de exploración sin consultar a los U'wa. Finalmente la inquebrantable determinación de los U'wa, las campañas internacionales de solidaridad y las resoluciones judiciales favorables a los indígenas, acabaron por echar atrás las intenciones del estado y la empresa norteamericana, que decidió retirarse del proyecto en el 2001. Apenas tres años después, el estado y ECOPETROL vuelven a la carga y tratan nuevamente de realizar exploraciones en territorio U'wa. En esta ocasión sí pretenden reiniciar todo el proceso, para tener una segunda oportunidad de resolver el conflicto a su favor. Ante la convocatoria gubernamental de una nueva consulta, en Abril de 2005 las autoridades U'wa emiten un comunicado en el que afirman que con la nueva negociación lo que el gobierno pretende es imponer la decisión que previamente ha adoptado, e informan de su decisión de no acudir a dicha consulta, por entender que ya se pronunciaron soberanamente al respecto. Por su parte, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior entiende, ante

²⁹ El Relator cita a J. B. HENRIKSEN, «Implementation of the Right of Self-Determination of Indigenous Peoples», *Indigenous Affairs*, (Copenhague: Grupo de Trabajo Internacional de Asuntos Indígenas), marzo de 2001.

esta negativa, que el trámite de la consulta ya ha sido cumplido y puede continuar el procedimiento legal.

Es éste un caso claro de utilización de los procedimientos para eludir el contenido del derecho de libre determinación. Siendo un derecho procedimental, la libre determinación sería permanentemente negociable. La Dirección de Etnias incluso ha llegado a manifestar que la negativa de los U'wa a negociar contravenía los artículos 6,7 y 15 del Convenio 169 de la OIT, sugiriendo que la negociación es un deber de las comunidades, cuando en esos artículos se establecen únicamente obligaciones para los estados. Creemos más bien que la negativa a negociar es una clara expresión de la libre determinación, y que una de las garantías que debe incorporar la LCIP es precisamente que no se repitan periódicamente las negociaciones y consultas, pues se puede convertir, como es el caso de los U'wa, en una forma de ignorar el consentimiento libremente prestado por los pueblos indígenas.

Pensamos que lo que late detrás de todos estos aspectos de la resolución de conflictos con pueblos indígenas es la renuncia a aplicar los derechos ante la jurisdicción. Los pueblos indígenas renuncian por la ineficacia y el desconocimiento estatal; los estados y las empresas porque mediante la negociación existe la posibilidad de rebajar el contenido de los derechos, lo cual sería más difícil a través de una resolución judicial.

Esta última afirmación es fácilmente comprobable en las declaraciones y documentos de la parte no indígena. En la guía de ECOPETROL a la que hicimos referencia antes, se comparan los efectos de una negociación con los de un juicio, mediante una caracterización claramente maniquea y un uso del lenguaje premeditadamente tendencioso: En el juicio (al que se denomina «pleito») el control depende de un tercero (el juez); es largo, dilatado en el tiempo y muy costoso; la relación entre las partes es de confrontación y hostil, y el resultado arroja un ganador y un perdedor. En la negociación el control está en las partes; su resolución es rápida y el costo es bajo; la relación entre las partes es igualitaria y amistosa y el resultado es que ambas ganan, nadie pierde³⁰. En el País de las Hadas todos negocian, nadie pleitea. Y como se indica al final del documento, «darse la mano después de un acuerdo es señal de seres humanos inteligentes». Parece que acudir ante los tribunales en reclamación de un derecho es, pues, cosa de tontos o de locos.

Esta renuncia a la aplicación jurisdiccional de los derechos supone la aceptación de un hecho sumamente grave: pese a los reconocimientos jurídicos, los compromisos internacionales y las declaraciones oficiales, la autonomía indígena, los derechos colectivos, la diversidad cultural continúan siendo

³⁰ ECOPETROL. Transformación de Conflictos. Proyecto Exploratorio Sirirí-Catleya. En el archivo del autor.

valores inaplicables. Ante tal ineficacia, es preferible establecer mecanismos de negociación de los derechos que renunciar completamente a ellos. Miguel Alfonso Martínez, en el informe final acerca del estudio sobre los tratados, llegó a la conclusión de que «un proceso de negociación con participación plena, igual y libre de los pueblos-naciones indígenas interesados es la manera más adecuada de enfocar la solución de conflictos respecto de las cuestiones indígenas en todos los niveles, con el consentimiento libre e informado de los indígenas»³¹. Pese a referirse a derechos fundamentales, no estamos ya ante una subsidiariedad de los medios alternativos de resolución de conflictos en relación con la jurisdicción. La línea divisoria se ha desplazado. Los problemas en que están involucrados muchos derechos colectivos de los pueblos indígenas son enfocados desde el punto de vista de la resolución de conflictos, y no de la aplicación jurisdiccional del derecho.

Mostremos un ejemplo reciente: La Ley General Forestal de Colombia³² permite a las comunidades locales celebrar contratos con «cláusula de mutuo acuerdo de sujeción a la autoridad del Estado», es decir: que pueden decidir, mediante contrato con un tercero, que generalmente será una empresa nacional o extranjera, si se someten o no a la autoridad del estado. En un contrato con una empresa maderera, una comunidad indígena puede decidir (con libertad o, más probablemente, forzada por las políticas estatales y por las maniobras empresariales) que prescinde de la jurisdicción nacional o que la intervención de la autoridad del Estado se limite a la simple mediación entre las partes. La libertad de pactos establecida al respecto permite incluso someterse a mecanismos privados de justicia o a una legislación extranjera que proteja a los inversores antes que a los pueblos indígenas. «Las funciones estatales en materia de control ambiental se pueden trasladar legítimamente a los profesionales forestales o personas jurídicas dedicadas a la actividad (...) que actúan como agentes auxiliares de la autoridad competente y, en tal virtud, adquieren la calidad de funcionarios públicos en uso de sus atribuciones,

³¹ Es cierto que Miguel Alfonso Martínez, autor del documento «Los pueblos indígenas y la resolución de conflictos» fue también el encargado de realizar el estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas (E/CN.4/Sub.2/1999/20), lo cual podría explicar esta tendencia a destacar la importancia de establecer mecanismos eficaces para la resolución de conflictos, dada la ineficacia del derecho internacional aplicable a los tratados. La cuestión en el caso de las normas nacionales que reconocen derechos indígenas es diferente, pero lo cierto es que otros autores de informes de Naciones Unidas, como Erica Daes o el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, hacen observaciones similares sin tener más presente la problemática de los tratados que la de las normas internas.

³² Un estudio bastante completo del proyecto de ley en *Colombia Forestal: Libre comercio sin Tratado*. Grupo de Seguimiento a políticas públicas del Observatorio de Pueblos Indígenas de CECOIN. Revista Etnias y Política. Bogotá (Colombia). Julio de 2005.

traspasando de este modo la función pública de control, mediación y arbitraje a una de las partes: los empresarios». Es necesario indicar que en Colombia se ejecuta, a partir de la ayuda brindada por Estados Unidos en el llamado Plan Colombia, un programa de cooperación para el desarrollo denominado Colombia Forestal, impulsado por USAID y que contiene líneas de actuación complementarias con el proyecto de ley referido.

El viejo conflicto

La renuncia a los derechos es la expresión, en el paradigma de la globalización, de un conflicto antiguo entre los pueblos indígenas y la sociedad dominante. Ese conflicto es nítidamente descrito por Eduardo Galeano: «El 12 de octubre de 1492, América descubrió el capitalismo (...) Al cabo de cinco siglos de negocio de toda la cristiandad, ha sido aniquilada una tercera parte de las selvas americanas, está yerma mucha tierra que fue fértil y más de la mitad de la población come salteado. Los indios, víctimas del más gigantesco despojo de la historia universal, siguen sufriendo la usurpación de los últimos restos de sus tierras, y siguen condenados a la negación de su identidad diferente. Se les sigue prohibiendo vivir a su modo y manera, se les sigue negando el derecho de ser. Al principio, el saqueo y el otrocidio fueron ejecutados en nombre del Dios de los cielos. Ahora se cumplen en nombre del dios del Progreso»³³.

Si el estado hace dejación cada vez mayor de sus funciones en la aplicación efectiva de los derechos reconocidos, esto sólo beneficia a la iniciativa privada, a los actores poderosos del sistema, a las empresas. Si se reducen los impuestos y se recortan los presupuestos de la justicia penal pero se incrementan los de la justicia mercantil, esto sólo beneficia a las compañías comerciales. Si se privatizan los servicios públicos, incluso los de justicia, esto sólo beneficia a las firmas concesionarias de la prestación de tales servicios. Las políticas de la globalización tienen beneficiarios y perjudicados. Los pueblos indígenas no se encuentran entre los primeros. De hecho, muy poca gente se beneficia de esas políticas. Es un viejo conflicto corregido y aumentado a partir de los años 80. En Agosto del 2004, Jaime Valdés denunció la violación de los derechos humanos del pueblo mapuche en Chile ante la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Fue claro al exponer este conflicto: «Los derechos de los pueblos deben prevalecer sobre los «derechos del capital» impulsados por las economías de los Estados y las compañías transnacionales».

³³ GALEANO E., *Cinco siglos de prohibición del Arco iris en el cielo americano*. En el archivo del autor.

Dado que el estado aplica cada vez menos los derechos, la resolución alternativa de conflictos es más proclive a reproducir la desigualdad de los hechos que los derechos intentan corregir. Los poderosos imponen su ley y su justicia a los que no lo son. Los derechos indígenas son sometidos a negociación para eludir su reconocimiento, su contenido y su garantía. La injusticia y la desigualdad, echada por la puerta en el Estado de Derecho, se cuela por la ventana en tiempos de globalización.

Este estado de cosas perjudica claramente a los más desfavorecidos, y de entre ellos más a los indígenas, que cuando por fin ven recogidas en la legislación nacional sus aspiraciones seculares de igualdad y respeto es en el momento en que esa legislación y su aplicación dejan de tener la fuerza que se les suponía, reservándose la que queda para la resolución de conflictos comerciales en que los pueblos indígenas probablemente no se verán envueltos nunca, si no es como víctimas directas o indirectas.

Que los derechos de los pueblos indígenas puedan ser resueltos mediante mecanismos negociados de resolución pacífica fuera de la jurisdicción significa, en el marco de su reconocimiento en una constitución y un ordenamiento legal nacional e internacional, minusvalorar esos derechos, convertirlos en derechos de segunda clase. Estos derechos no merecen, al parecer, el esfuerzo presupuestario, jurídico y moral de que los tribunales decidan acerca de ellos y las fuerzas del orden público apliquen la fuerza para lograr que las resoluciones judiciales concernientes a los mismos sean acatadas. Claro que, en esto como en otras materias, los pueblos indígenas no están solos. Cada vez más ciudadanos tienen derechos de segunda y resoluciones de segunda para sus conflictos de primera.

El reconocimiento de los derechos indígenas se produce en el contexto del retroceso de la jurisdicción estatal y el desmonte del Estado de Derecho. Los pueblos indígenas llegan al banquete de la blanca sociedad cuando quedan sólo migajas en la mesa: una cooperación para el desarrollo sin desarrollo, un Estado de Derecho sin derechos.

Sin embargo, mientras los estudios de los organismos internacionales concluyen que es necesaria la negociación para solucionar los conflictos en que los pueblos indígenas se ven envueltos por defender sus territorios y recursos, los propios pueblos siguen hablando de derechos y de jurisdicción, exigiendo la plena aplicación de las leyes aprobadas y los tratados concertados o su modificación para hacerlos más efectivos. Es cierto que los mecanismos jurisdiccionales no garantizan sus derechos, que las normativas de desarrollo limitan los alcances de las normas constitucionales, que las sentencias no se cumplen, que el aparato del Estado no pone su fuerza coactiva al servicio de ese cumplimiento, como sí lo hace cuando el fallo perjudica los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Es cierto que cuando el derecho falla, las comunidades y las organizaciones indígenas siguen recurriendo

a la negociación como estrategia de supervivencia, entre otras. Pero los pueblos indígenas siguen también luchando por el reconocimiento de sus derechos, por la reforma del Estado para que éste incluya como parte del contrato social la diversidad cultural y la autonomía indígena, por una justicia efectiva e incluyente de la justicia indígena. Los pueblos indígenas siguen luchando. Una estrategia de lucha basada en los derechos debe contemplar la fuerza de su aplicación en toda su extensión, la reclamación de los derechos ante los tribunales como parte irrenunciable de su ejercicio efectivo.

Cuando el estado colombiano pretendió reabrir las negociaciones convocando una nueva consulta previa, las autoridades tradicionales del pueblo U'wa contestaron a las autoridades del Estado colombiano con un comunicado que esgrimía la principal razón de su negativa soberana: «Porque nuestro territorio no está en venta ni será objeto de negociación».³⁴

³⁴ Comunicado de la Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos Uwa. 30 de abril de 2005 / Ampliado el 2 de mayo de 2005.

Afrontando la violencia. Memoria y resistencia de las comunidades indígenas

Carlos Martín Beristain

—Tú tienes la cabeza llena de gabetas, de cajoncitos —me decían—, en las que metés y sacás cosas. En una las ideas, en otra la lucha, en otra el trabajo.

—Y ¿cómo es pues? —les preguntaba yo.

—*Pues cómo va a ser, redonda en vez de cuadrada como vos, todo está relacionado con todo.*

Gurriarán, J.¹

El objeto de este capítulo es plantear algunas de los recursos y perspectivas de las comunidades indígenas que tienen que enfrentar las consecuencias de violencia, el racismo y el despojo de la naturaleza en muchos países, y la importancia de su consideración activa en los programas de apoyo y defensa de los derechos humanos. Se basa especialmente en la experiencia de acompañamiento con las comunidades mayas de Guatemala y nasa de Colombia, y grupos de desplazados quechuas del Perú. Se presentan algunas de las características de cómo afecta la violencia y las violaciones de derechos humanos y las formas de afrontamiento teniendo en cuenta algunas de las características de las culturas y grupos indígenas, así como el valor de la memoria en los procesos de reconstrucción social y reconciliación comunitaria.

La consideración de la población afectada: derechos humanos y procesos comunitarios

Muchos de los programas de apoyo a las víctimas de la violencia o catástrofes sociales han conllevado una redefinición de los modelos de trabajo, de los enfoques terapéuticos y de acompañamiento para ayudar a la gente a enfrentar las consecuencias de la violencia, y contribuir a la lucha contra sus

¹ Testimonio de J. GURRIARÁN. En MARTÍN BERISTAIN, C. (1997). *Viaje a la memoria*. Virus:Barcelona.

causas. Sin embargo, hasta hace pocos años no ha habido una reflexión más sistemática sobre el carácter de los programas en relación con la experiencia de la gente y el papel de la propia población en los procesos de reconstrucción de su bienestar psicosocial y su dignidad. La mayor parte de las veces los programas hablan de participación y *empowerment*, pero con demasiada frecuencia esos conceptos se utilizan sin el protagonismo directo de la gente a la que se pretende acompañar.

En muchos países, las comunidades indígenas no sólo viven en un contexto de discriminación o aculturación forzada, sino que son objeto de numerosos abusos porque se encuentran en lugares estratégicos para el control de recursos naturales como en Chile o Ecuador, o porque han sido considerados como enemigo interno por el Estado como ocurrió en los años 80 en Guatemala o acosados por las partes en conflicto en países como en Perú o Colombia.

Dichas estrategias de control social han llevado frecuentemente a limitar la autonomía de las comunidades indígenas, no reconocer sus derechos, o incluso a considerarlas como enemigo interno, utilizando estrategias militares, religiosas, políticas y culturales para ganar control sobre la población y la tierra.

Concepciones en que se basan los programas de apoyo

En muchos casos, la ayuda humanitaria, los proyectos de cooperación o de defensa de los derechos humanos, están basados en los supuestos occidentales sobre la persona y el mundo, que no son siempre generalizables, especialmente en contextos de otras culturas. Clifford Geertz (1975) argumenta que la concepción occidental de la persona como un universo limitado, único, más o menos integrado y con un fondo social y natural, es, a pesar de lo incontestable que nos puede parecer, una idea más o menos peculiar en el contexto de las culturas mundiales². Sin embargo, muchos programas están basados en esta idea.

En el pensamiento occidental, el concepto de individuo moldea el discurso político, cultural y médico, por lo que pone el énfasis en lo intrapsíquico, en la causa interna de la enfermedad y en la terapia individual. Sin embargo, en las culturas indígenas, mucho más centradas en la colectividad³, la dimensión

² BRACKEN, P.J., GILLER, J.E. and SUMMERFIELD, D. «Psychological responses to war and atrocity: The limitations of current concepts», *Social Science and Medicine*, 40(8). pp. 1073-1082. 1995.

³ TRIANDIS, H.(1994). «Recerches récents sur l'individualisme et le collectivisme». *Les Cahiers Internationaux de Psychologie Sociale*, 23:14-27.

psíquica no está aislada sino que se encuentra vinculada a los mundos espirituales y sociales. Por ejemplo la causa de los problemas mentales se atribuye a fuerzas sobrenaturales o agentes sociales, y el tratamiento se lleva a cabo por autoridades religiosas o sanadores tradicionales.

En las culturas indígenas, las relaciones de reciprocidad se dan entre las personas y entre éstas y los ancestros y los dioses. El equilibrio y las relaciones armónicas con la naturaleza, y el respeto que se les debe a las personas, son parte de esta cosmovisión. Por ejemplo, respecto al concepto de trauma que tantas veces se usa para definir el impacto de las experiencias de violencia, normalmente se considera como una herida psicológica, un daño particular que es infligido a una persona, a través de una circunstancia difícil o excepcional⁴. Pero en algunos pueblos indígenas el trauma daña el sentido de relaciones de la persona. Lo que es dañado es la relación consigo mismo, con la comunidad y con el universo⁵ y en el caso de las comunidades quechuas de los Andes, *el mal no se ubica dentro de la persona; más bien agarra a la persona y entra en ella*⁶. Este carácter externo hace que haya tanto énfasis en los procesos de curación en «la limpieza» para quitarse sus *llakis* (memorias penosas). Estos conceptos tienen importancia tanto porque cuestionan los modelos occidentales de diagnóstico o las formas de curación, como también las formas de «rehumanizar» al enemigo o a uno mismo en los procesos de reconstrucción.

Afrontando las experiencias difíciles

Cuando la gente se encuentra frente a experiencias traumáticas, desarrolla maneras de enfrentar los sucesos estresantes, percibidos como peligrosos y desafiantes⁷. Una misma estrategia de afrontamiento puede ser positiva o negativa dependiendo del contexto, la percepción de la persona, las características individuales y la cultura⁸. También la cultura proporciona en muchas ocasiones recursos para enfrentar las experiencias desafiantes o violentas.

⁴ MARTÍN BARO, I. (1990). *Psicología social de la guerra*. El Salvador: UCA.

⁵ Mental Health Handbook (1993). Promoción de salud mental: un manual para comunidades bajo represión. San Francisco: No Means Press.

⁶ THEIDON, K. (2004). *Entre prójimos. El conflicto armado interno y la política de reconciliación en el Perú*. Lima: IEP. 2004.

⁷ LAZARUS, R., FOLKMAN, S.; DUNKEL-SCHETTER, C.; DELONGIS, A. y GRUEN, R.J. «Dynamics of a stressful encounter: cognitive appraisal, coping and encounter outcomes». *Journal of Personality and Social Psychology*, 50, 992-1003. 1986.

⁸ ALDWIN, C.M. y REVENSON, T.A., «Does coping help? a reexamination of the relation between coping and mental health». *Journal of Personality and Social Psychology*, 53, 337-348. 1987

La cultura maya como fuente de recursos

Pensamiento analógico: recurso importante de imágenes y metáforas en el pensamiento y lenguaje.

Concepción del tiempo: circular, no separación lineal pasado-presente, unido a los ritmos de la naturaleza, lento y en función de la sociabilidad comunitaria.

Relación vida/muerte: relación de cotidianidad entre los vivos y los muertos/antepasados. Presencia continua en ritos, sueños, celebraciones y ceremonias.

Cosmovisión: visión de integralidad persona-naturaleza-comunidad. Esas relaciones tienen un conjunto de significados propio.

Valor de la persona y comunidad: La persona es considerada con respeto, como parte de la comunidad. Importante sentido comunitario de la identidad.

Variables del contexto

Las formas de afrontamiento dependen del contexto. Por ejemplo, la desconfianza puede ser adaptativa en un medio hostil como es una detención, pero en contextos menos violentos puede ser un obstáculo para obtener ayuda. Suprimir los sentimientos o tratar de no pensar en un hecho, puede ayudar en medio de una tarea o una catástrofe, a ponerse a salvo y ayudar a los demás⁹.

En el contexto de la guerra en Guatemala, la variación de las formas de afrontamiento de las comunidades mayas se muestra en la experiencia de distintos tipos de comunidades. A pesar de vivir en condiciones de violencia extrema, algunas comunidades mantuvieron la confianza interna y un grado importante de auto-organización, con mayores posibilidades de manejar las experiencias de violencia. Sin embargo, en otras comunidades en las que no se dio una violencia tan abierta, pero sufrieron un mayor grado de militarización de la vida cotidiana y desestructuración de sus prácticas colectivas, el impacto fue mayor.

Pero incluso en las condiciones más negativas, muchas comunidades han desarrollado estrategias de preservación. Cuando no puede desarrollarse una confrontación directa, debido a una posición de debilidad o dependencia, las personas desarrollan otras estrategias de oposición. Por ejemplo, en investigaciones sobre los mecanismos de adaptación a las condiciones de

⁹ SULS, J. Y FLETCHER, B. «The relative efficacy of avoidant and nonavoidant coping strategies: a meta-analysis». *Health Psychology*, 4, 249-288. 1985

trabajo en las fincas de terratenientes, se ha encontrado que los campesinos hacían el trabajo más lentamente, hablaban entre ellos del problema sin darse a notar o incluían en sus mitos y celebraciones formas de ridiculización de los patrones¹⁰.

La investigación antropológica inicial había sugerido que las culturas tradicionales enfrentaban de forma bastante fatalista e inadecuada los desastres naturales o producidos por el hombre, con fatalismo y pasividad. Sin embargo la investigación sobre desastres naturales en la actualidad ha confirmado las capacidades adaptativas con que responden a dichos sucesos¹¹.

La experiencia de distintos grupos de población

En numerosos países las comunidades indígenas sufren violaciones de derechos humanos tanto de forma individual como colectiva. El impacto depende del tipo de hecho, de las características individuales, de la forma en cómo se afronten y de la cohesión y apoyo comunitario. Sin embargo también afectan de formas diferentes a distintos grupos de población.

Los niños y niñas, además de sufrir sus propias experiencias traumáticas, son especialmente sensibles a la desorganización familiar y a los efectos de la violencia en sus padres¹². Sin embargo, los niños con un adecuado soporte social y familiar, tienen menos problemas y síntomas a corto plazo aun cuando se enfrentan a situaciones de alto estrés¹³. Los niños pueden no ser sólo «víctimas inocentes» y en algunos países han encontrado también formas activas de afrontamiento y resistencia¹⁴. El siguiente testimonio es parte de un taller con niños en la comunidad indígena de Xamán que sufrió una masacre por parte del ejército guatemalteco en 1995, donde describieron el impacto de los hechos y su participación en una carta que escribieron a la comunidad: *Los niños están bien en la comunidad. Los niños juegan pelota, estudian en la escuela. Pero ahora están tristes por el ejército, porque mataron a los padres, a los hijos y a otras personas. Los niños quieren alimentación*

¹⁰ BERRY, J. W., POORTINGA, Y.H., SEGALL, M.H. and DASEN, P. R. , *Cross-cultural Psychology: Research and Applications*. Cambridge: Cambridge University Press. 1992

¹¹ OLIVER-SMITH, A., «Anthropological research on Hazards and Disasters». *Annual Review of Anthropology*, 25, 303-328. 1996

¹² DESJARLAIS, R., «Political violence and mental health». *Harvard Project on International Mental and Behavioral Health (paper)*. Department of Social Medicine. Harvard Medical School. Boston. 1993.

¹³ DAWES, A. , «The effects of political violence of children: A consideration of South African related studies». *International Journal of Psychology*, 25, 13-31. 1990.

¹⁴ PUNAMAKI, R.L. (1989) «Political violence and mental health». *International Journal of Mental Health*, 17, 3-15.

*para que no estén tristes. Los niños ayudaron a los heridos, los cargaron a la clínica. ¡Que les vaya bien! Los niños van a mandar un saludo a toda la comunidad*¹⁵.

Por su parte, en el caso de los adolescentes, la construcción de la identidad se ve mediatizada por patrones colectivos de identificación o rechazo a la violencia y el reclutamiento. En el caso de las poblaciones refugiadas o desplazadas durante varios años, la población adolescente se enfrenta de manera especial a la construcción de su identidad en un contexto transcultural. Según la gravedad del contexto, los adolescentes pueden manifestar distinta frecuencia de problemas como agresiones, abuso de alcohol y suicidio¹⁶. Un ejemplo dramático se dio en 2004, en el contexto de la guerra en Colombia, donde muchos jóvenes se estaban suicidando en las comunidades emberakatio del norte del país, como consecuencia del cerco armado y la imposibilidad de moverse libremente.

Sin embargo, los adolescentes pueden también tener actitudes de afirmación de su identidad: iniciativa, apertura al cambio, identificación grupal, identificación con modelos positivos propios, etc. que pocas veces son considerados. En 1992, en el contexto del retorno a Guatemala de los refugiados mayas que se encontraban en México desde hacía doce años, realizamos numerosas actividades con los jóvenes que desarrollaron su propia organización para tener una postura activa en el retorno colectivo: *Somos lo que hemos sufrido, pero no hayamos como organizar como jóvenes. No tenemos experiencia, tenemos miedo, y a veces nos vence el miedo y nos quedamos parados. Pero ahora podemos despertarnos para dar seguimiento a las actividades del grupo. Los jóvenes hemos intercambiado ideas sobre nuestro pasado, de cómo salimos, de como hemos vivido. Así llegamos a entender más la identidad nuestra* (Grupo de jóvenes, C. Victoria 20 de enero, Guatemala, 1994).

Respecto a la población adulta, aunque los hombres pueden sufrir más la militarización o resentir la crisis de su rol en la familia, tienen en general más posibilidades de participación social y un mayor reconocimiento, lo que constituye elementos de afirmación. Las mujeres, en cambio, están más expuestas a las agresiones sexuales, a sobrecargas afectivas y de trabajo, especialmente cuando tienen que hacerse cargo solo de la familia o quedan viudas, y tienen menos espacios sociales para participar. Por ejemplo, en el caso de Guatemala, las mujeres aparecían muy afectadas por pérdidas afectivas y familiares. A más largo plazo, han tenido que enfrentar una grave *crisis familiar* de carácter

¹⁵ CABRERA, L., ALBIZU, J.L. y MARTÍN BERISTAIN, C., *Ese día perdimos el sentido. Memoria de salud mental*. Guatemala. Ed. Médicos del Mundo. 1997

¹⁶ UNHCR, *Guidelines on the evaluation and care of victims of trauma and violence*. Utrecht Consultation. Geneva. 1994

económico (pobreza), social (sobrecarga de roles) y afectivo. Ese impacto no sólo era grave en el momento de los hechos sino que su impacto negativo todavía era importante diez o doce años después¹⁷.

Pero en algunos contextos las mujeres pueden enfrentar mejor la situación centrándose en las tareas cotidianas, cuestionando su papel en la sociedad, o incluso abriendo espacios políticos en la lucha por los derechos humanos (formas de identificación colectiva, afirmación de la vida, expresiones de apoyo afectivo, etc.), aunque ese camino no haya sido fácil. Las mujeres quechuas desplazadas en los años 80/90 en las comunidades andinas del Perú, tuvieron que hacer frente, muchas veces solas, a las consecuencias de la violencia y a la sobrevivencia familiar, en medio del impacto de la amenaza y el duelo. Además de las dificultades del contexto tuvieron que enfrentar las condiciones de marginación y los estereotipos de género: *No ha sido fácil empezar a organizarnos, había mucha marginación, a las mujeres nos han dicho que no vamos a poder... que lo único que sabemos es cuidar bebés, estar en casa, incluso eso hemos encontrado desde nuestras organizaciones, siempre nosotras en último lugar*¹⁸. Igualmente las mujeres mayas refugiadas tuvieron su propia organización que tuvo un papel importante en los procesos de retorno y reintegración en Guatemala: *Como mujeres tenemos derecho a organizarnos, a reclamar sus derechos. Antes nosotras no sabíamos eso. Nosotras mismas nos acompañamos, nos animamos porque vamos a ir muchas mujeres y así no sentimos pena, no nos van a hacer daño* (Grupo de mujeres Mamá Maquin, 1994).

Por su parte, los ancianos son físicamente menos hábiles, tienen en general menos capacidad de adaptación a situaciones nuevas y que cambian rápidamente. La pérdida de amigos o de la familia puede afectarles más debido a su mayor dependencia respecto a la familia y comunidad¹⁹. Sin embargo, la posición social del anciano varía en distintas culturas y contextos sociales, por lo que las consecuencias pueden ir desde la marginación social, hasta la consideración como autoridad y fuente de sabiduría, o el cuidado colectivo como en el caso de las comunidades indígenas: *Nuestros abuelos nos han enseñado muchas cosas de la cultura que nosotros no sabíamos. Nos han explicado los sueños y la historia de los antepasados. Los jóvenes invitamos a dos ancianos a una reunión para que nos explicaran cómo había sido cuan-*

¹⁷ ODHAG, Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala: Informe Proyecto InterDiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, *Guatemala: Nunca Más. Vol. I, II y III. Impactos de la Violencia*. Tibás, Costa Rica: LIL/Arzobispado de Guatemala. 1998.

¹⁸ Coordinadora Nacional de Desplazados y Comunidades Indígenas en Reconstrucción del Perú, *Espejo de la Verdad. Memoria para no olvidar, lecciones para la historia*. Lima: CONDECOREP. 2004.

¹⁹ UHNCR, *Op. cit.*

do les capturó el ejército y les hizo soldado (Grupo de jóvenes, C. Victoria 1994). La experiencia vital de los ancianos que han vivido otras experiencias de catástrofe o guerra, puede ser incluso un factor de protección²⁰.

Resistencia de las comunidades indígenas: una perspectiva psicosocial

Desde una perspectiva psicosocial se presenta a continuación una sistematización de los mecanismos de resistencia identificados en el trabajo de acompañamiento con grupos de comunidades mayas en Guatemala, nasa en Colombia y comunidades desplazadas quechuas en Perú. Estos mecanismos muestran la gran experiencia de las comunidades indígenas para enfrentar la violencia y desintegración, y constituyen un conjunto de recursos básicos en la lucha por los derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas.

La búsqueda de significado

Dar significado a los hechos traumáticos, es señalado como uno de los mecanismos más importantes para afrontar la represión y disminuir su impacto («cuando se sabe cual es la cara de la represión, aún con todo lo que produce, el daño es menor». CPR²¹, 1991).

Esa búsqueda de significado se apoya tanto en bases ideológicas como culturales. La atribución de significado incluye reconocer los objetivos que la represión persigue, para poder afrontarla de una manera más activa. De esta manera se logra también una resignificación de la realidad que permite una respuesta comunitaria y activa. Frente a los esquemas ideológicos rígidos, la búsqueda de significado utilizando las propias bases culturales (sentido de la tierra, memoria, comunidad), o los aspectos ideológicos que han ayudado a realizar un análisis de la propia realidad y no han llevado a una parálisis de la acción («dar vueltas en la cabeza para tratar de comprender pero sin hacer nada»), se ha convertido en un recurso central en muchas comunidades.

En el caso de las comunidades nasa del Norte del Cauca en Colombia, se da también una búsqueda de significado no sólo a la violencia directa de la guerra, sino a otras formas más globales de afectación a las comunidades indígenas. Esa atribución de sentido está en la base de su actitud y concep-

²⁰ JONES, L., «On a front line». *British Medical Journal*. 310, 1052-54. 1995.

²¹ Las Comunidades de Población en Resistencia eran comunidades indígenas desplazadas, con fuerte identidad y cohesión comunitaria que vivieron en varios lugares de las montañas y selvas de Guatemala en condiciones de precariedad y hostigamiento permanente por parte del ejército de Guatemala, bajo la acusación de colaborar con la guerrilla.

ción de la resistencia: *Aquí hay una estrategia de un proyecto de muerte, un proyecto de control de nuestros pueblos. No nos enfrentamos sólo a la guerra, también a los intentos de quedarse con nuestros recursos, de acabar con nuestra autonomía, y frente a eso tenemos que tener una estrategia. Es como en un trágico partido de fútbol, hay dos equipos y lo que está en juego, la pelota, es la tierra* (líder de la Guardia Indígena, 2000).

Reevaluación. Aprendizaje positivo. Revalorización de la identidad

La reevaluación de las situaciones vividas, en sus aspectos negativos y positivos, se utiliza también como una forma de afrontamiento regulador. Los refugiados mayas en México decían: «nosotros estamos vivos porque tuvimos miedo, el miedo no siempre es negativo, nos puede ayudar a ver el peligro, los que no tuvieron miedo fueron los que se quedaron allá pensando que nada las iba a pasar». Esta reevaluación ayuda a un afrontamiento más activo, valorando también los recursos y experiencias positivas de resistencia que le han ayudado a crecer. Reevaluando los problemas, la gente es también consciente de que son comunes, y por tanto de que puede afrontarlos mejor colectivamente.

También la reevaluación es una forma constructiva de hacer frente a la criminalización de las organizaciones e iniciativas populares que en muchas ocasiones los gobiernos o los Estados pretenden: «ahora tenemos más conciencia, sabemos por lo que luchamos, sabemos que no hacemos nada extraño o ilegal». Las mujeres mayas refugiadas en México plantearon en muchas reuniones esta idea; conocer sus derechos no era sólo un hecho instrumental o una herramienta para defender su derecho a retornar, también estaba asociada a una revalorización de la propia identidad. También en el caso del Perú los desplazados internos hicieron el mismo proceso: «Además, las comunidades han empezado a conocer que tenían derechos. Antes éramos masacrados y nadie nos defendía, ahora la gente se ha dado cuenta que tiene derechos²²».

La organización comunitaria

Frente a la inhibición y al descompromiso, el afrontamiento directo de los problemas y la planificación de actuaciones es visto como más eficaz por muchos grupos y comunidades organizadas. No siempre es posible hacer frente de forma directa a la violencia o a sus consecuencias, pero el análisis

²² Condecoprep, *Op. cit.*

de los problemas y la búsqueda conjunta de soluciones son mecanismos que tienen un sentido comunitario mayor y visto como más eficaz.

En el caso de comunidades nasa de Colombia, que en medio del conflicto armado llevan a cabo la lucha por la tierra, la organización y el sentido comunitario son aspectos clave de la resistencia indígena: «Todos juntos fuimos a la toma de la Finca que el gobierno nos debe desde la masacre del Nilo hace diez años. Allá nos quedamos y a pesar de que llegaron los antimotines a sacarnos, no pudieron, tuvieron que negociar con nosotros: ellos nos habían golpeado y detenido a algunos líderes, pero nosotros rodeamos a un capitán y le quitamos la ropa, y la quemamos en la ceremonia de entrega, para decir: esta guerra no es nuestra» (gobernadora nasa, Colombia, 2005).

En muchos casos, ese afrontamiento directo es un mecanismo no sólo individual, sino y sobre todo, comunitario: «Uno solo no puede nada, no vale nada, sólo así viviendo en comunidad hemos podido sobrevivir; al organizarse, la gente aporta ideas, propuestas y tiene una postura más activa» (desplazados mayas, Guatemala 1994).

Manejo de la responsabilidad y la culpa

Analizar la propia actuación, y modificarla si es necesario, es también un mecanismo muy útil para afrontar los hechos traumáticos. Esa aceptación de la propia responsabilidad, parte de un análisis crítico de las situaciones, los factores presentes y las posibilidades de acción «si no hacemos nada, si dejamos todo entonces el ejército se mete dentro de nosotros. CPR, Guatemala, 1992».

Unas experiencias muy difíciles de enfrentar son aquellas en las que la gente de las propias comunidades se vio forzada o colaboró con la represión, como en el caso de algunas Patrullas de Autodefensa Civil en Guatemala, o en las que la gente participó de ambos bandos como en el caso del Perú. En las comunidades indígenas los mecanismos tradicionales de justicia constituyen una forma de hacer frente a estas cuestiones aunque, como se verá más adelante, se encuentran muchas veces barridos por las prácticas belicistas o sobrecargados por el impacto de violaciones de derechos humanos.

En los términos planteados, la aceptación de la responsabilidad se relaciona con una mayor percepción de control y puede evitar la sensación de impotencia total, en algunos casos. Sin embargo, cuando la responsabilidad del hecho negativo se autoatribuye al «carácter del individuo», las personas muestran una peor recuperación²³. La aceptación pasiva y la culpabilización

²³ JANOFF-BULMAN, R., *Shattered Assumptions: Towards a New Psychology of Trauma*. New York, The Free Press. 1992.

de los hechos ocurridos, no se ve como mecanismo eficaz, ya que conlleva inhibición de la acción e interiorización del daño, como señala este testimonio de un grupo de derechos humanos maya cuando ayudaba a quienes se resistían a participar en grupos paramilitares: «Cuando la gente se desprecia a sí misma debido a la represión, a veces se siente culpable. Nosotros tratamos de que se den cuenta que le puede pasar a cualquiera, que es debido a la represión y que hay una represión que no la vemos como el hambre, la desnutrición... y que nosotros no tenemos la culpa de esto» (CERJ, Guatemala 1994).

Escucha y acompañamiento

La búsqueda de apoyo emocional incluye la escucha y la comprensión por otros significativos (compartir con otros miembros de la comunidad o el grupo), que ayuden a las personas a aceptar y afrontar la experiencia: *Es como cuando a los animales se les separa de las madres. Al principio se pasa a que mamen cuatro veces al día. Al de pocos días se pasa a tres. Y luego se van quitando así, hasta que se separa del todo. Ellos querían que llegáramos cada noche a acompañarles y nosotros no teníamos mucho tiempo y tampoco está bien porque se acostumbran ellos. Entonces fuimos haciendo eso hasta que cobraron fuerza moral. Todo esto ayudó bastante.*(id.)

Autocontrol emocional

Mantener la calma, la serenidad frente a una amenaza, también se relaciona como forma de afrontar los pensamientos intrusivos, como sucede en el caso de amenazas o memorias traumáticas por hechos de violencia: «Cuando se sufren amenazas de muerte, ya uno está mal, necesita apoyo moral, psicológico, porque comienza a decir: bueno, qué voy a hacer?». También constituye parte de la experiencia de apoyo a las víctimas: «Hemos experimentado muchas cosas, como por ejemplo que cuando la víctima llora es muy importante que el que lo atiende se mantenga bastante calmado»(CERJ, Guatemala 1994).

Solidaridad práctica

En comunidades que han vivido en contextos de violencia política, especialmente en los momentos inmediatos o posteriores al hecho traumático, es muy importante la búsqueda y obtención de apoyo instrumental y mate-

rial (medios para huir, apoyo en las pérdidas de cosechas, apoyo en la alimentación de los huérfanos, y otras situaciones que generan necesidad). Así mismo, la solidaridad entre los propios afectados ha sido la base de muchas formas de denuncia: «nos juntamos con otras mujeres que tenían el mismo problema, para hacer una denuncia; teníamos mucho miedo, pero juntas teníamos también mucho valor» (GAM, Guatemala, 1992).

Esta forma de apoyo ayuda también a reconstruir las relaciones de confianza, como se describe en la experiencia de recoger testimonios de violaciones de derechos humanos por parte de organizaciones de base de Perú: *Convivimos en un ambiente familiar; a veces querían que nos sentáramos a comer, nos invitaban su yacu timpo*²⁴, o sea, había calor humano. Nosotros también queríamos estar ahí. No sólo era preguntarle qué te pasó, y nada más, sino dejarle a su libertad, pero basándonos en las preguntas... Era algo bonito porque era una forma de solidarizarnos también entre nosotros y entendernos²⁵.

Actividades lúdicas

Las actividades lúdicas son especialmente importantes como maneras de afirmar la vida y la cultura de un pueblo. También en el caso de la violencia para hacer frente a los recuerdos intrusivos de las muertes, y en relación a la rumiación de amenazas: «Yo he descubierto que no es bueno estarle recordando todo el tiempo al familiar. Es mejor hacer otras cosas, cantar, bromear, jugar... porque así pueden ir recuperando el ánimo» (CERJ, Guatemala, 1992).

También aparece como importante en los momentos posteriores a una experiencia de violencia, como forma de sacar a tensión: «cuando el ejército se retira y la gente se queda con miedo, tristeza... es importante jugar, hacer deporte, una fiesta para ayudarnos a dejar el miedo a un lado y seguir después con el trabajo, nosotros le llamamos noche social» (CPR, Guatemala 1991).

Confrontación directa

Allá nos fuimos a la ciudad a buscar a nuestros hijos, éramos sólo cuatro, puras mujeres que no habíamos salido de la casa, pero teníamos el valor por nuestros hijos, y allá nos fuimos hasta el palacio presidencial porque sabíamos que ellos los tenían (Testimonio de mujeres del Grupo de Apoyo

²⁴ *Yacu timpo*, en quechua significa Agua hervida con hierbas aromáticas.

²⁵ Condecop. *Op. cit.*

Mutuo, Guatemala, 1989). Este mecanismo es utilizado más frecuentemente en los grupos o comunidades con un mayor sentimiento de identidad colectiva y en las que la confianza interna es mayor. Sin embargo, en otras comunidades afectadas por la militarización o a la desconfianza interna, también hay grupos que han desarrollado estrategias de afrontamiento indirecto, como la solidaridad encubierta, el silencio o la autoprotección.

El apoyo informativo

Buscar y proporcionar información es un mecanismo útil, tanto en los momentos de crisis (por ejemplo, recibir información sobre los movimientos del ejército o los grupos armados, para tomar precauciones) como frente a situaciones mantenidas de incertidumbre. La información es básica para la prevención de rumores.

En la preparación de varios retornos colectivos desde México a Guatemala en 1992, los refugiados mayas organizaron numerosas actividades para proporcionar información sobre la situación real en el interior del país y sobre las condiciones del retorno. De esta manera la gente pudo volverse más activa para afrontar los problemas y tener más confianza. El apoyo informativo puede ayudar a objetivar mejor la realidad, proporcionando elementos para una reevaluación más realista de las situaciones, evitando las imágenes congeladas en el pasado o la alteración del sentido de la realidad que frecuentemente produce el miedo.

Por el contrario, el control de la información por estructuras jerárquicas es un factor de estrés en muchas comunidades. Las tentativas de controlar la información, mientras la gente tiene necesidad de ella, ayudan a la difusión de rumores. Por ejemplo, al cabo de 4 meses después de la masacre de Xamán aumentaron los rumores sobre las ayudas recibidas por las familias de las víctimas que eran totalmente falsos: mientras la gente veía entrar y salir muchas organizaciones oficiales e internacionales y estaba sometida a muchas promesas incumplidas, la falta de información llevó a la difusión de rumores que incidieron en una pérdida de apoyo por las víctimas²⁶. Se necesita prever esas situaciones, con información anticipatoria ya que desmentir los rumores es mucho menos eficaz.

Ritos y prácticas religiosas o culturales

La celebración de los ritos y ceremonias, los aniversarios o las oraciones, son parte de los procesos de duelo, pero también son útiles como formas de

²⁶ CABRERA, *Op. cit.*

enfrentar el miedo y la amenaza vital. En muchas culturas indígenas no se concibe la muerte como una ausencia de vida, y la relación con los antepasados forma parte de la cotidianidad²⁷. Las conmemoraciones colectivas y los ritos funerarios o de duelo ayudan a asimilar esas pérdidas humanas producidas por las catástrofes o violencia. La ausencia de ritos colectivos de despedida es un factor de riesgo para el duelo complicado. En algunos casos esos ritos no pueden celebrarse por desconocer el paradero de las víctimas, en otros por el clima de miedo y violencia, como ha sucedido en los casos de Guatemala o Perú, o Colombia en la actualidad: «Durante mucho tiempo no pudimos hacer las ceremonias, eso fue cuando el tiempo no estaba bueno. Pero después, ya encontramos la manera. Cuando no sabíamos qué hacer, los sacerdotes se juntaban. Allá en la montaña pasaban todo el día, los de las tres religiones maya, católico y evangélico. Ellos nos decían luego por donde iba a venir el ejército» (CPR de la Sierra, Guatemala 1995)

Ya sea a través de la cosmovisión indígena o de las formas de sincretismo religioso con que ésta se desarrolla muchas veces, el afrontamiento cultural-religioso ayuda a dar significado a los hechos, afirmar el sentido de la acción y recuperar para la comunidad la dignidad y la relación de cotidianidad con los muertos.

Por otro lado, las conmemoraciones y los rituales refuerzan las reacciones emocionales y la movilización social, según argumentan diferentes autores. La posibilidad de celebrar ritos y ceremonias hace que la gente pueda expresar sus emociones y se encuentre menos bloqueada, pero no por ello va a mostrar menos sufrimiento emocional. Durkheim ratificó que los rituales intensificaban la emoción compartida y creaban un sentimiento de solidaridad. Los efectos son similares en los ritos positivos y la conmemoración de pérdidas: una efervescencia emocional mediante la comunión en una emoción colectiva; emerge un sentido de unidad con los otros; y, aún ante la muerte, se desarrolla un interés renovado en la vida y una confianza en la comunidad.

Los ritos y el compartir social sobre eventos traumáticos pasados también refuerzan la construcción de memorias colectivas. En un estudio sobre el genocidio en Guatemala, las personas que habían podido hacer los ritos y funerales mostraban también más demandas de memoria colectiva²⁸. Por medio de los memoriales, conmemoraciones y rituales se reavivan los lazos con los que murieron, especialmente importantes en la cultura maya, confirmandose una identidad social y constituye una etapa hacia la reapropiación

²⁷ SOLARES A., *Estado y Nación: las demandas de los grupos étnicos de Guatemala*, FLACSO Ed. 1993.

²⁸ MARTÍN BERISTAIN, C.(2005a). *Procesos de duelo en comunidades mayas afectadas por la violencia política*. Tesis Doctoral. Universidad del País Vasco.

del pasado —un esfuerzo para extraer lecciones del pasado que apoyen una autodefinición moral²⁹.

Los procesos comunitarios

La consulta, las formas propias de resolver los conflictos, o el mantenimiento de estructuras comunitarias de gestión del poder y la participación, han sido también parte de las formas colectivas de enfrentar la represión y reconstruir la cotidianidad de la vida.

En medio de una epidemia de linchamientos en Guatemala en un clima de inseguridad e impunidad después de la firma de los Acuerdos de Paz, también se dieron experiencias positivas de recuperación de mecanismos tradicionales de justicia con un refuerzo de los procesos comunitarios: «En la comunidad un hombre mató a otro. Pero allá no lo lincharon, sino que se reunieron para discutir qué hacer. La comunidad pensó mucho y decidieron que la persona tenía que reparar el daño que había hecho. Ya no se podía dar la vida, así que la decisión fue que el hombre tenía que hacerse cargo de las necesidades de la señora y los niños hasta que ellos fueran ya mayores»(San Antonio, Guatemala 1997).

En las sociedades colectivistas, las personas tienen en la comunidad su principal fuente de refuerzo y gratificación, los vínculos con la tierra, la comunidad y la familia son muy importantes para el equilibrio emocional. En algunos casos, cuando alguien agrede a la comunidad, como el caso de haber participado como agente de violencia, los modos tradicionales de defensa pueden ir desde las formas de reparación del daño —como realizar determinadas tareas para restaurar los vínculos rotos— a las formas de sanción moral que pueden implicar aislamiento social o incluso expulsión.

Los procesos comunitarios pueden no ser homogéneos, implicando dinámicas generacionales distintas. Las diferencias entre los conocimientos tradicionales y modernos, las formas de defensa basadas en aspectos culturales o experiencias políticas distintas, o los liderazgos comunitarios basados en las autoridades tradicionales o en los nuevos líderes, pueden suponer tensiones internas que necesiten nuevas formas de integración³⁰.

²⁹ HALBWACHS, M. *La Memoire Collective*. Paris: PUF. 1950; PENNEBAKER, J. *Opening Up*. New York: Morrow and co. 1990; PÁEZ, D., VALENCIA, J., PENNEBAKER, J., RIMÉ, B. & JODELET, D. (Eds), *Memoria Colectiva de Procesos Culturales y Políticos*. Lejona: Editorial de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. 1997.

³⁰ DURAN, T., PÉREZ, P., BASIC, R. (1998) en su análisis de la experiencia del pueblo mapuche, describen que las generaciones jóvenes son las que mejor entienden los modos de lucha occidentales, tales como demandas jurídicas, manifestaciones, acceso a los medios de comunicación, presión internacional, etc. Sin embargo, muchas veces se encuentran con la

El concepto del tiempo en los modos de toma de decisiones es un aspecto clave. En medio de las urgencias de respuesta a las agresiones de la guerra en Colombia, las comunidades nasa sienten frecuentemente la tensión de sus propios principios y los ritmos impuestos desde fuera por las organizaciones de cooperación o de ayuda humanitaria: *Tener que responder a tantas actividades para quedar bien ante organismos nacionales e internacionales, hace que estamos perdiendo el valor de estar con la gente, escuchándola, pero tranquilamente. Esto hace que la gente no nos manifieste lo que siente; pero cuando lo hacemos de manera tranquila, en una forma sencilla, la persona expresa con libertad lo que tiene dentro. Eso nos permite poder hacer luego un trabajo con cuestiones sentidas. Siempre estamos corriendo. Un dicho de los indígenas dice que «el indígena piensa a los 15 días».* Porque se toma el tiempo para que sus decisiones sean bien aterrizadas» (Taller Bodega Alta, 2005).

Las organizaciones de apoyo mutuo

Aunque las situaciones de catástrofe social producen disgregación de las redes sociales, en muchas de las situaciones de crisis las propias poblaciones afectadas desarrollan formas de apoyo mutuo, tanto material como emocional. Estas formas de apoyo mutuo se consolidan en la organización de las comunidades y de grupos populares y en la defensa de los derechos humanos. Incluso el sufrimiento puede convertirse en experiencias organizativas y movimientos de reivindicación social, como ha ocurrido en el caso de las Asociaciones de Familiares de Desaparecidos en muchos países de América Latina, y grupos como indígenas como CONAVIGUA que han tenido un papel fundamental en el apoyo a las viudas de la guerra en Guatemala, o el papel que han cumplido las organizaciones de víctimas y desplazados en Perú no sólo en la época de la violencia sino también actualmente como un intento de tener voz y un mayor protagonismo después de la presentación del informe de la Comisión de la Verdad en 2003.

Estas experiencias constituyen formas colectivas de enfrentar las consecuencias de los hechos traumáticos, de reconstruir los tejidos sociales y de luchar contra las causas del sufrimiento.

oposición de las generaciones mayores/ancianos, que no las entienden y las rechazan por ser no-mapuches. Describen cómo esto genera tensiones porque las autoridades tradicionales rechazan a los jóvenes que ahora vuelven con formación universitaria y desean asumir papeles de liderazgo. Sin el aval de las autoridades tradicionales (longkos, machis) la mayoría de la población rural no se moviliza. Los jóvenes se sienten a veces impotentes viendo cómo los ancianos no reaccionan y la cultura retrocede a gran velocidad. En éste, como en otros casos de comunidades indoamericanas, el respeto a las autoridades tradicionales y el diálogo intergeneracional pueden ser claves para la supervivencia comunitaria.

Las tradiciones orales y formas de interpretación cultural

La tradición oral supone un conjunto de mitos, leyendas y hechos históricos transmitidos como una memoria colectiva entre generaciones. En el caso de Guatemala, algunas de esas tradiciones suponen un conjunto de conocimientos e interpretaciones que sitúan los llamados «años de la violencia» en una perspectiva más amplia de diferentes procesos de agresión desde hace siglos, y relacionados frecuentemente con otros tipos de catástrofes naturales y humanas. Muchas de esas tradiciones se expresan a través de canciones, poesías o narraciones, bailes y representaciones teatrales.

Desde el punto de vista de los recursos culturales, hay que destacar también el papel de los sanadores tradicionales con terapias orientadas a la reparación de las transgresiones y medicinas autóctonas. En el caso de las comunidades del Norte del Cauca, los médicos tradicionales realizan la armonización de la persona y usan, entre otros recursos, el ritual del *refrescamiento* para fortalecer a la persona y a las comunidades para enfrentar la violencia.

En el caso de los mayas la interpretación de los sueños por parte de las autoridades tradicionales, es un modo de mantener comunicación con los ancestros, de anticiparse a futuros problemas y establecer pautas comunes de actuación: *Nuestros abuelos nos contaron que los sueños pasan, pero a veces los sueños salen bien y otras no pasa nada. Soñé que venían varios aviones en el aire y comenzaron a tirar bombas, yo estaba corriendo y fui a buscar palos para protegerme. Llegaban las bombas y no estallaban, y más me asustaba y más voy corriendo y cuando me despierto, estaba temblando por el miedo. El sentido que le di es que no a mí, pero tal vez a otras personas va a pasar, algunas veces eso nos ha ayudado a saber que llegaba el ejército. Los ancianos han guiado mucho a las comunidades* (CPR de la Sierra, 1995)

Memoria colectiva y reparación

Ya no queríamos ser sólo objetos o individuos aislados sin actoría y sin protagonismo, como siempre nos han considerado y por lo cual eran otros los que debían hablar y escribir sobre nosotros. ¿Cuántos seminarios, talleres, capacitaciones se hicieron recogiendo nuestras experiencias e iniciativas y cuántos libros, informes, folletos, artículos se publicaron? Sin embargo nosotros no aparecíamos, solamente éramos materia prima, el objeto sobre el que se trabaja. Viendo estas cosas dijimos un día: También podemos escribir nuestra propia historia desde nosotros³¹.

³¹ Condecorep, *Op. cit.*

Esta declaración de un movimiento de desplazados y comunidades indígenas del Perú muestra las dificultades y a la vez el valor de la memoria. La memoria colectiva es la memoria de los miembros de un grupo, que reconstruyen el pasado a partir de sus intereses y marco de referencias presentes³². En los contextos de guerra y represión política, las poblaciones victimizadas no han tenido la oportunidad de señalar a los culpables, obtener un reconocimiento social de los hechos y de su sufrimiento ni una reparación social basada en la justicia. Además, frecuentemente la memoria está atada por el miedo, la desvalorización social o incluso la criminalización de las poblaciones afectadas. Todo ello conlleva efectos muy negativos en la identidad individual y social de los afectados, así como efectos sociales más amplios. La búsqueda de un sentido a lo sucedido es parte de la lucha por su dignidad³³.

Frecuentemente las versiones oficiales plantean que es necesario «pasar la página de la historia para reconstruir la sociedad³⁴». Para los responsables de los hechos, la evitación del recuerdo, y su recuerdo convencionalizado, tienen la función de mantener una imagen coherente de sí mismos.

Como respuesta a la distorsión de la memoria y al olvido, se han dado algunas experiencias orientadas a reconstruir la verdad sobre los hechos y reconocer las responsabilidades en las atrocidades, aunque, la mayor parte de las veces, no han estado asociados a una reparación basada en las aspiraciones de justicia de las víctimas³⁵, como en el caso de la mayoría de los Informes de las Comisiones de la Verdad en América Latina. Algunas de ellas se han dado en contextos de violencia contra las comunidades indígenas como en el caso de Guatemala o Perú. Aunque existen pocas experiencias, las actividades de recuperación de la memoria colectiva pueden activar procesos comunitarios de reparación social como exhumaciones, denuncias, reconocimiento de la propia historia y apoyo a la resolución de conflictos, siempre y cuando respondan a las necesidades y activen la participación de la comunidad.

Muchos de los supervivientes del genocidio en Guatemala no pudieron enterrar a sus seres queridos, no saben lo que les ocurrió a sus familiares, dónde están los cuerpos, o la propia represión no permitió que se llevaran a cabo funerales y ceremonias. En el contexto de la posguerra las peticiones de que se lleven a cabo conmemoraciones y actividades de recuerdo colectivo cobran gran importancia y vigor. Estas pueden ayudar a la gente tanto a darle

³² HALBWACH, *Op. cit.*

³³ JODELET, D., «Memoire de Masse: le cote moral et affectif de l'histoire». *Bulletin de Psychologie*, XLV, 239256. 1992

³⁴ PÁEZ, D. y BASABE, N., «Trauma Político y Memoria Colectiva: Freud, Halbwachs y la Psicología Política Contemporánea», *Psicología Política*, 6, 7-34. 1993.

³⁵ TOJEIRA, J.M. (1993). «Sobre la Amnistía en El Salvador». En *De la locura a la Esperanza* (Comisión de la Verdad). Donostia: Gakoa.

un sentido como a un reconocimiento público de su experiencia, no sólo como un recuerdo de la tristeza y el duelo, sino también como una afirmación de solidaridad.

Según Páez, Pennebaker y Rimé (1997) para promover que la memoria colectiva cumpla este papel: 1) los hechos deben ser recordados de forma compartida y expresados en rituales y monumentos. 2) debe insertarse en el pasado y futuro del grupo. 3) explicar y aclarar lo ocurrido dentro de lo posible. 4) extraer lecciones y conclusiones para el presente. 5) darle un sentido y reconstruir lo ocurrido haciendo hincapié en los aspectos positivos para la identidad social. 6) evitar la fijación en el pasado, la repetición obsesiva y la estigmatización de los sobrevivientes como víctimas. 7) más allá de la reconstrucción de los hechos, la memoria constituye un juicio moral que descalifica éticamente a los perpetradores. 8) si no se puede ayudar a esto, cuidado con no interferir los procesos de memoria colectiva con acciones o planteamientos distorsionadores.

El valor de la memoria colectiva como movilización social está en relación no sólo a la reconstrucción pública de los hechos, sino al reconocimiento de la dignidad de las víctimas, y sus demandas de reparación psicosocial. La participación de las poblaciones afectadas, su capacidad de decisión, la claridad en los criterios y la equidad de los mismos, así como su reconocimiento como contribución y no como sustitución de la necesidad de justicia, suponen un conjunto de aspectos básicos que las acciones de reparación deberían tener en cuenta.

Respecto a medidas de reparación frente a las violaciones de derechos humanos, una perspectiva psicosocial y cultural debería ayudar a ver éstas teniendo en cuenta los efectos comunitarios y la dimensión colectiva. En el caso de comunidades indígenas en América Latina se han dado casos de medidas de resarcimiento por las violaciones de derechos humanos masivas en algunas comunidades —especialmente mediante sentencias de la Corte Interamericana³⁶. Dichas formas de reparación tienen que tener en cuenta las especificidades de la cultura (como la relación con la tierra, símbolos, etc.), la dimensión colectiva y la participación a través de consejos comunitarios para implementar los proyectos colectivos.

Es importante valorar el impacto de esas políticas en el tejido comunitario especialmente en lugares donde hay un alto grado de víctimas y culturas muy colectivistas con sus propias visiones de la reparación, como en el caso de las comunidades indígenas, para evitar efectos negativos o que produzcan descohesión social. Por ejemplo, en el caso de las políticas de reparación

³⁶ Casos Yace Asa, Plan de Sánchez, Mohicana, entre otros. «Corte Interamericana de Derechos Humanos», *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo*. CIDH: San José. 2005.

en Chile y en relación a la población mapuche afectada por la represión pinochetista, se ignoró el concepto de reparación indígena, lo cual alteró la inserción de esas personas en comunidad afectando negativamente a redes sociales aunque implicara mejorar sus condiciones de vida³⁷.

Micropolítica de la reconciliación

Aunque es un concepto muy controvertido, la mayor parte de las veces la (re)conciliación³⁸ es vista como la reconstrucción de algunas relaciones sociales destruidas por la violencia y la búsqueda de nuevas formas de organización política y consenso social.

En el caso de las comunidades indígenas, existen mecanismos propios de justicia restaurativa que pueden ser útiles para la investigación de derechos humanos así como para involucrar a toda la comunidad, dado que su énfasis principal está en la reconciliación y restauración de la armonía social. Por ejemplo, en 2004 las comunidades nasa del Norte del Cauca organizaron un juicio tradicional contra un capitán del ejército colombiano acusado de matar a personas de la comunidad. El juicio contó con la participación de la comunidad y atrajo la atención de los medios de comunicación del país. Pero sobre todo fue un ejercicio de afirmación colectiva y de justicia en medio de un clima de impunidad, a pesar de que el oficial no se presentó.

Estos mecanismos se utilizan en muchas comunidades indígenas como parte de los procedimientos habituales de resolución de conflictos y son gestionadas con mediadores tradicionales pertenecientes a la comunidad, nombrados sobre la base del status; se manejan con reglas flexibles, el proceso es voluntario y las decisiones se basan en acuerdos. Por último, se enfatizan las penalidades restaurativas, el cumplimiento de las decisiones se asegura mediante la presión social y las decisiones son confirmadas a través de rituales cuyo objetivo es la reintegración³⁹.

³⁷ DURAN, T., PÉREZ, P. BASIC, R., «Efectos psicosociales e interpretación sociocultural de la represión política en Chile (1973-90)». *Estudio en familiares de Desaparecidos y Ejecutados mapuches*. Chile. 1998.

³⁸ Hablamos de (re)conciliación, para señalar que en ocasiones se trata de *reconstruir* relaciones que se rompieron a causa de la guerra o la violencia política, y en otras de *construir* nuevos espacios que anteriormente tampoco existían. En el mismo sentido la Condecorep del Perú reflexiona sobre el concepto de reintegración: *Nuestra visión es una apuesta por un proceso de integración nacional entre los diversos, porque no todos somos iguales... no queremos esa modernidad discursiva excluyente que se impone desde fuera con verticalidad... Entonces no podríamos hablar de reintegración porque nunca hemos estado integrados...* (Condecorep: 288).

³⁹ MARTÍN BERISTAIN, C. (2005b). «Reconciliación luego de conflictos violentos: un marco teórico». En IIDH (ed) *Verdad, Justicia y Reparación: desafíos para la democracia y la convivencia social*. IIDH. San José.

El caso de Guatemala ilustra algunos de las potencialidades de la participación comunitaria y la perspectiva cultural en el trabajo sobre la memoria. Cuando en el proyecto REMHI⁴⁰ se empezaron a recoger testimonios en un lugar llamado Chicoj, la gente quiso dar a conocer su historia de forma pública, pero también compartirla con otras comunidades con las que se encontraban enfrentadas o distantes a consecuencia de la guerra, como una forma de hacer un proceso de reconciliación local. En otros lugares, hablar de lo que pasó llevó también a denunciar cementerios clandestinos, a realizar ceremonias como en Las Conchas o en Sahakok (Alta Verapaz), en donde los ancianos soñaron una cruz en lo alto del cerro donde habían quedado sin enterrar tantos de sus hermanos. Veintiocho comunidades se organizaron para llevar a cabo ese sueño. En la montaña, además de sus restos, quedaron escritos entonces los nombres de novecientas dieciséis personas que la gente había ido recogiendo. La cruz en lo alto de la montaña no es sólo un recuerdo de los muertos sino una sanción moral de las atrocidades.

Los procesos locales de reconciliación tienen lógicas y dinámicas diferentes según el contexto o las diferencias culturales. Los procesos de reconciliación desde abajo son más importantes en los lugares donde se ha dado una mayor implicación del tejido social en la violencia y enfrentamientos dentro de las propias comunidades. Esta micropolítica de la reconciliación como la denomina Theidon (2003) es especialmente importante en países que han sufrido un alto nivel de violencia rural como Guatemala y Perú y en donde tuvieron mayor relevancia los grupos paramilitares (PAC y Rondas campesinas), hubo ataques directos a las formas de vida comunitaria o se dan fenómenos de convivencia víctimas-perpetradores en la actualidad (incluyendo a quienes participaron en grupos guerrilleros como Sendero Luminoso en Perú).

Cuando el tejido comunitario ha quedado destruido por un largo periodo de conflicto, las sospechas, el miedo y el resentimiento sobre acciones y vinculaciones anteriores tienen que despejarse para reconstruir la red de relaciones interdependientes.

En los casos de desplazamiento masivo como las vividas en Guatemala, Perú o todavía en la actualidad en Colombia, es necesario tomar en consideración a las familias afectadas pero también cambiar la actitud de las poblaciones de acogida que han estado sometidas frecuentemente a la propaganda militar y que pueden comportarse en relación a los estigmas étnicos o

⁴⁰ Proyecto de Reconstrucción de la Memoria Histórica de Guatemala auspiciado por la Iglesia Católica como un trabajo de memoria y dignidad de las víctimas de la violencia política. Se recogieron más de 5000 testimonios de víctimas y sobrevivientes. Se publicó el informe Guatemala Nunca Más (24 de abril de 1998). Dos días después fue asesinado por un comando de varios militares el obispo director del proyecto, Monseñor Gerardi Conedera.

políticos. Por ejemplo, en los procesos de retorno de comunidades refugiadas desde México a Guatemala fue muy importante el trabajo pedagógico realizado por organizaciones populares, grupos de derechos humanos e iglesias para favorecer una actitud de acogida a los refugiados mayas, que eran considerados por el ejército como población hostil y acusados de ser subversivos en muchas comunidades.

La forma en que esta problemática pueda tratarse, de una manera más o menos abierta, depende del contexto local. Por ejemplo, el miedo puede hacer que la gente prefiera ser más reservada, especialmente cuando las condiciones que dieron origen a la violencia siguen manteniéndose.

En su análisis de los procesos locales en Ayacucho, Theidon (2003) plantea en el caso del Perú que para cuando la Comisión de Verdad y Reconciliación llevó a cabo su trabajo, algunos procesos de reconciliación comunitaria estaban ya en marcha o se habían llevado a cabo debido a la necesidad de reconstruir la convivencia aún en un contexto de violencia. Según ella, estos fueron más fáciles donde se dieron puntos de quiebre entre la población y Sendero Luminoso, se realizaron procedimientos de reintegración de acuerdo a la lógica local y el papel del Estado fue menos represivo. La Ley Nacional de Arrepentimiento no contribuyó a los procesos locales ya que no tuvo en cuenta los aspectos culturales ni los procedimientos tradicionales de justicia restaurativa en los Andes. También señala cómo los estigmas de la guerra siguen estando presentes años después, dado que en la zona norte se han acortado algunas distancias con el Estado aunque la pobreza sigue siendo aguda, pero en el centro-sur las comunidades fueron tildadas de zonas rojas y esa historia confiere un estigma hasta hoy.

Las reflexiones desde lo local pueden implicar también necesidades de cambio en la representación del conflicto. En el contexto del Perú donde no ha habido Acuerdos de Paz hay una diferencia importante entre derrota militar e ideológica. Los cambios ideológicos no se logran con las armas, sino con transformaciones estructurales y diálogo. La reconciliación con el Estado sigue siendo una tarea pendiente en aquellas comunidades arrasadas por las fuerzas armadas. La reconciliación nacional está varios pasos por detrás de los procesos que se han elaborado en varias comunidades⁴¹.

Reconocer su responsabilidad, pedir perdón por la brutalidad hecha en nombre del Estado o de su derrota, y generar nuevas situaciones de participación y cambio en las relaciones de poder son una condición básica para la reconstrucción del tejido local. En el caso de comunidades quechuas del Perú que vivieron el mayor nivel de violencia, la gente reclama que los soldados ni el Estado hayan hecho ese proceso. En el caso de Guatemala incluso permanecen aún heridas muy abiertas en la convivencia con victimarios que

⁴¹ Condecoprep, *Op. cit.*

no han asumido las responsabilidades y que siguen en ocasiones teniendo la capacidad de coaccionar a las comunidades.

Unir los procesos de reconstrucción con las formas de resistencia frente a nuevos fenómenos como el pillaje y destrucción de los recursos naturales, la lucha contra la pobreza, el respeto por la autonomía comunitaria y la prevención de la violencia, es parte de los enormes desafíos y de la gran cantidad de tareas cotidianas para el futuro.

Acción humanitaria y pueblos indígenas: ¿se aproximan o se excluyen?¹

Joana Abrisketa

1. Introducción

En un momento como el actual, en el que parece imponerse la idea de que la acción humanitaria se centra en los conflictos de alta intensidad, no es fácil vincular la acción humanitaria con los pueblos indígenas. Los iconos son diferentes. La acción humanitaria se asocia al continente africano y a la violencia directa; la cooperación con los pueblos indígenas a Latinoamérica y a la violencia estructural. La acción humanitaria, tal y como se concibe en el momento presente, no se dirige a los pueblos indígenas por el hecho de que sean pueblos indígenas. La ayuda que los pueblos indígenas reciben se enmarca en la cooperación al desarrollo.

Ahora bien, ¿la ayuda prestada a las poblaciones más vulnerables en contextos de emergencia —la ayuda humanitaria— podría dirigirse también a los pueblos indígenas? La respuesta es ambivalente. En el plano de la práctica contemporánea acción humanitaria y pueblos indígenas son ideas excluyentes. El hecho de ser pueblo indígena, por sí mismo, no es un criterio de selección en la acción humanitaria. Sin embargo, desde el actual debate teórico sobre el nuevo humanitarismo, en las próximas páginas analizaremos la posibilidad de que la acción humanitaria se abra a nuevas categorías.

La diferencia estriba en que la ayuda a los pueblos indígenas responde a una apelación directa de los mismos pueblos indígenas, mientras que en la acción humanitaria la apelación suele ser o de las organizaciones humanitarias o mediática, nunca de las propias víctimas. Sin embargo, en este contexto, lo definitivo es la situación de vulnerabilidad de un número elevado de

¹ Mi agradecimiento, para la elaboración de este texto, a Enrique Eguren, experto en protección, y a Asier Martínez Bringas, investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto.

personas y la urgencia en la necesidad de la ayuda, es decir, la emergencia. Los pueblos indígenas forzados a abandonar sus tierras, sin servicios de salud y sin medios para alimentarse viven situaciones que pueden calificarse como «emergencias». Su vulnerable situación es una interpelación, un reclamo de ayuda para aliviar el abandono y proteger su vida o su supervivencia tanto a corto como a largo plazo.

El análisis debe ir precedido de un marco conceptual sobre la acción humanitaria. Lo crucial es la vulnerabilidad y ante ella se responde a través de la *asistencia*, la *protección* y la *prevención*². De esto trata la acción humanitaria. La tradición humanitaria arranca de la idea del filántropo suizo Henry Dunant quien, testigo de los daños provocados por la batalla de Solferino de 1859, ideó la constitución del Comité Internacional de la Cruz Roja con el objetivo fundamental de *asistir* a los militares heridos y *protegerlos* contra las violaciones del incipiente Derecho Internacional Humanitario —en 1864 se firmó el primer Convenio de Derecho Internacional Humanitario, esto es, el *Convenio de Ginebra de 1864, para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña*—. El componente del *testimonio* nace entre 1960 y 1970, cuando los llamados *french doctors* constituyeron organizaciones de asistencia médica de urgencia con el objetivo añadido de dar testimonio y alertar a la opinión pública sobre los contextos en los que desarrollan su labor. Se constituyeron en agentes humanitarios diferentes al Comité Internacional de la Cruz Roja tras ser testigos del bloqueo económico que padeció la población ibo durante la guerra de Biafra de 1967-70 (Nigeria). Con esta idea, desde Médicos Sin Fronteras se dice que los destinatarios de la ayuda no son sólo «las poblaciones necesitadas», sino «las poblaciones en peligro». La noción de peligro abarca más que lo meramente asistencial, implica que las poblaciones deben ser, además de asistidas, protegidas, tanto de la violencia como del abuso de sus derechos humanos. En este sentido, muchas formas de acompañamiento pueden proteger y mejorar las condiciones de vida de las poblaciones. En la práctica, a partir de la década de los años noventa, con motivo, entre otras, de las crisis de la antigua Yugoslavia y de Ruanda, se ha ido incorporando la protección como estrategia humanitaria expresa.

La *prevención* es el componente olvidado de la acción humanitaria. En los planteamientos teóricos siempre se alude a la prevención, sin embargo, en la práctica la vocación de las organizaciones de ayuda humanitaria es asistencialista. Actúan en el desastre y no en su prevención³. Incorporar el componente de la prevención exige analizar los síntomas y las causas de la vulnerabilidad (produc-

² ETXEBERRIA, X., *Ética de la Ayuda Humanitaria*, Centros Universitarios de la Compañía de Jesús, Bilbao, 2004, pp. 30 y ss.

³ REY, F., DE CURREA-LUGO, V., «Estado actual del debate y de la práctica humanitaria», *Cuadernos para el debate*, MSF y Gráficos APR, Barcelona, 2001, pp. 89-92.

ción alimentaria, estado nutricional y sanitario, alteración de los precios, movimientos migratorios, etc.),⁴ y los parámetros de la acción humanitaria, por el momento, son de respuesta, más que de anticipación. Como constata el Informe del Observatorio de la Acción Humanitaria (2003-2004), «sigue siendo básicamente reactiva»⁵. Por estos motivos, en la práctica de los proyectos humanitarios no se articula con facilidad el elemento preventivo en los proyectos humanitarios.

En el debate en torno a la concepción minimalista o maximalista del nuevo humanitarismo se discute si la misma se fundamenta en lo meramente asistencial (*need-based humanitarianism*) o si por el contrario, puede abarcar aspectos más variados (*rights-based humanitarian action*)⁶. Ambos enfoques son útiles si queremos justificar el acercamiento entre acción humanitaria y pueblos indígenas. Nuestro punto de partida es que la acción humanitaria no se identifica exclusivamente con lo asistencial, no se puede desprender de las causas por las que interviene, ni de los procesos políticos en los que se enmarca porque si lo hiciera no tendría fin. La acción humanitaria se apoya en derechos. Ésta es la tesis central que acompaña el texto.

Consideramos compatible el humanitarismo tradicional que tiene como eje las necesidades y los principios de neutralidad, imparcialidad e independencia con otro tipo de humanitarismo. Hoy se tiende hacia una acción humanitaria más ambiciosa y proactiva, que se acerque a las raíces de la vulnerabilidad. No tiene un único fundamento ni es monolítico. En este sentido, las causas de la vulnerabilidad siempre se encuentran en la discriminación, en la injusticia social y en la pobreza estructural, unas veces materializada en conflictos armados — sobre todo internos —, otras en el abandono de las poblaciones, que pueden ser indígenas, y otras, en la combinación de ambos factores. Por esta razón, el humanitarismo basado en derechos resulta el más eficaz si se quiere poner fin a las situaciones de vulnerabilidad desencadenantes de la acción humanitaria.

2. Humanitarismo basado en necesidades

Un inconveniente a la hora de vincular la acción humanitaria con los pueblos indígenas es que la primera se asocia a los Estados frágiles, fracasa-

⁴ PÉREZ, K., «Prevención de desastres», en PÉREZ, K. (dir.), *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo*, Icaria-Hegoa, Barcelona, 2000, pp. 444-446.

⁵ Instituto de Estudios sobre Conflictos y Acción Humanitaria, *La acción humanitaria en 2003-2004: años convulsos, respuesta insuficiente*, Madrid, 2005, p. 21.

⁶ SLIM, H., BONWICK, A., *Protection. An ALNAP guide for humanitarian agencies*, Overseas Development Institute, Londres, 2005; SERRANO, J., VERDÚ, A., *La dimensión política de la Acción Humanitaria*, MSF, Cuadernos para el Debate, noviembre 2003, p. 55.

dos o fallidos, esto es, a Biafra, Etiopía, Vietnam, Somalia, Angola, Ruanda o incluso Yugoslavia. Es decir, casi siempre a contextos de conflictos armados de cierta intensidad. *A priori*, los pueblos indígenas no se perciben como posibles destinatarios de la misma. Quizás porque no recurren a la fuerza armada para resolver sus diferencias, o porque no se hallan inmersos en las llamadas «emergencias complejas».

Sin embargo, la exclusión, el peligro de su supervivencia y la falta de los recursos básicos para subsistir pueden asociarse a lo urgente. Las carencias materiales —criterio humanitario— también existen entre la población indígena y pueden ser subsanables a través de la ayuda humanitaria de emergencia.

3. Humanitarismo basado en derechos: una vía posible

Incluso desde la perspectiva del humanitarismo basado en derechos asociar la acción humanitaria con los pueblos indígenas exige tener en cuenta y remarcar los matices. Los problemas de los pueblos indígenas se asocian al reconocimiento de su condición de individuos, de su identidad y de sus formas de vida. Se reivindican la participación, la consulta y el respeto cultural local más que los recursos materiales —de bienes y servicios—. Sus reivindicaciones se centran en el autogobierno, la autonomía, y los derechos sobre la tierra. Las necesidades de los pueblos indígenas no siempre entran en la idea de la urgencia o de la subsistencia tal y como se plantea en la acción humanitaria puesto que los patrones de discriminación son diferentes.

En el marco del programa de formación para líderes indígenas organizado por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto los alumnos indígenas repiten que «la lucha es dura, pero no armada. Trabajamos para recuperar nuestra cultura y que se divulgue». En el llamado «Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas», conocido como el Informe Martínez Cobo, que fue presentado en 1984, el Relator Especial concluyó que el clima social en el que viven las poblaciones indígenas se caracteriza por tipos concretos de discriminación, opresión y explotación en diversas esferas. En muchos países los pueblos indígenas no tienen las mismas oportunidades de empleo, ni igual acceso que los otros grupos a los servicios públicos y/o la protección en las esferas de la salud, las condiciones de vivienda, la cultura, la religión o la administración de justicia⁷.

⁷ Informe sobre las acciones desarrolladas en diferentes organismos internacionales para la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, CP/CAJP- 1576/99, de 8 de octubre de 1999.

Hoy las poblaciones vulnerables preguntan si están a salvo, más que si recibirán alimento («*We don't need food, we need protection*»). Las agencias humanitarias no operan en «vacíos políticos», no son apolíticas en el sentido de que no ignoran ni los contextos en los que actúan ni las violaciones de los derechos humanos de las que son testigos. Esto no significa que los actores humanitarios actúan por intereses políticos, sino que actúan en marcos políticos y su ayuda tiene un impacto político.

Bajo estas premisas, el recurso al lenguaje de los derechos humanos tiene dos vertientes. La vertiente positiva es que utilizar el argumento de los derechos humanos ofrece a las agencias humanitarias oportunidades para hacer descripciones formales de los abusos y del consiguiente sufrimiento de las poblaciones. Además el derecho es vital para identificar a los responsables de las violaciones y así poder frenarlas. El uso del ordenamiento jurídico internacional relativo a los derechos humanos influye en el tratamiento de los conflictos y puede contribuir a alcanzar escenarios posbélicos estables. El uso de los derechos humanos en la acción humanitaria también tiene una vertiente negativa, los actores humanitarios corren el riesgo de convertirse en otro actor político y con esto desvirtuar su propia función. El Comité Internacional de la Cruz Roja lleva esta idea al extremo y contrapone conceptualmente la acción humanitaria y la acción política⁸. Más flexibles, Rey y de Currea defienden que ambas están condenadas a entenderse y a complementarse, pero hay que marcar los límites de una y de otra⁹.

Al la hora de marcar las diferencias entre acción política y acción humanitaria el CICR recurre al argumento de la eficacia de su función. Esto es, para el CICR el principio de neutralidad es una herramienta primordial para poder actuar con eficacia y seguridad¹⁰. El principio está formulado como sigue: «Con el fin de conservar la confianza de todos, el Movimiento se abstiene de tomar parte en las hostilidades y, en todo momento, en las controversias de orden político, racial, religiosos e ideológico». Basadas en la neutralidad, las agencias no actúan por intereses políticos. Ahora bien, el problema está en que la política y los derechos humanos (y el derecho internacional humanitario) se entrecruzan constantemente. Por ello, es inevitable que de algún modo las agencias se involucren en la controversia política y por tanto en la protección de los derechos humanos. Otra cosa es que tengan que hacer balances sobre la conveniencia de pronunciarse y en consecuencia tener que abandonar el país por motivos de seguridad o permanecer en el país guardando silencio para

⁸ PLATTNER, D., «La neutralidad del CICR y la neutralidad de la asistencia humanitaria», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, marzo — abril 1996, separata, pp. 173-193.

⁹ REY, F., DE CURREA-LUGO, V., *op. cit.*, pp. 34-36.

¹⁰ No tanto en el principio de imparcialidad puesto que éste implica que la asistencia humanitaria se provea en función de las necesidades de las víctimas exclusivamente.

prestar la ayuda¹¹. El reto sería conseguir que la protección de los derechos humanos no dificulte la asistencia humanitaria¹².

Debemos reconocer los progresos hechos para conciliar los derechos humanos con el desarrollo. Ahora bien, aún no se ha completado la utilidad de los mecanismos de derechos humanos — la exigencia de responsabilidad y sus grados — en los procesos de desarrollo. En este sentido, debemos acercar y unir lo global a lo local¹³ y convertir los mecanismos de derechos humanos en estrategias funcionales. Las poblaciones experimentan sus problemas con los derechos humanos en un grado muy local, no manejan los instrumentos que teóricamente se instauraron para estar a su alcance y cuya naturaleza es vinculante.

3. Contexto político de los pueblos indígenas: enfrentamientos puntuales con un trasfondo de tensión violenta

Las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas se producen por lo general en el marco de un alto grado de conflictividad, particularmente en el medio rural, relacionado con la cuestión agraria y con pugnas en torno al poder político local y regional¹⁴. Las comunidades indígenas viven en contextos de violencia caracterizada por el enfrentamiento entre grupos indígenas, grupos guerrilleros y grupos gubernamentales y paramilitares. Aunque el perfil armado de estos grupos sea menor al de los contextos africanos, la presencia de bases militares y policiales, así como las patrullas y retenes generan un clima de violencia entre la población civil.

El marco político de las nuevas guerras es el Estado fallido, caracterizado por la descomposición de las instituciones y la incapacidad de gobernar y controlar el territorio. El objetivo principal de los combatientes es destruir los recursos e infraestructuras básicas de la población civil. Por contra, el marco político en el que están inmersos la gran mayoría de los pueblos indígenas no es el de los Estados fallidos o en descomposición. Se trata de Estados denominados «democráticos». La violencia, la inseguridad y la inestabilidad se

¹¹ BONWICK, A. (Oxfam) y VAN WOUDEBERG, A. (*Human Rights Watch*), en el Seminario *Advocates or aid workers? Approaches to Human Rights in humanitarian crises*, Overseas Development Institute, marzo 2005, Londres.

¹² EGUREN, E., «Protección y testimonio: dos componentes olvidados en la acción humanitaria», *Los retos de la acción humanitaria*, NUÑEZ, J., REY, F., SALVADOR, M.J., IECAH, Madrid, Córdoba, 2005.

¹³ MAXWELL, S., y ARCHER, R., *Human Rights and Poverty Reduction. Realities, controversies and strategies*. First meeting report, enero 2005. En www.odi.org.uk

¹⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, Mundi-Prensa, México, 2003, pg. 154.

extienden en zonas puntuales del territorio, no solamente donde existen reivindicaciones indígenas, sino también campesinas o no afines al gobierno. El fin de la opresión es más concreto, neutralizar dichas demandas. El temor, resultante del contexto de exclusión, puede intimidar a las poblaciones hasta el punto de obligarles a restringir o alterar sus movimientos, lo que repercute en sus habilidades para sobrevivir. El miedo a ser víctimas de la violencia puede impedir a las poblaciones cultivar sus tierras, acudir al mercado o hacer ciertos recorridos. Pueden renunciar a usar servicios sociales esenciales como escuelas u hospitales. En otros casos, el temor puede forzar a las poblaciones a huir, convirtiéndose en refugiados de hecho o desplazados, lo que ocasiona los llamados problemas de acceso porque las poblaciones se trasladan a áreas donde los servicios son limitados, están congestionados o no existen. En tales situaciones, asegurar la llegada de los servicios básicos es asistir y proteger a las poblaciones. En estos marcos, el objetivo de la protección está vinculado a los problemas de acceso a los servicios, al temor o incapacidad de las poblaciones de conseguir los recursos para sobrevivir¹⁵.

De modo que la acción humanitaria puede ser muy diversa porque cada conflicto y cada crisis son distintos. Su esencia y su propósito básico es la ayuda y la protección de las personas vulnerables, cualquiera que sea la identidad del grupo y el contexto en el que se encuentre.

4. Los pueblos indígenas gozan de un marco jurídico propio en el Derecho Internacional

Más que describir el marco jurídico internacional protector de los pueblos indígenas, extraeremos del mismo los elementos que se pueden proyectar en la acción humanitaria. De la lectura de los instrumentos jurídicos relativos a los pueblos indígenas, la conclusión más destacable es que se les reconoce como actores y gestores activos de sus propios procesos, de su desarrollo y de su autonomía. Lo establecido respecto a la autonomía, respeto cultural y participación de los pueblos indígenas en este sentido dista mucho de lo dispuesto para la acción humanitaria en el plano de los Códigos de Conducta en los que se estipulan normas comunes para la acción humanitaria. El Código de Conducta relativo al socorro en casos de desastre para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y las ONG de 1995 utiliza expresiones limitadas en cuanto a la participación activa de las poblaciones, alude a las «poblaciones afectadas», «los beneficiarios», y «las víctimas». La participación activa de las poblaciones destinatarias de la ayuda humanitaria se contempla muy indirectamente.

¹⁵ SLIM, H., BONWICK, A., *op. cit.*, pg. 15.

Por el contrario, en este plano, los pueblos indígenas se perciben como agentes dotados de voluntad y representación propia. Gozan de un mayor grado de protección jurídica que otros grupos vulnerables —refugiados, desplazados o niños en conflictos armados, por ejemplo— puesto que ya se consideran un «grupo diferenciado»¹⁶. En este sentido, como señala Anaya, los pueblos indígenas —más que cualquier otro grupo— han contribuido a reforzar la noción de derechos colectivos en el régimen internacional de los derechos humanos¹⁷.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que enuncia básicamente derechos individuales, recoge en su artículo 27 que «En los Estados en los 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 tener su propia vida cultural; a proteger y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». En aplicación de tal disposición, entre otros avances, se han constituido organizaciones indígenas autónomas que han participado en foros de debate para defender y promover sus propios intereses, así por ejemplo, en el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas o en la redacción del Proyecto de Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Comité de Derechos Humanos afirmó que se imponen obligaciones específicas a los Estados Parte, en concreto, la obligación de garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto. Los Estados Parte deben indicar en sus informes las medidas que hayan adoptado a tal fin¹⁸. Si se exige que los Estados contribuyan a la perpetuación de las minorías, entre las que caben los pueblos indígenas, con más razón se exigirá también que los Estados contribuyan a su supervivencia.

En este intento de especular sobre la posible vinculación de la acción humanitaria con los pueblos indígenas queda claro que el Derecho Indígena subraya y remarca la autonomía, personalidad e idiosincrasia de los pueblos indígenas. La cultura de denuncia, formas de liderazgo y gobernabilidad está más arraigada que en otros grupos vulnerables que además de vulnerables se consideran marginales en relación al poder.

¹⁶ MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Derechos Colectivos y ordenamiento jurídico internacional», en F.J. ANSUATEGUI F. J., (ed.), *Una discusión sobre los derechos colectivos, Debates del Instituto de los Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III, 2001, Dykinson, Madrid, pp. 86-87.

¹⁷ ANAYA, J., «Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización», en MARIÑO MENÉNDEZ, F., y OLIVA MARTÍNEZ, J., *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 93 y ss.

¹⁸ Observación general 23 al artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Derechos de las Minorías, 8 de abril de 1994.

Si fuéramos estrictos en la interpretación del *Convenio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados* la gran mayoría de la población refugiada no quedaría protegida por este cuerpo de normas. El Convenio de 1951, aprobado hace más de medio siglo, contempla la noción del desplazamiento de manera aislada y singular. La realidad es justamente la contraria, hoy lo más frecuente es que los refugiados huyan en masa. El *Convenio de 1951* no es la respuesta jurídica adecuada para la población refugiada de hoy día. Esto es grave puesto que, como señala Ramón Chornet, conforme evoluciona el orden internacional, el problema de los refugiados no se reduce, sino que se refuerza su carácter estructural por su dimensión masiva¹⁹. Desde el Derecho Internacional se otorga un mayor protagonismo a los pueblos indígenas en su consideración de tales.

Además de los refugiados, el otro gran grupo destinatario de la ayuda humanitaria es el de los desplazados internos. Tal y como se recoge en los *Principios rectores de los desplazados internos de 1998*, son personas o grupos de personas que han sido forzadas u obligadas a huir de su lugar de residencia habitual o abandonar sus hogares, particularmente como resultado de o para evitar los efectos de los conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, conflictos relacionados con prácticas religiosas, conflictos por tierras entre los que se encuentran las invasiones ilegales, tráfico de drogas, desalojos forzados por parte de autoridades gubernamentales o grupos armados irregulares²⁰. Los pueblos indígenas pueden ser reubicados contra su voluntad fuera de sus áreas naturales y en consecuencia no tener acceso a los recursos naturales con fines de consumo directo y subsistencia. En tales casos, las reivindicaciones de los pueblos indígenas no se fundamentan en dichos Principios rectores, sino que se canalizan a través de denuncias relacionadas con las particularidades indígenas, traducidas en el derecho a la tierra y a los recursos propios, gestionados desde ellos mismos, no desde fuera.

5. Conclusiones

La distinción tradicional entre Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, acciones que se toman como opuestas, no lo son tanto. El propósito

¹⁹ RAMÓN CHORNET, C. (ed.), «Los refugiados del nuevo siglo», en *Los retos humanitarios del Siglo XXI*, Publicaciones Universidad de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 187-204

²⁰ La definición de «desplazados internos» se basa en lo establecido en el Principio 2 de los «Principios Guía sobre Desplazamiento Interno» preparados por Francis Deng, Representante del Secretario General de la ONU para los Desplazados Internos, añadiendo las circunstancias particulares que se observan para los pueblos indígenas, Véase Guiding Principles on Internal Displacement, UN Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2.

común, esto es, la salvaguarda del ser humano, a veces se alcanza mediante los parámetros de la acción humanitaria y otras mediante los parámetros de la ayuda al desarrollo. Reconozco que estas afirmaciones no están exentas de discusión o definitivamente resueltas. El mundo humanitario no quiere ceder su espacio a la cooperación al desarrollo y viceversa. Cada uno se aferra a la definición clásica con tímidos intentos de discusión y renovación. Sin embargo, los argumentos acerca de cuándo se interviene a través de la cooperación al desarrollo y cuándo a través de la acción humanitaria no están claros. Lo cierto es que a las poblaciones vulnerables, —mujeres, niños o migrantes indígenas—, tal distinción no les interesa.

Es cierto que las particularidades de los pueblos indígenas marcan profundamente su sociedad y sus necesidades y esto hace que todavía sean más lejanos para el entendimiento de las organizaciones occidentales y su manera de trabajar. Los contextos, los objetivos y los modos de evaluar variarían enormemente en el caso de la acción humanitaria para los pueblos indígenas.

La pregunta es si la acción humanitaria debe quedar restringida a situaciones predeterminadas y previamente escritas. Las condiciones bajo las cuales se justifica la intervención varían tanto como las distintas realidades. Es cierto que la ayuda a los pueblos indígenas está directamente relacionada con el ejercicio de presión política y esto no se ajusta a las actuales características de la acción humanitaria. Ahora bien, ésta avanza silenciosamente hacia terrenos y categorías distintos, entre ellos, los pueblos indígenas. Existen razones para pensar que una acción humanitaria efectiva puede abordar y hacer frente a una gran variedad de situaciones siempre que el objetivo sea garantizar los derechos de subsistencia y libertad.

Emergencia y pobreza indígena

Nieves Zúñiga García-Falces

Introducción

La consolidación de la democracia y el crecimiento macroeconómico sostenido alcanzado en los últimos años en numerosos países latinoamericanos no se ha traducido en la mejora de la situación socio-económica de los ciudadanos ni en la reducción de la pobreza. Por el contrario, las políticas económicas neoliberales aplicadas por los gobiernos latinoamericanos han tenido como consecuencia fuertes crisis económicas y el aumento de las desigualdades. Entre 1990 y 2002 el número de personas que vive bajo el umbral de la pobreza pasó de 200 millones a 221 millones de personas.¹

Esta situación ha provocado las protestas de una ciudadanía cansada de la precariedad económica, la corrupción, la ausencia de garantías sociales, las promesas incumplidas y la mala gestión gubernamental, generándose fuertes conflictos sociales. La sociedad civil sale a la calle demandando cambios profundos y, en ocasiones, provocando la salida de presidentes de gobiernos. En este contexto, los movimientos indígenas se presentan como uno de los actores sociales y políticos más activos y consolidados, que cuestiona el ejercicio de la democracia representativa y manifiesta una mayoritaria oposición al modelo neoliberal vigente.

Los pueblos indígenas y la población afrodescendiente constituyen los sectores más desfavorecidos de las sociedades latinoamericanas y han sido las principales víctimas del aumento de las desigualdades favorecidas por la globalización de las políticas económicas de corte neoliberal. Numerosos estudios presentan a la exclusión social y a la discriminación étnica como causas importantes de una pobreza en aumento. Pero la situación socio-económica de los pueblos indígenas, además de responder a las políticas econó-

¹ CEPAL, *Panorama social de América Latina 2005*, Santiago de Chile.

micas aplicadas, es también resultado del fracaso en el enfoque utilizado por los programas antipobreza a ellos dirigidos.

Este fracaso ha generado un amplio debate sobre el concepto de pobreza y sobre la adecuación de estos programas a sus destinatarios. En este sentido cambian plantearse preguntas como: ¿Qué es pobreza para los pueblos indígenas? ¿Cuáles son las causas del empobrecimiento indígena? ¿Cuáles son las propuestas de desarrollo de los pueblos indígenas?

Fruto de la emergencia y consolidación del movimiento indígena en los últimos veinte años, los indígenas participan ahora de este debate de forma activa demandando un desarrollo que no se entiende sin la incorporación de un enfoque basado en los derechos para combatir la pobreza.

Globalización económica, pobreza y conflictos sociales

El actual contexto internacional está determinado por el fenómeno de la globalización (ver cuadro 1).² En particular la globalización económica ha tenido un especial impacto en la situación socio-económica de los países y de los seres humanos. Si bien no es *per se* un fenómeno negativo, la globalización de la economía ha sido utilizada para responder a los intereses del neoliberalismo, que persigue la liberalización del mercado. Este propósito llevó a que en la década de 1970 se produjera una desregulación que acabaría con las normas y medidas que ordenaban las relaciones económicas dentro y entre los Estados y, como consecuencia, a que disminuyera el control de los Estados sobre sectores como el transporte, las comunicaciones, los servicios financieros y la agricultura. Tras la mundialización de los años 80, en la que se generó una creciente interdependencia de las economías nacionales de grandes intercambios comerciales, es en los años 90 cuando se produce el gran auge de la globalización económica con la creación de un mercado global único en el que circulan libremente los capitales (financieros, productivos, comerciales).

La globalización económica se manifiesta en una nueva división internacional del trabajo que supone una reorganización de los procesos productivos, comerciales y financieros a nivel internacional en función de los costes de cada una de estas tareas. Los actores protagonistas de este proceso —las empresas multinacionales— actuarán con esta lógica: se investiga en los países más avanzados (Estados Unidos, Europa, Japón); se produce donde la mano de obra es semicualificada y barata (Marruecos, India, China, maquilas en Centroamérica, Taiwán, Hong Kong) o en países de desarrollo medio (au-

² Sobre la globalización véase HELD D. y MCGREW A., *Globalización/Antiglobalización*, Paidós, Barcelona, 2003; STIGLITZ J., *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002.

tomóviles en España o Italia), donde hay recursos naturales (Bolivia, Brasil, Ecuador), donde la presión política y social de los sindicatos es menor, o donde las políticas del Estado lo permiten debido al escaso control; se comercializa en los mercados más abiertos y con mayor capacidad adquisitiva y donde se obtienen los mejores precios. Esta dinámica económica con carácter global tiene consecuencias como:

- Pérdida de la capacidad reguladora de los Estados.
- Concentración del poder y de la riqueza.
- Aumento de la brecha Norte-Sur.
- Crecimiento de las desigualdades también a nivel nacional.
- Incremento de los movimientos migratorios.
- Aumento de los conflictos en el acceso a los recursos (conflictos por recursos naturales como el petróleo, el gas, el agua... tanto entre Estados como a nivel nacional entre multinacionales, gobiernos y población local).

Cuadro 1: La globalización

No es un fenómeno nuevo, pero en los últimos años ha tenido un fuerte impulso gracias a las tecnologías de la información. Esto ha favorecido la evolución de un mundo interconectado que para unos supone oportunidades y para otros amenazas. Además de económica, la globalización también se ha dado:

- A nivel político/jurídico: ha implicado una necesidad de legislación y justicia internacionales, cambios en las leyes de la guerra, el afianzamiento del discurso de los derechos humanos, la aparición de normativas medioambientales internacionales y de declaraciones sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas, o la institución de la Corte Penal Internacional.
- En términos sociales: ha supuesto la conformación de una sociedad civil global, la internacionalización de movimientos sociales o el aumento de la solidaridad internacional por diversas causas (derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas, en contra de la guerra en Irak, por los derechos de los palestinos, etc).

Lo polémico de la globalización es que, aunque genera redes y relaciones internacionales, no necesariamente favorece una sociedad mundial armoniosa. La creciente interconexión crea nuevas formas de entendimiento pero también alienta conflictos. Un alto porcentaje de la población mundial se ve excluida de los beneficios de la globalización, lo que la convierte en un fenómeno muy divisivo.

En el siglo XXI, momento en el que se han alcanzado los más altos niveles de desarrollo y riqueza de la historia, todavía 1200 millones de personas

viven con menos de un dólar por día. En la década de los 90 los ingresos per cápita descendieron en 54 países y en 21 Estados aumentaron el número de personas con hambre.

Ante esta dramática situación Naciones Unidas ha planteando los 8 Objetivos del Milenio, aprobados por la Asamblea General en 2000, y entre los que se encuentra reducir a la mitad la pobreza extrema y el hambre para 2015.³ Pero, cabe destacar la reacción de los principales afectados por la globalización económica que manifiestan públicamente su fuerte rechazo al neoliberalismo y a quienes lo promueven. Las ciudades de Seattle (1999), Praga (2000), Cancún (2001), así como la cita anual en el Foro Social Mundial, entre otros ejemplos, han sido escenario de las manifestaciones de los movimientos antiglobalización y altermundialistas en contra de lo que consideran una globalización dirigida por las empresas, y promovida por los Estados.

¿Cómo afecta esta situación a América Latina?

A partir de los años 80 gran parte de los gobiernos latinoamericanos adoptaron el modelo económico neoliberal y las medidas de ajuste estructural promovidas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional ante las elevadas deudas externas que poseían. Este hecho coincidió con la recuperación de las democracias en gran parte de los Estados, momento en el que la combinación de democracia representativa y la economía de libre mercado se entendía como sinónimo de modernidad. Los organismos financieros internacionales vaticinaban el éxito económico si se aplicaban las medidas de ajuste estructural y del Consenso de Washington (privatizar las empresas públicas, liberalización financiera y comercial, desregulación, apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas, garantía de los derechos de propiedad, etc.). En lugar de economías emergentes y saneadas el resultado ha sido severas crisis económicas y sociales como las acontecidas en Argentina (2001)⁴ o la provocada por la dolarización en Ecuador (septiembre 2000). La pobreza no ha logrado reducirse —según datos de la CEPAL, en 2002 la pobreza y la indigencia alcanzaban el 44% y el 19,4% de la población respectivamente—,⁵ la desigualdad sigue creciendo, se ha producido un incremento de la violencia ciudadana, aumento del desempleo, fuertes movimientos migratorios y descuido de los servicios de salud y educación.

³ ONU, *Objetivos de Desarrollo del Milenio para 2015*, disponible en: www.un.org.

⁴ Sobre las reacciones sociales ante la crisis económica en Argentina ver SOSA, R., «Estrategias civiles frente a la crisis argentina», en CIP (ed.) *Papeles de Cuestiones Internacionales*, Centro de Investigación para la Paz-FUHEM, Icaria, otoño 2002, n.º 79. Pp. 55-61.

⁵ CEPAL, *op.cit.*

Las dinámicas económicas y el crecimiento de AL dependen en exceso de la coyuntura internacional, de las expectativas de los inversores y de los caprichos de los mercados financieros. Sin embargo, no todo es responsabilidad externa, también hay una responsabilidad nacional: los mercados latinoamericanos «funcionan como agencias de captación de plusvalías para las élites, en vez de ser mecanismos de distribución de la riqueza creada con la especialización y el intercambio». ⁶ No hay que obviar la continuidad en los patrones de acumulación y extrema desigualdad en la distribución de la riqueza que ya existían con anterioridad en las sociedades latinoamericanas. Los beneficios económicos los disfruta una clase privilegiada pero no repercuten en el bien de la mayoría de la población. Esto genera sociedades duales con una minoría muy rica y la clase pobre (la mayoría), sin existir apenas la clase media. En Guatemala (1998), por ejemplo, el 40% población con menores ingresos recibía el 10,6% de la renta nacional y el 20% de mayores ingresos recibía el 60,6% de la renta nacional (de estos el 10% se llevaba el 46%). Pero, como una pescadilla que se muerde la cola, «sin una acumulación geográfica suficiente y mantenida, las dinámicas de crecimiento no se pueden sostener, y quedan a merced de la coyuntura internacional, de las expectativas de los inversores y los caprichos de los mercados financieros» apunta Luis de Sebastián. ⁷

Esto explica la paradoja de países muy ricos en recursos naturales pero con una mayoría de la población en situación de pobreza. Por ejemplo, Bolivia es el país más pobre de América Latina —según el *Informe sobre Desarrollo Humano 2005*, en 2002, el 62,7% de los bolivianos viven bajo el umbral de la pobreza—. ⁸ Pero es también el segundo país latinoamericano más rico en gas natural —el 49% de su territorio contiene hidrocarburos (gas y petróleo)—. La gestión y control de los recursos naturales es una de los aspectos por los que más conflictos se generan y que afecta muy directamente a las comunidades indígenas que habitan dichos territorios.

A las depresiones económicas hay que añadir la inestabilidad política de numerosos de los gobiernos, y a la debilidad de las democracias, especialmente en la región andina. Los representantes políticos carecen de la representatividad y credibilidad necesaria para mantener el orden y la estabilidad, y las instituciones democráticas se muestran incapaces de canalizar las demandas de la ciudadanía, provocándose intensos conflictos y protestas sociales. La larga duración de estos problemas y el fracaso del sistema de

⁶ SEBASTIÁN DE, L., «Las economías de América Latina en 2003», en SIP (ed.), *El pulso de América Latina*, Fundación Seminario de Investigación para la Paz, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2004. P. 164.

⁷ *Ibidem*, p. 160.

⁸ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005*, Nueva York, 2005.

partidos políticos tradicionales como representantes e intermediarios entre el gobierno y los ciudadanos, ha provocado la formación de movimientos sociales organizados que exigen a los Ejecutivos cambios inmediatos.⁹ En Bolivia, por ejemplo, la gestión del gas fue el detonante del conflicto producido a finales de 2003 y que le costó la presidencia a Gonzalo Sánchez de Lozada.¹⁰ Jamil Mahuad, en Ecuador, fue derrocado en enero de 2000 por la alianza entre indígenas y militares a causa de la crisis económica que azotaba el país y, en lo que constituyó un hecho histórico respecto a la llegada al poder, aunque fuera solo por unas horas, de los pueblos indígenas.¹¹ Posteriormente, Lucio Gutiérrez, en el poder desde enero de 2003, también sería derrocado en abril de 2005. En este contexto, el movimiento indígena destaca como uno de los actores sociales y políticos más activos en países como Bolivia, Ecuador o México que expone sus demandas como derechos y tratar al poder como igual.

Emergencia indígena: contexto y organización

En los últimos 20 años se ha producido un proceso social y político denominado emergencia indígena. La reafirmación identitaria vivida por los indígenas ha mostrado el fracaso de las políticas indigenistas que pretendían la homogeneización de la sociedad en base al principio de mestizaje. La formación de un movimiento indígena, cuya capacidad organizativa y su persistencia en la reivindicación de sus derechos lo han convertido en uno de los movimientos sociales más consolidados de América Latina con proyectos políticos concretos y aspiraciones de dirigir el poder, ha condenado también los proyectos integracionistas dirigidos a los indígenas a su descalabro. Los pueblos indígenas continúan planteando demandas, reivindicando derechos y exigiendo el reconocimiento cultural con más fuerza que nunca, obteniendo importantes logros como recuperar la visibilidad que se les había negado y presentarse ante el resto de la sociedad como un movimiento organizado con derecho a participar de la vida política y de los recursos económicos de los Estados en los que habitan.

⁹ Para ejemplos concretos de la región andina véase ZÚÑIGA, N., «Bolivia, Ecuador y Perú: emergencia social e inestabilidad» en *Cartografías del poder. Hegemonía y respuestas. Anuario CIP 2005*, CIP-FUHEM, Icaria Editorial, Barcelona, 2005, pp. 277-293.

¹⁰ Véase ZÚÑIGA, N., «Demanda social y oposición estatal por recursos nacionales. El caso de Bolivia» en *Escenarios de conflicto. Irak y el desorden mundial. Anuario CIP 2004*, CIP-FUHEM, Icaria Editorial, Barcelona, 2004. Pp. 179-191.

¹¹ Véase PONCE, J., *Y la madrugada los sorprendió en el poder*, Planeta, Quito, 2000.

Cuadro 2: Etapas del movimiento indígena latinoamericano

- Años 30 y 40: aunque la resistencia comienza durante la colonia, no se puede hablar de movimiento organizado hasta este momento cuando las organizaciones eran débiles pero posibilitaron cierta visibilidad y presencia indígena. En este tiempo y hasta los años 60 y 70 los indígenas son considerados como campesinos, sus demandas hacían referencia a la cuestión agraria y se inscribían en el movimiento de izquierda y movimiento sindical. En esta época destaca la Federación Ecuatoriana de Indios (1944).
- Años 60 y 70: debido a la pauperización tras las reformas agrarias y a las diferencias con la izquierda, surgen las corrientes indianistas. Las demandas indígenas adquieren un carácter etnicista y cultural centradas en aspectos concretos como la tierra ancestral, el reconocimiento de su cosmogonía, lengua, etc. En esta época las organizaciones comenzaban a hablar en nombre de su grupo étnico en lugar de hacerlo exclusivamente en nombre de una comunidad concreta. Ejemplos: Federación Shuar (1964) en la Amazonía en Ecuador y Movimiento Tupac Katari (finales años 60). Posteriormente se crean asociaciones regionales que incluían a varios pueblos como ECUARINARI (1973) en la sierra ecuatoriana, CONFENIAE (1980) en la Amazonía ecuatoriana, AIDE-SEP (asociación en la selva peruana), CRIC (en el Cauca, Colombia), CIDOB (en el Oriente boliviano).
- Años 80: se crean organizaciones indígenas nacionales (CONAIE, 1986 en Ecuador) y transnacionales (COICA, en la Cuenca Amazónica) lo que denota una apertura e internacionalización del movimiento.
- Años 90: momento más importante de la emergencia indígena por hechos como el levantamiento del Inti Raymi en Ecuador (1990) en protesta por las medidas económicas del gobierno, y el levantamiento zapatista en Chiapas (1994). Ambos acontecimientos supusieron la irrupción de los indígenas en la política haciendo que las sociedades tomaran conciencia de la realidad plural de sus países. Marcarán el inicio de una nueva etapa en las relaciones entre indígenas y gobiernos.

La emergencia indígena se produce en un contexto caracterizado por la recuperación de las democracias en numerosos países latinoamericanos lo que favoreció la capacidad de expresión de estos pueblos. De hecho, gran parte de los reconocimientos constitucionales de la pluriétnicidad de los Estados tuvo lugar a partir de los años ochenta.¹² La adopción de medidas económicas como la privatización de las actividades comerciales y las políticas de ajuste estructural convirtieron a los indígenas en las primeras víctimas de una modernidad excluyente caracterizada por la retirada del Estado de los programas sociales.

¹² Por ejemplo El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992), Perú (1993), Bolivia (1994).

En los años 90 el fin de la Guerra Fría y la desaparición de la división bipolar entre comunismo y capitalismo facilitaron en todo el mundo el resurgimiento de identidades primarias. En América Latina se hizo posible la separación entre la lucha étnica y la lucha social, y los indígenas se vieron favorecidos en eliminar la reducción de su identidad a campesinos. Ya no era necesario interpretar la realidad indígena en códigos exclusivamente clasistas. Así lo manifestó el Subcomandante Marcos en enero de 1994 en una entrevista para el periódico italiano *L'Unità* en respuesta a la pregunta del periodista: «¿No teme que los Estados Unidos puedan intervenir como lo han hecho en otras partes de América Latina?». A lo que Marcos contestó: «Los Estados Unidos tenían antes la coartada de la Unión Soviética, temían la infiltración soviética en nuestro país. Pero, ¿qué pueden esperar ahora de un movimiento que sólo reclama justicia social? No pueden seguir pensando que estamos siendo manipulados desde el extranjero o que nos financia el oro de Moscú, visto que Moscú no existe ya...».¹³

Un acontecimiento que sirvió de catalizador de la resistencia indígena fue el aniversario en 1992 de los 500 años de la conquista de América. Los pueblos amerindios aprovecharon este hecho para manifestar públicamente que eran pueblos vivos y que había una continuidad entre los indígenas prehispánicos y los del siglo xx. Este fue el escenario propicio para que emergieran nuevas organizaciones y sirvió para el fortalecimiento del movimiento indígena creándose una conciencia indígena común.

Un factor que favoreció la emergencia fue la urbanización de población indígena debido a que las migraciones del campo a la ciudad que se produjeron como consecuencia de la pauperización tras las reformas agrarias.¹⁴ José Bengoa señala cómo en el espacio urbano los indígenas reinterpretaron su cultura adaptándola a las nuevas circunstancias sin perder su propia identidad.¹⁵ En las ciudades los indígenas encontraron importantes dificultades económicas y barreras que impidieron su acceso a los servicios públicos o al mercado laboral. Sufrieron una discriminación directa que los relegó a los cinturones de miseria de las metrópolis y a ser tratados como ciudadanos de segunda categoría. Las difíciles condiciones económicas y la falta de un espacio de reconocimiento en el ámbito urbano favorecerá la conformación de organizaciones y el surgimiento de los líderes pioneros del movimiento. En segundo lugar, la educación dirigida a los pueblos indígenas, con el resul-

¹³ Ciado en BENGOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, FCE, Santiago de Chile, 2000. P. 42.

¹⁴ Una gran parte de la población indígena latinoamericana vive en las ciudades. Por ejemplo, en Santiago de Chile habitan aproximadamente 500.000 mapuches, el doble que en el campo; en El Alto, La Paz, viven cerca de 400.000 indígenas aymaras.

¹⁵ BENGOA, J., *op.cit.*

tado contrario a la pretendida castellanización con la que se puso en práctica, contribuyó a la reivindicación de la diferencia como herramienta y demanda política.

Un tercer elemento que favoreció la emergencia indígena fue el contacto con las comunidades más aisladas procedentes de tierras bajas o zonas tropicales. El proceso organizativo indígena en estas áreas estuvo más centrado en los aspectos culturales y étnicos que el de los indígenas de la sierra o de zonas en contacto permanente con la sociedad mestiza, más influenciada por la lógica sindical y la identificación campesina. La comunicación entre ambos colectivos reforzó y alimentó los discursos étnicos.

La sensibilidad internacional en relación al tema indígena resultó fundamental para la visibilización, reconocimiento e internacionalización de su causa. Naciones Unidas constituyó un impulso adicional para otorgar legitimidad moral y política a la lucha indígena. La organización internacional abrió espacios de participación a los pueblos indígenas con la creación del Grupo de Trabajo para Poblaciones Indígenas en 1982 o el Foro Permanente en 2002, y desarrolló diversas iniciativas como la declaración de 1993 como el Año Internacional de los Pueblos Indígenas y el Decenio de 1994-2004.¹⁶ Estos espacios han posibilitado el encuentro e intercambio entre organizaciones indígenas de todo el mundo. La sensibilización por la causa indígena de otros movimientos sociales como el ecologista o el que trabaja a favor de los derechos humanos también han jugado un importante papel en situar en la agenda la situación de un sector de la población invisibilizado durante siglos. La globalización de la comunicación a través de las nuevas tecnologías y medios como internet también han contribuido a difundir sus discursos y reivindicaciones.

Todos estos factores han contribuido a la consolidación de una identidad indígena que se presenta como un grupo social con capacidad para mejorar las estructuras en beneficio de toda la sociedad, y cuya evolución en las demandas incluyen las reivindicaciones como un grupo con una cultura diferente y las demandas como ciudadanos de los Estados en los que habitan.¹⁷ Así lo expresó en 2001 el EZLN al iniciar la marcha zapatista desde Chiapas hasta ciudad de México: «Los indígenas mexicanos somos indígenas y somos mexicanos. (...) Nosotros hicimos esta bandera y sin

¹⁶ Sobre los espacios de participación de los pueblos indígenas en Naciones Unidas véase ÁLVAREZ, M., «Nuevos espacios para los pueblos indígenas en Naciones Unidas: un reto para el discurso, el diálogo y la representatividad», en *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, MARIÑO, F., OLIVA, D., (Eds.), Universidad Carlos III, DYKINSON, Madrid, 2004. Pp. 63-71.

¹⁷ Para un interesante análisis de la evolución de las demandas e identidad indígenas véase BARRIENTOS, I., «¿Nacionalismo indígena? El tránsito de una identidad étnica a una identidad nacional» en *Caminos hacia el reconocimiento*, APARICIO, M. (Ed.), *op.cit.*, pp. 251-290.

embargo no tenemos lugar en ella». «Nada solo para los indios» clamaron los indígenas en Ecuador durante el levantamiento que tuvo lugar en Quito en 2001.

Por medio de los levantamientos populares, el bloqueo de carreteras o la ocupación de lugares públicos, los indígenas se han hecho escuchar. A través de estas formas de manifestación los indígenas expresan las injusticias en la distribución de la riqueza y denuncian la marginación a la que han sido sometidos.

Preguntas y respuestas sobre la pobreza indígena: los principales debates

Alrededor del 80% de los indígenas son pobres y de estos más de la mitad extremadamente pobres. Estudios del Banco Mundial (BM) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) de los años 90 demuestran que existe una vinculación entre identidad étnica y situación de pobreza.¹⁸ Según el BID, el 25% de la pobreza en países como Bolivia, Brasil, Guatemala y Perú se debe en exclusiva a razones de raza y origen étnico. El Banco Mundial señala que ser indígena aumenta las posibilidades de un individuo de ser pobre y que la población indígena se recupera de las crisis económicas con más lentitud que la población no indígena.¹⁹

Plantear esta idea de forma general referida a los pueblos indígenas de todo el mundo hace pensar en la existencia de unas características particulares de la pobreza indígena y que tiene que ver con su carácter crónico. La pobreza indígena no responde a una causa coyuntural (como una sequía o una catástrofe natural) sino que tiene que ver con un proceso de larga data con orígenes comunes.

En general, los datos expuestos en estos estudios son resultado de una medición de la pobreza basada tradicionalmente en indicadores como el acceso a educación, salud, nivel de ingresos y gastos, y que reflejan una fotografía estática de la pobreza que hace referencia a los resultados pero no a las causas de la misma. Sin embargo, para enfrentar los procesos de empobrecimiento indígena es fundamental considerar las causas y mecanismos que los originan y perpetúan.

¹⁸ PATRINOS, H.A. y PSACHAROPOULOS, G., *Indigenous People and Poverty in Latin America: An Empirical Analysis*, BM, Washington, 1994; PLANT, R., *Pobreza y Desarrollo Indígena: algunas reflexiones*, BID, Washington, 1998 y *Indigenous People and Poverty: A Case Study of Guatemala*, BID, Washington, 1998; DERUYTTERE, A., *Pueblos Indígenas y Desarrollo Sostenible: El papel del Banco Interamericano de Desarrollo*, BID, 1997. En: www.iadb.org.

¹⁹ Banco Mundial, *Pueblos indígenas, pobreza y desarrollo humano en América Latina: 1994-2004*, BM, Washington, 2005.

¿Cuáles son las causas del empobrecimiento indígena?

Los orígenes del empobrecimiento con identidad étnica son, en términos generales, coincidentes en las distintas regiones geográficas, sin desmedro de las particularidades de situaciones concretas. Entre las principales causas comunes de empobrecimiento se encuentran:

- La pérdida de la tierra: Si entre los siglos xv y xix los indígenas fueron despojados de sus tierras a causa de la colonización, en los siglos xix y xx los gobiernos independientes llevaron a cabo la nacionalización de las tierras lo que significó la usurpación de terrenos en nombre del interés nacional. A partir de la década de 1980, y de la mano de la aplicación del modelo económico neoliberal, se procedió a la privatización de muchas tierras por parte de empresas trasnacionales y otros actores. El empobrecimiento indígena en relación a la tierra también tiene que ver con la calidad de ésta. En varios países se han llevado a cabo programas nacionales de recuperación de tierras (Colombia, Chile, Brasil, Venezuela, etc...). Pero, en ocasiones, este reparto ha respondido más a un criterio cuantitativo que cualitativo, y su mala calidad y el uso intensivo de éstas por los indígenas ha conllevado la baja producción. En otros casos el problema no es la calidad de los terrenos sino que no se reconoce ni se garantiza la propiedad sobre los recursos del subsuelo, pertenecientes al Estado. La explotación de recursos no renovables como petróleo, gas o minerales situados en tierras indígenas ha significado el desplazamiento de esta población en beneficio de las empresas extractoras de estos bienes. En estos casos los gobiernos tienden a favorecer a las multinacionales incumpliendo la protección a los indígenas regulada en el Convenio 169 de la OIT, en la mayor parte de los casos ratificado por dichos Estados. Los problemas sufridos por los indígenas a causa de la práctica extractiva y de la violación a sus derechos de consulta y participación en los beneficios genera numerosos conflictos.²⁰
- La migración y discriminación en el ámbito urbano: en las ciudades los indígenas se encuentran entre los sectores más pobres, vulnerables y marginados. Muchos no tienen acceso a un trabajo decente, ni educación ni vivienda adecuada. Reciben trato de ciudadanos de segunda categoría y a nivel laboral deben hacer frente a la discriminación y explotación.

²⁰ Sobre conflictos por recursos naturales y pueblos indígenas véase ZÚÑIGA, N., «Batalla por los recursos naturales en Latinoamérica» en *Le Monde diplomatique*, año X, n.º 124, febrero 2006. Véase también BERRAONDO, M., «Pueblos indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos. Entre la privatización y el ejercicio de los derechos humanos» en *Caminos hacia el reconocimiento. Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, APARICIO, M., (Ed.), Universitat de Girona, Girona, 2005. Pp. 141-179.

- Visiones estereotipadas y prejuicios: Existen numerosos prejuicios y estereotipos referidos a las personas indígenas que perpetúan su situación de pobreza y exclusión. Ello hace que aunque se produzca un crecimiento económico no necesariamente este se refleja en la calidad de vida de los indígenas. Ejemplo de la exclusión es la disparidad en el acceso a los servicios públicos. Algunos estereotipos son que la pobreza es un elemento de su cultura; o que son débiles, inferiores e inadaptados a la sociedad moderna occidental. En la mayoría de los casos se les define por oposición a la cultura occidental pues se les concibe a partir de las diferencias y no de las semejanzas.
- Aplicación de programas de desarrollo o anti-pobreza inadecuados: desde la década de 1990 organizaciones internacionales como el BM o el PNUD han concebido el desarrollo humano en términos económicos. Sin embargo, ante el fracaso de estos programas existe un fuerte cuestionamiento de las teorías convencionales sobre la pobreza y se plantean nuevas alternativas (ver Cuadro 3).

Teorías convencionales	Descripción	Objetivos	Problemas / críticas
<i>Crecimiento Económico</i>	Desarrollo = crecimiento económico medido por PNB per cápita. Entiende como principal causa de pobreza la falta de crecimiento económico.	El crecimiento económico mantenido «goteará» a todos los miembros de una sociedad incrementado el ingreso, inversión, producción y empleo «efecto goteo».	Si el crecimiento no modifica el sistema de producción, el beneficio será mayor para los ricos que para los pobres. Enfoque muy reducido, no considera otros factores que influyen en la pobreza.
<i>Necesidades Básicas</i>	El efecto goteo (estrategia indirecta) no es suficiente y hay que satisfacer las necesidades básicas (estrategia directa).	Satisfacer las necesidades básicas (comida, vivienda, ropa, servicios agua potable, educación, salud, transporte) con programas específicos.	Identifica los síntomas pero no las causas estructurales de la pobreza. Riesgo de permanecer al nivel de bienestar y convertirse en caridad. Definición de necesidad y de cómo satisfacerla a partir de donantes, no de destinatarios.

<i>Desarrollo Humano</i>	Concibe la pobreza como una privación del desarrollo de las capacidades de las personas para llevar a cabo el tipo de vida que valoran y larga vida. Combina tres indicadores: longevidad (esperanza vida), nivel de vida (PIB per cápita), logros educativos.	Proteger a los pobres del impacto de los programas de ajuste estructural aplicados para restaurar el equilibrio macroeconómico.	Resulta útil para comparar la situación entre países pero no aborda las desigualdades al interior de los Estados. No da información sobre los pobres. No atiende a las causas estructurales de la pobreza.
Teorías alternativas	Descripción	Objetivos	Problemas / críticas
<i>Desarrollo Autónomo</i>	Basado en la t ^a de la dependencia y desconolización, enfatiza la importancia de las estructuras sociales y económicas para el desarrollo. Es un desarrollo endógeno (basado en valores de cada sociedad), autónomo y autosuficiente, ambientalmente sólido y dirigido a una transformación estructural.	Crear un sistema económico internacional más justo a través de la disminución de la dependencia estructural y fortaleciendo la economía de cada país. Ejercitar el poder autónomo de la sociedad civil para contrarrestar los poderes del mercado y del Estado.	Las ONG ocupan los huecos ante la retirada del Estado, pero la intervención de éste es necesaria para erradicar la pobreza. En un mundo globalizado son necesarias las alianzas económicas y políticas.
<i>Desarrollo Sostenible</i>	El desarrollo es sostenible si mejora el nivel y la calidad de vida humana al mismo tiempo que garantiza y conserva los recursos naturales del planeta. Vincula las decisiones económicas con el bienestar social y ecológico.	Satisfacer las necesidades de las poblaciones presentes sin arriesgar la posibilidad de las generaciones futuras.	Existe un vacío en el diseño de instrumentos prácticos para llevar a cabo las políticas de desarrollo sostenible. Ha sido un concepto muy manipulado. En ocasiones, en nombre de proteger el medio ambiente, se ha descuidado el factor humano.

<i>Teorías alternativas</i>	<i>Descripción</i>	<i>Objetivos</i>	<i>Problemas / críticas</i>
<i>Etnodesarrollo</i>	Ejercicio de la capacidad social de un pueblo para construir su futuro, aprovechando para ello las enseñanzas de su experiencia histórica y los recursos reales y potenciales de su cultura, de acuerdo con un proyecto que se defina según sus propios valores y aspiraciones.	Descentralización, protección de la diversidad, participación, autonomía, equilibrio ecológico.	Ausencia de mecanismos claros para llevar la teoría a la práctica.

*¿Por qué han fracasado los programas anti-pobreza destinados a los pueblos indígenas?*²¹

En la actualidad se cuestiona el concepto y la forma como se ha abordado la pobreza en el último tiempo ante el escaso éxito obtenido por los programas de desarrollo puestos en práctica tanto por organizaciones internacionales, gobiernos nacionales o numerosas ONG. Este cuestionamiento adquiere especial relevancia respecto a la situación de los pueblos indígenas. Entre las causas del fracaso de estos programas se encuentran:

- Los conceptos manejados por estos proyectos de pobreza, desarrollo o necesidades básicas no han incorporado las concepciones indígenas al respecto.
- Las teorías convencionales han abordado la pobreza desde una perspectiva reduccionista basada en lo económico, obviando otras variables que influyen en la situación de pobreza.
- En general, la baja calidad de vida se ha expresado en indicadores de desarrollo humano como el nivel de ingresos y consumo, las oportu-

²¹ Para un completo estudio sobre la pobreza de los pueblos indígenas y un análisis crítico del enfoque basado en las necesidades y de la necesidad de un enfoque basado en los derechos ver KEMPF, I., *Pobreza y pueblos indígenas: Más allá de las necesidades*, CIP-FUHEM (ED.) Informe Centro de Investigación para la Paz, Madrid, noviembre 2003; y KEMPF, I., *Caminos hacia el reconocimiento. Pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, APARICIO, M., (Ed.), op.cit., pp. 291-322.

nidades de acceso a los servicios de salud y educación o la esperanza de vida. Pero estos indicadores en la mayoría de los casos reflejan las oportunidades de acceso a estos servicios pero no los resultados, ni han proporcionado una información desagregada que permita detectar los desequilibrios por motivos de sexo, origen étnico u otros factores.

- Los enfoques tradicionales de pobreza se han centrado en los síntomas de la pobreza pero no han prestado atención a las causas de ésta.
- Las teorías dominantes del desarrollo se han basado en un enfoque basado en las necesidades sin incorporar la dimensión de los derechos y, por tanto, sin medir la violación de los derechos indígenas.
- Falta de adaptación de los programas a los destinatarios. En este sentido, Luis Macas, presidente de la CONAIE, en relación al Programa de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Negro del Ecuador (PRODEPINE), financiado por el Banco Mundial, sostiene: «con esta política de cooperación, que más bien trata de aculturar, los indígenas están alejados de la responsabilidad de su destino».²²
- Falta de participación indígena en todo el proceso de los proyectos de desarrollo. Los pueblos indígenas demandan participar en las fases de formulación, evaluación y monitoreo y tener capacidad de influencia en la toma de decisiones.

Los términos del debate y los nuevos conceptos

El cuestionamiento sobre el concepto y la forma como se ha abordado la pobreza en los últimos años tiene como eje central el debate planteado en torno al enfoque basado en las necesidades o en los derechos para diseñar dichos programas.

El proceso de empobrecimiento indígena está estrechamente ligado a la negación de sus derechos. En la actualidad no se puede hablar del desarrollo de los pueblos indígenas sin referirse a conceptos como derecho al desarrollo, autodesarrollo o empoderamiento. Entender el desarrollo como un derecho de todos los individuos y pueblos implica dejar de verlo como un deseo o caridad. Esta nueva aproximación al desarrollo va acompañada de las responsabilidades y deberes que implica todo derecho, e incorpora, además de la dimensión económica, la dimensión política y cultural.

El autodesarrollo plantea que cada pueblo, en base a su identidad, ha de tener la oportunidad de decidir y conformar su propio desarrollo endógeno. Este concepto supone un vínculo estrecho entre identidad y desarrollo y concibe a

²² Entrevista realizada en Quito en noviembre de 2001.

la cultura como un elemento clave para la mejora de la sociedad. El ejercicio del derecho al autodesarrollo requiere empoderamiento y confianza en las posibilidades de un pueblo para lograr su propio desarrollo.²³

El empoderamiento se entiende como la posibilidad de controlar el propio proceso de desarrollo e implica tener control sobre los territorios y recursos naturales. UNICEF lo define como: «el proceso a través del cual las personas toman control y acción con el fin de superar obstáculos. El empoderamiento significa una acción colectiva de todos aquellos afectados que se sobrepone a todos los obstáculos de desigualdad estructural que previamente les han colocado en una situación desventajosa».²⁴ Isabell Kempf propone un modelo de empoderamiento que combina las perspectivas de los pueblos indígenas sobre el desarrollo con las teorías sobre las causas estructurales de la pobreza, en un marco conceptual que contempla cómo se distribuye el poder dentro de la sociedad. En su modelo, Kempf plantea cómo el poder económico, la participación equitativa en el desarrollo nacional (toma de decisiones), el acceso y control sobre los recursos y el bienestar (calidad de vida), son elementos de una misma espiral en la que los diferentes niveles se complementan y refuerzan entre sí. Y subraya «sin una sólida base de poder político y económico resulta difícil poseer una voz influyente de igual a igual en la toma de decisiones, o llevar a cabo un proceso de desarrollo basado en la autodeterminación».²⁵

Pueblos indígenas: actores para el desarrollo

La pobreza viola todos los derechos humanos (deniega los derechos civiles, políticos, así como los económicos, sociales y culturales) y tiene un efecto sobre la ciudadanía porque limita el acceso a la información y a los recursos necesarios para una participación social activa. Los pueblos indígenas reivindican públicamente su condición de ciudadanos y exigen la garantía de sus derechos como individuos y como pueblos.

El *Informe sobre Desarrollo Humano 2004* sostiene: «Si el mundo desea lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio y erradicar definitivamente la pobreza, primero debe enfrentar con éxito el desafío de construir socieda-

²³ Sobre autodesarrollo ver OLIVA, D., «Autodesarrollo, derechos indígenas y ciudadanía cultural: fundamentos para la convivencia en la diversidad» en CIP (ed.) *Papeles de Cuestiones Internacionales*, n.º 84 (Centro de Investigación para la Paz CIP-FUHEM, Icaria, Madrid, 2003, pp. 141-150.

²⁴ UNICEF: www.unicef.org

²⁵ KEMPF, I., «Programa de reducción de la pobreza para los pueblos indígenas: por qué se necesita un enfoque basado en los derechos», en *Caminos hacia el reconocimiento, pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, APARICIO, M., (ed.), *op.cit.*, p. 314.

des inclusivas y diversas en términos culturales».²⁶ El PNUD considera que permitir la expresión cultural plena de toda la gente es en sí un importante objetivo del desarrollo y añade: «La democracia y el crecimiento equitativo no son suficientes para acoger las crecientes demandas de inclusión social y de respeto por la etnia, la religión y la lengua materna. También se requieren políticas multiculturales que reconozcan las diferencias, defiendan la diversidad y propicien la libertad cultural a fin de permitir que todos tengan la opción de comunicarse en su propia lengua, practicar su religión y participar en la formación de su cultura, es decir, que todos tengamos la libertad de escoger quiénes somos».²⁷

Por otro lado, el desarrollo implica participación. Es en democracia, aunque débil y con problemas, como los pueblos indígenas están logrando poco a poco participar activamente en los niveles de gobierno local y nacional.²⁸ La elección de Evo Morales como presidente de Bolivia constituye un hecho inédito desde la presidencia de Benito Juárez en México en la segunda mitad del siglo XIX. Pero, sobre todo, supone una oportunidad para el cambio demandado por la sociedad. La nacionalización de los recursos naturales y la oposición a planes económicos de corte neoliberal son los ejes principales del programa de Morales, pero coincidentes también con la demanda de los movimientos sociales y los movimientos indígenas de diversos países latinoamericanos como demuestran las múltiples iniciativas de oposición al Tratado de Libre Comercio (TLC). En Ecuador, por ejemplo, la CONAIE pide al gobierno la nacionalización del petróleo y la ECUARUNARI, junto a otras organizaciones, advierten que demandarán al presidente Palacio si este no convoca una consulta popular previa a la firma del TLC de acuerdo al derecho del pueblo de participar de las decisiones que les afecten.

América Latina vive un momento de desafíos y oportunidad, marco en el que surgen propuestas alternativas de gestión económica adaptadas a la realidad latinoamericana. En Bolivia, Álvaro García Linera, elegido vicepresidente del gobierno de Morales, propone el capitalismo andino-amazónico como parte del programa económico del Movimiento Al Socialismo (MAS). Este modelo persigue la creación de un Estado fuerte, que regule la expansión de la economía industrial, extraiga los excedentes y los transfiera al

²⁶ PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, 2004 disponible en: <http://hdr.undp.org/reports/global/2004/espanol/>

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Para un análisis de la redefinición de la democracia y los desafíos que las demandas indígenas plantean a la teoría y práctica democrática ver ZÚÑIGA, N., «Redefinición de la democracia en la región andina: nuevos actores y propuestas indígenas», *Anuario CIP 2006* (próxima publicación).

ámbito comunitario para potenciar formas de autoorganización y desarrollo mercantil propias de los Andes y la región amazónica.²⁹

Los planes e iniciativas económicas *made in* Latinoamérica como por ejemplo los de MERCOSUR, la Comunidad Andina de Naciones, o en definitiva, la existencia de una agenda común de ámbito regional, unido a la mayor participación de los indígenas en el poder nacional y local, abre la esperanza a pensar en un concepto de desarrollo más acorde con la realidad.

²⁹ Citado en CARMONA, A., «Evo Morales: el renacer boliviano en clave regional» en CIP (ed.) *Papeles de Cuestiones Internacionales*, Centro de Investigación para la Paz, Icaria, primavera 2006, n.º 93.

Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de latinoamérica

Emiliano Borja Jiménez

I. ¿Existe el Derecho Penal indígena?

A. Existen sistemas punitivos indígenas

La primera cuestión que me formulé cuando inicié esta línea de investigación, era atinente a la misma existencia de un sistema normativo de resolución de conflictos, autónomo e independiente del sistema oficial, en el seno de los poblados originarios de Latinoamérica. Dicho con otras palabras, me preguntaba por la vigencia del Derecho Penal indígena. Y la respuesta fue positiva, pero con relevantes matizaciones¹.

En efecto, con esta afirmación vengo a decir que, dentro de una gran variedad de pueblos originarios de lo que hoy denominamos Latinoamérica (no en todos), encontramos un conjunto normativo que reprueba y considera como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a lo que en el derecho occidental se denominan delitos. Me refiero, de igual forma, a que ese conjunto normativo asocia a esos comportamientos antisociales determinadas consecuencias que normalmente denominamos sanciones o penas. Cuando hablo de la existencia del Derecho Penal indígena también

¹ YRIGOYEN FAJARDO (YRIGOYEN FAJARDO R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, 1999; págs. 31 y ss.), refiriéndose al derecho maya, nos ofrece los rasgos fundamentales que debe cumplir un entramado normativo para que sea considerado un sistema jurídico indígena. En líneas esenciales, estoy de acuerdo con la propuesta de la autora.

«El derecho o sistema jurídico indígena maya tiene su propio sistema de autoridades, normas y procedimientos por los cuales regula la vida social, permite resolver conflictos y regula el orden social. También incluye reglas sobre el nombramiento o designación y cambio de autoridades, así como reglas sobre las instancias y mecanismos para crear o cambiar reglas (las llamadas reglas secundarias). De acuerdo a cada comunidad varían los niveles de eficacia y legitimidad de este sistema».

quiero significar que hay un proceso formal para determinar la culpabilidad o inocencia del implicado o implicados, y para establecer, si se demuestra la respectiva autoría, la sanción correspondiente. Defiendo la tesis que afirma que son unas autoridades nativas, y no los jueces estatales de carrera, las encargadas de enjuiciar a los sospechosos. Dichas autoridades ejercen una jurisdicción propia dentro del ámbito territorial de la comunidad. Sus integrantes tienen reconocida esa potestad de dirimir conflictos y sus decisiones suelen ser acatadas por todos.

Ese conjunto normativo, salvo raras excepciones, no está escrito. Las reglas de derecho proceden de la costumbre, de la tradición. De ahí que una característica muy acusada del derecho indígena frente al derecho occidental, sobre todo en el marco de la materia penal, es que, mientras que en los sistemas continentales (sistemas oficiales de Sudamérica y Centroamérica, o Europa continental), la principal fuente de creación de delitos y de penas es la ley como instrumento normativo escrito procedente de la asamblea nacional, en los pueblos originarios de Latinoamérica las reglas jurídicas de solución de esta clase de conflictos proceden del derecho consuetudinario. Esta característica se ha querido utilizar políticamente para hablar de un sistema de justicia de los pueblos indígenas de clase inferior, o de segunda categoría frente al estatal. No, no hay derechos de primera (normas escritas) y derechos de segunda (consuetudinario). Como tendremos oportunidad de ver más adelante, tan sólo significa que la fuente de creación de normas penales es distinta: en un caso es la ley, y en otro, la costumbre.

Y este conjunto de instituciones (delitos, penas, reglas jurídicas consuetudinarias, procedimiento, autoridades...) integran un *sistema*. Con ello se quiere señalar que existe una coherencia reglada de las distintas instituciones que obedecen a una lógica conocida por todos. La reacción social ante los delitos más graves no responde, por tanto, a la arbitrariedad o a la venganza de la víctima, sino que se deriva de una ordenación institucional prevista para resolver racionalmente, estableciendo soluciones similares a casos similares, los conflictos más graves de convivencia. Afirmo, en definitiva, que los mecanismos de solución de conflictos en el seno de las poblaciones autóctonas son, en parte, jurídicos, esto es, obligatorios, dependientes de un tercero, previsibles, racionales... Si existe Derecho Penal indígena, existe en primer lugar «Derecho», lo cual significa que hay convivencia pacífica, también posiblemente conflictiva, pero reglada, y ello se opone a la imagen que tenemos los occidentales de que los indígenas se someten ciegamente a un poder tradicional regido por una total arbitrariedad.

La existencia de este ordenamiento jurídico autóctono se justifica por varias razones, las que paso seguidamente a apuntar con toda la brevedad que soy capaz de manifestar.

Conforme el Estado va abandonando a su suerte a los pueblos originarios que lo integran, a través de procesos de discriminación, de explotación o de olvido, se va fomentando, de forma natural, espontánea o forzada, un marco de actuación colectiva que incrementa la solidaridad y autonomía del grupo. He tenido la oportunidad de observar la apenas apreciable presencia de los poderes públicos en los territorios de comunidades andinas de Ecuador, o en el Altiplano boliviano, o en la selva amazónica, o en los valles de Cabagra, entre Costa Rica y Panamá, o en el archipiélago de Kuna-Yala, en Panamá, por poner sólo algunos ejemplos. En estos casos, los servicios públicos más elementales, como la canalización del agua potable, la creación y acondicionamiento de centros de salud y de educación o la construcción de una piragua común, dependen en exclusiva del trabajo comunitario que solidariamente prestan los comuneros (a través de las denominadas «mingas»), o se lleva a cabo con la colaboración de organizaciones solidarias no gubernamentales (ONGs). Ese esfuerzo colectivo no sólo se circunscribe a las actividades necesarias para estructurar y ordenar la existencia común, sino que también trasciende a otros ámbitos, como la recuperación de la lengua, de las tradiciones y de la cultura. Cuanto mayor es el aislamiento de la aldea y el alejamiento del Estado, mayor profundización suele llevarse a cabo en relación con la autonomía de la convivencia social del grupo respecto del poder público. Y viceversa, cuanto más cercana es la presencia de ese poder público y la forma de vida propiamente occidental que acarrea consigo, lo que equivocadamente se ha denominado «civilización», más posibilidades existen de que la cultura, la tradición, la cosmovisión y el modo de existencia del respectivo poblado vayan abandonando sus estructuras primigenias. Y, por supuesto, ese grado de «contaminación» que aporta la modernidad al desarrollo de la convivencia comunitaria, influye, con carácter general, en la pérdida de su propia administración de justicia.

A veces, sin embargo, gran parte de las costumbres y de las tradiciones se han extinguido por diversas causas (guerra civil y genocidio en Guatemala, conflicto armado en Colombia, graves conflictos internos en el seno de los resguardos en Costa Rica), pero determinados movimientos políticos de organizaciones indígenas ponen el acento en la emancipación y en la recuperación de esas costumbres y tradiciones. Aquí destacan dos momentos muy relevantes al respecto. La aprobación de la Convención 169 de la OIT, «sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes» y la celebración o condena del V Centenario del Descubrimiento de América, que coinciden en el tiempo (entre finales de la década de los ochenta y principios de la de los noventa del pasado siglo), movilizaron a muchos pueblos y etnias a reivindicar un espacio dentro del Estado, en el que se les reconociese su cultura, su tradición, su identidad como nación, y por supuesto, entre otros, también su derecho a resolver sus conflictos conforme a sus propias normas, bajo sus

procedimientos y ante sus autoridades. Esa voluntad emancipadora ha llevado a que las mismas comunidades, o determinados movimientos ideológicos dentro de su seno, hayan comenzado a recuperar el espíritu de su propio ordenamiento tradicional, creando tribunales que enjuician sus propios conflictos al amparo del mismo Convenio 169 de la OIT o de los correspondientes textos constitucionales².

La existencia de sistemas penales originarios en Latinoamérica también es constatada por la realidad jurisprudencial. Uno de los órganos constitucionales que ha sentado una sólida doctrina en esta materia, es la Corte Constitucional de la República de Colombia. A través de sus decisiones, ha ido elaborando una auténtica teoría científica en el campo del Derecho indígena que, hoy por hoy, desde mi punto de vista, se constituye aquí en una de las fuentes de conocimiento más autorizadas y solventes. Y este mismo Tribunal no ha dudado en ningún momento en considerar, en el ámbito geopolítico que corresponde con el territorio del Estado de Colombia, la existencia de un auténtico Derecho Penal indígena. Así, ha interpretado que, conforme a la Constitución de este país, cualquier persona que sea reconocida en el grupo tribal como autoridad puede ejercer la función jurisdiccional de resolver los conflictos más graves de convivencia e imponer la correspondiente sanción, la cual puede ser más benigna o más severa que la que correspondería con arreglo al Derecho estatal para idéntico comportamiento. Incluso admite esta

² Siguiendo con mi experiencia personal, voy a destacar dos supuestos a título de ejemplo.

Así, la guerra civil acontecida en Guatemala, y la política de exterminio sistemático que sufrieron muchas de sus comunidades, borraron de la existencia comunal el sistema de autoridades, y gran parte de sus valores religiosos y tradicionales. También, por supuesto, su derecho consuetudinario y las diferentes formas de enjuiciamiento que se empleaban para resolver sus propios conflictos. Tras los Acuerdos de Paz, y con el auge del movimiento indígena en toda Latinoamérica, comienza a renacer un espíritu de emancipación, de recuperación de parte de lo perdido que constituye su propia identidad, la esencia de la nación indígena. Surgen entonces organizaciones que pretenden recuperar, entre otras muchas cosas, también el derecho maya. Entre estas organizaciones podemos citar las dos más conocidas, Defensoría Maya y Defensoría Indígena. La primera ha editado algunas obras que explican en qué consiste ese derecho maya y la forma en que se ha de aplicar con independencia de las normas oficiales del Estado. Destaco, entre estas obras, las siguientes: DEFENSORÍA MAYA: *Eela tatine'. Construyendo el pluralismo jurídico*. Guatemala, 2001. DEFENSORÍA MAYA: *Nociones de Derecho Maya*. Guatemala, 2000. DEFENSORÍA MAYA: *Suk 'b'anik. Administración de Justicia Maya. Experiencias de Defensoría Maya*. Guatemala, 2001.

El segundo ejemplo que quería señalar es el que protagonizan los bribri, una comunidad que se encuentra en Panamá y Costa Rica, fundamentalmente en este país. En el resguardo de Cabagra, después de muchos conflictos internos generados por problemas de titularidad de la tierra, se aprovechó la ratificación por parte del país centroamericano del Convenio 169 de la OIT para crear un Tribunal de Derecho Consuetudinario, y ahora se intenta recuperar esas costumbres que establecían los mecanismos para resolver los atentados más graves a la convivencia de la comunidad.

Corporación la posibilidad de que se tipifiquen en el derecho indígena, como delitos o faltas, conductas que no gozan de esta calificación en el ordenamiento estatal³. En otra ocasión, la Corte Constitucional reconoce de forma muy amplia la capacidad de los pueblos indígenas para crear y aplicar sus propias normas penales, siempre y cuando se respeten unos límites muy básicos: respeto a unos mínimos en el marco de los derechos fundamentales (que se concretan en el derecho a la vida y a la integridad física, prohibición de tortura y prohibición de esclavitud), legalidad del procedimiento, del delito y de la pena⁴. Y no se ha opuesto a que comunidades indígenas de reciente creación que pretenden recuperar su derecho consuetudinario, determinen su propio sistema punitivo, siempre que se respeten ciertos principios, como éste que impone la necesidad de que la pena sea proporcional al delito⁵. De

³ Sentencia de la Corte Constitucional núm. C-139/96.

⁴ Sentencia de la Corte Constitucional núm. T-349/96. Desde luego, legalidad del proceso, del delito y de la pena no se puede entender como previsión normativa escrita emanada de una asamblea parlamentaria, sino que, como la propia Corte explica, adquiere el significado de procedimiento, hecho y sanción que siguen unas reglas consuetudinarias establecidas con anterioridad a su perpetración, de tal forma que la consecuencia a determinada actuación delictiva es meridianamente previsible para cualquier miembro de la comunidad. En este curioso supuesto que era objeto del correspondiente recurso de tutela, la Corte Constitucional colombiana admitió los diferentes tipos de homicidio existentes en la tradición de la etnia embera-chamf: «Dentro de la comunidad el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. De este modo, se castiga con tres años el homicidio que comete un padre en la persona de un jaibaná (hechicero) cuando éste sospecha que su hijo murió por causa del último; con cinco años el homicidio que se comete en estado de embriaguez; con seis años el homicidio del esposo de una mujer del que se está enamorado (a la mujer se le castiga con 3 años de cepo y trabajo forzado por provocadora); y con ocho años el homicidio que comete un jaibaná haciendo uso de sus poderes sobre las fuerzas de la naturaleza (el castigo es particularmente grave por el estado de indefensión de la víctima)». Incluso aceptó como penas constitucionalmente admisibles las previstas por la costumbre de trabajos forzados en favor de la comunidad durante el día y la aplicación del cepo durante la noche. La concesión de la tutela al demandante y la anulación de la decisión de la comunidad de castigarlo se debió a que ésta no había dictado su sentencia con arreglo a su propia tradición, y le impuso al sujeto una condena que excedía notablemente de la pena que el derecho consuetudinario marcaba para el tipo de homicidio que perpetró el solicitante de la tutela constitucional (tres años de trabajos forzados y cepo marcaba la costumbre, y fue condenado a ocho años, primero, y veinte después).

⁵ En una de las más relevantes resoluciones en esta materia de la Corte Constitucional colombiana, Sentencia núm. T-254/94, un poblado indígena impuso la sanción de expulsión a uno de sus miembros al que acusó de perpetrar varios hurtos. El Tribunal aceptó la forma de enjuiciamiento y la autoridad del órgano que impuso la mentada pena, pero otorgó la tutela al demandante porque entendió que el destierro del condenado y de su familia era desproporcionado y afectaba a miembros inocentes (su familia). De ahí que decidiese que la comunidad impusiese otra sanción más acorde con ciertos principios básicos del Derecho Penal. «La conducta punible por la que el petente fue sancionado se relaciona con el hurto de cultivos, anima-

hecho, ha llegado a considerar que, cuando se satisfacen determinados requisitos territoriales y personales, el indígena adquiere un auténtico derecho a su propio fuero, esto es, que es titular de una facultad para que sea enjuiciado conforme a sus normas y procedimientos, y por las autoridades tribales correspondientes⁶.

Existe, pues, en algunos pueblos originarios de Latinoamérica, un sistema de reglas autóctonas que están destinadas a resolver los conflictos más graves de convivencia. Existen procedimientos para determinar la presencia o ausencia y el grado de responsabilidad de los acusados. Y existen autoridades encargadas de aplicar esas reglas y dirigir los correspondientes procesos. Sobre la existencia de este sistema penal, no hay ninguna duda. Podría aportar más argumentos, como la propia aprobación del Convenio 169 de la OIT, que reconoce a los pueblos originarios el derecho a impartir justicia con arreglo a sus propias normas, reconocimiento que en buena lógica implica una previa existencia. Podría citar como argumento los muchos casos que se han juzgado por instancias judiciales o supra-judiciales, y en los cuales se toma ya en consideración un enjuiciamiento anterior conforme a un ordenamiento jurídico indígena⁷. Pero, vuelvo a reiterar, no es necesario seguir profundizando en un mayor nivel argumentativo para intentar demostrar aquello que aparece como evidente.

les y productos agrícolas. La sanción impuesta por la comunidad indígena fue la de expulsarlo junto con su familia del territorio indígena. Según el afectado, las directivas no aceptaron su propuesta de ausentarse voluntariamente siempre y cuando permitieran que sus hijos permanecieran en la parcela a él adjudicada».

⁶ Sentencia núm. T-496/96: «2.4.2. El conflicto de competencias entre la jurisdicción páez y la Jurisdicción Nacional. Derecho al reconocimiento del fuero indígena. De acuerdo con lo establecido en esta providencia, el fuero indígena conjuga dos elementos: el personal, que establece que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y el territorial, que permite a cada comunidad juzgar las conductas que tengán ocurrencia dentro de su territorio».

⁷ Entre la jurisprudencia más relevante, y que no ofrece lugar a dudas, se encuentra la emanada del Tribunal Constitucional colombiano. Entre otras, han de tomarse en consideración, y a título de ejemplo, las siguientes resoluciones: Sentencias T-567/92, T-380/93, C-058/94, T-254/94, C-139/96, T-349/96, T-496/96 y T-523/97. Tal y como han puesto de manifiesto otros colegas especialistas en derecho indígena, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano representa en este marco una de las doctrinas más autorizadas y fundamentadas tanto en el plano teórico como en el práctico.

No quisiera dejar de citar aquí una importante obra de diez volúmenes (publicados hasta el momento presente, si no estoy equivocado), que se denomina «Justicia comunitaria», realizada al amparo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, patrocinada por el Banco Mundial y publicada en la capital La Paz entre 1997 y 1998. Aquí se recogen muchos casos en los que aparecen claramente las reglas y los procedimientos autóctonos de resolución de conflictos independientemente del sistema oficial.

Existe el Derecho Penal indígena, o, si se quiere, existe ese sistema reglado de infracciones y sanciones que aporta soluciones ante los hechos que constituyen los conflictos más graves de convivencia.

Cuestión distinta es el grado de evolución, diferente en cada pueblo, en cada aldea, en cada comunidad. En los ordenamientos jurídicos autóctonos se puede apreciar una mixtura de instituciones originarias con otras que proceden de la época colonial. Así, algunas sanciones, como la aplicación del fueite o el cepo, son oriundas del derecho español anterior a la independencia. Pero ello no debe constituir ningún obstáculo para afirmar que se trata de un ordenamiento autóctono. Todo sistema jurídico viene a ser conformado por instituciones de la propia tradición, y otras que han ejercido una fuerte influencia desde culturas y civilizaciones diferentes. No existe ningún sistema jurídico en «estado puro», sino que todos son el resultado del espíritu de la influencia de las culturas que han ejercido su peso en la nación correspondiente a lo largo de su desarrollo histórico. El propio sistema penal español muestra todavía instituciones que proceden del derecho romano, del derecho germánico, del napoleónico, del anglosajón, o de los actuales alemán o italiano. Es lógico, por tanto, que el derecho indígena manifieste una gran influencia del derecho español de la colonia.

Realizada esta afirmación, tampoco quisiera caer en la ingenuidad de creer que nos encontramos ante un sistema siempre equitativo en el que se imparte de forma impecable la justicia comunitaria. No es así. En ocasiones, se utilizan las estructuras de poder de las autoridades para hacer valer determinados intereses. También se conocen casos en los que se instrumentaliza el aparente recurso a una institución de derecho consuetudinario como mecanismo de venganza particular. Pero estas imperfecciones del funcionamiento del sistema de administración comunal no deben llevarnos a la idea de que se constituye en la regla general. Siuviésemos que exigir un funcionamiento óptimo al mismo sistema estatal de justicia, acabaríamos rechazándolo, y especialmente en los países latinoamericanos (también en España, la administración de justicia es muy desvalorada por la generalidad de la ciudadanía). Lo relevante a estos efectos, es que en el momento actual existe una fuerte conciencia de querer resolver los conflictos en el seno de las comunidades conforme al propio derecho, y esa voluntad va dirigida a satisfacer el objetivo de pretender mejorar la aplicación de las reglas destinadas a solucionar los problemas. La cuestión no radica tanto en el cúmulo de imperfecciones, existentes en uno y otro ordenamiento (el comunitario y el oficial), sino en dilucidar en el ámbito interno de la comunidad, cuál de los dos derechos, el originario o el estatal, resuelve de manera más satisfactoria (y, por qué no decirlo, más justa) los conflictos que surgen en su seno. Pero este planteamiento responde al final al que se quiere llegar, y no al principio, donde estamos. Dejaremos para las conclusiones la duda que se acaba de reiterar.

Hay que tener presente, no obstante, que no nos encontramos ante un sistema sancionador homogéneo. Es decir, existen tantos ordenamientos amerindios como poblados de las distintas etnias que los conservan y aplican. La forma de castigar de los quechua de Cotacachi, por ejemplo, no tiene nada que ver con la empleada por los kuna de Tubualá. Eso sí, vamos a encontrar ciertos elementos comunes en la mayoría de los conjuntos normativos originarios, cuya base precisamente constituye el contenido esencial de la presente aportación. La heterogeneidad, no obstante, es una característica que deriva de la rica diversidad de culturas aborígenes. Esa diversidad cultural nos muestra cosmovisiones, folclores, ritos, lenguas, costumbres y tradiciones, formas de vida, en definitiva, que van variando de etnia en etnia, de poblado en poblado, de aldea en aldea. Evidentemente, el derecho es un mecanismo de regulación de la propia coexistencia de los grupos humanos integrantes de cada pueblo. Por eso deberíamos de hablar, ya no de derecho indígena, sino de derechos indígenas, en la medida en que vamos a encontrar tantos sistemas jurídicos en Latinoamérica como comunidades originarias diferenciadas con cierta autonomía jurídica.

B. *El derecho indígena es, con carácter general, derecho consuetudinario*

A lo largo de los tiempos, la transmisión de los conocimientos en el seno de los pueblos originarios de Latinoamérica se ha llevado a cabo de forma oral. La tradición ha ido pasando de padres a hijos, y con ella, la historia, la cultura, la religión, y también, las normas básicas de convivencia. Dichas normas básicas de convivencia son aceptadas generalmente como obligatorias mediante procesos psicológicos de internalización en la reiteración de pautas sociales. A través del uso, de las prácticas ancestrales, de la costumbre en definitiva, los sujetos entienden que determinadas reglas son obligatorias y que existe, por encima de ellos, un sistema de sanciones aplicables para el caso de su incumplimiento o violación. Con otras palabras, estamos afirmando que el derecho indígena es derecho consuetudinario por su propia naturaleza. El catálogo de normas que regula la vida social de cada comunidad no es escrito, sino que se conoce a través de la costumbre.

Esa costumbre es la que define las infracciones criminales y la que les otorga el correspondiente castigo. Esa costumbre es la que establece las autoridades que dirigen el procedimiento, la forma en que se desarrolla el proceso y se dictamina la absolución o condena del acusado.

Tal y como he señalado en varias ocasiones, este derecho indígena, precisamente por su carácter no escrito, es un derecho vivo y en permanente evolución, cristalizada por un constante proceso dialéctico de resistencia al derecho oficial, y al mismo tiempo, viene caracterizado por asimilar su pro-

pia influencia⁸. Este orden jurídico convive con el estatal, y no se encuentra ni aislado ni en absoluto paralelismo con éste. Dependiendo del grado de complejidad de la sociedad nativa de que se trate, de su convivencia con el sistema de vida occidental, y de la interacción del mundo indígena con el mundo no indígena, observaremos distintos órdenes de competencia, con un mayor o menor grado de influencia y de actuación.

Y, en efecto, aquí la forma de comunicación de los pensamientos, de las ideas, de las reglas de religión, cultura y derecho es a través de la tradición oral. Las normas penales, por tanto, son creadas por la costumbre⁹. Ésta es el producto de una tradición milenaria que ha ido creando las conductas prohibidas (que los occidentales denominamos delitos) y estableciendo los mecanismos de sanción que reprimen esos comportamientos estimados como reprotables.

¿Significa ello que no hay derecho indígena escrito? Aunque excepcionalmente, encontramos algunas normas de los pueblos originarios que se hallan reglamentadas. Dichas normas no se pueden confundir con la legislación que el Estado elabora en relación con comunidades indígenas. Este es derecho estatal indigenista, empero, pero no es derecho indígena, que es el que ahora nos ocupa. Estos supuestos de derecho indígena escrito, sin embargo, son excepcionales.

En conclusión, hay contundentes evidencias de que en Latinoamérica existen varios sistemas punitivos en el ámbito territorial y personal de ciertos pueblos indígenas, los cuales están reconocidos constitucionalmente, y se encuentran vigentes en la actualidad¹⁰. En los siguientes apartados, vamos a examinar los principios fundamentales de los ordenamientos sancionadores de los pueblos originarios de Latinoamérica¹¹.

⁸ Pongo por ejemplo la siguiente cita: «El derecho consuetudinario en Bolivia, contrariamente a lo que muchos pudieran pensar, es parte intrínseca de un pluralismo jurídico vigente recientemente reconocido de manera formal por la constitución. Su vigencia tiene una trayectoria histórica importante como resultado de una doble relación con los sectores dominantes: la de la resistencia por mantener sus estructuras comunitarias autónomas frente al Estado, pero al mismo tiempo, la de la asimilación de las prácticas dominantes en un proceso lento de homogeneización sociocultural, como veremos más adelante». MOLINA RIVERO R. (consultor), *El derecho consuetudinario en Bolivia*, Justicia comunitaria 9, La Paz, 1999; pág. 36.

⁹ Sobre el sistema jurídico indígena como derecho consuetudinario, la obra de ARÁOZ VELASCO, R., *Temas jurídicos andinos hacia una antropología jurídica*, Oruro, 1991; págs. 33 y ss.

¹⁰ «El derecho indígena, si bien es múltiple, complejo e histórico, existe como un conjunto de sistemas de regulación jurídica que se diferencian de los sistemas hegemónicos de derecho». DURAND ALCÁNTARA, C. H., *Derecho indígena*, México, 2002; pág. 48.

¹¹ Señala VELÁSQUEZ, y con razón, que el Derecho Penal precolombino no murió con la colonización española. Muchas de las prácticas penales aborígenes se siguen entre las escasas tribus que aún subsisten, en medio de la discriminación y el atropello. Evidentemente, este Derecho Penal indígena ha ido evolucionando, pero, entre los estudiosos, nadie duda de la existencia de los sistemas jurídicos originarios. VELÁSQUEZ F., *Derecho Penal. Parte General*. 3ª Edic. Bogotá, 1997; pág. 225.

II. Principios orientadores del sistema sancionador indígena

En el presente apartado se analizarán los principios básicos en torno a los cuales se estructura el Derecho Penal indígena. Me interesa destacar aquí aquellos postulados que son inherentes al ordenamiento consuetudinario indígena y que acentúan ciertas diferencias con el sistema oficial de Justicia.

De todo lo expuesto hasta aquí, por tanto, podemos llegar a una primera conclusión que nos conduce a considerar que ni tan siquiera los principios de legalidad y culpabilidad son universales en todo sistema de Derecho Penal. Al menos, en los ordenamientos sancionadores de los pueblos originarios de Latinoamérica, dichos axiomas, o no existen, o adquieren otra dimensión.

Ya se ha visto que es posible, y en la mayoría de las ocasiones, necesario, otorgar a la costumbre el rango de primera fuente de los delitos y de las penas en los sistemas normativos aborígenes, porque la transmisión oral de los conocimientos, cultura y tradiciones sustituye a los procedimientos escritos de información social propios de los sistemas occidentales. No se requiere que la norma penal proceda de un parlamento porque no existe una cámara nacional de representación política de los pueblos aborígenes, sino mecanismos asamblearios de participación de todos los miembros de la comunidad a través de procesos de democracia directa. Tampoco se puede exigir la existencia de jueces de carrera, de abogados letrados, de fiscales ordinarios. Pues el juez es sustituido por el Cabildo o el Consejo, el abogado encuentra su plasmación en un lego que conoce las reglas y normas consuetudinarias, y el fiscal no existe porque la acusación puede proceder de la misma comunidad, del hechicero o del jefe. No podemos, por tanto, exigir la implantación del principio de legalidad penal, de sus garantías y manifestaciones, en ámbitos sociales con sistemas de vida, de cultura, de comprensión del existir cotidiano y trascendental tan diferentes a la concepción social, política y cultural del mundo occidental. Se puede pretender, por el contrario, alcanzar mínimamente los fundamentos del principio de legalidad penal, esto es, seguridad jurídica, representación democrática e igualdad de todos los ciudadanos. Pero no tanto por el hecho de trasladar una de las bases del sistema penal occidental al ordenamiento de los pueblos originarios, sino porque estos tres aspectos señalados constituyen la base de la dignidad humana, sustrato de todos los derechos fundamentales y libertades públicas aceptados en un consenso de las grandes civilizaciones actuales.

Y se puede apreciar que estos tres fundamentos son satisfechos en los diferentes sistemas punitivos examinados. La seguridad jurídica se alcanza dentro de grupos muy poco numerosos en los que cada uno conoce perfectamente el ámbito de lo prohibido y la consecuencia que acarrea infringir la norma. El carácter democrático de la institución no se pone en duda cuando

es la propia comunidad la que impone, enjuiciamiento tras enjuiciamiento, el catálogo de comportamientos humanos que se consideran delictivos y las correspondientes sanciones. Y la igualdad de trato de sus ciudadanos se respeta si se siguen los procedimientos consuetudinarios de solución de conflictos y las respectivas reglas que cada pueblo establece para tutelar las bases de la convivencia comunitaria. Si se prescinde, por tanto, del principio de legalidad, es porque sus fundamentos, que se mantienen, adquieren una dimensión muy distinta en el ámbito jurídico-penal de los pueblos tribales de Latinoamérica.

A similar conclusión llegamos en el marco del principio de culpabilidad. La mayoría de las manifestaciones de este axioma no se presentan en el Derecho Penal indígena porque los valores individuales aquí se supeditan en favor de los intereses del grupo. La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en los pueblos originarios, que se hallan en el propio fundamento del principio de culpabilidad, no se conciben fuera del origen étnico, de la representación de la cultura indígena, de la imagen del grupo de procedencia. El individuo es lo que es en tanto que es miembro de una determinada comunidad. Y este pensamiento modifica notablemente la concepción de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que a él, por el mero hecho de nacer como ser humano, se le atribuyen.

En la cultura occidental prima el individuo y el individualismo, mientras que en las culturas amerindias, prima el grupo, la comunidad, el ayllu, el patrilinaje y los valores de la tradición que encarnan, entre ellos, también los derechos del colectivo.

Si se tiene presente esta peculiaridad cultural, entonces se comprenderá que la exigencia de la responsabilidad por el acto aislado cede en muchas ocasiones en favor de la responsabilidad por la forma de conducción de vida, pues el componente de fuerte integración social no acepta hechos individuales sino comportamientos históricos. El principio de personalidad también cede (en ocasiones) ante la culpabilidad del grupo, del clan o del patrilinaje, pues al colectivo se le responsabiliza de la educación y de la conducta del nativo. La presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso en general, necesitan, según estos parámetros, ser interpretados bajo otra lectura diferente, pues los valores de la paz y del equilibrio social requieren que se tomen en consideración otros componentes supraindividuales de notable importancia.

Queda claro, pues, que los postulados de la legalidad y de la culpabilidad, tan relevantes e imprescindibles en el sistema penal occidental, se diluyen o incluso desaparecen en los ordenamientos penales aborígenes de Latinoamérica.

Voy seguidamente a señalar algunas características que manifiestan otros principios propios del sistema de infracciones y de sanciones de los pueblos originarios.

Se ha podido comprobar que el principio de culpabilidad entendido bajo los presupuestos del pensamiento occidental, se relaja bastante cuando nos encontramos ante ordenamientos punitivos indígenas. Incluso es posible negar su existencia como tal en estos ordenamientos. Y para nuestra mentalidad occidental, puede que ello sea inconcebible, pero es preciso estructurar nuestro esquema de comprensión de la realidad que analizamos desde la perspectiva de sus actores, también desde la perspectiva indígena¹².

Un principio fundamental que rige la vida social de los pueblos originarios, y por supuesto, también su derecho, es el denominado principio de reciprocidad, del equilibrio o de la paz social. Repito, también su sistema penal se ve influido notablemente por este axioma.

Los sistemas sociales más arcaicos o primitivos (términos que no formulo peyorativamente, sino en el sentido de menos influidos por la «colonización»), se estructuran bajo una intensa cohesión del grupo, de tal forma que mantener la paz o el equilibrio entre las diversas familias, se presenta como función rectora de toda la vida de la colectividad por encima, incluso, de intereses particulares. Visto desde este prisma, acontecimientos que desde la perspectiva «occidental» se entenderían como estrictamente «privados» (adulterio u ociosidad), en los grupos amerindios trascienden de ese mero campo particular porque representan desajuste social, pérdida del equilibrio respecto de los colectivos integrantes, y, en última instancia, ruptura de la paz social. El principio de la paz social, del mantenimiento del equilibrio de las fuerzas comunitarias en pugna, aparece con gran relevancia en los sistemas jurídicos indígenas¹³.

Ese relajamiento del principio de culpabilidad se producía precisamente porque ante la perpetración de estos hechos «antisociales», la propia comuni-

¹² He intentado extraer estos axiomas generales como los más comunes a la mayoría de los pueblos originarios de Latinoamérica. Así por ejemplo, y a título de resumen, para comunidades mayas de Guatemala, se señala lo siguiente: «En este sentido se ha observado el camino que se sigue en las comunidades en la búsqueda del orden comunitario, familiar y personal. Se ha comprendido que la ruta más utilizada es la *búsqueda de la conciliación basada principalmente en un discurso, en una reflexión moralizadora, en un acto negociador y en la búsqueda de la restitución*».

¹³ Podría señalar muchos ejemplos de ruptura de la paz y de guerras entre clanes de una misma comunidad por no respetarse el propio derecho, y romper ese principio del equilibrio que se encuentra en la base de todos sistema jurídico indígena. Voy a citar tan sólo el caso que nos comenta GUERRA CURVELO, W (*La disputa y la palabra. La ley en la sociedad wayuu*, sin ciudad ni fecha, pág. 104), en el que sobrevino la guerra entre dos clanes por incumplimiento de uno de ellos de asumir las responsabilidades económicas de uno de sus miembros que había dado muerte a un comunero de la estirpe que reclamaba: «Ante la negativa de Pablo, los familiares de Ángel González se alían con Kemeranta y sobreviene el enfrentamiento armado con la facción de los Ipuana, facción encabezada por Pablo y apoyada por Joseíto Ipuana. El resultado es de varias personas muertas en ambos bandos, la pérdida de animales y la destrucción de algunas tumbas de los parientes de Kemeranta».

dad tiene más interés en restaurar el orden que en velar por la intangibilidad de la dignidad humana del individuo¹⁴.

El valor preponderante que se le asigna a la paz social, y la necesidad de mantener la integración y la cohesión del grupo, explican los principios de mediación y de fuerte prevención especial en el ámbito de la elección y de la imposición de la pena al infractor declarado culpable¹⁵.

El Derecho Penal indígena es, ante todo, un Derecho de mediación¹⁶. El delito en las sociedades originarias de Latinoamérica refleja el peligro de descomposición del grupo y de división social. La consecuencia jurídica del delito, la pena, no pretende expresar solamente el castigo representativo de la reprobación social, sino, sobre todo, se busca restaurar el equilibrio de la vida social del grupo y alcanzar la paz rota por el comportamiento del autor¹⁷. De ahí que la imposición de la sanción no sea tan sólo una cuestión que afecta a la víctima, al infractor y a la autoridad legitimada para impartir justicia, sino que alcanza a la comunidad en

¹⁴ «Para los occidentales, el delito implica responsabilidad individual y personal que trae por consecuencia una sanción, expresiva de la reprobación social por la conducta del culpable y la retribución expiatoria por este (castigo), quien sufre una pena, generalmente privativa de la libertad. En las sociedades primitivas el «delito» es un acontecimiento que redunde en desequilibrio de las formas sociales y de los procesos lógico clasificatorios que cimientan la sociedad que haya sido afectada por él; la responsabilidad de restaurarlos recae en el grupo (clan-linaje) al que pertenece el que actuó causando el desequilibrio, y eso puede explicar por qué en el seno de ciertas sociedades (como los beréberes en África del Norte), quien causa el daño no es el que lo repara, «aunque por supuesto, los sentimientos ultrajados pueden llevar a cometer atentados contra él» o por qué el encarcelamiento no constituye ninguna solución para el grupo que ha perdido algo. En la sociedad de Occidente lo que predomina es el castigo, en las sociedades exóticas predomina el equilibrio» BENÍTEZ NARANJO, H. N.: *Tratamiento jurídicopenal del indígena colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá, 1988.; pág. 157.

¹⁵ En este sentido, IRURETA G., *El indígena ante la ley penal*, Caracas, 1981; pág. 21: «La trasgresión de las prohibiciones reconocidas y aceptadas por el grupo, acarrea una sanción que las más de las veces es aplicada con el fin de restablecer la armonía social quebrantada y reconciliar al culpable con la comunidad». En el archivo del autor.

¹⁶ «No hay una preexistencia absoluta de la pena en el sentido del imperativo Kantiano, es decir, el que a una determinada conducta típica corresponda una pena predeterminada. La pena es discutida y a veces negociada según el caso particular y teniendo en cuenta el monto del pago social de compensación concomitante». PERAFÁN SIMMONDS, C. C.: *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*. Cocultura. Bogotá. 1995.; pág. 40.

¹⁷ Esta diferencia entre los ordenamientos punitivos indígenas y el estatal es apreciada por la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-523/97, cuando establece el fundamento y razón de ser en determinadas sanciones en una y otra comunidad: «La sanción del fueite, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado».

su totalidad, pero no entendida como ente abstracto que se encuentra distante y por encima de sus miembros, sino que la sombra del hecho antisocial suele cubrir a cada uno de los miembros, a cada una de las familias y linajes, a cada grupo fundamental del colectivo. Por esta razón, en muchos ordenamientos punitivos indígenas la decisión de la pena a imponer constituye un auténtico proceso de negociación que se abre en dos direcciones distintas.

Por un lado, a través de la asamblea en la que suele reunirse toda la comunidad para determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto, e imponerle la sanción en su caso, los diferentes clanes y familias tratan de llegar a un acuerdo sobre el tipo de pena, su duración y forma de cumplimiento para evitar de este modo las guerras ancestrales y mantener el orden en la aldea¹⁸.

La segunda vía de transacción en el marco de la imposición de la sanción se lleva a cabo entre la misma comunidad (bien directamente, bien representada por las respectivas autoridades) y el propio condenado. En la medida en que se intenta siempre mantener la paz, se pretende incluso que el propio infractor quede conforme con la resolución de la asamblea para de esta forma poder alcanzar así el orden y el equilibrio respecto de todos los miembros de la misma, incluyendo al propio acusado.

El proceso de mediación con el sujeto, en delitos que no son muy graves, comienza incluso antes de que se establezca procedimiento de sanción alguno, advirtiendo privada o públicamente al sujeto, amonestándole, etc¹⁹. Por poner un ejemplo, en los supuestos de violencia doméstica, la actitud

¹⁸ En este punto, traigo a colación la sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional colombiana, la cual expresa las opiniones de los peritos antropológicos que realizaron el correspondiente estudio respecto de la comunidad embera-chamí. «En este punto, tanto en el estudio como en el escrito enviado a la Corte, se enfatiza en la importancia de la articulación de los dos sistemas para que el proceso adelantado cumpla su función preventiva de las venganzas de sangre. De ahí la importancia de que dentro del proceso que se lleva a cabo en las reuniones, ya sean veredales o generales, (sistema centralizado) estén representados los patrilinajes (familias extensas) de todas las partes en conflicto. Representación que conlleva también la posibilidad de ser jueces de la causa. Por esta razón, la decisión se toma en una reunión veredal sólo si todas las partes pertenecen a una misma vereda; de lo contrario, la decisión deberá tomarse en una reunión general. También se deciden en las reuniones generales las faltas muy graves». «En nuestro concepto, existe un alto valor que el pueblo embera-chamí le atribuye a la posibilidad de sancionar las conductas de sus miembros. Y dicho valor no se relaciona con otro aspecto diferente a aquel de la paz. El pueblo embera-chamí es altamente conflictivo, habiendo involucrado histórica y culturalmente el conflicto como una estrategia de supervivencia y de ocupación territorial. En estos casos, en los cuales una cultura hace del conflicto una estrategia de su propia supervivencia, es crítico el manejo interno del conflicto, ya que la imposibilidad o incapacidad de manejarlo a nivel de sus estructuras internas, puede acarrear el desbordamiento del conflicto meramente oral y de sentimientos, en la guerra tribal sin control».

¹⁹ Este carácter de mediación de los sistemas punitivos indígenas fue un punto de referencia en las etnias de Ecuador, que se expresó en la mayoría de las entrevistas que realicé en la cuarta semana del mes de noviembre de 1999, durante mi estancia en este país, especialmente las mantenidas con la Dra. Gina Chaves, el Dr. Julio César Trujillo y la Dra. Nina Pakari.

agresiva del comunero con su mujer afecta a la integridad física y psicológica de la víctima, a su dignidad, y también a la tranquilidad de la comunidad. Ésta puede apercibir en varias ocasiones al sujeto para que respete a su mujer y a la propia colectividad, y no arme tanto escándalo. Si el comunero no se aviene a los apercibimientos de la autoridad, se le obliga, por ejemplo, a permanecer en la casa comunal con su mujer para que hablen y de esta forma puedan alcanzar un acuerdo. Si esta medida no soluciona el problema, se puede llegar a decidir, finalmente, sancionar al infractor, y del elenco de sanciones del que disponen las comunidades para castigar estos supuestos, se suele optar por aquélla que mejor se corresponda con la naturaleza del hecho perpetrado y con la personalidad del infractor. Pero fundamental para la imposición de la pena suele ser el hecho de que el propio condenado esté de acuerdo con el tipo de consecuencia jurídica y la forma de su aplicación (por ejemplo, que esté de acuerdo en realizar gratuitamente una serie de actividades de mejora de las instalaciones de la escuela pública del barrio). En ocasiones, el mismo reo puede solicitar que la sanción se cumpla bajo determinadas condiciones, que cuando son razonables suelen ser aceptadas por la comunidad²⁰.

Ciertamente, este carácter de mediación no es desconocido por el Derecho Penal occidental. Como sabemos, la institución anglosajona de la *diversion* (que ha sido trasladada con gran éxito al Derecho continental, sobre todo en el marco del procedimiento abreviado), faculta al juez para que imponga una pena al procesado cuando éste reconoce los hechos y tras una negociación entre la acusación y la defensa. Pero aquí no existe el intermediario del representante legal ni de entes distintos de la propia comunidad, o de sus autoridades si el hecho es muy leve. De tal suerte que la mediación en el Derecho Penal indígena constituye una de las bases de su sistema jurídico merced a la clase de estructura social que impera en su seno.

Quisiera hacer referencia, aun brevemente, a otro de los principios que se encuentra en la base de los diferentes ordenamientos jurídicos tribales. Me

²⁰ Pero también puedo poner un ejemplo de un supuesto no representativo, en el que la comunidad no atendió a las razonables pretensiones del condenado para que fuese modificada la ejecución de su sanción y no afectase a terceros inocentes. Cito el caso en el que el acusado fue enjuiciado por la aldea por realizar ciertos hurtos de forma continuada. Había sido ya advertido con anterioridad, y se le conminó a que aceptara la resolución de la comunidad porque se quería evitar que fuese juzgado por la justicia estatal. Finalmente fue condenado con una de las penas más graves que puede imponer la autoridad indígena: la expulsión del resguardo y la confiscación del predio comunal que tenía asignado el sujeto. El condenado, que era padre de muchos hijos y estaba viudo, solicitó ausentarse voluntariamente siempre y cuando la asamblea aceptase que sus hijos continuasen trabajando las tierras comunales, para evitar que estos pasasen hambre. La comunidad, incomprensiblemente (pues la petición del sancionado era muy razonable), no aceptó esta transacción y ello constituyó un motivo relevante para que la Corte Constitucional colombiana otorgase la tutela al demandante y decidiese que aquélla adoptase una pena más proporcionada a los hechos perpetrados.

refiero al principio de rehabilitación o reinserción social del reo. Por supuesto, este fundamento axiomático también se encuentra en la institución de la consecuencia jurídico-punitiva de la administración de justicia occidental, pero no con la misma relevancia que en el ordenamiento de las etnias primgenias latinoamericanas.

Una de las ideas que más fuertemente están presentes en la conciencia jurídica de los indios es el convencimiento de que la justicia estatal no vela, ni por los intereses de la sociedad, ni tampoco por los del propio reo²¹. Al pensamiento de que los órganos jurisdiccionales están corrompidos, son lentos e ineficaces, se equivocan constantemente y tutelan exclusivamente los intereses de los poderosos; se une este otro que afirma que las sanciones estatales despersonalizan al sujeto, lo excluyen de su entorno, provocan el contagio criminal y, en definitiva, transforman negativamente al individuo²².

Aunque más adelante tendré ocasión de volver a pronunciarme sobre la naturaleza de las sanciones que utiliza el Derecho Penal indígena, la gran mayoría de ellas obedecen a la idea de reintegrar al condenado de nuevo a su comunidad, de que éste confiese y admita su error ante las autoridades indígenas. Se persigue que el infractor quede en paz consigo mismo y con su sociedad nativa, y por esta razón se rechazan aquellas penas que implican la «desnaturalización ambiental del sujeto», que separan al reo del entorno natural en el que desarrolla su existencia, como es el caso de las penas privativas de libertad²³.

²¹ En una reunión con dirigentes indígenas que mantuve en el mes de julio de 2003 en La Paz, formulé directamente la pregunta de su confianza en los órganos de justicia estatal y la respuesta fue en todos ellos unánime: rechazaban totalmente la administración de justicia de los blancos, preferían en todo caso resolver con arreglo a su derecho consuetudinario.

²² También constituye ésta una nota constante en las entrevistas realizadas durante el mes de noviembre de 1999 en la República de Ecuador, bien fuese en las comunidades de la Sierra, bien se tratase de las comunidades del Oriente.

²³ En la citada Sentencia T-349/96, se recoge el testimonio de un indígena respecto de su concepción sobre lo que significa la pena de prisión. Tengo que decir que mi experiencia personal apunta también a que la mayoría de los dirigentes que he entrevistado en estos últimos cinco años participaban del mismo pensamiento. «En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto — 12 o 24 horas —, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo — nocturno — que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavcito, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro».

El Derecho Penal indígena, como vemos, y especialmente el que se aplica en las comunidades de la Sierra, de los Andes ecuatorianos y bolivianos, es entonces un Derecho Penal que une elementos mágicos y místicos con la idea de reintegrar al sujeto de nuevo a su medio social. Las instituciones del baño en agua fría y del ortigamiento, muy utilizadas en las comunidades quechuas ecuatorianas, pero también en la Amazonía (aquí sólo la aplicación de la ortiga), presentan una naturaleza mixta entre componentes procesales y punitivos, a la que no son ajenas formas rituales procedentes de una institución ancestral²⁴.

En estas sociedades amerindias, la ejecución de la sanción se lleva a cabo a través de un procedimiento en el que, como acabo de señalar, se mezcla el rito con ciertas instituciones jurídicas, ya sean adjetivas o sustantivas²⁵. Al reo se le desnuda y se le baña en agua fría en el río, riachuelo, lago o fuente más próxima al lugar de enjuiciamiento. Con ello se pretende «limpiar el cuerpo de los malos espíritus que han llevado al individuo a realizar un daño contra los demás». Tras el baño en agua fría, sobre el cuerpo desnudo del condenado se le aplica la ortiga, hierba urticante que en contacto con la piel produce picores, inflamaciones y eczemas, con irritación generalizada. Tanto el baño en agua fría como el ortigamiento, se han contemplado como medios bárbaros de sanción del delincuente. Pero creo que ni siquiera tienen el carácter de pena íntegramente. El ortigamiento, que ciertamente produce dolor físico, es un medio procesal y ritual que persigue «curar» al reo, que éste se sienta «libre» de las malas influencias que le llevaron a perpetrar el delito y confiese su hecho ante la comunidad para, de esta forma, como reconocimiento de un error cometido, aquélla pueda aceptar de nuevo a éste y así

²⁴ El procedimiento del baño en agua fría y del ortigamiento no es, ni mucho menos, generalizado en todas las comunidades amerindias. Sin embargo, es frecuente en las agrupaciones del cantón de Otavalo y alrededores (provincia de Imbabura, Ecuador).

²⁵ Esta utilización ritual de la sanción, con la finalidad de purificar al sujeto y restablecer el equilibrio y la paz, también se encuentra en la etnia páez que reside en el territorio de Colombia. La Corte Constitucional de este país, en la Sentencia T-523/97, expresa nítidamente este fundamento punitivo: «El fuste consiste en la flagelación con «perrero de arriar ganado», que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía». En otro pasaje de la misma resolución, añade: «Tampoco podría considerarse como una pena degradante que «humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno», porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al «escarmiento» público», sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción».

reintegrarle a su seno tras la ejecución de la sanción²⁶. La ortiga, pues, tiene un carácter ritual y mágico, de tal suerte que su utilización en el cuerpo del condenado se interpreta como una forma de purificar su sangre y su alma, dado que se considera que es un espíritu ajeno y maligno quien le incitó a delinquir, y el cual es expulsado, purificando al sujeto, cuando se aplica la hierba urticácea²⁷.

Existe también un elenco de penas que pretenden alcanzar esa rehabilitación del sujeto. La sanción de reclusión en la casa comunal, es una pena privativa de libertad que no suele durar más de 24 horas, y como mucho, se impone hasta siete días. Sin embargo, este encierro no tiene una naturaleza de exclusión y de aislamiento, sino que busca la finalidad de que el sujeto encuentre un espacio comunal de soledad para que pueda meditar sobre su reprochable proceder y de esta forma no llegue a repetir los mismos errores en el futuro²⁸. La misma pena de latigazos, que desde la perspectiva occidental nos parece bárbara y cruel, cuando se aplica, cada golpe viene acompañado de un consejo, para que se entienda que la sanción no es sólo castigo sino que también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido.

Otras penas, como la de trabajos en beneficio de la comunidad, también persiguen el objetivo de que el sujeto comprenda la importancia de velar por

²⁶ La ortiga es una hierba que entre los indígenas se utiliza como planta medicinal. De las diversas entrevistas que realicé en mi estancia en Ecuador durante el mes de noviembre de 1999, todos los dirigentes y especialistas entrevistados pusieron de manifiesto que este carácter medicinal es el que simboliza la aplicación de la ortiga al reo. Pues se cree que ésta purifica la sangre y con esa finalidad es empleada por muchos indígenas y mestizos. En la entrevista realizada con el Dr. Julio César Trujillo el día 23 de noviembre de 1999, miércoles, a las 15:30 horas en la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador), se manifestó la relación existente entre este carácter terapéutico de la ortiga y el sentido procesal que se le otorga en el Derecho Penal indígena, tal y como se señala en el texto.

²⁷ En el pensamiento indígena, está muy arraigada la idea de que el sujeto que delinque está dominado por un ser sobrenatural ajeno a la persona del infractor. En la entrevista que tuve con Julio Nunin, maestro de la comunidad zápara de Balzaura, celebrada el jueves, 18 de noviembre de 1999 sobre las 15 horas, el entrevistado, de origen shuar, me manifestó que en su etnia cuando alguien perpetraba algún hurto o robo (generalmente niños), se creía que un simio se había apoderado de su mente, y es por ello que subían al infractor a un árbol, el cual tumbaban después y con el golpe, si sobrevivía el sujeto, se entendía que el mono había huido de la mente cautiva del ladrón, y de esta forma el ajusticiado no volvería más a delinquir.

En este sentido, en comunidades indígenas colombianas, existe una institución penal que se denomina separación de los espíritus que obligan a hacer una cosa mala a las personas, y que consiste en proporcionarle al sujeto bebidas elaboradas con plantas para neutralizar esa energía negativa. PERAFÁN SIMMONDS: *Sistemas jurídicos...* cit.; pág. 94.

²⁸ En comunidades muisca y kogis de Colombia, una de las respuestas a la perpetración de una falta grave es pasar varias noches escuchando a los ancianos, sin dormir. Los consejos que éstos dan al infractor tienden, evidentemente, a convencerle de las razones de su mal proceder y de que asuma en el futuro un comportamiento más respetuoso con él mismo, con sus familiares, con las víctimas y con la propia comunidad.

los intereses de la sociedad y asuma su deslealtad al faltarle el respeto mediante la perpetración de un hecho delictivo. De hecho, una de las sanciones que se considera más severa, no viene integrada por aquéllas que atentan contra la integridad física, sino que se concreta en la pena de expulsión de la comunidad²⁹. Es la más fuerte de las consecuencias punitivas y se impone cuando ninguna otra ha tenido eficacia. Y se la considera tan dura porque su aplicación supone la muerte social del sujeto, su exclusión del poblado. Y para un indígena que ha vivido toda su vida en un mismo lugar, y durante generaciones, el destierro significa la ruptura total con toda su existencia anterior y la práctica negación del futuro porque se le ha borrado su propia esencia. Esta es la pena más dura, porque en ella no hay posibilidad alguna de rehabilitar al sujeto ni de reintegrarle a su comunidad.

III. Conclusiones y consideración final

Termina así este análisis introductorio sobre las bases fundamentales del Derecho Penal indígena. He intentado presentar, de la forma más objetiva posible, su realidad, su existencia e inexistencia, algunas razones que nos explican su recuperación o su pérdida, sus principios, sus delitos, sus penas y su procedimiento. Es hora de hacer balance de todo lo expuesto, y añadir una última consideración final.

Hasta el momento presente, he creído demostrar que en algunos pueblos originarios de Latinoamérica existe algo parecido a lo que denominados «sistema penal». En otros muchos grupos aborígenes, dicho derecho sancionador se ha perdido. Este sistema no es puramente penal, mezcla instituciones de derecho privado con otras propias de derecho público, incluso con elementos religiosos y rituales, con un gran componente ético. En ocasiones, este «Derecho Penal», entre comillas, sólo se aplica a los atentados más leves de la convivencia, quedando para la justicia oficial los delitos más graves. En otros casos, la comunidad tiene una autonomía total de enjuiciamiento. Eso sí, esta potestad jurisdiccional entra en juego cuando se perpetra una infracción relevante en su territorio y entre los miembros que la integran. También

²⁹ Así, para el caso de los mapuche en Argentina, señala LUS D. HEREDIA (*La administración de justicia en los pueblos originarios. El caso de Argentina en América Indígena*, Vol. LVIII (1998); pág. 248): «La pena capital para ellos es el destierro, porque, al quebrar esa relación vital con la tierra a la que pertenecen, pierden al mismo tiempo el soporte espiritual y social de su existencia y experimentan una suerte de vaciamiento existencial insoportable». En el caso de los guaraníes paraguayos, se ha dicho: «La comisión d los delitos graves, asesinatos, sobre todo por hechicería, e incesto, causan la expulsión de la comunicad...». MINISTERIO PÚBLICO (República de Paraguay): *Los guaraní del Paraguay Oriental. Informe antropológico-jurídico*, Asunción, sin fecha; pág. 81.

ha quedado claro que nos encontramos ante un conjunto normativo peculiar, que no se puede confundir con las formas bárbaras de negación de la Justicia que representan los supuestos de venganza comunal de los denominados linchamientos. Este derecho sancionador, hemos señalado, es generalmente creado por la costumbre, y por eso adquiere la forma de derecho consuetudinario. Aunque también es verdad que se ha observado un tímido proceso de plasmación por escrito de esas reglas consuetudinarias.

Es decir, no es exactamente un ordenamiento jurídico-punitivo como lo entendemos los occidentales, pues no hay principio de legalidad ni de culpabilidad, ni injustos típicos que denominemos delitos, ni tampoco auténticas penas ni proceso penal con abogado, fiscal o juez. Pero, bien en sus fundamentos, bien en su función, encontramos similitudes conceptuales y de ahí que, por razones de estilo y de expresión categorial, se recurra también a este vocabulario de los penalistas. En lo que aquí interesa, se ha visto que hay un sistema de reglas establecidas para dar solución a los conflictos más graves de convivencia. Y que ese sistema guarda una racionalidad desde la propia cosmovisión indígena. No se trata, pues, de reacciones de venganza de un clan sobre otro, ni de linchamientos, ni de autojusticia primitiva. Claro, que no es un sistema perfecto. Los poderosos también quieren servirse de él para hacer valer determinados intereses ilegítimos. Otros lo tergiversan para perpetuar su poder o vengarse de sus enemigos. Pero estos defectos son más propios de la condición humana que de las instituciones en sí mismas consideradas. Hay un ordenamiento consuetudinario de resolución de conflictos que mantiene la pacífica convivencia de los pueblos originarios de Latinoamérica. No es un ordenamiento homogéneo, sino que varía de etnia a etnia, de comunidad a comunidad. Y, reitero, no hay que olvidar que no todo pueblo originario tiene su propio sistema de administración de Justicia. Hemos visto que el derecho propio no sólo se pierde a través de procesos violentos que obligan a las etnias primigenias a desplazamientos forzosos, o mediante la integración ante el imparable avance de la civilización occidental, sino también cuando se establecen instituciones tuitivas que desde la oficialidad pretenden preservar y proteger a las culturas nativas.

En materia de principios, ni el de legalidad ni tampoco el de culpabilidad constituyen las bases del sistema penal indígena. El primero, porque requiere una legitimidad de representación parlamentaria que no existe en el seno de los pueblos originarios. El segundo, porque se fundamenta en la dignidad humana individualmente considerada, y la sociedad aborígen se caracteriza, en cambio, por estructurarse bajo los parámetros de la identidad colectiva, quedando el sujeto particular en un segundo plano. En cambio, aparecen otros axiomas desconocidos en los ordenamientos occidentales, o, si no desconocidos, con una dimensión y relevancia diferente. Tal es el caso de los principios de reciprocidad, de equilibrio, de mediación y de rehabilitación. Estos axiomas que

orientan a los sistemas penales aborígenes, repito, son distintos de los que estructuran la administración de justicia estatal. Pues los postulados básicos de su ordenamiento punitivo toman en consideración los criterios de mantenimiento del equilibrio de las distintas fuerzas y clanes en la comunidad, de la búsqueda de la paz, del gran carácter de mediación y de reintegración al poblado del individuo infractor en el mismo cumplimiento de la sanción.

También hemos podido observar que ese derecho consuetudinario califica y desprecia comportamientos muy graves para la comunidad y los comuneros. Dichos comportamientos muestran elementos similares a los denominados delitos, y coinciden en gran medida con los tipificados en los códigos penales de corte occidental. He querido dejar constancia, sin embargo, de que existen otros hechos punibles que se encuentran en la mayoría de los derechos originarios: ociosidad, adulterio y hechicería.

He puesto de manifiesto algunas notables diferencias en las sanciones utilizadas en uno y otro sistema punitivo. La pena de muerte es poco frecuente, pero no desconocida. Existen penas corporales, como el látigo o el cepo, que proceden del periodo colonizador, pero a las que se les ha otorgado un carácter más simbólico que aflictivo. Otras, como el ortigamiento o el baño en agua fría, parecen más propias de una larga tradición prehispánica, y mantienen ese estigma fuertemente ritualizado. También las hay muy semejantes a las que se aplican en el derecho penal oficial, como los trabajos en beneficio de la comunidad, la multa o la reparación del daño en favor de la víctima.

Sostengo la tesis de que el derecho penal material encuentra su plasmación en un proceso formal que suele venir regido por la autoridad política de la comunidad y resuelto por el conjunto social reunido en asamblea a través de un procedimiento de negociación y evaluación de las pruebas, de su implicación en los hechos de los acusados y de la sanción a imponer en su caso. También se ha defendido que la competencia de la jurisdicción indígena abarca en todo caso aquellos hechos que se perpetran en el ámbito de su territorio, cuando sujeto activo y pasivo son miembros de la comunidad y están de acuerdo en someterse a la ley nativa.

Y así he llegado a las consideraciones finales que he apuntado desde el inicio, cuando marcaba las líneas metodológicas de la presente investigación.

No quiero pronunciarme definitivamente sobre el problema de la interpretación de los derechos humanos en relación con el principio del respeto a la diversidad cultural, pues no deseo ahora ocupar el espacio de otros, me remito a los mismos términos que me pronuncié en su momento, si bien de forma provisional³⁰.

³⁰ BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; págs. 177 y ss.

Nota sobre los autores

Rodolfo Stavenhagen

Doctor en Sociología por la Universidad de París, Profesor Emérito del Centro de estudios sociológicos del Colegio de México. Relator especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas.

James S. Anaya

James J. Lenoir Professor of Human Rights Law and Policy, de la Universidad de Arizona. Destacado abogado internacionalista especializado en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Consultor y miembro de diversas organizaciones de derechos de los pueblos indígenas. Entre sus casos más famosos destaca el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni contra Nicaragua.

Xabier Etxeberria

Doctor en Filosofía, Catedrático de Ética en la Universidad de Deusto, miembro del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe y director del Aula de Ética en la misma Universidad. Miembro de Bakeaz.

Asier Martínez de Bringas

Doctor en Filosofía, investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto. Coordinador del programa de formación de representantes indígenas latinoamericanos, co-organizado entre la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Universidad de Deusto.

Julian Burger

Julian Burger es el coordinador de la unidad de indígenas y minorías de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). Ha publicado un gran número de libros y artículos sobre los derechos de los pueblos indígenas.

David Martín Castro

David Martín Castro es experto asociado en la unidad de indígenas y minorías de la OACNUDH. Anteriormente, ha trabajado para la Agencia Española de Cooperación Internacional y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España en la elaboración de la Estrategia de la Cooperación Española con Pueblos Indígenas.

Magdalena Gómez

Licenciada en Derecho. integrante de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, Maestra en la Universidad Pedagógica Nacional y articulista del periódico La Jornada.

Luis Rodríguez Piñeiro

Doctor en Derecho Internacional por la European University Institute, Florence Asesor especial, Programa de Derechos y Políticas Indígenas, Universidad de Arizona. Abogado internacionalista, especializado en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Jesús González Pazos

Es responsable del área indígena de la ONGD Mugarik Gabe. Experto en el ámbito de la cooperación internacional con pueblos indígenas.

Lola García

Coordinadora del programa de derechos humanos de IGWIA(Internacional Working Group for Indigenous Affaire/ Grupo Internacional sobre Asuntos Indígenas). Trabaja en la promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas y en la promoción de la participación indígena en los espacios internacionales. Coordinadora del Fondo de Derechos Humanos para pueblos indígenas.

Patricia Borraz

Consultora del Grupo de Trabajo Almaciga. Trabaja en el apoyo a la participación de las organizaciones y representantes indígena en ámbitos internacionales. Almaciga es parte del Fondo de Derechos Humanos para los Pueblos Indígenas.

Joseba Arregui

Consultor independiente. Experto en medios de comunicación. Actualmente trabaja como asesor en el Gobierno Vasco.

Mónica Chuji

Licenciada en comunicación social. Perteneció al Pueblo Quichua de la Amazonía ecuatoriana. Activista de las organizaciones sociales de su pueblo

y del movimiento indígena ecuatoriano. Ex becaria del programa de formación de representantes indígenas latinoamericanos, co-organizado entre la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas y la Universidad de Deusto

Norma Vazquez

Norma Vázquez. Feminista mexicana radicada en Bilbao. Psicóloga y terapeuta familiar. Especialista en temas de género.

Bartolomé Clavero

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de dicha Universidad. Director del Programa *Pueblos Indígenas y Multiculturalidad Jurídica* de la Universidad Internacional de Andalucía. Fundador y director de la serie *Historia de la Sociedad Política* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Director del Grupo de Investigación interuniversitario HICOES (*Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España*).

Jose Aylwin

Director del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Abogado especialista en derechos humanos y pueblos indígenas. Ha realizado estudios e investigación sobre derechos indígenas en América del Norte (maestría en Universidad de British Columbia, Canadá) y Latinoamérica (Bolivia, México, Guatemala, Brasil).

Daniel Oliva

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III. Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid. Coordinador del Master en Acción Solidaria Internacional de Europa, organizado por el Instituto Universitario de Estudios Internacionales de la misma universidad.

Marco Aparicio

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor del departamento de derecho constitucional de la Universidad de Girona.

Francisco López Barcenas

Originario de la Mixteca oaxaqueña. Es investigador del Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión y colaborador del diario *La Jornada*. Miembro de la asociación mexicana para las Naciones Unidas y de la Academia Mexicana de Derechos Humanos.

Mikel Berraondo

Coordinador del Aula de Derechos Humanos del Instituto de Promoción de Estudios Sociales (IPES) de Pamplona. Master Europeo en Derechos Humanos y Democratización.

Felipe Gómez

Doctor en derecho internacional público. Profesor titular de derecho internacional público de la Universidad de Deusto, miembro de instituto de derechos humanos, Pedro Arrupe, donde coordina académicamente el European Master in Human Rights and Democratization. Colaborador y miembro del Patronato de la ONG Alboan.

Nancy Adriana Yanez

Licenciada en derecho por la Universidad de Chile. Magister en derecho internacional por la University of Notre Dame South Bend/USA. Encargada Área de Investigación del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, Chile.

Victor Toledo

Historiador mapuche. Director del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas de la Universidad ARCIS-Chile y miembro del grupo de trabajo sobre Movimientos Indígenas y Democracia en América Latina de CLACSO.

Raquel Irigoyen

Doctora en derecho. Abogada peruana, con post-gradó en Estudios Antropológicos (PUCP), Especialización en Derecho Indígena (UNAM-USAC), Master en Sistema Penal y Problemas Sociales, y doctorado en Derecho (U.B.). Editora de www.Alertanet.org Portal de Derecho y Sociedad.

Kajkoj Ba Tiul.

Maya Poqomchi, guatemalteco, filósofo, teólogo y antropólogo. Maestría en Ciencias Sociales FLACSO-Ecuador, consultor sobre temas indígenas en el Comité Internacional de la Cruz Roja, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Agencias de Cooperación, en Guatemala. Analista político desde la visión indígena. Articulista, Ensayista y Conferenciante.

Carlos Deacon

Consultor del Grupo de Trabajo Almaciga. Trabaja desde años en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia.

Carlos Martín Beristaín

Es médico y especialista en educación para la salud. Trabaja en la formación de profesionales de salud, personas voluntarias y cooperantes, en el área de salud mental y Derechos Humanos. Fue asesor de salud mental del Proyecto de Reconstrucción de la Memoria Histórica y coordinador del informe Guatemala Nunca Más. Profesor del Diploma Universitario Europeo en Ayuda Humanitaria Internacional. Universidad de Deusto. Red NOHA (ECHO).

Joana Abrisketa

Doctora en Derecho Internacional Público. Master en Ayuda Internacional Humanitaria. Profesora de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y Colaboradora del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la misma Universidad.

Nieves Zúñiga García-Falces

Investigadora y coordinadora del Programa de Identidades y Pueblos Indígenas del Centro de Investigación para la Paz (CIP-FUHEM).

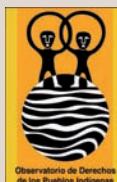
Emiliano Borja

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia. Ha sido el investigador principal del Proyecto I+D de la Universidad de Valencia «Diversidad cultural: Conflicto y Derecho», otorgado y costado por el Ministerio español de Ciencia y Tecnología (referencia BJU 2001-2939).

Instituto de Derechos Humanos Pueblos indígenas y derechos humanos

Los pueblos indígenas son colectivos que han sufrido y sufren como pocos graves privaciones de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales debido a una condición —la de indígena— que ha funcionado socialmente como causa de discriminación. Desde este punto de vista, plantearse una especificación de los derechos para estos pueblos resulta plenamente pertinente.

Pero no podemos quedarnos ahí. Porque cuando hablamos de «derechos de los pueblos indígenas» no planteamos únicamente que se extienda a ellos el conjunto de los derechos existentes, con adaptaciones más o menos fuertes a la condición de indígena. Creemos, en efecto, que puede defenderse la tesis de que al preguntarnos por los derechos de estos pueblos nos vemos empujados a revisar cuestiones fundamentales relativas a la propia concepción, fundamentación y explicitación de los derechos en su generalidad.



Apoyo de la Fundación Ford



Alto Comisionado de las
Naciones Unidas para los
Derechos Humanos



AGENCIA
ESPAÑOLA DE
COOPERACIÓN
INTERNACIONAL



Universidad de
Deusto

.



PLURALISMO JURÍDICO

ANTONIO CARLOS WOLKMER

PLURALISMO JURÍDICO

Antonio Carlos Wolkmer*

INTRODUCCIÓN

En el contexto de una discusión **sociológica** sobre las mudanzas estructurales por la que atraviesa la sociedad global en la virada de milenio, es oportuno señalar la relevancia del grado de eficacia, o no, del actual modelo normativo de control y reglamentación social **del continente latinoamericano**. La primera condición para un proceso de cambio en **dichas** sociedades de capitalismo periférico, tradicionalmente inestables y conflictivas, comprende la reconstrucción democrática de la sociedad civil, la redefinición de las funciones del Estado y la implementación de un sistema de reglamentación identificado con las carencias y necesidades de los nuevos **actores** emergentes.

Al finalizar el siglo XX, el modelo clásico occidental de legalidad positiva, engendrado por fuentes estatales y envasado en valores del individualismo liberal, vive un profundo agotamiento que marca sus propios fundamentos, su objetivo y sus fuentes de producción. El colapso de esta legalidad lógica formal, que ha servido para reglamentar y legitimizar desde el siglo XVIII los intereses de una tradición jurídica burgués capitalista, propicia el espacio para la discusión acerca de las condiciones de ruptura, así como de las posibilidades de un proyecto emancipador basado, ahora, no en idealizaciones formalistas y rigidez técnica, sino en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas reales.

* Investigador y profesor titular del Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidad Federal de Santa Catarina (Brasil). Doctor en Filosofía del Derecho y de la Política. Miembro del Instituto de Abogados Brasileños (Río de Janeiro). Autor de varios libros, entre los cuales se destacan: Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico. 4. ed. San Pablo: Saraiva, 2002; Ideología, Estado y Derecho. 3. ed. San Pablo: Revista de los Tribunales, 2000; Derecho y Justicia en la América Indígena: De la conquista a la colonización. Porto Alegre: Librería de los Abogados, 1998.

Los modelos culturales y normativos que justificaron el mundo de la vida, la organización social y los criterios científicos, se volvieron insatisfactorios y limitados, abriendo un espacio para repensar **sociológicamente** nuevas normas de referencia y legitimización. Transponiendo esto para lo **sociojurídico**, se nos permite consignar que la estructura normativa del moderno Derecho positivo formal es poco eficaz y no consigue atender la competencia de las actuales sociedades periféricas, **como las de América Latina**, que pasan por distintas especies de reproducción del capital, por acentuadas contradicciones sociales y por flujos que reflejan crisis de legitimidad y **de funcionamiento** de la justicia¹.

De aquí nace la obligatoriedad de proponer e introducir **en la sociología del derecho latinoamericana** la discusión sobre la “crisis de los paradigmas” dominantes y la ruptura de los modelos de fundamentación, como ha observado Thomas S. Khun, que dice que las crisis son una precondition necesaria para el surgimiento de nuevas teorías y de nuevos referenciales².

Así, la construcción de un otro referencial de reglamentación implica dar prioridad a las aspiraciones más inmediatas de la sociedad civil, envolviendo la articulación de un proyecto cultural desmistificador y emancipatorio. **Y no sin conjuntamente, conforme postulan los colombianos Mauricio García-Villegas y César Rodríguez, dar paso a la importante tarea de involucrar todos aquellos pensadores comprometidos con la instauración de un nuevo marco emancipatorio para el Derecho en América Latina en el esfuerzo de desarrollar referentes comunes para la reflexión, así como explicaciones consistentes cuanto a la especificidad de las prácticas y de la cultura jurídicas de la región**³.

Tal proceso, en su dimensión pedagógica tiene la función estratégica de preparar, a nivel social y político, los horizontes de un nuevo paradigma de legalidad. La propuesta de legalidad, **pensada para el siglo que se inicia**, se basa en un cierto tipo particular de pluralismo, capaz de reconocer y legitimizar

¹ Para una mayor profundidad del tema, ver: WOLKMER, Antonio Carlos. Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico. 4. ed. San Pablo: Saraiva, 2002.

² Cf. KUHN, Thomas S. La estructura de las revoluciones científicas. San Pablo: Perspectiva, 1975.

³ Cf. GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. Notas Preliminares para la Caracterización del Derecho en América Latina. Trabajo preparado para el taller “Bases para la construcción de una sociología jurídica latinoamericana”. Instituto Internacional de Sociología Jurídica. Oñati, España, Julio 16 y 17 de 2001. p. 2.

normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos **actores** sociales, y de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras de igualdades precarias y pulverizadas por espacios de conflictos permanentes.

Se afirma así, la propuesta configurada por un tipo específico de pluralidad jurídica abierta, flexible, participativa y democrática, síntesis de todos los intereses cotidianos, individuales y colectivos.

Un esquema de este escenario **sociojurídico** puede ser delimitado, en la presente exposición, en cuatro etapas: **1.** Pluralismo Jurídico, naturaleza y caracterización. **2.** Pluralismo Jurídico como proyecto conservador. **3.** Pluralismo Jurídico como proyecto emancipador. **4.** Pluralismo Jurídico y Legalidad Alternativa.

1. PLURALISMO JURÍDICO: NATURALEZA Y CARACTERIZACIÓN

El tema del pluralismo atraviesa diferentes etapas de la historia occidental, en los mundos medieval, moderno y contemporáneo, insertándose en una compleja multiplicidad de interpretaciones, posibilitando enfoques marcados por la existencia de más de una realidad y por la diversidad de campos sociales con particularidades propias. Si bien pueden ser identificadas numerosas doctrinas en el pluralismo de tenor filosófico, sociológico o político, el pluralismo jurídico no deja de ser importante, ya que comprende muchas tendencias con orígenes diferenciados y características singulares, comprendiendo el conjunto de fenómenos autónomos o elementos heterogéneos que no se reducen entre sí. No es fácil consignar una cierta uniformidad de principios en razón de la amplitud de modelos y autores aglutinados en su defensa desde matices conservadores, liberales, moderados y radicales, hasta espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas etc.

Estas aseveraciones nos remiten originalmente al mundo medieval, donde la descentralización territorial y la multiplicidad de centros de poder configuraron en cada espacio social un amplio espectro de manifestaciones normativas concurrentes, conjunto de costumbres locales, foros municipales, estatutos de las corporaciones por oficio, dictámenes reales, Derecho Canónico

y Derecho Romano. Efectivamente fue con la decadencia del Imperio Romano en Occidente y con la implantación política de los pueblos nórdicos en Europa, que se identificó la idea de que a cada individuo le sería aplicado el Derecho de su pueblo o de su comunidad local. Con la llamada “personalidad de las leyes” se estableció que la representación de los diferentes órdenes sociales correspondería a una natural pluralidad jurídica. Destacando este cuadro, Norberto Rouland sitúa cuatro manifestaciones legales: un “derecho señorial” fundado en la función militar; un “derecho canónico” que se basaba en los principios cristianos; un “derecho burgués” apoyado en la actividad económica y por fin, un “derecho real”, con pretensiones de incorporar a las demás prácticas regulatorias en nombre de la centralización política⁴.

Ya la estatización del Derecho se efectivizará, en Europa, con el surgimiento de la racionalización política centralizadora y la subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana.

Lo cierto es que a través de los siglos XVII y XVIII, poco a poco el absolutismo monárquico y la burguesía victoriosa emergente desencadenan el proceso de uniformización burocrática que eliminaría la estructura medieval de las organizaciones corporativas, así como reduciría el pluralismo legal y judicial. A pesar de que se pueden encontrar las bases teóricas iniciales de la cultura jurídica monista en la obra de autores como Hobbes y en el desarrollo del Estado Nación unificado, fue con la República Francesa posrevolucionaria, que se aceleró la disposición de integrar los diversos sistemas legales en base a la igualdad de todos ante una legislación común. Un examen más atento nos revela que la solidificación del “mito monista”, o sea, el mito de la centralización, se alcanza por las reformas administrativas napoleónicas y por la promulgación de un único y un mismo código civil para regir a toda la sociedad.

La consolidación de la sociedad burguesa, la plena expansión del capitalismo industrial, el amplio dominio del individualismo filosófico, del liberalismo político económico y del dogma del centralismo jurídico estatal, favorecen una fuerte reacción por parte de las doctrinas pluralistas a fines del siglo XIX y mediados del siglo XX.

⁴ Cf. ROULAND, Norberto. *Anthropologie juridique*. París: PUF, 1988. p. 76. Ver también: GILISSEN, John. (Dir). *Le pluralisme juridique*. Ed. de la Univesidad de Bruselas, 1972.

No parece haber dudas de que en las primeras décadas del siglo XX, como alternativa al normativismo estatal positivista, resurge el pluralismo en la preocupación de los jusfilósofos y publicistas (Gierke, Hauriou, Santi Romano y Del Vecchio) y de los sociólogos del derecho (Ehrlich y Gurvitch). No menos importante será la retomada del pluralismo en los años 50 y 60 por investigadores empíricos en el ámbito de la antropología jurídica (L. Pospisil, S. Falk Moore y J. Griffiths)⁵.

En razón de su significación contemporánea, importa tener una noción clara de qué es el pluralismo, sus causas determinantes, tipología y objeciones. Para comenzar hay que designar al pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio socio político, interactuantes por conflictos o consensos, pudiendo ser oficiales o no y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales⁶.

Partiendo de este concepto, se resaltan algunas de las causas determinantes para la aparición del pluralismo jurídico.

Examinando más atentamente el fenómeno, apunta el profesor de Coimbra, Boaventura de Sousa Santos, que el surgimiento del pluralismo legal reside en dos situaciones concretas, con sus posibles desdoblamientos históricos: a) “origen colonial”; b) “origen no colonial”. En el primer caso, el pluralismo jurídico se desarrolla en países que fueron dominados económica y políticamente, siendo obligados a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis (colonialismo inglés, portugués etc.). Con esto, se impuso, forzosamente, la unificación y administración de la colonia, posibilitando la coexistencia, en un mismo espacio, del “Derecho del Estado colonizador y de los Derechos tradicionales”, autóctonos, convivencia ésta que se volvió, en algunos momentos, factor de “conflictos y de acomodaciones precarias”⁷.

Más allá del contexto explicativo colonial, Boaventura de Sousa Santos resalta que se debe considerar en el ámbito del pluralismo jurídico de

⁵ Ver: GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *Journal of legal pluralism*, n. 24, 1986; GUEVARA GIL, Armando y THOME, Joseph. “Notes of legal pluralism”. In: Beyond Law. Más allá del Derecho. Bogotá: ILSA, Julio 1992. p. 75-102; EHRLICH, Eugen. Fundamentos da sociologia do Direito. Brasilia: UnB, 1986.

⁶ Ver, en este sentido: WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico – Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho. 3. ed. San Pablo: Alfa-Omega, 2001.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio A Fabris, 1988. p. 73-74.

“origen no colonial”, tres situaciones distintas. En primer lugar, países con culturas y tradiciones normativas propias, que acaban adoptando el Derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político (Turquía, Etiopía etc.). Por otro lado, se trata de la hipótesis en que determinados países, después de sufrir el impacto de una revolución política, continúan manteniendo por algún tiempo su antiguo Derecho, a pesar de haber sido abolido por el nuevo Derecho revolucionario (repúblicas islámicas incorporadas por la antigua URSS). Finalmente, aquella situación en que poblaciones indígenas o nativas no totalmente exterminadas o sometidas a las leyes coercitivas de los invasores, adquieren la autorización de mantener y conservar su Derecho tradicional (poblaciones autóctonas de América del Norte y de Oceanía)⁸.

Teniendo en cuenta ponderaciones sobre la naturaleza de la justicia, como reflejo de la aplicación del Derecho en la sociedad brasileña de los años 70/80, Joaquim A. Falcão introduce, de forma innovadora, la aserción de que la causa directa del pluralismo jurídico debe ser encontrada en la propia crisis de la legalidad política. Al contrario de lo que puedan creer ciertas corrientes del pluralismo, Falcão entiende que, en países del Tercer Mundo, como Brasil, la aparición de reglas paralegales, paralelas o extralegales, incentivadas, aceptadas o no por el Derecho oficial, está correlacionado directamente con la variable de legitimidad del régimen político⁹.

Ya el investigador belga Jacques Vanderlinden, en un ensayo síntesis sobre el pluralismo jurídico apunta que las dos principales causas genéricas del pluralismo se refieren a “injusticia” e “ineficacia” del modelo de “unicidad” del Derecho¹⁰.

Además, siendo la pluralidad normativa y cultural uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica en América Latina, es fundamental subrayar que, aunque entendido como tendencia y no como fenómeno generalizado, dicho rasgo posee un origen y permanencia históricas no admisibles de negligencia, puesto que su estructura esta enmarcada por un conjunto de

⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza. *Op. cit.*, p. 74-75.

⁹ Cf. FALCÃO, Joaquim A (Org.). Conflicto de propiedad - Invasiones urbanas. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 61-85.

¹⁰ Cf. VANDERLINDEN, Jacques. “Le pluralismo juridique”. In: GILISSEN, J. (Dir.). *Op. cit.*, p. 22-26.

macro-variables históricas solo pasibles de investigación profunda si acompañadas de un recorrido de sus diversas trayectorias en el tiempo¹¹.

Avanzando en la presente temática, se puede considerar una nueva interpretación de la naturaleza del pluralismo, o sea, su especificidad no está en negar o minimizar el Derecho estatal, sino en reconocer que éste apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad. De este modo, el pluralismo legal cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas, con relación al poder actual, sino también prácticas normativas oficiales/formales y prácticas no oficiales/informales. La pluralidad envuelve la coexistencia de órdenes jurídicas distintas que definen o no las relaciones entre sí. El pluralismo puede tener como meta, prácticas normativas autónomas y auténticas generadas por diferentes fuerzas sociales o manifestaciones legales plurales y complementarias reconocidas, incorporadas o controladas por el Estado¹².

La complejidad y el extenso cuadro de fenómenos legales pluralistas viabilizan las posibilidades de diversas propuestas de clasificación. A pesar de que no existe un consenso entre los que tratan la cuestión de las modalidades del pluralismo legal, se debe subrayar sólo una distinción y yuxtaposición proyectada para sociedades de capitalismo periférico. Es en este nivel en que se procesa la dualidad entre “pluralismo jurídico estatal” y “pluralismo jurídico comunitario”¹³. Se concibe el primero como aquel modelo reconocido, permitido y controlado por el Estado. Se admite la presencia de numerosos “campos sociales semiautónomos”, con relación a un poder político centralizador, así como múltiples sistemas jurídicos establecidos vertical y jerárquicamente a través de grados de eficiencia, siendo atribuido al orden jurídico estatal una positividad mayor. Ante esto, los derechos no estatales representan una función residual y complementaria, pudiendo ser minimizada su competencia o bien, incorporada por la legislación estatal. En lo que concierne al “pluralismo jurídico comunitario”, éste actúa en un espacio

¹¹ Cf. Cf. GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. *Op. Cit.*, p. 9-13.

¹² Examinar también a: BELLEY, Jean-Guy. “L ’État et la regulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique des pluralisme juridique”. In: *Sociologie et sociétés*. c. XVIII, n. 1. Abril, 1986. p. 11-32.

¹³ Observar: RODRIGUEZ, M. Eduardo. “Pluralismo jurídico. El derecho del Capitalismo actual”. *Nueva Sociedad*. Venezuela, n. 112, mar/abr., 1991. p. 91-101.

formado por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, subsistiendo independientemente del control estatal.

Finalmente, en lo que se dice respecto a las “objeciones” hechas al pluralismo jurídico, cabe citar las objeciones apuntadas por los autores de perfil teórico, tanto tradicional, como de los innovadores. Parte del argumento es percibido por la face ambigua del pluralismo jurídico que, tanto se puede revelar como una estrategia global progresista, como un proyecto de aspecto conservador. Entonces, si por detrás de un pluralismo se encuentra un Gurvitch o un Proudhon, por otro lado, en el rol del monismo, se alinean pensadores como Max y Hegel. La relatividad de estas ponderaciones refuerza la propuesta de que, para Norberto Bobbio, la propuesta teórica del pluralismo puede ocultar tanto una ideología revolucionaria inserta en un orden que contribuye para la “progresiva liberación de los individuos y de los grupos oprimidos por el poder del Estado”, como una ideología reaccionaria interpretada como “un episodio de la desagregación o de la substitución del Estado y, por lo tanto, como síntoma de una eminente e incomparable anarquía”¹⁴.

En síntesis, la introducción del pluralismo jurídico implica, hoy, no sólo admitir que el tema involucra complejidad, ambigüedad y límites, como sobre todo, que el mismo puede ejercer una función ideológica instrumental “conservadora” o “emancipadora”.

2. PLURALISMO JURÍDICO COMO PROYECTO CONSERVADOR

El proyecto deseado para el tercer milenio no ha de ser el del pluralismo corporativista medieval ni tampoco el del pluralismo burgués liberal de minorías exclusivistas, discriminadoras y desagregadoras. Tal pluralismo de tradición burguesa, que fue defendido en la primera mitad del siglo XX, viene siendo reintroducido como la principal estrategia del nuevo ciclo del Capitalismo mundial, involucrando descentralización administrativa, integración de mercados, globalización y acumulación flexible de capital,

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Contribución a la Teoría del Derecho. Edición de Alfonso Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres, 1980. p. 164, 264-265.

formación de bloques económicos, políticas de privatización, dirección informal de servicios, regulación social reflexiva y supranacional etc.¹⁵.

Como consecuencia, el debate se muestra oportuno, particularmente cuando se piensa en la construcción de una sociedad pluralista, democrática y participativa, adaptada a las contingencias de sociedades marginalizadas como las de América Latina, que conviven secularmente con el intervencionismo, la dependencia y el autoritarismo.

Para esto se hace prioritario distinguir al pluralismo como proyecto democrático de participación de estructuras sociales dependientes, de cualquier otra práctica de pluralismo que está siendo presentada como una nueva salida para los intentos de “neocolonialismo” o del “neoliberalismo” de los países de capitalismo central avanzado. Este tipo conservador de pluralismo, vinculado a los proyectos de “posmodernidad”, es otro embuste para escamotear la concentración violenta del capital en el “centro”, excluyendo en definitiva la periferia, radicalizando todavía más las desigualdades sociales y causando el agravamiento de la explotación y la miseria.

Es cierto que este tipo de pluralismo expresa, como advierte Germán Palacio, determinadas condiciones de posibilidades que están ínter ligadas directamente al proceso de globalización del capitalismo actual. Como: “a) la crisis del modelo fordista-keynesiano y la globalización de la acumulación flexible; b) el desarrollo del neoamericanismo; c) el debilitamiento de los estados nacionales latino americanos junto con los procesos de descentralización administrativa; d) la crisis del trabajador de masa y las nuevas luchas sociales”¹⁶.

El pluralismo de corte conservador se contrapone radicalmente al pluralismo progresista y democrático que estamos proponiendo. La diferencia entre el primero y el segundo radica fundamentalmente en el hecho de que el pluralismo conservador “inviabiliza la organización de las masas y enmascara la verdadera participación, mientras que el pluralismo progresista, como

¹⁵ Para un examen más atento del Derecho en la era de la globalización y del neoliberalismo, ver: RAMOS FILHO, Wilson. El fin del poder normativo y el arbitraje. San Pablo: Ltr, 1999. p. 58-155; FARIA, José Eduardo (Org.). Derecho y globalización económica. San Pablo: Malheiros, 1996; MARQUES NETO, Agostino y otros. Derecho y neoliberalismo: Elementos para una lectura interdisciplinaria. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

¹⁶ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico – Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho. 3. ed. San Pablo: Alfa-Omega, 2001. p. 350-357.

estrategia democrática de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base.

Del mismo modo se puede diferenciar el antiguo pluralismo (de matriz liberal), de aquél que es afín con las nuevas exigencias históricas. Mientras que el pluralismo liberal era atomístico, consagrando una estructura privada de individuos aislados, movilizadas para alcanzar sus intentos económicos exclusivos, el nuevo pluralismo se caracteriza por ser integrador, que une a los individuos, sujetos y grupos organizados alrededor de necesidades comunes¹⁷.

Se trata, como nos recuerda Carlos Nelson Coutinho, de la creación de un pluralismo de “sujetos colectivos” fundado en un nuevo desafío: construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre “predominio de la voluntad general (...) sin negar el pluralismo de los intereses particulares”¹⁸. Además, la hegemonía del “pluralismo de sujetos colectivos”, sedimentada en las bases de un ancho proceso de democratización, descentralización y participación, debe también rescatar alguno de los principios de la cultura política occidental, tales como el derecho de las minorías, el derecho a la diferencia, a la autonomía y a la tolerancia.

Así que un proyecto emancipatorio de pluralismo jurídico – tal es el tipo de pluralismo jurídico aquí assumido –, áncora de una propuesta de consolidación democrática coherente para la América Latina, sólo puede estar basado en una visión no instrumentalista del Derecho, según la cual, las estructuras sociales y sus respectivos actores encuentranse en permanente cambio de influencias y continúa reacomodación, haciendo posible la reconstrucción crítica de la esfera jurídica hacia una reordenación de cuño político¹⁹.

¹⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. “El pluralismo jurídico: Elementos para un ordenamiento alternativo”. *Crítica jurídica*. México: Inst. Invest. Jurídicas/NAM, n. 13, 1993. p. 241-241.

¹⁸ COUTINHO, Carlos Nelson. “Notas sobre el pluralismo”. *Conferencia* presentada en el Encuentro Nacional de la Asociación Brasileña de Enseñanza del Servicio Social. Octubre de 1990.

¹⁹ Cf. GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. *Op. Cit.*, p. 4-5.

3. PLURALISMO JURÍDICO COMO PROYECTO EMANCIPADOR

La presente retomada del pluralismo como un proyecto de “legalidad alternativa” se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades predominantes del pluralismo, identificado con la democracia neoliberal y con las prácticas de desreglamentación social, y por otro lado, la edificación de un proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades esenciales.

La propuesta de un pluralismo jurídico como proyecto alternativo para espacios periféricos del capitalismo latinoamericano presupone la existencia y articulación de determinados requisitos, para lo cual debemos observar: a) la legitimidad de los nuevos sujetos sociales, b) la democratización y descentralización de un espacio público participativo, c) la defensa pedagógica de una ética de la solidaridad, d) la consolidación de procesos conducentes a una racionalidad emancipatoria²⁰.

En primer lugar, se señala la cuestión de los *nuevos sujetos sociales* que polarizan u ocupan el papel central del nuevo paradigma. Ya no se trata del antiguo sujeto privado, abstracto y metafísico, de tradición liberal individualista que, como sujeto cognoscitivo “*a priori*”, se adaptaba a las condiciones del objeto dado y a la realidad global establecida. Actualmente el enfoque se centra sobre un sujeto vivo, actuante y libre, que participa, se autodetermina y modifica lo mundial del proceso histórico social. Lo “nuevo” y lo “colectivo” no deben ser pensados en términos de identidades humanas que siempre existieron, según el criterio de clase, etnia, sexo, edad, religión o necesidades, sino en función de la postura que permitió que sujetos inertes, dominados, sumisos y espectadores, pasasen a ser sujetos emancipados, participantes y creadores de su propia historia. Es de este modo que, al caracterizar la noción de sujeto como entidad que implica lo “nuevo” y lo “colectivo”, debemos privilegiar en una pluralidad de sujetos a los movimientos sociales recientes. Los movimientos sociales son en

²⁰ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico – Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho. 3. ed. San Pablo: Alfa-Omega, 2001. p. 233-234.

la actualidad, los sujetos de una nueva ciudadanía, revelándose como auténticas fuentes de una nueva legitimidad²¹.

Con la aparición de los nuevos sujetos colectivos de legalidad, internalizados en los movimientos sociales, se justifica la existencia de todo un complejo “sistema de necesidades”. Este “*sistema de necesidades*” se califica como la *segunda suposición* en la elaboración del nuevo pluralismo de tenor comunitario participativo.

En su sentido genérico, las necesidades involucran exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales. El conjunto de las “necesidades humanas”, que varían de una sociedad para otra, propicia un amplio proceso de socialización del mercado por elecciones cotidianas sobre “modos de vida” y “valores”, tales como la libertad, la vida, la justicia etc.

Las condiciones económicas generadas por el capitalismo, impiden la satisfacción de las necesidades, generando un sistema de falsas necesidades, necesidades que no pueden ser completamente satisfechas²².

El desarrollo coyuntural y estructural del capitalismo dependiente lati-noamericano favorece la interpretación de las “necesidades” como producto de las carencias primarias, de luchas y conflictos engendrados por la división social del trabajo y por exigencias de bienes y servicios vinculados a la vida productiva.

Las condiciones de vida experimentadas por los diversos segmentos populares latinoamericanos, básicamente, aquellas condiciones negadoras de la satisfacción de las necesidades identificadas con la sobrevivencia y subsistencia, acaban produciendo reivindicaciones que exigen y afirman derechos. No hay duda que la situación de privación, carencia y exclusión, constituyen la razón motiva-dora de la aparición de las necesidades por derechos. Resumiendo, los derechos objetivados por los agentes de una nueva ciudadanía colectiva expresan la inter-mediación entre necesidad, conflictos y demandas.

²¹ Consultar: DALTON, Russel J. y KUECHLER, Manfred (Comp.). Los nuevos movimientos sociales. Valencia; Ediciones Alfons el Magnánim/IVEI, 1992; GOHN, María da Gloria. Teoría de los movimientos sociales. Paradigmas clásicos y contemporáneos. San Pablo: Loyola, 1997; TARRON, Sidney. El Poder en Movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política. Madrid: Alianza Universidad, 1997.

²² Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico – Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho. 3. ed. San Pablo: Alfa-Omega, 2001. p. 242-248.

El *tercer supuesto* para articular un pluralismo comunitario consiste en viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que dirija y al mismo tiempo reproduzca un *espacio comunitario descentralizado y participativo*.

Tal propósito no parece ser muy fácil en estructuras sociales con alto grado de inestabilidad socio política, como la brasileña, ya que están contaminadas hasta las raíces por una tradición centralizadora, dependiente y autoritaria.

Parece claro que la ruptura con este tipo de estructura societaria, demanda profundas transformaciones en las prácticas, en la cultura y en los valores de modo de vida cotidiana. Más allá de la subversión a nivel de pensamiento, discurso y comportamiento, importa, del mismo modo, reordenar el espacio público individual y colectivo, resgatando formas de acción humanas que pasan por las cuestiones de la “comunidad”, “políticas democráticas de bases”, “participación y control popular”, “gestión descentralizada”, “poder local o municipal” y “sistemas de consejos”²³.

Lo importante en el nuevo orden político del espacio público, con el concerniente proceso de consolidación de la democracia participativa de base, es el descubrimiento de una nueva sociedad pluralista marcada por la convivencia de los conflictos y de las diferencias, propiciando otra legalidad apoyada en las necesidades esenciales de los nuevos sujetos colectivos.

Continuando, cabe subrayar una *cuarta condición* para la composición de la legalidad alternativa: la formulación de una *ética de la solidaridad*. El agotamiento de la cultura burguesa capitalista de cuño individualista nos lleva a la crisis ética de la modernidad. Se vive en la actualidad, las consecuencias de una ética calcada en el individualismo, en el poder, en la competición, en la eficiencia, en la producción, en el relativismo etc.

La ética de la solidaridad no se prende de ingenierías “ontológicas” y de juicios universales “*a priori*”, colocados para ser aplicados en situaciones vividas, sino que traduce concepciones valorativas que emergen de las propias

²³ Constatar: VILLASANTE, Tomás R. Comunidades locales: análisis, movimientos sociales y alternativas. Madrid: IEAL, 1984. _____. Las democracias participativas. Madrid. HOAC, 1995.

luchas, conflictos e intereses de nuevos sujetos insurgentes en permanente afirmación.

La ética de la solidaridad es la ética antropológica de la liberación que parte de las necesidades de los segmentos excluidos y se propone generar una práctica pedagógica, capaz de emancipar a los sujetos oprimidos, injusticiados y expropiados. Por ser una ética comprometida con la dignidad del “otro”, encuentra sus bases teóricas tanto en las prácticas sociales cotidianas como en supuestos extraídos de la “filosofía de la liberación”²⁴.

La *última condición* que se hace necesaria considerar para fundamentar un nuevo paradigma de legalidad se refiere a la elaboración de una *racionalidad de carácter emancipatoria*, engendrada a partir de la práctica social resultante de intereses, carencias y necesidades vitales.

El modelo tradicional de racionalidad técnico formal, está suplantado por el modelo crítico dialéctico de racionalidad emancipatoria, generado en la realidad de la vida concreta. No se trata de una “razón operacional” predeterminada y sobrepuesta a la vida, direccionada para modificar el espacio comunitario, sino de una razón que parte de la totalidad de la vida y de sus necesidades históricas²⁵. En síntesis, se trata de la construcción de una racionalidad como expresión de una identidad cultural como exigencia y afirmación de libertad, emancipación y autodeterminación.

4. PLURALISMO JURÍDICO Y LEGALIDAD ALTERNATIVA

Por lo expuesto, se percibe que la emergencia de nuevas y múltiples formas de producción del Derecho está internalizada en el fenómeno “práctico histórico” del pluralismo jurídico.

Se trata de la producción y la aplicación de derechos provenientes de las luchas y de las prácticas sociales comunitarias, independientes del favor de los órganos o agencias del Estado. La prueba de esta realidad, por demás

²⁴ Examinar: DUSSEL, Enrique. *Ética comunitaria*. Petrópolis: Vozes, 1986; _____. *Ética de la liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*. Madrid: Trotta; México; UNAM, 1998.

²⁵ Ver: CALDERA, Alejandro Serrano. *Filosofía y crisis. Por la filosofía latinoamericana*. Petrópolis: Vozes, 1984.

innovadora, que no se centraliza en los Tribunales, ni en las Asambleas Legislativas ni en las Escuelas de Derecho sino en el seno de la propia comunidad, que son los nuevos sujetos sociales. Con esto, aflora toda una nueva lógica y una “nueva” Justicia que nace de las prácticas sociales y que pasa, dialécticamente a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

Se rompe con la configuración mítica de que el Derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del Derecho como “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena política. **Por lo tanto, en un espacio como el latinoamericano, donde la fluidez de significados y prácticas sociales derivados del pluralismo jurídico irrumpi como hendiduras en la fija unidad monoracionalista de la modernidad “(...) no es de extrañar que el derecho oficial (...) deba ser reconceptualizado como un sistema cultural en el cual diferentes ‘posiciones discursivas’ interactúan en un proceso constructivo”²⁶.**

Un conjunto de vestigios confirman la implementación creciente de nuevos mecanismos de autorregulación de los conflictos y de la resolución de los intereses emergentes. Sin negar o abolir las manifestaciones normativas estatales, se avanza democráticamente en dirección a una legalidad plural, fundada no exclusivamente en la lógica de una racionalidad formal, sino en la satisfacción de las necesidades y en la legitimación de nuevos sujetos legales.

Siendo así, nuevos modelos plurales y democráticos de justicia apuntan para el desarrollo de ciertas prácticas llamadas de “legalidad alternativa”. No se trata propiamente de un “uso alternativo del Derecho”, sino de un proceso de construcción de otras formas jurídicas. Ciertamente que el objetivo más importante de transformación jurídica no consiste, como alega el jurista colombiano Germán Palacio, en la substitución de una normatividad injusta por otra normatividad más favorable, sino en identificar el Derecho con los sectores mayoritarios de la sociedad²⁷. El fenómeno de las prácticas jurídicas alternativas que se inserta en la globalidad del pluralismo jurídico comprende prácticas no siempre homo-géneas e idénticas. Un ejemplo de esto

²⁶ GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. *Op. Cit.*, p. 38.

²⁷ PALACIO, Germán. Pluralismo Jurídico. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional, 1993. p. 130-131.

puede ser constatado en dos tipologías recientes. Para Germán Palacio, la expresión genérica del Derecho alternativo se refiere a las formas del Derecho indígena, del Derecho de transición social o del Derecho insurgente. El Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas es el Derecho nativo de resistencia que subsiste pese a las ofensivas imperialistas de los países coloniales. El Derecho de transición social es aquel que surge de sociedades políticas que pasaron por un proceso revolucionario (Portugal en el tiempo de la Revolución, la Nicaragua de los Sandinistas). Por fin, el Derecho insurgente “creado por los oprimidos de acuerdo con sus intereses y necesidades”²⁸.

Por otro lado, en la experiencia de los años 90 en Brasil, el magistrado Amilton B. Carvalho, en su obra “Derecho Alternativo en la Jurisprudencia”, propone que el “movimiento del Derecho alternativo” en su sentido general, comprende los siguientes frentes de lucha: 1º) Uso alternativo del Derecho: utilización, vía interpretación diferenciada, de las “contradicciones, ambigüedades y lagunas del derecho legislativo en una óptica democratizante”. 2º) Positivismo de combate: uso y reconocimiento del derecho positivo como arma de combate, es la lucha para la efectivización concreta de los derechos que ya están en los textos jurídicos pero que no están siendo aplicados. 3º) Derecho alternativo en sentido estricto: “derecho paralelo, emergente, insurgente, encontrado en la calle, no oficial, que coexiste con aquél otro emergente del Estado, es un derecho vivo, actuante, que está en permanente formación/transformación”²⁹.

Por lo tanto, las múltiples y diversas prácticas del llamado Derecho Alternativo, en Brasil, comprenden un proceso mayor que debe ser reconocido como pluralismo jurídico.

Visto que la proyección y difusión del “movimiento alternativo” es relativamente nueva, todavía no ha sido posible definir claramente su conceptualización, caracterización, funcionamiento e influencia.

El jurista brasileño Edmundo L. de Arruda Jr., entiende que la dinámica de este movimiento es un “*continuum* que supera la acumulación de la

²⁸ PALACIO, Germán. *Op. cit.*, p. 131-132.

²⁹ CARVALHO, Amilton Bueno de. Magistratura y Derecho alternativo. San Pablo: Acadêmica, 1992. p. 88-90.

crítica y que muestra muchos caminos”³⁰. De aquí sale la expresión que involucra una: “connotación política de gran alcance de los hechos”. Teóricamente, el citado autor, al examinar el fenómeno de lo alternativo, apunta para la existencia de una “teoría de los usos de los derechos”, aglutinando “tres niveles articulados pero con un orden de prioridades. Tal tipología sólo será sentida cuando provoque un diálogo interno con los prácticos del Derecho, enriqueciéndola, redefiniéndola a la luz de las diferentes ramas del Derecho”³¹.

Ciertamente que los criterios que expresan prácticas alternativas de reglamentación implican informalización, descentralización y democratización de los procedimientos, factores que, bien explotados y estimulados, se constituyen en el medio más adecuado para operacionalizar las demandas para el acceso a la justicia y ecuacionar los conflictos colectivos de espacios societarios, marcados por inestabilidades constantes y profundas mudanzas sociales.

Finalmente, los primeros pasos en dirección de una sociedad **latinoamericana** pluralista y democrática ya están siendo puntualizados, siendo que, el papel **pedagógico** de la “crítica **sociojurídica**” es fundamental como estrategia para crear en un primer momento de redefiniciones paradigmáticas, las condiciones epistemológicas y político ideológicas de una justicia material efectiva que podrá expresar, en un horizonte no muy lejano, la globalidad de un espacio público, realmente **participativo**, capaz de buscar una nueva hegemonía, síntesis de la “voluntad general” coexistiendo con la pluralidad de los intereses particulares, en una igualdad fundada en las diversidades y en las diferencias.

³⁰ ARRUDA JR, Edmundo L. de. “Derecho alternativo en Brasil: algunos informes y balances preliminares”. Lecciones de Derecho alternativo 2. San Pablo: Acadêmica. 1992. p. 171-172.

³¹ *Idem*.

PLURALISMO JURIDICO

SALLY ENGLE MERRY

PLURALISMO JURÍDICO

SALLY
ENGLE MERRY

JOHN
GRIFFITHS

BRIAN Z.
TAMANAH

Estudio preliminar
Libardo Ariza Higuera
Daniel Bonilla Maldonado



Siglo del Hombre Editores
Universidad de los Andes
Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar

PLURALISMO JURÍDICO

Sally Engle Merry

INTRODUCCIÓN

La odisea intelectual del concepto de pluralismo jurídico recorre un espacio que va del descubrimiento de las formas indígenas del derecho entre los habitantes de remotas aldeas africanas y miembros de tribus en Nueva Guinea, al estudio de los debates sobre las cualidades pluralistas del derecho en el capitalismo avanzado. En la última década, el concepto de pluralismo jurídico se ha aplicado al estudio del orden jurídico y social en las sociedades industriales urbanas, principalmente en Estados Unidos, Reino Unido y Francia. De hecho, si se parte de una definición lo suficientemente amplia de sistema jurídico, prácticamente todas las sociedades cuentan con un sistema de derecho plural, tengan o no un pasado colonial. El pluralismo jurídico es un asunto central en la reconceptualización de la relación entre derecho y sociedad.

Los estudios de principios del siglo XX examinaron las manifestaciones del derecho indígena en los pueblos tribales y en las aldeas tradicionales de las sociedades colonizadas de África, Asia y el Pacífico. Los científicos sociales, sobre todo los antropólogos, estaban interesados en ver cómo estos pueblos mantenían el orden social sin utilizar el derecho europeo (por ejemplo, Malinowski 1926). Estos antropólogos, a medida que fueron documentando la rica variedad de formas de control social, presión social, costumbres, derecho consuetudinario y procedimientos judiciales, se dieron cuenta poco a poco de que los pueblos colonizados aplicaban a la vez el derecho indígena y el derecho europeo. Aunque pudiera parecer remoto, el derecho colonial estaba reconfigurando la vida social de estas villas y tribus en formas sutiles. En ese sentido, como observó Chanock (1985: 4) en relación con el África colonial: "El derecho era el instrumento avanzado del colonialismo [...]". Las tribus y las aldeas habían desarrollado alguna forma de derecho durante las generaciones que habían transcurrido padeciendo la imposición del derecho racional formal de los poderes coloniales europeos. El derecho impuesto, pensado más para el capitalismo industrial que para una forma pastoral o agrícola de vida, incorporaba principios y procedimientos muy diferentes a los de los derechos locales. Los académicos denominaron a estas situaciones pluralismo jurídico. Reconocían que la introducción del derecho colonial europeo había creado una pluralidad de órdenes jurídicos, pero ignoraban, en gran medida, la complejidad de los órdenes jurídicos anteriores.

Para los partidarios del Imperio en el siglo XIX, esta imposición del derecho europeo era un gran regalo que sustituía la anarquía y el temor, que supuestamente invadía las vidas de los pueblos colonizados, por un derecho civilizado que los liberaría de los horrores de la guerra, la

brujería y la tiranía (Ranger 1983). En África, los británicos y los franceses superpusieron sus derechos a los derechos indígenas, incorporando el derecho consuetudinario en tanto no "repugnara a la justicia natural, la equidad o la buena conciencia", o "fuera inconsistente con cualquier ley escrita" (Okoth-Okendo 1979: 160; Adewoye 1986: 60; Bentsi-Enchill 1969). El principio de repugnancia se usó para declarar ilegales las costumbres africanas inaceptables. Algo que probablemente tampoco se le escapaba a los administradores coloniales era que el sistema jurídico europeo también ayudaba a moldear una fuerza de trabajo que contribuiría a las industrias extractivas o a producir cosechas comerciales para la exportación era (véase Chanock 1985; Comaroff 1985; Comaroff y Comaroff 1986; Moore 1986a).

Sin embargo, el pluralismo jurídico va mucho más allá de la adhesión a formas de derecho europeas y tradicionales. Sólo ahora se comienza a explorar en qué grado las sociedades que habían estado colonizadas en el pasado son jurídica y culturalmente plurales. Los europeos no fueron la primera influencia exterior que llevó un nuevo sistema jurídico a muchos pueblos del Tercer Mundo. Geertz, por ejemplo, describe la complejidad jurídica de Java como el producto de los encuentros entre un grupo original de colonizadores del sur de China y del norte de Vietnam con los estados indios, con comunidades comerciales chinas, misioneros islámicos, colonizadores británicos y holandeses, fuerzas de ocupación japonesas y, actualmente, con el Estado indonesio (1983: 226). Al embarcarse en un cuidadoso estudio histórico se abandona la idea de que los pasados de las sociedades tradicionales eran inmutables (Ranger 1983; Chanock 1985).

¿Qué es el pluralismo jurídico? Se define generalmente como una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social (Pospisil 1971; Grif-

fiths 1986a; Moore 1986a).¹ En su trabajo seminal sobre niveles jurídicos, Pospisil (1971: 107) afirma que

[...] cada subgrupo [que] funciona [...] en una sociedad tiene sistemas jurídicos propios que son necesariamente diferentes en algunos aspectos de aquellos de otros subgrupos.

Por subgrupos entiende unidades como la familia, el linaje, la comunidad y la confederación política, que son parte integral de una sociedad homogénea, ordenada jerárquicamente y esencialmente pareja en sus normas y procedimientos. Los recientes trabajos académicos definen al "sistema jurídico" de manera amplia con el propósito de que incluya el sistema de jueces y tribunales amparado por el Estado junto con las formas *no jurídicas* de ordenación normativa. Algunas de estas últimas son parte de instituciones como fábricas, sociedades mercantiles y universidades, e incluyen códigos escritos, tribunales y fuerzas de seguridad en los que en ocasiones se replican la estructura y la forma simbólica del derecho estatal (Macauley 1986; Henry 1983). Otros órdenes normativos son sistemas informales en los cuales los procesos de instauración de normas, de aseguramiento de su cumplimiento y de castigo de los infractores parecen naturales y se dan por sentado, como ocurre en las familias, los grupos de trabajo y las colectividades (Abel 1983; Henry 1985). Por consiguiente, se puede decir que todas las sociedades son jurídicamente plurales. Este enfoque corre el riesgo de definir el sistema jurídico tan extensamente que acabaría

incluyendo en él todas las formas de control social (véase mayor detalle en Comaroff y Roberts 1981).

Griffiths (1986a: 5, 8) distingue entre la visión del pluralismo que tienen las "ciencias sociales" que lo considera una situación empírica concreta dentro la sociedad (la coexistencia en un grupo social de órdenes jurídicos que no pertenecen a un "sistema" único), y la que denomina la visión "del jurista" del pluralismo jurídico, que lo ve como un problema particular de los sistemas jurídicos duales creados por la superposición de los sistemas jurídicos de los países europeos sobre los sistemas preexistentes cuando aquéllos establecieron las colonias. Un sistema jurídico es pluralista en sentido jurídico cuando el soberano controla distintos sistemas de derecho que regulan el comportamiento de diferentes grupos de la población que proceden de etnias, religiones, nacionalidades o geografías distintas, y cuando todos esos regímenes jurídicos paralelos dependen del sistema jurídico estatal. Esta situación origina una gama de complejos problemas jurídicos, como la necesidad de decidir cuándo el derecho de un subgrupo se aplica a una transacción particular o conflicto, a qué grupo específico de individuos pertenece un derecho determinado, cómo puede cambiar una persona el derecho que se le aplica (los africanos educados de la época colonial se resentían si se les aplicaba el derecho africano en vez el derecho europeo), determinar cuáles serían las normas de conflicto de leyes aplicables a los problemas que puedan surgir entre personas de grupos diferentes, y la determinación de sobre cuáles temas, especialmente qué derecho de familia, y en qué áreas geográficas debe aceptarse el derecho de un subgrupo (*Ibíd.*: 7). Muchas veces es difícil determinar cuáles son las normas de los subgrupos, especialmente cuando no constituyen parte de una tradición escrita. Como veremos después, incluso aquellos sistemas que cuentan con códigos escritos, como el derecho islámico, con frecuencia se encuentran integra-

¹ En un importante ensayo sobre la definición de pluralismo jurídico, Griffiths lo define como "la situación dentro de cualquier campo social en la cual ocurren comportamientos que obedecen a más de un ordenamiento jurídico".

dos dentro de formas muy distintas de pensar acerca de la dicotomía entre el derecho y la norma, la naturaleza de las pruebas y el significado de qué es juzgar (Rosen 1980-1981; Geertz 1983; Messick 1986).

En ese sentido, Hooker (1975) aporta un estudio panorámico magistral y preciso del pluralismo jurídico cuando analiza los sistemas jurídicos plurales en Asia, África y el Medio Oriente. Define pluralismo jurídico como las circunstancias del "mundo contemporáneo que han producido la transferencia de sistemas jurídicos completos superando fronteras culturales" (*Ibid.*: 1). Los problemas legales de tipo jurídico enfrentan a los líderes de muchas sociedades postcoloniales, quienes generalmente consideran sus complejos sistemas jurídicos como frustrantes, desordenados y obstaculizadores del progreso (Bens-Enchill 1969; Griffiths 1986a). Las elites contemporáneas en África creen que la modernización y la construcción nacional necesitan un sistema jurídico unificado, que en muchas ocasiones se inspira en modelos de derecho europeo (Okoth-Okendo 1979: 165)². Sin embargo, en la medida en que las sociedades coloniales se empeñan en adoptar un derecho estatal uniforme, tienen que enfrentar una tensa resistencia de parte de aquellos grupos cuyo derecho se ha preservado en algún grado (*véase en detalle* Geertz 1983: 228).

El examen que hago aquí estudia sobre todo la versión de las ciencias sociales del pluralismo jurídico. Según el diseño de la Quinta Cuestión, este examen se concentra en el trabajo académico de la última década, aunque incluyo obras anteriores cuando son importantes para mi línea argumentativa. Me baso en material publicado en inglés, aunque existen bastantes trabajos académicos en otras lenguas. Los recursos centrales en el estudio del pluralismo

jurídico son el *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, creado en 1981,³ y varias conferencias internacionales junto con los libros a los que dieron lugar.

EL PLURALISMO JURÍDICO CLÁSICO Y EL NUEVO PLURALISMO JURÍDICO

La investigación sobre las sociedades coloniales y post-coloniales produjo una versión de pluralismo jurídico al que denomino "pluralismo jurídico clásico", que sería el análisis de las intersecciones entre los derechos europeo y nativos. Para empezar, a finales de la década de los años setenta los académicos sociojurídicos se interesaron en aplicar el concepto de pluralismo jurídico a las sociedades no colonizadas, especialmente a los países industrializados de Europa y Estados Unidos. Este giro produce una versión del pluralismo jurídico que yo llamo "nuevo pluralismo jurídico". Varios estudios exploran el pluralismo jurídico contemporáneo en Estados Unidos —Moore 1973; Forer 1979; Merry 1979; Engel 1980, 1984, 1987; Nader 1980; Greenhouse 1982; Buckle y Thomas-Buckle 1982; Macaulay 1986—; en el Reino Unido —Henry 1983; 1985— y en Holanda —Van den Bergh *et al.* 1980; Strijbosch 1985—. En estos países existen también varios estudios históricos sobre el pluralismo jurídico —Auerbach 1983; Arthurs 1985; Bossy 1983—. Los estudios de caso sobre pluralismo jurídico que se presentaron en una conferencia

³ Esta revista, editada por John Griffiths en Holanda, recoge el trabajo académico internacional sobre pluralismo jurídico (de un modo aún más exhaustivo que la *Law and Society Review*). El *Journal of Legal Pluralism* incluye importantes artículos teóricos, reseñas bibliográficas y estudios de caso sobre diversos temas, como pueden ser el papel de los escritores públicos de cartas en el desarrollo de las profesiones jurídicas en Ibadan, Nigeria, entre 1904 y 1960 (Adewoye 1986), la coexistencia de los derechos nativo, islámico, colonial británico y nigeriano poscolonial (Salamone 1983) y la adquisición de tierras nativas hawaianas por medios legales (Lean 1985).

² En este sentido, parecen haber aceptado la ideología jurídica dominante de la sociedad occidental (*véase* Merry 1986).

sobre la imposición del derecho a otros pueblos incluían el de los indios americanos, las cooperativas de granjeros húngaros, los sindicatos británicos, las leyes de caza británicas y la pena de muerte estadounidense, junto con tópicos más tradicionales del pluralismo jurídico en Nueva Guinea, Kenia y Nigeria (Burman y Harrell-Bond 1979). El pluralismo jurídico, que en principio era un concepto que se refería a la regulación de las relaciones entre colonizador y colonizado, pasó a hablar de grupos dominantes y grupos subordinados —minorías religiosas, étnicas o culturales—, de grupos de inmigrantes y formas no oficiales de ordenación situadas en redes o instituciones sociales (Woodman 1987: 3-4; Macaulay 1986). Moore (1986b: 15-24) proporciona un útil resumen de los conceptos de pluralismo jurídico y social en su examen sobre las formas de comparación de los sistemas jurídicos del mundo.

Según el nuevo pluralismo jurídico, los ordenamientos normativos plurales se encuentran prácticamente en todas las sociedades. Esto supone un cambio extraordinariamente poderoso, pues sitúa en el centro de la investigación la relación entre el sistema jurídico oficial y otras formas de ordenamiento de la conducta con las que se conecta, pero que son dependientes y están separadas de él al mismo tiempo. El nuevo pluralismo jurídico obvia los efectos del derecho en la sociedad, e incluso los efectos de la sociedad en el derecho, e intenta conceptualizar una relación más compleja e interactiva entre las formas oficiales y no oficiales de ordenación. En lugar de influencias mutuas entre dos entidades separadas, esta perspectiva contempla formas plurales de ordenación que participan en el mismo campo social. Francis Snyder, en la Conferencia de Bellagio sobre el Derecho del Pueblo y el Derecho del Estado (véase Allott y Woodman 1985), defiende en sus comentarios que cualquier distinción dualista, como la que separa el derecho estatal del derecho popular, es engañosa, porque los ordenamientos normativos plurales

son parte del mismo sistema en cualquier contexto social concreto y están usualmente entrelazados en los mismos microprocesos sociales (Griffiths 1985: 17-18). Las particularidades de la relación en cualquier localización social son históricamente dependientes y cambiantes.

El nuevo pluralismo jurídico se apoya en el rico trabajo teórico y etnográfico del pluralismo jurídico clásico. Entre las contribuciones importantes del pluralismo jurídico clásico hay, en mi opinión, tres de particular importancia. La primera sería el análisis de la interacción entre órdenes normativos que son fundamentalmente diferentes en su estructura conceptual subyacente. La segunda es la atención que presta a la elaboración del derecho consuetudinario como producto histórico. La tercera es el esquema de la dialéctica entre órdenes normativos. En el pluralismo jurídico clásico esta dialéctica ocurre en situaciones en las que los distintos órdenes, así como la dinámica de la resistencia y la reestructuración que realizan los grupos a los que se les impone un orden normativo muy diferente se pueden ver e identificar fácilmente. Cuando Pospisil, por ejemplo, trae a cuento la respuesta de los kapauku papuanos frente a la introducción del derecho holandés, es relativamente fácil identificar los actores, pues el derecho kapauku y el derecho holandés son muy distintos. En esta situación, los límites que tiene la penetración del derecho holandés son claros, como lo son en las áreas en las que los kapauku adoptaron el derecho holandés y lo hicieron suyo, y en las que el derecho holandés se convirtió en parte de la lucha política entre diferentes facciones, algunas más cercanas al orden colonial que otras (1981).

En sociedades sin ningún pasado colonial, sin embargo, es más difícil ver las formas no estatales de ordenación normativa. Se confunden con el panorama de fondo y aparte de algunas excepciones notables, como el concepto de Ehrlich de "derecho vivo" (1913), el "derecho social" de Gurvitch (1947) y el trabajo de Macaulay (1963) sobre

los ordenamientos privados, esas formas no estatales se ignoraron hasta mediados de los años setenta. Para que se pudiera reconocer el pluralismo jurídico en casa era necesario rechazar lo que Griffiths (1986a) llama la "ideología del centralismo jurídico", es decir, la idea de que el Estado y el sistema de abogados, tribunales y prisiones es la única forma de ordenación. Es más, a los académicos formados en el positivismo jurídico se les enseña que el derecho y la regulación ocurren en los juzgados y en las oficinas de abogados, que no está en los rumores acerca de los negocios, las regulaciones y los tribunales universitarios, o en los bares del vecindario (sobre este aspecto, véase Arthurs 1985). Probablemente no es ninguna casualidad que muchos de los académicos más destacados del pluralismo jurídico, como Richard Abel, David Engel, Marc Galanter, Peter Fitzpatrick, Sally Falk Moore, Boaventura de Sousa Santos y Francis Snyder emprendieran su investigación sociojurídica en sociedades postcoloniales en las que el pluralismo jurídico era un hecho de la vida obvio y poco ambiguo.

En resumen, la investigación sobre pluralismo jurídico comenzó a partir del estudio de las sociedades coloniales en las que una nación imperialista, equipada con un sistema jurídico codificado y centralizado, imponía este sistema a sociedades con sistemas jurídicos muy distintos, muchas veces no escritos y carentes de estructuras formales para juzgar y castigar. Esta clase de pluralismo jurídico se incorporaba, pues, dentro de relaciones de poder desigual. El concepto se ha expandido en los últimos años para describir las relaciones jurídicas en los países industriales avanzados, pero en ellos las discusiones sobre el pluralismo jurídico son muy diferentes. Se centran en el rechazo a la atención predominante a la ley que prestan los estudios tradicionales de los fenómenos jurídicos, argumentando que no todo el derecho ocurre en los tribunales (por ejemplo, Nader y Todd 1978; Arthurs 1985). Su preocupación es la de documentar otras formas de regulación social que se

inspiran en los símbolos del derecho, en mayor o menor medida, pero que operan a su sombra, en los sitios donde descansan e incluso en medio de la calle, cerca de sus oficinas. Por lo tanto, en los contextos en los cuales la dominación de un sistema jurídico central es manifiesta, esta corriente argumentativa, que cree que otras formas de regulación por fuera del derecho constituyen también derecho, intenta no ignorar lo que ocurre en la vida social.

Estos dos contextos son extraños compañeros. Sus adversarios principales, las posiciones contra las que debaten, son muy diferentes. Proceden de tradiciones jurídicas muy disímiles. La naturaleza de la relación entre los sistemas parece ser incomparable. En el primero de los contextos existe una imposición manifiesta o la dominación de un sistema sobre el otro; en el segundo, la naturaleza del vínculo es más fluida y opaca. Sin embargo, observados más de cerca, incluso los órdenes jurídicos coloniales dominantes fracasan cuando intentan penetrar plenamente una sociedad: encuentran una férrea resistencia y además son absorbidos y cooptados, como lo muestra con claridad Kidder (1974; 1979) en el caso indio. Es más, en las sociedades industriales, a pesar de la autonomía aparente de las esferas no judiciales, el sistema jurídico posee una relación de poder superior frente a los otros sistemas de regulación, pues aparece como la fuente última de poder coercitivo (Abel 1982; Merry 1986; Yngvesson 1985). Por lo tanto, existen maneras en las que la unión de estos dos contextos de pluralismo jurídico, en vez de dificultar la comprensión de la interacción de órdenes plurales, la facilita.

EL DERECHO POPULAR, EL DERECHO NATIVO, EL DERECHO ESTATAL, EL DERECHO DE LOS ABOGADOS: UNA DEFINICIÓN DE LOS TÉRMINOS

Hay una gran variedad de términos que aparecen en el debate sobre los elementos que constituyen las sociedades ju-

ridicamente plurales, es decir, sobre los sistemas u órdenes normativos que constituyen una situación jurídicamente plural. Cada uno de esos términos se desacredita debido a que acarrea implicaciones peyorativas no deseadas. El debate terminológico en relación con el derecho estatal es el más fácil: los términos que se usan normalmente son derecho, derecho estatal, derecho de los abogados, derecho oficial y legalidad burguesa. Los nombres para el derecho no estatal forman un paquete mucho más grande. Los primeros trabajos sobre pluralismo jurídico clásico se referían a la distinción entre derecho y costumbre. Diamond (1973: 322-323), en un artículo muy influyente, describe las relaciones de manera dicotómica:

La costumbre —espontánea, tradicional, personal, conocida comúnmente, corporativa, relativamente estable— es la modalidad de regulación de la sociedad primitiva; el derecho es el instrumento de la civilización, de la sociedad política, sancionado por la fuerza organizada, presumiblemente por encima de la sociedad en su conjunto, y que impulsa un nuevo conjunto de intereses sociales. El derecho y la costumbre implican ambos la regulación del comportamiento, pero sus personalidades son totalmente distintas; no se ha conseguido ningún equilibrio evolutivo entre el derecho cambiante y la costumbre, sea esta última tradicional o emergente.

Diamond rechaza la noción de que la costumbre sea una forma de derecho primitivo que gradualmente evoluciona y se transforma en derecho estatal, pero al mismo tiempo propone que el avance del derecho contraría y extingue la costumbre.

Pero, ¿qué costumbre? En entornos coloniales, el derecho precolonial reconocido o aceptado por los gobernantes coloniales después de la conquista o del control del

poder se denominaba derecho consuetudinario (Hooker 1975, por ejemplo). Más que escrito, este derecho era predominantemente oral, y derivaba de fuentes de autoridad externas al poder colonial (Snyder 1981b: 49). Sin embargo, un rico cuerpo de investigación histórico-étnica en África, Indonesia y Nueva Guinea Papua argumenta que la idea de una costumbre estable o incluso de un derecho consuetudinario eran mitos de la era colonial, y que el propio derecho consuetudinario era producto del encuentro colonial (Colson 1976; Benda-Beckmann 1979; Fitzpatrick 1980; Snyder 1981a, 1981b; Ranger 1983; Chanoock 1985; Gordon y Meggit 1985; Moore 1986a; Starr y Collier 1987, 1989).

Zinder (1981b), por ejemplo, sostiene que el derecho consuetudinario no era simplemente una versión transformada o adaptada del derecho indígena, sino una nueva forma creada en el contexto del Estado colonial. A través de una historia detallada de la posición social cambiante de los sacerdotes de la lluvia entre los granjeros cultivadores de arroz en Senegal, Snyder muestra cómo se creó el derecho consuetudinario. Los senegaleses más familiarizados con las costumbres y los lenguajes europeos sirvieron como intermediarios, es decir, como intérpretes del derecho indígena para los europeos. Los europeos, a su vez, aceptaron aquellas versiones del derecho consuetudinario que encajaban mejor con su propia ideología sobre la propiedad del suelo y otras relaciones jurídicas. Snyder concluye que:

El derecho consuetudinario en Casamance (Senegal), como en otros lugares, era un concepto y una forma jurídica que se originaba en circunstancias históricas específicas; en este caso, durante el periodo [de] las transformaciones de las relaciones sociales precapitalistas que contemplaron la consolidación del Estado colonial [...]. Producido en cir-

cunstancias históricas particulares, la idea de "derecho consuetudinario" fue una ideología de la dominación colonial. El concepto de "derecho consuetudinario" fue en sí mismo un intento de reinterpretación de las formas jurídicas africanas en términos de las categorías jurídicas europeas, que formaban parte de la ideología de aquellas clases asociadas más estrechamente con el Estado colonial. La designación del derecho africano como "consuetudinario" porque era oral, aunque parecía técnica, incorporaba y enmascaraba una conclusión esencialmente política que se subordinaba al derecho colonial de origen europeo. (*Ibid.*: 74, 76)

Snyder (1980) reclama un replanteamiento completo del papel que desempeña el derecho en las sociedades postcoloniales desde la perspectiva de la teoría de la dependencia, más que desde la teoría de la modernización. En lugar de ver los órdenes jurídicos plurales como barreras a la modernización, sugiere que su creación es producto de la expansión del orden capitalista europeo en el mundo en los últimos cuatrocientos años; una expansión que ha incorporado gradualmente a las sociedades más remotas a un único sistema económico, a pesar de las estructuras políticas fraccionadas de aquellas. Estas formas tradicionales del derecho fueron invenciones de la expansión europea y de la transformación capitalista, como también lo fueron las tribus, las aldeas, los jefes tribales y muchas otras características de los sistemas sociales en apariencia tradicionales (Wolf 1982). Ranger (1983: 250-251) sostiene, por su parte, que la visión de un pasado africano tradicional e inamovible, regido por una costumbre asentada a lo largo de la historia, fue una creación de los administradores coloniales de comienzos del siglo XX en su esfuerzo por restaurar algo de orden tras los caóticos años del siglo XIX.

Si las formas no estatales de ordenamiento social en situaciones jurídicamente plurales no son costumbres o derecho consuetudinario, ¿cómo llamarlas entonces? En un simposio de 1978, "Las consecuencias sociales del derecho impuesto", se discutió sobre el uso del derecho impuesto pero se abandonó el término por inadecuado, pues en ciertos sentidos todo derecho se experimenta como impuesto y, sin embargo, también en cierto grado, es aceptado en vez de simplemente impuesto (Burman y Harrell-Bond 1979: 2). Kidder (1979: 296), señalando el entusiasmo con el que los indios acogieron el derecho británico, sugiere en su lugar el concepto de derecho externo, que tiene en cuenta las "fuentes de poder en diferentes niveles de externalidad". Insinúa que se piense en varios niveles de externalidad, con luchas entre estos niveles, en lugar de simplemente en derecho y costumbre (*Ibid.*: 299).

En un artículo posterior, Galanter (1981: 17) sugiere los términos ordenamiento nativo y derecho nativo para referirse a las formas de ordenamiento por fuera del sistema oficial. Pero trabajos recientes indican que incluso aquellas sociedades que se habían analizado como si no hubieran sido tocadas por la cultura europea y que, en ese sentido, eran "nativas", también habían sido vulnerables a las influencias externas en los tiempos de las investigaciones etnográficas tempranas (Fitzpatrick 1985). De hecho, Pospisil (1979), un antropólogo que trabajó durante el periodo de contacto inicial entre un grupo de pueblos de Nueva Guinea y el gobierno holandés, y escribió un texto clásico sobre el derecho indígena, señala que éste fue un peón importante de la política local, cooptado por una de las facciones. En un segundo viaje a Kapauku se sorprendió al ver que la administración holandesa colonial estaba usando su libro sobre derecho de los kapauku como base para su determinación del derecho consuetudinario

(*Ibid.*: 132). A medida que los antropólogos estudiaron con mayor cuidado las situaciones en las que se produjeron los primeros relatos etnográficos, descubrieron cómo éstos se habían estructurado a través del contacto colonial (Marcus y Fisher 1986).

En 1981, en una conferencia sobre el derecho del pueblo y el derecho del Estado, los participantes discutieron sobre el uso de derecho popular, pero existía la preocupación de si el término contemplaba románticamente el derecho popular o lo minusvaloraba (Roberts 1986). Los participantes concluyeron que no existía un derecho popular distinto del derecho del Estado, sino que lo que existía era un continuo en el que podían apreciarse distintos grados de diferenciación y organización de la generación y aplicación de normas. Esa idea fue sugerida por Galanter (Allof y Woodman 1985).

Dentro del nuevo pluralismo jurídico, Macaulay (1986) propone el concepto de "gobierno privado", que define como el gobierno ejercido por grupos que no son parte de las constituciones estatales y federales, pero que pueden imitar los símbolos y las estructuras de los sistemas jurídicos públicos. Macaulay (1983: 2) defiende una "perspectiva del gobierno privado" que reconozca las asociaciones privadas que afectan al gobierno y también ve problemática la distinción entre lo público y lo privado. Contempla un "panorama de gobierno privado" como el que sigue:

Mientras que puede que sea necesario trazar una línea firme entre el gobierno público y privado para poder pensar siquiera el derecho, realmente no existe tal línea, sino situaciones de interpenetración, jurisdicciones superpuestas y oportunidades para la armonía y el conflicto. (*Ibid.*: 1)

Henry (1985: 89) sugiere el término "justicia privada", que se refiere a los sistemas no estatales que

[...] incluyen las prácticas de instituciones tales como órganos disciplinarios, consejos de dirección y consultivos de las organizaciones comerciales e industriales, sindicatos y asociaciones profesionales y obreras, y también la sanción impuesta por iguales en las asociaciones voluntarias relativamente amorfas, como los grupos de autoayuda y de ayuda mutua.

La justicia privada no existe aisladamente, sino que se interrelaciona con el orden estatal más formalizado de una manera semiautónoma (*Ibid.*: 89). Al igual que los gobiernos privados de Macaulay, las instituciones de justicia privada pueden constituirse formalmente con reglas y procedimientos escritos, o hacerlo de modo informal, es decir, a partir del encuentro espontáneo de unos miembros que sólo comparten presunciones tácitas y que no necesariamente reconocen que son parte de un sistema de ordenación privada. El gobierno privado o la justicia privada replican a menudo aspectos del orden jurídico, como las fuerzas de seguridad y los tribunales, e imitan sus símbolos, utilizando uniformes de policía, luces, códigos y sistemas de juzgamiento, todos ellos similares a los oficiales. Sin embargo, en ocasiones toman también formas antagonistas, como ocurre con el derecho de las cooperativas en una sociedad capitalista (Henry 1985; 1987).

La concepción más duradera, generalizable y usada comúnmente para los ordenamientos jurídicos plurales es la noción de Moore (1973) de campo social semiautónomo, un concepto desarrollado para describir múltiples sistemas de ordenamiento en sociedades complejas. El campo social semiautónomo es uno que:

Puede generar normas y costumbres y símbolos internamente, pero que [...] es también vulnerable a las reglas y decisiones de otras fuerzas que emanan del mundo más grande que lo circunda. El campo social semiautónomo tiene capacidades para la creación de normas, y los medios para inducir o ejercer coerción para el cumplimiento; pero se encuentra situado simultáneamente al interior de una matriz social mayor que puede afectarlo e invadirlo, y que, de hecho, lo hace, a veces por invitación de personas que están dentro de él, otras [por] iniciativa propia. (*Ibid.*: 720)

Las ventajas de este concepto son: el campo social semiautónomo no se encuentra vinculado a un grupo social único; no hace afirmaciones sobre la propia naturaleza de los ordenamientos o su origen —sea tradicional o impuesto—, y no saca conclusiones definitivas sobre la naturaleza y la dirección de la influencia entre órdenes normativos. El sistema legal externo penetra el campo, pero no lo domina; hay espacio para la resistencia y la autonomía.

Galanter (1981: 22), en desarrollo de este modelo, concluye que los ordenamientos nativos no se preservan dentro de grupos cohesionados, sino más bien en redes sociales más abiertas que se encuentran reguladas en gran parte por la reciprocidad y una comprensión del mundo compartida de manera tácita. Las sociedades contienen muchos sectores parcialmente autorregulados, organizados en torno a patrones geográficos, étnicos o familiares, que a menudo se encuentran dentro de redes sociales fragmentarias y superpuestas (*Ibid.*: 19-20). Galanter (*Ibid.*: 22) declara:

Si hemos perdido la experiencia de una comunidad incluyente que todo lo englobaba, no ha sido frente a un mundo de negociaciones con extraños de igual a igual, sino en gran medida frente a un mundo de comunidades fragmentadas

o parciales, que se superponen parcialmente y están débilmente unidas. En este sentido, nuestra exposición al derecho nativo se ha incrementado al mismo tiempo que se ha incrementado la regulación oficial.

La concepción de Macaulay (1986) de gobierno privado es muy similar: contempla la ordenación social mediante redes sociales abiertas y también gracias a marcos institucionales más organizados y estables.

¿Por qué es tan difícil encontrar una palabra para el derecho no estatal? Sin duda es difícil definir y circunscribir estas formas de ordenación. ¿Dónde se termina de hablar de derecho y simplemente se pasa a describir la vida social? ¿Es útil llamar derecho a todas estas formas de ordenación social? Al escribir sobre el pluralismo encuentro que, una vez derrotado el centralismo jurídico, llamar derecho a todas las formas de ordenación que no son derecho estatal hace que el análisis se torne confuso. Los trabajos académicos en este campo no han demarcado con claridad un límite entre los órdenes normativos y dentro de éstos lo que puede y no puede llamarse derecho. Pienso que una de las dificultades reside en la enorme variedad de estos órdenes y en la diversidad de situaciones particulares. El paso que hay que dar para incluir a las sociedades no colonizadas en el contexto del pluralismo jurídico hace la tarea aún más compleja. A pesar de ello, existe un acuerdo general en cuanto a que el pluralismo no describe un tipo de sociedad sino que es una condición que en mayor o menor grado se encuentra en la mayoría de las sociedades, con variaciones continuas tanto dentro de las más plurales como de las que lo son menos (Galanter 1991; Griffiths 1986a).

El hecho de definir qué ordenamientos sociales constituyen el pluralismo jurídico presenta también otras cuestiones. ¿Supone alguna diferencia el que estos órdenes

jurídicos plurales varíen sustancialmente en poder, potencial coercitivo, fuerza simbólica y cercanía con determinadas clases sociales? ¿Las formas estatales y no estatales de ordenación son similares, o hay casos en los que el sistema de derecho estatal es fundamentalmente diferente de todas las otras formas de ordenación? Puesto que a través del derecho estatal se ejerce el poder coercitivo del Estado y que ese derecho monopoliza el poder simbólico asociado con la autoridad estatal, es esencial verlo como diferente en esencia. Pero, en muchas otras formas, el derecho estatal configura ideológicamente otros órdenes normativos y también proporciona un marco ineludible para su práctica.

LAS RELACIONES ENTRE ÓRDENES NORMATIVOS: LA EXPLORACIÓN DE SUS INTERACCIONES

El pluralismo jurídico no sólo defiende la existencia de múltiples esferas jurídicas, sino que desarrolla hipótesis concernientes a las relaciones entre ellas. La existencia del pluralismo jurídico en sí mismo es de menos interés que la dinámica de cambio y transformación. Históricamente, ha existido un cambio en la forma como se describe la interacción entre órdenes jurídicos, en especial entre el derecho estatal y el no estatal, ha cambiado. Las primeras investigaciones sobre pluralismo jurídico clásico veían los órdenes normativos como paralelos, pero no autónomos. Durante la década de los años sesenta y comienzos de la del setenta, varios estudios demostraron el poder que tenía el derecho estatal para reconfigurar el orden social, y sugirieron la dominación de esta forma de derecho sobre otros órdenes normativos (Mansell 1968; Diamond 1973; Burman y Harrell-Bond 1979). En este periodo el derecho aparece como una poderosa herramienta de modernización en los países del Tercer Mundo (véase Gardner

1980; Lynch 1983) y de creación de justicia social en el Primer Mundo.

Pero los académicos de la corriente derecho y desarrollo y los reformadores estadounidenses (Trubek y Galanter 1974) descubrieron que no siempre había funcionado de esa manera. En 1970 surgió una visión más cauta y limitada sobre el potencial del derecho de reconfigurar otros órdenes sociales. El examen comparado de los derechos impuestos demostró que a veces tenían poderosas consecuencias en términos de cambio social, pero que en otras ocasiones las consecuencias eran inesperadas o mínimas (Burman y Harrell-Bond 1979). En contraste con el análisis de Massell (1968) sobre el impacto revolucionario de las nuevas leyes relativas al estatus de las mujeres en las sociedades islámicas del Asia central soviética, por ejemplo, Starr y Pool (1974: 534) mostraban que las reformas legales drásticas introducidas en la sociedad turca en 1926, que barrieron el derecho otomano a favor del código civil suizo, produjeron un cambio relativamente pequeño en la ordenación normativa de las aldeas locales. La gran mayoría de la población turca siguió teniendo costumbres incompatibles con los nuevos códigos (*Ibid.*). En lugar de una transformación revolucionaria, como se pretendía, Starr y Pool documentan un cambio progresivo, como cuando por ejemplo las mujeres empezaron a usar los tribunales con más frecuencia para resolver los problemas familiares.

La creación del derecho consuetudinario, para dar otro ejemplo, era un proceso incesante de colaboración en el que era evidente que el poder se distribuía de forma desigual, pero en el que los grupos subordinados no eran pasivos o no carecían totalmente de poder. Adewoye (1986), por ejemplo, describe el cambio histórico que experimentaron los autores públicos de cartas en Ibadan, Nigeria, entre 1904 y 1960. Estos africanos redactaban y

producían documentos legales sin la asesoría de abogados educados formalmente, y daban forma a los contratos de compraventa y propiedad del suelo. El modelo de campo social semiautónomo de Moore (1973: 723) fue en parte un esfuerzo por explicar por qué las nuevas leyes u otros intentos de dirigir el cambio no siempre producían los resultados previstos o tenían consecuencias inesperadas o no planeadas:

Ello se debe parcialmente al hecho de que las nuevas leyes se superponen a acuerdos sociales en los que existen construcciones complejas de obligaciones vinculantes previas. La legislación se aprueba frecuentemente con la intención de alterar en formas específicas los acuerdos sociales vigentes. Los acuerdos sociales son muchas veces más fuertes en la práctica que las nuevas leyes.

El cuidadoso estudio histórico de Moore (1986a) del derecho consuetudinario entre los chagga de Tanzania ilustra este proceso de manera más completa. Ahí define el derecho consuetudinario como una construcción cultural con consecuencias políticas, como un conjunto de ideas incorporadas en relaciones que son históricamente cambiantes (*Ibid.*: xv). Franz von Benda-Beckmann (1981) señala que las áreas concretas de resistencia o conformidad con el derecho colonial impuesto son complejas, que se sitúan históricamente, y que dependen hasta cierto punto de los propios procesos de imposición, que varían mucho entre sí.

En la década de los ochenta la investigación hizo énfasis creciente en la relación mutuamente constitutiva y dialéctica entre el derecho estatal y otros órdenes normativos. Con ello se reflejaba una nueva conciencia de la interconexión de los órdenes sociales, de nuestra vulnerabilidad a las estructuras de dominación que se encuentran

por fuera de nuestros mundos inmediatos, y de las formas en que los sistemas implícitos y no reconocidos de control se encuentran incorporados en nuestras vidas cotidianas. Es más, el análisis de esta dialéctica es enriquecido por interpretaciones recientes del derecho como un sistema simbólico e ideológico (*véase Law and Society Review Special Issue on Law and Ideology*, 1998). La investigación en los años ochenta destaca la manera como el derecho del Estado penetra y reestructura otros órdenes normativos mediante símbolos y a través de la coerción directa y, al mismo tiempo, la manera como los órdenes normativos no estatales se resisten y evitan la penetración, o incluso capturan y usan el capital simbólico del derecho estatal. En un último giro, algunas investigaciones exploran la forma en que los ordenamientos normativos no estatales constituyen derecho estatal, aunque este tipo de estudios, más allá de los bien conocidos sobre fenómenos como la negociación extrajudicial de las penas y los grupos de trabajo en los juzgados, se encuentra en su infancia.

Comienzo describiendo la investigación que se concentra en las formas en las que el derecho estatal conforma otros órdenes normativos. El estudio de Auerbach (1983) de la historia de las formas no judiciales de resolución de disputas en los Estados Unidos demuestra que el derecho estatal se infiltra gradualmente y reestructura las alternativas de manera tal que éstas terminan pareciéndose al derecho estatal (*véase también* Arthurs 1985). Éste y otros estudios sobre la reconfiguración progresiva de las alternativas —foros legales a semejanza de los oficiales, por ejemplo— aclara la expansión del derecho estatal a otros órdenes normativos a lo largo del tiempo (Nader 1984; Harrington 1985; Arthurs 1985). Pero los grupos subordinados pueden también optar por inspirarse en los símbolos y significados del sistema jurídico estatal. El bien conocido estudio de Santos (1977) sobre el derecho de las

favelas en Brasil describe cómo los residentes de un asentamiento ilegal crean su propia legalidad, usando formas y símbolos del derecho estatal, de la "ley del asfalto", como ellos la llaman. Aquí, los órdenes jurídicos están ligados a las clases. El pluralismo legal describe las relaciones entre la clase dominante y una clase urbana oprimida; unas relaciones que reflejan la jerarquía de clase de la sociedad brasileña, su estructura de dominación e intercambio desigual. Los ocupantes ilegales buscan una estrategia de enfrentamiento implícito, y simultáneamente se adaptan para poder sobrevivir (*Ibid.*).

En otro contexto, Westermarck (1986) da testimonio de las prácticas de los nuevos tribunales de las aldeas de Papua Nueva Guinea, creadas en 1973 como alternativas conciliatorias informales frente a los tribunales estatales. Pero los tribunales objeto de su estudio replicaban los tribunales estatales en su arquitectura y mobiliario: usaban mesas, sillas, la bandera nacional, tableros de anuncios y pasillos de mármol al interior de un edificio cerrado (*Ibid.*). Provistos de manuales e insignias distintivas, los magistrados presionaban por conseguir uniformes y grilletes. Esos tribunales de aldea adjudicaban lo que ellos mismos llamaban derecho del gobierno.

En un estudio del fenómeno en Estados Unidos, John Brigham (1987) sostiene que el discurso jurídico constituye el discurso y las prácticas de algunos movimientos sociales. Con ejemplos de los movimientos a favor de los derechos de los homosexuales, de los movimientos antipornografía y a favor de la resolución alternativa de conflictos, Brigham muestra cómo las referencias al derecho o a los fracasos del derecho entran en el discurso del movimiento y lo constituyen, e incluso también cómo penetran en las estrategias y tácticas de los movimientos. Otros estudios han comenzado a explorar la conciencia legal expansiva de la sociedad estadounidense (Scheingold

1974; Merry 1986; Macaulay 1987), pero no se ha investigado mucho sobre cómo esa conciencia conforma otros ordenamientos normativos.

Los trabajos de apropiación simbólica funcionan también de la manera opuesta, es decir, el derecho estatal puede tomar prestados los símbolos de otros órdenes normativos. Los reformadores del gobierno a veces promueven nuevas instituciones judiciales estatales revistiéndolas engañosamente con ropajes simbólicos tradicionales, y afirmando estar restaurando el derecho tradicional. La *katarungang pambarangay* filipina (la justicia de barrio) o los *nyaya panchayats* indios (consejos de justicia aldeanos) (Silliman 1985; Meschivitz y Galanter 1982; Hayden 1984) ilustran esta práctica. El sistema filipino se llama justicia de barrio, pero lo administran funcionarios estatales llamados capitanes de barrio (Silliman 1985). Muchos han sostenido que el sistema de justicia de barrio estadounidense es otro ejemplo de derecho estatal disfrazado con los ropajes simbólicos de órdenes normativos no estatales (Santos 1982; Abel 1982; Harrington 1985; Harrington y Merry 1988). Al servicio de la transformación social se han creado instituciones judiciales estatales vestidas con símbolos revolucionarios, como en el Chile de Allende (Spence 1978) o en la Cuba de Castro (Salas 1983).

Las investigaciones sobre los procesos en el micronivel de la acción jurídica, como podría ser la disputa y el transcurrir de los casos judiciales, describen las dinámicas de la irradiación simbólica y de la imposición del derecho estatal, su apropiación por otros órdenes normativos y las formas de resistencia a su penetración. Los ricos estudios etnográficos de los procesos en torno a disputas locales reportados por Nader y Todd (1978) proporcionan numerosos ejemplos de individuos que persiguen estrategias de disputa en espacios jurídicamente plurales (*véase*, por ejemplo, Ruffini 1978). Incluso cuando no se usa el

derecho estatal, sigue siendo un recurso natural en la negociación y regulación, por usar los términos de Galanter (1981). En estas situaciones, los contornos de las disputas locales están inextricablemente conectados con las luchas políticas locales entre aquéllos cuyas pretensiones de autoridad se apoyan en el clan o la religión, y aquéllos cuya autoridad reside en el conocimiento del Estado, la educación o las conexiones con el gobierno. La descripción de Moore (1977) de las disputas entre los chagga ilustra esta dinámica: señala el vínculo entre la competición política local por el poder y el conocimiento de los sistemas jurídicos estatal y de las aldeas, y por el acceso a éstos. A partir del análisis de los conflictos en el espacio jurídicamente plural en Indonesia, Keebet von Benda-Beckmann (1981) propone un modelo de *forum shopping* y de cambio social que ofrece una manera de comprender cómo los procesos locales de disputa reconfiguran las situaciones legalmente plurales. Las personas enfrentadas buscan el foro más favorable a sus problemas y esos foros compiten entre sí por atraer las disputas, que usan para sus propios fines políticos locales (*Ibíd.*: 117). Las personas enfrentadas tienen restricciones, sin embargo. Por ejemplo, los tribunales estatales se niegan a escuchar quejas provenientes de mujeres en asuntos de lotes de tierra para el cultivo de arroz, pues sólo el representante oficial del linaje tiene legitimidad para demandar. De este modo se impide que las mujeres recurran a los tribunales estatales para escapar al control del jefe del linaje sobre su tierra (*Ibíd.*: 143).

Abel (1979a) y Merry (1982) desarrollan también modelos de disputa y de cambio legal a partir de los cuales concluyen que el efecto acumulativo que tienen las elecciones realizadas por los litigantes con respecto al foro en que se busca resolver las disputas afecta a las instituciones que se supone que las solucionan, al mismo tiempo que esas mismas instituciones van cambiando según los acon-

tecimientos de la economía política. Starr también analiza cuidadosamente este proceso cuando se ocupa de las estrategias de disputa durante un periodo de transformación capitalista en Turquía (1974; véase también Abel 1979b). Peter Just (1986) explora la manipulación de las pruebas simplemente como una estrategia para conseguir justicia de conformidad con el derecho.

Otra nueva área de investigación examina cómo el derecho del Estado constituye órdenes normativos y se constituye a su vez mediante ellos. El concepto de Fitzpatrick (1984) de "pluralidad integral" se concentra en la interacción entre órdenes normativos, y plantea que el derecho del Estado está conformado integralmente por una pluralidad de formas sociales. Su trabajo se basa en el análisis que hace Foucault de la aparición del derecho moderno (Fitzpatrick 1983a: 176). Fitzpatrick sostiene que el derecho debe ser visto no sólo como un elemento de dominación, sino también como un elemento constitutivo de la vida social. Tanto el derecho del Estado como los campos sociales semiautónomos se constituyen en una parte importante de la vida social en virtud de su interrelación. Por ejemplo, la familia y su orden jurídico son conformados por el Estado, pero el Estado es configurado a su vez por la familia y su orden jurídico: cada cual es parte del otro (*Ibíd.*: 159). Aquí Fitzpatrick cambia la perspectiva que ve el campo social semiautónomo como algo constituido por el derecho estatal, y propone que el derecho estatal se configura a su vez por sus ordenamientos normativos constituyentes y viceversa.

Según la teoría de Fitzpatrick (1984: 116), el derecho estatal adquiere su identidad de otras formas sociales, en las que también se apoya. No obstante, esas formas sociales apoyan y al mismo tiempo se oponen al derecho estatal. La legalidad burguesa, por ejemplo, depende de formas sociales como la prisión y las relaciones de trabajo capita-

listas, que le sirven de sostén al tiempo que la socavan. La prisión es una condición de la existencia de la legalidad burguesa, pues funciona como el guardián último de la ley al obligar a cumplirla, y también como ejemplo de un poder disciplinario persistente que tipifica la sociedad moderna. Y sin embargo, no puede incorporar la propia legalidad burguesa a su funcionamiento. Coacciona al interior de su estructura, al mismo tiempo que deja que la burguesía permanezca invariable y sea universal.

Las relaciones integrales de apoyo mutuo entre el derecho y otras formas sociales tienden a converger, puesto que los elementos del derecho lo son de otras formas sociales y viceversa. La ciencia, por ejemplo, se incorpora a algunos elementos del derecho y éste refuerza y apoya la ciencia: los dos absorben parcialmente la identidad del otro de un modo en el que se sostienen y refuerzan mutua y positivamente (*Ibid.*). Las costumbres, también, cuando son penetradas por el derecho estatal, transforman su naturaleza y se convierten en parte del derecho estatal. En palabras de Fitzpatrick (1984: 9):

La costumbre apoya el derecho, pero el derecho transforma los elementos de la costumbre de la que se apropia a su propia imagen y semejanza. El derecho, a su vez, apoya otras formas sociales, pero se convierte, en el proceso, en parte de esas otras formas.

El derecho, que no es un fenómeno unitario, se constituye por una pluralidad de formas sociales. Puesto que lo hace a partir de las relaciones de oposición y apoyo a otras formas sociales, hay, sin embargo, un vacío entre el derecho y esas otras formas sociales que no puede ser llenado: el derecho depende de las formas sociales que se oponen a él. El pluralismo integral es parte de una dialéctica de poder y contrapoder. Fitzpatrick concluye que

[...] el derecho es el resultado inestable de las relaciones al interior de una pluralidad de formas sociales y, siendo así, la identidad del derecho está sujeta constante e inherentemente a ser desafiada y al cambio. (*Ibid.*: 138)

El trabajo de Henry sobre colectivos y cooperativas en el Reino Unido desarrolla con mayor detalle este modelo de pluralidad integrada (1983; 1985; 1987; véase también Nelken 1986). Henry (1985: 315) sostiene que hoy las relaciones entre el derecho estatal y otros órdenes normativos son muy complicadas, y exigen que se le preste atención a la historia, la agencia humana, los contextos locales y la cultura. Los órdenes normativos en conflicto, como los de las cooperativas y el Estado capitalista, se pueden desafiar y oponerse mutuamente, bien mediante rechazo directo (cuando el Estado prohíbe los órdenes normativos en conflicto, por ejemplo), bien aceptando y reconociendo la autonomía de un orden normativo independiente dentro de su esfera. Por lo tanto, el derecho se niega a intervenir en las cooperativas, porque percibe algunos de sus asuntos como puramente privados (*Ibid.*: 314). Sus miembros, por otro lado, pueden rechazar y hasta cierto punto debilitar la legalidad capitalista. Henry propone un modelo dialéctico en el que

[...] las instituciones alternativas y sus ordenamientos normativos asociados no producen transformaciones en las estructuras y sistemas de gobierno capitalistas, sino que interactúan con ellos de una manera dialéctica, mediante la cual tanto el sistema alternativo como el orden capitalista son susceptibles de reformulaciones incrementales. (*Ibid.*: 324)

Apoyándose en el análisis que hace Giddens de la estructura y de la acción, según el cual la acción configura

las estructuras y las estructuras restringen y habilitan las acciones, Henry añade una dimensión de acción individual al modelo de Fitzpatrick de pluralidad integral. Lo hace a partir de una teoría integrada que proporciona un espacio para que las acciones individuales "supongan una diferencia", aun para los excluidos del poder. En su opinión, es muy probable que los individuos dentro de las organizaciones comunitarias, siempre y cuando no estén totalmente marginados de la sociedad capitalista, le aporten a ésta elementos comunitarios. Por lo tanto, el impacto de las organizaciones comunitarias en las sociedades capitalistas puede ser mayor que el de los colectivos marginados (*Ibíd.*).

La manera en la que los órdenes normativos constitutivos configuran el Estado es de especial interés y, sin embargo, también ha sido particularmente ignorada por los estudiosos. Describiría cómo los grupos en el poder intentan controlar el derecho estatal y configurarlo para sus fines, mientras que simultáneamente se encuentran limitados por los órdenes normativos plurales en los que participan. Un trabajo empírico cuidadoso, como el estudio de Henry (1983) de la disciplina en el lugar de trabajo, o el estudio de Silbey y Bittner (1980-1981, 1982) sobre la protección de los consumidores, revelan la importancia de los órdenes normativos constitutivos en las actividades de regulación. Los estudios etnográficos de Yngveesson (1985, 1988) sobre procesos jurídicos locales en los tribunales estadounidenses demuestran cómo los secretarios de esos tribunales constituyen la legalidad de los tribunales inferiores a través de su comprensión de las normas comunitarias de justicia. Cuando Sarat y Felstiner (1986) escuchan la forma en que los abogados hablan a sus clientes, observan cómo se construye una visión de la legalidad para el cliente que parece reflejar el orden normativo local de los abogados.

David Sugarman desarrolla esa comprensión mutuamente constitutiva entre el derecho estatal y los órdenes normativos no estatales en el volumen *Legality, Ideology, and the State* (1983), del que es editor. El derecho estatal, en sí mismo, es plural y contiene: los procedimientos para establecer los hechos, las normas generales sustantivas que guían las acciones de los ciudadanos, las acciones para el cumplimiento obligatorio de las sentencias, las disposiciones para el castigo físico, los sistemas de apelación, los seguros contra pérdidas, las dimensiones simbólicas e ideológicas y la capacidad de proporcionar un cierto grado de ordenación privada mediante leyes facilitadoras (Sugarman 1983: 230-231). El derecho y las instituciones jurídicas significan cosas muy diferentes para las diferentes personas. Hay tensiones entre la legislación central y local, las concepciones estatales y nativas de la legalidad, las prácticas discrecionales y el cumplimiento forzoso, y el arbitraje y otros mecanismos extrajudiciales para la resolución de conflictos. En el Reino Unido, durante los siglos XVIII y XIX, hubo luchas entre los tribunales locales, los tribunales especiales y el sistema formal de tribunales del Estado. Arthurs (1985) muestra cómo fueron estas luchas en el derecho administrativo británico y Provine (1986) describe debates análogos sobre los jueces legos en los Estados Unidos.

Sugarman (1983) explora la pluralidad del derecho a través de su reflexión sobre el derecho facilitador, que sería aquel que funciona no sólo imponiendo obligaciones, sino también proporcionando a los individuos facilidades para que cumplan sus deseos, confiriéndoles poderes legales —poderes para celebrar matrimonios, hacer testamentos, contratos, empresas, fideicomisos y otros actos jurídicos parecidos—. Este derecho posibilita la creación privada del derecho y concede la oportunidad de apartarse de las obligaciones jurídicas del Estado. Las leyes facilitadoras

definen y restringen simultáneamente la conducta permisible y permiten a los individuos expandir o contraer su autonomía; por consiguiente, promueven, califican o subvierten la política estatal (*Ibíd.*: 217).

En la reseña de ese libro, Freeman (1986: 840) señala el giro que da el trabajo jurídico crítico en Gran Bretaña hacia una visión pluralista del derecho, como si éste tuviera muchas caras y determinaciones, y lo compara con el giro de los estudios críticos legales estadounidenses hacia la deconstrucción. Freeman afirma que, en un esfuerzo por evitar las visiones reduccionistas simples del derecho, que lo ven como si fuera el producto de la clase gobernante, los académicos británicos, críticos del derecho, sostienen que éste es pluralista así como los estadounidenses argumentan que es indeterminado e incoherente. Sin embargo, Freeman concluye que el pluralismo, como la deconstrucción, termina en última instancia en la parálisis, pues si todo es tan complejo y variable, así como si todo es una cuestión de interpretación, ¿cómo se puede decir algo acerca de cualquier cosa?

El giro hacia el análisis dialéctico de las relaciones entre órdenes jurídicos plurales, especialmente entre el derecho estatal y otros órdenes normativos, viene primariamente de las obras del nuevo pluralismo, es decir, de aquellas que se han valido del modelo del pluralismo jurídico para comprender los sistemas jurídicos del Primer Mundo. Sin embargo, esta dialéctica es igual de fructífera si de lo que se trata es de volver a analizar los materiales clásicos del pluralismo jurídico, como lo demuestra, por ejemplo, la reevaluación del estudio del derecho consuetudinario. De ninguno de estos análisis, no obstante, se deduce que las relaciones de poder entre órdenes jurídicos plurales sean iguales. El asunto es más bien la penetración y la dominación del derecho estatal y su subversión en los márgenes de la sociedad.

LEGALIDADES PLURALES Y CONOCIMIENTO LOCAL

Otro aspecto del pluralismo jurídico es el estudio del derecho como un sistema de significado, como un código cultural para interpretar el mundo. Geertz (1983), el portavoz destacado de esta perspectiva, ha desarrollado un enfoque interpretativo del pluralismo jurídico que evoca espléndidamente la diversidad cultural. El derecho se entiende como un sistema de símbolos, de significados. A diferencia de la tradición investigativa discutida anteriormente, se presta poca atención aquí a las relaciones de poder o a la economía política del pluralismo jurídico, pero hay un interés sustancial en la historia y el contexto.

En *Legal Knowledge*, Geertz (1983: 182) exige que nos concentremos en las estructuras de significado, especialmente en los símbolos y sistemas de símbolos a través de cuya agencia se forman, comunican e imponen esas estructuras, ya sea en el análisis comparado del derecho, ya sea en el análisis comparativo del mito, del ritual, de la ideología, del arte o de los sistemas de clasificación. En sus palabras: "[...] el derecho aquí, allí o en cualquier lugar es parte de una manera distintiva de imaginar lo real" (*Ibíd.*: 184). Concibe el derecho como una especie de imaginación social. Comenzando con los conceptos o palabras básicas, compara las "sensibilidades jurídicas" de tres culturas. Usa estas palabras para orientar al lector en los diferentes sentidos del derecho. Es un proyecto hermenéutico: las palabras son esenciales para comprender las instituciones sociales y las formulaciones sociales que las rodean y les dan significado (*Ibíd.*: 187). Por ejemplo, en el mundo islámico se discute el concepto de *haqq*, que significa realidad, verdad o validez, y en varias de sus permutaciones, Dios, hecho, actualidad, derecho, deber, reivindicación, obligación, justo, válido o adecuado (*Ibíd.*: 188). En la sensibilidad jurídica islámica, determinar la situación empírica es

determinar el principio jurídico. Los hechos, en otras palabras, son normativos; no hay una dicotomía entre hecho y derecho. Los hechos son tanto valoraciones del carácter que se derivan de las circunstancias de fondo y de la actitud personal, como una medida a partir de la cual se valoran los documentos auténticos presentados (Rosen 1980-1981: 231; véase también Messick 1986).⁴ Puesto que el derecho mismo es cierto y completo, aunque lo que es justo y lo que no lo es no lo sea, es en el relato sobre el incidente y la situación que es posible hacer el balance entre valores. Para obtener una narración adecuada de una situación, el tribunal necesita personas moralmente intachables que puedan testificar sobre los casos. En los tiempos clásicos, esas personas se escogían por el *qadi* y aparecían ante el tribunal una y otra vez (Geertz 1983: 191-192). Geertz sostiene que incluso en los tribunales seculares se puede ver la influencia constante de la noción de testigo virtuoso, por el que habla la verdad moral, o en la persistencia de los portadores de verdades certificadas y otros ejemplos de declaración normativa de los testigos en estos tribunales (*Ibid.*: 193).⁵ Un enfoque hermenéutico, aplicado a situaciones legalmente plurales, describe conjuntos de significado que se unen al interior de un "discurso políglota" (*Ibid.*: 226). Estas visiones no se unen coherentemente dentro de una posición sistemática, sino que rebotan las

unas contra las otras. Ello significa ver la situación como una entre varias expresiones locales inconmensurables de sensibilidades jurídicas. En opinión de Geertz, no es probable que la diversidad y la mezcla de sensibilidades jurídicas termine, pero sí es posible, en cambio, que se incremente; es algo que los indonesios y otros pueblos del Tercer Mundo experimentan cuando intentan construir sus vidas a partir de principios, como también hacen muchas personas en el Primer Mundo.

En un artículo reciente que desarrolla estos temas, Santos (1987: 297) afirma que el pluralismo jurídico es un concepto clave en una visión posmoderna del derecho. Usando la metáfora del mapa para discutir el derecho, sugiere que el derecho es un sistema de signos que representa y distorsiona la realidad a través de los mecanismos de representación en escala, proyección y simbolización. Como hacen los mapas, los diferentes órdenes jurídicos tienen diferentes escalas, diferentes formas de proyección y colocación del centro geográfico, diferentes sistemas de simbolización. Por ello, otra forma de discutir el pluralismo jurídico es hablar sobre los diferentes sistemas simbólicos inscritos en cada orden normativo.

Santos delinea dos sistemas de signos típicos mediante los cuales el derecho simboliza la realidad. Al primero lo llama estilo homérico. Podemos describirlo resumidamente como un estilo donde la realidad diaria es descrita en términos abstractos y formales mediante signos referenciales y cognitivos convencionales. Un segundo estilo, el bíblico, presupone una legalidad basada en imágenes. En otra descripción condensada, podríamos decir que en el estilo bíblico las interacciones se inscriben en contextos conformados por varios niveles y descritos en términos figurativos e informales mediante signos icónicos, emotivos y expresivos (*Ibid.*: 295). Estos estilos se encuentran perpetuamente en tensión, con variaciones en cuanto a

⁴ El *qadi* (también escrito *cadí*) o juez tiene en consideración la relación entre las partes, su origen social, la situación de cada persona en el sistema de ordenación, sus conexiones de clan, su residencia y su ocupación como prueba de la forma probable de comportamiento de una persona en una situación dada (Rosen 1980-1981: 229). El estándar de conducta con el que se valora a una persona depende de quién es él o ella.

⁵ Hayden (1984; 1987) ofrece un análisis de las formas de hablar y de la consideración de los hechos en los panchayats indios, para los cuales es relevante la casta, los tribunales estatales y los tribunales estadounidenses.

su predominio durante periodos históricos concretos. Santos sugiere que el orden jurídico estatal moderno es predominantemente homérico. La tensión entre estos dos tipos de simbolización jurídica en Cabo Verde aparece en el sistema de justicia popular, que refunde el derecho consuetudinario y el derecho estatal (*Ibid.*: 296). Estas tensiones se evidencian en la forma en que los jueces resuelven las disputas: algunos jueces adoptan una, algunos otros cambian de un tipo de derecho a otro, dependiendo del caso y de su familiaridad con ellos. Concluye que el pluralismo jurídico que describe no es el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, el que he llamado pluralismo jurídico clásico, sino (*Ibid.*: 297-298):

La concepción, más bien, de diferentes espacios jurídicos superpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes tanto como en nuestras acciones [...]. Nuestra vida jurídica se constituye por la intersección de diferentes órdenes jurídicos, es decir, por la interlegalidad. La interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo jurídico y es por ello que es el segundo concepto clave de una concepción posmoderna del derecho.

Bentley (1984) desarrolla el papel culturalmente constructivo del derecho en su análisis de las disputas entre los maranao en las Filipinas. Argumenta que el conflicto es una expresión de visiones contrapuestas de la realidad social, un espacio para construir y expresar visiones alternativas del mundo. En la sociedad que estudió, que combina la costumbre (*adat*), el derecho islámico y el derecho penal y civil filipino, la manipulación de los diferentes sistemas jurídicos es parte del esfuerzo por construir una interpretación de la verdad en el mundo de tal manera que pueda ser aceptada por otros. Argumenta que la complejidad y la fluidez de los campos de enfrentamiento parecen me-

jorar el rango posible de manipulación y disminuir el enfrentamiento. En la misma línea, O'Connor (1980) ofrece, usando la etnografía thai, el inquietante argumento de que el derecho es una teoría social nativa.

Las concepciones de Foucault (1979) sobre las formas de poder y la disciplina en la sociedad moderna nos proporcionan otra perspectiva más del pluralismo jurídico que Fitzpatrick desarrolla (1983b). Si la naturaleza del derecho que ha surgido en el despertar del capitalismo es fundamentalmente diferente de la que tenía en las sociedades precapitalistas —Foucault se refiere a esto como “tecnologías disciplinarias”, es decir, las formas productivas de poder como el horario, la celda y el panóptico—, el encuentro entre estas formas de poder y disciplina con las de las sociedades no capitalistas adquiere un nuevo significado. El poder, en la teoría de Foucault, no se basa simplemente en la prohibición, sino también en la formación positiva de normas y en la modelación de los individuos para que encajen en esas normas (Fitzpatrick 1983b: 50). Antes que contenerlas, el derecho da forma a las instituciones que supervisa: crea nuevas tecnologías disciplinarias que se extienden de la prisión a la fábrica, pasando por el ejército y la escuela (Fitzpatrick 1983b; Foucault 1979).

En un ejemplo curioso del significado de estos cambios en torno al poder y la disciplina, Popsipil (1979: 141) describe el espanto de los kapauku papuanos al contemplar el uso de la cárcel como castigo, que a ellos les parece extraordinariamente severo, puesto que separa al individuo de la cooperación esencial del cuerpo y el alma, del vínculo entre las acciones propias y las decisiones de la libre voluntad del sujeto. En sus palabras, en la cárcel “la sustancia vital del hombre se deteriora y el hombre muere” (*Ibid.*: 142). De hecho, los administradores coloniales holandeses encontraron que los kapauku tendían a languidecer y

morir si se les encerraba en prisión largo tiempo, a pesar de estar convencidos de que la prisión tenía un efecto positivo y civilizador.

CONCLUSIONES Y POSIBLES DIRECCIONES PARA UNA INVESTIGACIÓN EN EL FUTURO

¿Cuáles son las consecuencias de concentrarse en el pluralismo jurídico para la investigación sociojurídica en el futuro? Mi estudio del trabajo académico al respecto sugiere que el ver los fenómenos sociojurídicos como plurales ampliaría el marco de investigación en al menos cinco formas. La primera consiste en que la preocupación por el pluralismo jurídico nos aleja de la ideología del centralismo jurídico, de la predisposición a pensar que toda la ordenación jurídica se basa en el derecho estatal, y sugiere prestar atención a otras formas de ordenación y a su intersección con el derecho estatal. Subraya los órdenes antagonistas, conflictivos y a veces contradictorios que están por fuera del derecho estatal y sus relaciones recíprocamente constitutivas con él.

La segunda es que esta perspectiva exige un cambio conceptual y exige pasar, también, de una definición esencialista del derecho a una comprensión histórica, pues cualquier situación de pluralismo jurídico se desarrolla a lo largo del tiempo mediante una dialéctica entre ordenamientos jurídicos, cada uno de los cuales constituye y reconstituye al otro de alguna forma. Definir la esencia del derecho o de la costumbre es menos valioso que identificar esas situaciones. Los órdenes normativos plurales, una vez se crean, pueden persistir con tenacidad, justificándose mediante el recurso a la tradición, o se pueden modificar radicalmente en su confrontación con órdenes jurídicos antagonistas; ese proceso se refleja bien en la creación del

derecho consuetudinario en las sociedades coloniales.⁶ O también puede cambiar progresivamente mediante pequeñas adiciones, sustracciones y reinterpretaciones. Las ponencias de una conferencia reciente, "Modelos etnohistóricos para la evolución del derecho al interior de sociedades específicas", ofrecen ricas descripciones de estos procesos históricos de cambio y transformación en sociedades legalmente plurales (Starr y Collier 1988).⁷

En tercer lugar, ver las situaciones como plurales jurídicamente conduce a un examen de la naturaleza ideológica o cultural del derecho y de los sistemas de ordenación normativa. En lugar de concentrarnos en las normas concretas que se aplican en situaciones de conflicto, esta perspectiva examina las formas como los grupos sociales conciben la ordenación de las relaciones sociales y las maneras de determinación de la verdad y la justicia. El derecho no es simplemente un conjunto de normas para ejercer el poder coercitivo, sino un sistema de pensamiento a través del cual ciertas formas de relación llegan a verse como naturales y dadas por hecho; esos modos de pensamiento se inscriben en instituciones que ejercen algún tipo de coerción en apoyo de sus categorías y teorías explicativas.

La cuarta forma que ayudaría a expandir nuestro marco de estudio sería el examen de la pluralidad de situaciones jurídicas, que facilita la toma de distancia del énfasis excluyente que se pone en las situaciones de conflicto pa-

⁶ Starr y Collier (1987: 368) describen el proceso en términos de "luchas históricas" entre las elites nativas y sus dirigentes coloniales y poscoloniales.

⁷ Como concluyeron los veinte participantes de esta conferencia en 1985, las sociedades se pueden caracterizar por tener múltiples sistemas jurídicos que no son autónomos sino negociados en relación con una estructura política general y relaciones de poder asimétricas concretas (Starr y Collier 1987: 371; véase un mayor desarrollo en Starr y Collier 1989).

ra así analizar la ordenación de las situaciones en las que no existe conflicto (véase un mayor desarrollo en Collier 1973; Engel 1980). Holleman (1986) sugiere el estudio de los "casos problemáticos" en lugar del de las situaciones en las que hay enfrentamientos, argumentando que los conflictos son acontecimientos excepcionales y, por tanto, guías confusas sobre la naturaleza de la ordenación jurídico-social.⁸ El estudio del derecho facilitador y los estudios históricos del cambio jurídico también se apartan de prestar atención casi exclusiva al conflicto.⁹

La quinta y última manera en la que el pluralismo jurídico contribuiría a expandir nuestro campo de estudio es gracias al análisis dialéctico de las relaciones entre órdenes normativos. Ese análisis propone y ofrece un marco de comprensión de la dinámica de la imposición y de la resistencia al derecho, a partir del cual es posible estudiar la relación interactiva entre clases y grupos dominantes y subordinados. Ofrece una forma de pensar las posibilidades de dominación a partir del derecho y de los límites de

⁸ La tradición holandesa de la antropología del derecho, que se basa en las premisas del pluralismo jurídico, es un indicador del potencial que tiene el enfoque de los estudios sociojurídicos. Este enfoque examina los sistemas de ordenación en los espacios de la vida social —la familia, la propiedad de la tierra, la herencia, las transacciones comerciales y similares—, concentrándose en el ámbito de la paz cotidiana en lugar de los raros momentos en los que hay enfrentamientos (Griffiths 1986b). Griffiths (*Ibid.*) sugiere que tal vez la tradición anglosajona del *common law* hizo que los antropólogos británicos y estadounidenses se centraran en los momentos de conflicto, en lugar de hacerlo en los sistemas de ordenación que se manifiestan en el dominio más extenso de la vida social no conflictiva (véase también Ietswaart 1986).

⁹ Como lo señalan Starr y Collier (1987: 367), para muchos investigadores el paradigma del conflicto se ha hecho demasiado normativo y positivista. En consecuencia se ha producido un giro hacia la investigación histórica como una manera de aproximación al cambio jurídico.

esta dominación, señalando las áreas en las que los individuos pueden resistir y, de hecho, lo hacen. Es un área difícil para la investigación. Por un lado, la atención al papel ideológico del derecho señala su capacidad para construir modos de pensamiento y de comprensión implícitos como un aspecto central de su poder. Por otro lado, la atención a los órdenes plurales examina los límites que tiene el poder ideológico del Estado: las áreas en las que no penetra y en las que persisten formas alternativas de ordenación; los grupos que incorporan los símbolos del derecho estatal, pero que se oponen a él, convirtiéndose tal vez en expertos en las complejidades de los ordenamientos jurídicos y en sus formas de poder, como en la India colonial; y las situaciones en las que otras formas de ordenación se encuentran también incorporadas en la administración del derecho, que éste subvierte en el momento de su cumplimiento real. Aquí, naturalmente, se está en el terreno familiar de la negociación extrajudicial de condenas, de los grupos de trabajo en los juzgados y de la captura de los organismos administrativos por intereses particulares. Pero en vez de explicar por qué el derecho de los libros difiere del de la acción, según la teoría de la distancia entre realidad y teoría, esta bien estudiada característica de la vida jurídica se puede comprender como el producto de órdenes jurídicos plurales en los juzgados, las estaciones de policía o en los organismos administrativos del Estado, instituciones todas ellas que a veces se organizan en torno a estándares de justicia comunitaria, otras en torno a estándares derivados del imperio de la ley, y otras todavía en torno a la disposición previa de los grupos particulares que están en el poder. En efecto, el derecho estatal es plural en sí mismo. A pesar de los esfuerzos por desterrar el pluralismo, como los ataques contra la "justicia burda" de los jueces de paz legos (Provine 1986) y contra la discreción judicial, constantemente aparecen nuevos órdenes plurales. Estos órdenes plurales constituyen el derecho estatal.

Sin embargo, para ciertos problemas el concepto tiene limitaciones. Por ejemplo, para analizar los cambios en un campo social único y también cuando se debe atender a las características específicas de situaciones sociales concretas. Un análisis pluralista tiende a concentrarse en los cambios que surgen en la interacción entre campos sociales, pero no en aquellos que ocurren dentro de un único campo social. Es probable que se le escape la manera en que un campo social concreto se configura gradualmente gracias a una variedad de fuerzas políticas e ideológicas internas y externas. Por ejemplo, en su estudio sobre el impacto de los misioneros europeos en Sudáfrica durante el periodo colonial, Comaroff y Comaroff (1986) sostienen que aquéllos introdujeron en varios lugares, a lo largo y ancho del país, y durante un periodo de muchos años, unos conceptos nuevos de tiempo, espacio, trabajo y personalidad, entre otros, que fueron alterando poco a poco la conciencia de los africanos, que se fueron encontrando con el cristianismo y convirtiéndose a él, allanando el camino para la conquista colonial a pesar de la férrea oposición de los misioneros y de sus esfuerzos porque no se produjera esa conquista.¹⁰ Aunque en términos de pluralismo jurídico este cambio histórico de conciencia se puede describir como la interacción entre los órdenes jurídicos africano y misionero, el concepto parece no destacar lo suficiente las intrincadas relaciones entre las formas de pensamiento

¹⁰ Al introducir nuevos símbolos como el valor moral del trabajo, la riqueza, la creencia en la libre elección, la democracia liberal, las formas impersonales de regulación como el reloj, y las concepciones de autoridad política como algo distinto de la autoridad y el poder religiosos, los misioneros transformaron gradualmente el mundo dado por verdadero del pueblo tswana y, a pesar de su oposición explícita a que los occidentales se hicieran con el poder o a fomentar la expansión imperialista, facilitaron la absorción política de los tswana en el Estado colonial (Comaroff y Comaroff 1986; véase también Comaroff 1985).

y conocimiento dentro de un campo social, la manera en que éstas cambian a lo largo del tiempo, y la forma como los símbolos pasan de adentro hacia afuera y a la inversa en los órdenes jurídicos de las grandes ciudades, los pueblos pequeños y las zonas de provincia.

Es más, el concepto de pluralismo jurídico ejerce presión en exceso para que se analicen los sistemas, descuidando en consecuencia los cambios que ocurren en lugares concretos. Es difícil determinar y comprender la particularidad de unas situaciones concretas y limitadas, y hacer lo mismo con la interacción con sistemas más amplios. Pensar en el pluralismo jurídico parece conducir fuera de los juzgados y de las oficinas de abogados, pero una vez fuera, los análisis pluralistas jurídicos pueden terminar huyendo de los exámenes detallados de esas situaciones particulares reducidas. Examinar simultáneamente las concepciones siempre cambiantes de lo normal y de lo cultural, y la lucha constante por la interpretación de los símbolos y las formas de legalidad en lugares concretos y limitados y en grandes sistemas jurídicos es, cuando menos, un desafío.

En resumen, el nuevo pluralismo jurídico ha hecho nuevos planteamientos sobre la dialéctica y la resistencia que se construyen a partir de tradiciones teóricas sofisticadas y de una rica etnografía procedente del pluralismo jurídico clásico. Hay mucho dentro de estas tradiciones que podría servir de base para los nuevos y excitantes rumbos que han tomado las investigaciones sobre el derecho y la sociedad. Sin embargo, el concepto debe ser refinado a medida que se trabaje en su desarrollo, y para ello se debe prestar atención a la especificidad de cada situación, a las variaciones que se dan en procesos sociales concretos, y a la compleja textura de los significados ideológicos que surgen en situaciones históricas particulares. No es en absoluto un proyecto poco ambicioso.

- Abel, Richard L. (1979a). "Western Courts in Non-Western Settings Patterns of Court Use in Colonial and Post Colonial Africa", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- (1979b). "The Rise of Capitalism and the Transformation of Disputing from Confrontation over Honor to Competition for Property", 27 *UCLA Law Review*, 223.
- (1982). *The Politics of Informal Justice*. 2 vol. New York: Academic Press.
- Adewoye, Omoniyi (1986). "Legal Practice in Ibadan, 1904-1960", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 57.
- Allott, Antony N. y Gordon R. Woodman (eds.) (1985). *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht: Foris.
- Arthurs, Harry W. (1985). *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Mid 19th-Century England*. Toronto: University of Toronto Press.
- Auerbach, Jerold S. (1983). *Justice Without Law?* New York: Oxford University Press.
- Benda-Beckmann, Franz von (1919). *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationship through Time in Minangkabau, West Sumatra*. La Haya: Nijhoff.
- (1981). "Some Comments on the Problems of Comparing the Relationship between Traditional and State Systems of Administration of Justice in Africa and Indonesia", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 163.
- Benda-Beckmann, Keebet von (1981). "Forum Shopping and Shopping Forums—Dispute Settlement in a Minangkabau Village in West Sumatra", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 117.
- Benda-Beckmann, Keebet von y Fons Strijbosch (eds.) (1986). *Anthropology of Law in the Netherlands. Essays in Legal Pluralism*. Dordrecht y Cinnaminson: Foris.
- Bentley, G. Carter (1984). "Hermeneutics and World Construction in Maranao Disputing", 11 *American Ethnologist*, 642.
- Bentsi-Enchill, Kwamena (1969). "The Colonial Heritage of Legal Pluralism", 1 *Zambia Law Journal*, 1.
- Bossy, John (ed.) (1983). *Disputes and Settlements Law and Human Relations in the West*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brigham, John (1987). "Right, Rage, and Remedy. Forms of Law in Political Discourse", en: *Studies in American Political Development*. New Haven: Yale University Press.
- Buckle, Leonard y Suzann R. Thomas-Buckle (1982). "Doing unto Others: Dispute and Dispute. Processing in an Urban American Neighborhood", en: Roman Tomasic y Malcolm Feeley (eds.), *Neighborhood Justice*. New York: Longman.
- Burman, Sandra y Barbara E. Harrell-Bond (eds.) (1979). *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Chanock, Martin (1985). *Law, Custom, and Social on the Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Collier, Jane (1973). *Law and Social Change in Zinacantan*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Colson, Elizabeth (1976). "From Chief's Court to Local Court: The Evolution of Local Courts in Southern Zambia", en: M.J. Aronoff (ed.), *Freedom and Constraint*. Amsterdam: Van Gorcum.
- Comaroff, Jean (1985). *Body of Power. Spirit of Resistance: Culture and History of South African People*. Chicago: University of Chicago Press.
- Comaroff, Jean y John L. Comaroff (1986). "Christianity and Colonialism in South Africa", 13 *American Ethnologist*, 1.

- Comaroff, John L. y Simon Roberts (1981). *Rules and Processes*. Chicago: University of Chicago Press.
- Diamond, Stanley (1973). "The Rule of Law versus the Order of Custom", en: Donald Black y Maureen Mileski (eds.), *The Social Organization of Law*. New York: Seminar Press. Reimpreso en (1971). 38 *Social Research*, 42.
- Ehrlich, Eugen (1913). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Trad. W.L. Moil. Cambridge: Harvard University Press.
- Engel, David M. (1980). "Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court", 3 *American Bar Foundation Research Journal*, 425.
- (1984). "The Over Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community", 18 *Law & Society Review*, 549.
- (1987). "Law, Time, and Community", 21 *Law & Society Review*, 605.
- Fitzpatrick, Peter (1980). *Law and State in Papua New Guinea*. London: Academic Press.
- (1983a). "Law, Plurality and Underdevelopment", en: D. Sugarman, (ed.), *Legality, Ideology and the State*. London: Academic Press.
- (1983b). "Marxism and Legal Pluralism", 1 *Australian Journal of Law and Society*, 45.
- (1984). "Law and Societies", 22 *Osgood Hall Law Journal*, 115.
- (1985). "Review Article: Is it Simple to be a Marxist in Legal Anthropology?", *Modern Law Review*, 472.
- Forer, Norman (1979). "The Imposed Wardship of American Indian Tribes: A Case Study of the Prairie Band Potawatomi", en: Sandra B. Dorman y Barbara E. Harrrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Foucault, Michel (1979). *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York: Vintage.
- Freeman, Alan (1986). "The Politics of Truth: On Sugarman's Legality, Ideology and the State", 1986 *American Bar Foundation Research Journal*, 829.
- Galanter, Marc (1981). "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1.
- Gardner, James A. (1980). *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison, Wis.: University of Wisconsin Press.
- Geertz, Clifford (1983). *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.
- Gordon, Robert J. y Mervyn J. Meggitt (1985). *Law and Order in the New Guinea Highlands: Encounters with Enga*. New England: Hanover University Press (con Vermont University).
- Greenhouse, Carol (1982). "Nature is to Culture as Praying is to Suing: Legal Pluralism in an American Suburb", 20 *Journal of Legal Pluralism*, 17.
- Griffiths, John (1985). "Introduction", en: Antony Allott y Gordon Woodin (eds.), *People's Law and State Law. The Bellagio Papers*. Dordrecht: Forts.
- (1986a). "What is Legal Pluralism?", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 1.
- (1986b). "Recent Anthropology of Law in the Netherlands and its Historical Backgrounds", en: Keebet von Benda-Beckmann y Fons Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Pluralism*. Dordrecht y Cinnaminson: Forts.
- Gurwitsch, Georges (1947). *The Sociology of Law*. London: Routledge y Kegan Paul.
- Harrington, Christine (1985). *Shadow Justice. The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*. Westport, Conn.: Greenwood Press.
- Harrington, Christine y Sally Engle Merry (1988). "Ideological Production: The Making of Community Mediation", 22 *Law & Society Review*, 709.

- Abel, Richard L. (1979a). "Western Courts in Non-Western Settings Patterns of Court Use in Colonial and Post-Colonial Africa", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- _____. (1979b). "The Rise of Capitalism and the Transformation of Disputing from Confrontation over Honor to Competition for Property", 27 *UCLA Law Review*, 223.
- _____. (1982). *The Politics of Informal Justice*. 2 vol. New York: Academic Press.
- Adewoye, Omoniyi (1986). "Legal Practice in Ibadan, 1904-1960", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 57.
- Allott, Antony N. y Gordon R. Woodman (eds.) (1985). *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht: Foris.
- Arthurs, Harry W. (1985). *Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Mid 19th-Century England*. Toronto: University of Toronto Press.
- Auerbach, Jerold S. (1983). *Justice Without Law?* New York: Oxford University Press.
- Benda-Beckmann, Franz von (1919). *Property in Social Continuity: Continuity and Change in the Maintenance of Property Relationship through Time in Minangkabau, West Sumatra*. La Haya: Nijhoff.
- _____. (1981). "Some Comments on the Problems of Comparing the Relationship between Traditional and State Systems of Administration of Justice in Africa and Indonesia", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 165.
- Benda-Beckmann, Keebet von (1981). "Forum Shopping and Shopping Forums—Dispute Settlement in a Minangkabau Village in West Sumatra", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 117.

- Benda-Beckmann, Keebet von y Fons Strijbosch (eds.) (1986). *Anthropology of Law in the Netherlands Essays in Legal Pluralism*. Dordrecht y Cinnaminson: Foris.
- Bentley, G. Carter (1984). "Hermeneutics and World Construction in Maranao Disputing", 11 *American Ethnologist*, 642.
- Bentsi-Enchill, Kwamena (1969). "The Colonial Heritage of Legal Pluralism", 1 *Zambia Law Journal*, 1.
- Bossy, John (ed.) (1983). *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Brigham, John (1987). "Right, Rage, and Remedy. Forms of Law in Political Discourse", en: *Studies in American Political Development*. New Haven: Yale University Press.
- Buckle, Leonard y Suzann R. Thomas-Buckle (1982). "Doing unto Others: Dispute and Dispute. Processing in an Urban American Neighborhood", en: Roman Tomasic y Malcolm Feeley (eds.), *Neighborhood Justice*. New York: Longman.
- Burman, Sandra y Barbara E. Harrell-Bond (eds.) (1979). *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Chanock, Martin (1985). *Law, Custom, and Social on the Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Collier, Jane (1973). *Law and Social Change in Zinacantan*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Colson, Elizabeth (1976). "From Chief's Court to Local Court: The Evolution of Local Courts in Southern Zambia", en: M.J. Aronoff (ed.), *Freedom and Constraint*. Amsterdam: Van Gorcum.
- Comaroff, Jean (1985). *Body of Power: Spirit of Resistance: Culture and History of South African People*. Chicago: University of Chicago Press.
- Comaroff, Jean y John L. Comaroff (1986). "Christianity and Colonialism in South Africa", 13 *American Ethnologist*, 1.

- Comaroff, John L. y Simon Roberts (1981). *Rules and Processes*. Chicago: University of Chicago Press.
- Diamond, Stanley (1973). "The Rule of Law versus the Order of Custom", en: Donald Black y Maureen Mileski (eds.), *The Social Organization of Law*. New York: Seminar Press. Reimpreso en (1971), 38 *Social Research*, 42.
- Ehrlich, Eugen (1913). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Trad. W.L. Moil. Cambridge: Harvard University Press.
- Engel, David M. (1980). "Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court", 3 *American Bar Foundation Research Journal*, 425.
- _____ (1984). "The Over Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community", 18 *Law & Society Review*, 549.
- _____ (1987). "Law, Time, and Community", 21 *Law & Society Review*, 605.
- Fitzpatrick, Peter (1980). *Law and State in Papua New Guinea*. London: Academic Press.
- _____ (1983a). "Law, Plurality and Underdevelopment", en: D. Sugarman, (ed.), *Legality, Ideology and the State*. London: Academic Press.
- _____ (1983b). "Marxism and Legal Pluralism", 1 *Australian Journal of Law and Society*, 45.
- _____ (1984). "Law and Societies", 22 *Osgood Hall Law Journal*, 115.
- _____ (1985). "Review Article: Is it Simple to be a Marxist in Legal Anthropology?", *Modern Law Review*, 472.
- Forer, Norman (1979). "The Imposed Wardship of American Indian Tribes: A Case Study of the Prairie Band Potawatomi", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Foucault, Michel (1979). *Discipline and Punish. The Birth of the Prison*. New York: Vintage.
- Freeman, Alan (1986). "The Politics of Truth: On Sugarman's Legality, Ideology and the State", 1986 *American Bar Foundation Research Journal*, 829.
- Galanter, Marc (1981). "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law", 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1.
- Gardner, James A. (1980). *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. Madison, Wis.: University of Wisconsin Press.
- Geertz, Clifford (1983). *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York: Basic Books.
- Gordon, Robert J. y Mervyn J. Meggitt (1985). *Law and Order in the New Guinea Highlands: Encounters with Enga*. New England: Hanover University Press (con Vermont University).
- Greenhouse, Carol (1982). "Nature is to Culture as Praying is to Suing: Legal Pluralism in an American Suburb", 20 *Journal of Legal Pluralism*, 17.
- Griffiths, John (1985). "Introduction", en: Antony Allott y Gordon Woodin (eds.), *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*. Dordrecht: Foris.
- _____ (1986a). "What is Legal Pluralism?", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 1.
- _____ (1986b). "Recent Anthropology of Law in the Netherlands and its Historical Backgrounds", en: Kees von Benda-Beckmann y Fons Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Pluralism*. Dordrecht y Cinnammson: Foris.
- Gurvitch, Georges (1947). *The Sociology of Law*. London: Routledge y Kegan Paul.
- Harrington, Christine (1985). *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*. Westport, Conn.: Greenwood Press.
- Harrington, Christine y Sally Engle Merry (1988). "Ideological Production: The Making of Community Mediation", 22 *Law & Society Review*, 709.

- Hayden, Robert M. (1984). "A Note on Caste Panchayats and Government Courts in India: Different Kinds of Stages for Different Kinds of Performance", 22 *Journal of Legal Pluralism*, 43.
- _____. (1987). "Turn-Taking, Overlap and the Task at Hand: Ordering Speaking Turns in Legal Settings", 14 *American Ethnologist*, 251.
- Henry, Stuart (1983). *Private Justice*. Boston: Routledge y Kegan Paul.
- _____. (1985). "Community Justice, Capitalist Society, and Human Agency: The Dialectics of Collective Law in the Cooperative", 19 *Law & Society Review*, 30.
- _____. (1987). "The Construction and Deconstruction of Social Control: Thoughts on the Discursive Production of State Law and Private Justice", en: J. Lowman, R. Menzies y T. Palys (eds.), *Transcarceration*. Farnborough: Gower.
- Holleman, John F. (1988). "Trouble-Cases and Trouble-Less Cases in the Study of Customary Law and Legal Reform", en: Keebet von Benda-Beckmann y Fons Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Pluralism*. Dordrecht y Cinnammson: Forts. Reimpreso en 7 *Law & Society Review*, 5.
- Hookers, M. Barry (1975). *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neocolonial Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Ietswaart, Heleen (1986). "Review of Keebet von Benda-Beckmann and Fons Strijbosch (eds.), *Anthropology of Law in the Netherlands. Essays in Pluralism*", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 161.
- Just, Peter (1986). "Let the Evidence Fit the Crime: Evidence, Law, and Sociological Truth among the Dou Donggo", 13 *American Ethnologist*, 43.
- Kidder, Robert L. (1974). "Formal Litigation and Professional Insecurity: Legal Entrepreneurship in South India", 9 *Law & Society Review*, 11.
- _____. (1979). "Toward an Integrated Theory of Imposed Law", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Lam, Maivan (1985). "The Imposition of Anglo-American Land Tenure Law on Hawaiians", 23 *Journal of Legal Pluralism*, 103.
- Lynch, Dennis O. (1983). "Hundred Months of Solitude: Myth and Reality in Law and Development?", 1983 *American Bar Foundation Journal*, 223.
- Macaulay, Stewart (1963). "Non-Contractual Relation in Business: A Preliminary Study", 28 *American Law Review*, 55.
- _____. (1981). "Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment and Spectator Sports", 21 *Law & Society Review*, 15.
- _____. (1986). "Private Government". Disputes Processing Research Program Working Paper 198. Madison, Wis.: University of Wisconsin Law School. Reimpreso en Leon Lipson y Stanton Wheeler (eds.), *Law and the Social Sciences*. New York: Russell Sage Foundation.
- Malinowski, Bronislaw (1928). *Crime and Custom in a Savage Society*. Paterson, N.J.: Littlefield Adama.
- Marcus, George E. y Michael M. J. Fisher (1988). *Anthropology as Cultural Critique: An Experimental Moment in the Human Sciences*. Chicago: University of Chicago Press.
- Massell, Gregory (1968). "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu. The Case of Soviet Central Asia", 2 *Law & Society Review*, 179.
- Merry, Sally Engle (1979). "Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood", 3 *Law & Society Review*, 891.
- _____. (1982). "The Articulation of Legal Spheres", en: Margaret Jean Hay y Marcia Wright (eds.), *African Women and the Law: Historical Perspectives*. Boston: Boston University African Studies Center.

- _____ (1986). "Everyday Understandings of the Law in Working America", 13 *American Ethnologist*, 253.
- Meschievitz, Catherine S., y Marc Galanter (1982). "In Search of Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution", en: Richard Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice: Comparative Studies*. New York: Academic Press.
- Messick, Brinkley (1988). "The Multi, the Text, and the World: Legal Interpretation in Yemen", 21 *Man*, 102.
- Moore, Sally Falk (1973). "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", 7 *Law & Society Review*, 719.
- _____ (1977). "Individual Interest and Organizational Structures: Dispute Settlements 'Events of Articulation' ", en: I. Hamnett (ed.), *Social Anthropology and Law*. New York: Academic Press.
- _____ (1986a). *Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980*. Cambridge: Cambridge University Press.
- _____ (1986b). "Legal Systems of the World: An Introductory Guide to Classifications, Typological Interests, and Bibliographic Resources", en: Leon Lipson y Stanton Wheeler (eds.), *Law and the Social Sciences*. New York: Russell Sage Foundation.
- Nader, Laura (ed.) (1980). *No Access to Law*. New York: Academic Press.
- _____ (1984). "The Recurrent Dialectic between Legality and its Alternative", 132 *University of Pennsylvania*, 621.
- Nader, Laura y Harry Todd (eds.) (1978). *The Disputing Process-Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press.
- Nelken, David (1986). "Review Essay. Beyond the Study of 'Law and Society'? Henry's *Private Justice* and O'Hare *The End of the Law?*", *American Bar Foundation Research Journal*, 323.
- O'Connor, Richard A. (1980). "Law as an Indigenous Social Theory", 8 *American Ethnologist*, 223.

- Okoth-Ogendo, Hastings W. O. (1979). "The Imposition of Property Law in Kenya", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- Pospisil, Leopold (1971). *The Anthropology of Law: A Comparative Theory of Law*. New York: Harper and Row.
- _____ (1979). "Legally Induced Culture Change in New Guinea", en: Sandra B. Burman y Barbara E. Harrell-Bond (eds.), *The Imposition of Law*. New York: Academic Press.
- _____ (1981). "Modern and Traditional Administration of Justice in New Guinea", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 93.
- Provine, Marie Doris (1986). *Judging Credentials Non-lawyer Judges and the Politics of Professionalism*. Chicago: University of Chicago Press.
- Ranger, Terence (1983). "The Invention of Tradition in Colonial Africa", en: Eric Hobsbawm y Terence Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Robew, Simon (1986). "Book Review: A.N. Allott and Gordon R. Woodman, *People's Law and State Law: The Bellagio Papers*", 24 *Journal of Legal Pluralism*, 171.
- Rosen, Lawrence (1981). "Equity and Discretion in a Modern Islamic Legal System", 15 *Law & Society Review*, 217.
- Ruffini, Julio L. (1978). "Disputing over Livestock in Sardinia", en: L. Nader y H. Todd (eds.), *The Disputing Process-Law in Ten Societies*. New York: Columbia University Press.
- Salamone, Frank A. (1983). "The Clash between Indigenous, Islamic, Colonial and Post-Colonial Law in Nigeria", 21 *Journal of Legal Pluralism*, 15.
- Salas, Louis (1983). "The Emergence and Decline of the Cuban Popular Tribunals", 17 *Law & Society Review*, 587.
- Santos, Boaventura de Sousa (1967). "Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law", 14 *Journal Law & Society*, 279.

- _____. (1977). "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", 12 *Law & Society Review*, 5.
- _____. (1982). "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Cape", en: Richard Abel (ed.), *The Politics of Informal Justice*, Vol. 1. New York: Academic Press.
- Sarat, Austin (1988). "The 'New Formalism' in Disputing and Dispute Processing", 21 *Law & Society Review*, 895.
- Sarat, Austin y William Felstiner (1986). "Law and Strategy in the Divorce Lawyers Office", 20 *Law & Society Review*, 93.
- Scheingold, Stuart A. (1974). *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*. New Haven: Yale University Press.
- Silbey, Susan S. (1980-81). "Case Processing: Consumer Protection in an Attorney General's Office", 15 *Law & Society Review*, 849.
- Silbey, Susan S. y Egon Bittner (1982). "The Availability of Law", 4 *Law and Policy*, 399.
- Silliman, C. Sidney (1985). "A Policy Analysis of the Philippines' Katarungang Pambarangay System of Informal Justice through Mediation", 19 *Law & Society Review*, 9.
- Snyder, Francis G. (1980). "Law and Development in the Light of Dependency Theory", 14 *Law & Society Review*, 723.
- _____. (1981a). *Capitalism and Legal Change. An African Transformation*. New York: Academic Press.
- _____. (1981b). "Colonialism and the Folk: The Creation of Customary Law in Senegal", 19 *Journal of Legal Pluralism*, 49.
- Spence, Jack (1978). "Institutionalizing Neighborhood Courts: Two Chilean Experiences", 13 *Law & Society Review*, 139.
- Starr, June (1978). *Dispute and Settlement in Rural Turkey*. Leiden: E.J. Brill.

- Starr, June y Jane F. Collier (1987). "Historical Studies of Legal Change", 28 *Current Anthropology Review*, 367.
- _____. (1989). *History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology*. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Starr, June y Jonathan Pool (1974). "The Impact of Legal Revolution in Rural Turkey", 8 *Law & Society Review*, 533.
- Strijbosch, Fons (1985). "The Concept of Pela and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands", 23 *Journal of Legal Pluralism*, 177.
- Sugarman, David (1953). "Economy and the State in England 1730-1914: Some Major Issues", en: David Sugarman (ed.), *Legality, Ideology and the State*. London-New York: Academic Press.
- Trubek, David y Mark Galanter (1974). "Scholars in Self-Entrapment", 1974 *Wisconsin Law Review*, 1062.
- Van den Bergh, G. C. J. J. et al. (1999). *Staphorst en zijn Gerichten (Staphorst y sus tribunales populares)*. Amsterdam: Boom Meppel.
- Westermarck, George O. (1986). "Court is an Arrow: Legal Pluralism in Papua New Guinea", 25 *Ethnology*, 131.
- Wolf, Eric K. (1982). *Europe and the People without History*. Berkeley: University of California Press.
- Woodman, Gordon K. (1987-88). "What's the Commission About?", 14 *Newsletter of the Commission on Folk's Law and Legal Pluralism*, 3.
- Yngvesson, Barbara (1985). "Legal Ideology and Community Justice in the Clerk's Office", 9 *Legal Studies Forum*, 71.
- _____. (1988). "Private Nuisance, Public Crime: The Clerk, the Court, and the Construction of Order in a New England Town", 23 *Law & Society Review*, 605.

REGLAMENTO DE LA LEY DE RONDAS CAMPESINAS

DECRETO SUPREMO N° 025-2003-JUS

APRUEBAN REGLAMENTO DE LA LEY DE RONDAS CAMPESINAS

DECRETO SUPREMO N° 025-2003-JUS

Artículo 1.- Aprobación del Reglamento

Apruébese el Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas - Ley N° 27908, que consta de tres (3) títulos, veintitrés (23) artículos, tres (3) disposiciones complementarias y una (1) disposición transitoria.

Artículo 2.- Refrendo

El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, la Ministra de la Mujer y Desarrollo Social, el Ministro de Justicia, el Ministro de Agricultura, el Ministro de Defensa y el Ministro del Interior.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil tres.

ALEJANDRO TOLEDO
Presidente Constitucional de la República

CARLOS FERRERO COSTA
Presidente del Consejo de Ministros

ANA MARÍA ROMERO-LOZADA LAUEZZARI
Ministra de la Mujer y Desarrollo Social

FAUSTO ALVARADO DODERO
Ministro de Justicia

JOSÉ LEÓN RIVERA
Ministro de Agricultura

ROBERTO ENRIQUE CHIABRA LEÓN
Ministro de Defensa

JAIME QUIJANDRÍA SALMÓN
Ministro de Economía y Finanzas
Encargado del Ministerio del Interior

REGLAMENTO DE LA LEY DE RONDAS CAMPESINAS

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I

OBJETO Y FINALIDAD

Artículo 1.- Objeto

El presente Reglamento tiene por objeto establecer las normas y procedimientos que deben regir la Organización y Funciones de las Rondas Campesinas reconocidas por la Ley N° 27908.

Artículo 2.- Definición de Ronda Campesina o Comunal

Son Rondas Campesinas, las organizaciones sociales integradas por pobladores rurales, así como las integradas por miembros de las comunidades campesinas, dentro del ámbito rural.

Son Rondas Comunales, las organizaciones sociales integradas por miembros de las comunidades nativas.

Artículo 3.- Finalidad de la Ronda Campesina o Ronda Comunal

La Ronda Campesina o Ronda Comunal, tiene por finalidad contribuir al desarrollo, la seguridad, la moral, la justicia y la paz social dentro de su ámbito territorial, sin discriminación de ninguna índole, conforme a la Constitución y a las leyes. Colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial.

Las Rondas constituidas al interior de las Comunidades Campesinas o Nativas, colaboran con éstas en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

Artículo 4.- Respeto a las Costumbres y Normas Comunales

Los integrantes de las Rondas Campesinas o Rondas Comunales, en el cumplimiento de sus deberes y funciones y en el ejercicio del derecho consuetudinario, gozan del respeto de su cultura y sus costumbres, por parte de la autoridad y de la sociedad, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Convenio OIT 169, en la Constitución Política y las leyes.

Artículo 5.- Ámbito de Acción

Las comunidades campesinas y las comunidades nativas, están facultadas a constituir dentro del ámbito de su territorio, una sola Ronda Campesina o Ronda Comunal, según corresponda, la que se forma y sostiene a iniciativa exclusiva de la propia comunidad y se sujeta a su Estatuto, y a lo que acuerden los órganos de gobierno de la Comunidad, a la que la Ronda Campesina o Ronda Comunal está subordinada.

Fuera del ámbito territorial de las Comunidades Campesinas o Nativas, el ámbito territorial mínimo para la conformación de una Ronda Campesina será el que corresponde al de un caserío. Entiéndase por caserío lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 019-2003-PCM.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIÓN Y ACREDITACIÓN DE LA RONDA CAMPESINA O RONDA COMUNAL

Artículo 6.- De la Constitución

En las comunidades campesinas o comunidades nativas, la Ronda Campesina o Ronda Comunal se constituye por decisión del máximo órgano de gobierno de la Comunidad Campesina o Comunidad Nativa, adoptado de acuerdo a su Estatuto.

En los caseríos u otros centros poblados, la Ronda Campesina se constituye por decisión de los pobladores reunidos en asamblea general. El Juez de Paz correspondiente da fe de esta asamblea.

Artículo 7.- Del Estatuto

La Ronda Campesina o Comunal, ejerciendo su autonomía, elabora su Estatuto y lo aprueban en Asamblea General. De la misma forma se procederá para la modificación del Estatuto.

El Estatuto debe contener, como mínimo:

- 1.- La denominación, duración y domicilio de la Ronda Campesina.
- 2.- Los fines.
- 3.- La constitución y funcionamiento de la asamblea general consejo directivo y demás órganos.
- 4.- Las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros.
- 5.- Los derechos y deberes de los ronderos y ronderas.
- 6.- Los requisitos para su modificación.
- 7.- Las normas para la disolución y liquidación de la Ronda y las relativas al destino final de sus bienes.

Artículo 8.- Del Empadronamiento

Los miembros de la Comunidad Campesina, Comunidad Nativa, así como los pobladores de caseríos u otros centros poblados, que decidan integrarse como Ronderos o Ronderas, se inscriben en el Padrón de Ronderos y Ronderas de la Comunidad Campesina, Comunidad Nativa, caserío u otro centro poblado a que pertenecen.

El empadronamiento se realiza cumpliendo los requisitos señalados en el artículo 18 del presente Reglamento.

CAPÍTULO III DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Artículo 9.- De la inscripción

Las Rondas Campesinas y Rondas Comunales se inscriben en el Libro de Rondas Campesinas a cargo de la SUNARP.

La SUNARP dictará las medidas complementarias necesarias para su implementación y funcionamiento.

Artículo 10.- De la inscripción Registro de Rondas Campesinas o Rondas Comunales

Para su inscripción en el Libro de Rondas Campesinas, la Ronda Campesina o Comunal, presentará a la Oficina Registral correspondiente una solicitud acompañando para el efecto:

1.- Copia certificada del Acta donde conste:

- La constitución de la Ronda Campesina o Ronda Comunal.
- La aprobación del Estatuto de la Ronda Campesina o Ronda Comunal así como su texto íntegro.
- Designación de la primera junta directiva.

2.- Copia certificada del Padrón de Ronderos y Ronderas.

3.- Plano Perimétrico de su radio de acción.

Artículo 11 .- Comunicación con fines de coordinación

La Ronda Campesina o Ronda Comunal, una vez inscrita en los Registros Públicos, comunica a la Municipalidad correspondiente, su constitución social, con fines de coordinación.

CAPÍTULO IV DE LAS FUNCIONES DE LA RONDA CAMPESINA Y RONDA COMUNAL

Artículo 12.- De las Funciones

Son funciones de la Ronda Campesina y Ronda Comunal, las siguientes:

- a) Contribuir a la defensa de la integridad física, moral y cultural de los miembros de la Comunidad Campesina, de la Comunidad Nativa, del Caserío u otro centro poblado, para mantener la paz y seguridad de la población, así como contribuir con el progreso de su pueblo.
- b) Contribuir a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de los miembros de la Comunidad Campesina, de la Comunidad Nativa, del Caserío u otro centro poblado al que pertenecen, de conformidad con la Constitución y las leyes.
- c) Coordinar con las autoridades comunales en el ejercicio de las funciones que ejercen en uso de sus costumbres, respetando los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio OIT 169, la Constitución y las leyes.
- d) Intervenir en la solución pacífica de los conflictos que se susciten entre los miembros de la comunidad y otros externos, siempre y cuando la controversia se origine en hechos ocurridos dentro de su ámbito comunal.
- e) Actuar como interlocutor con el Estado.
- f) Participar, controlar y fiscalizar los programas y proyectos de desarrollo que se implementen dentro del territorio, así como denunciar la inconducta funcional de cualquier autoridad, de acuerdo a ley.
- g) Contribuir a la preservación de su medio ambiente.
- h) Coordinar en el marco de la legislación nacional, con las autoridades políticas, policiales, municipales, regionales, representantes de la Defensoría del Pueblo y otras de la Administración Pública.
- i) Establecer relaciones de coordinación con las organizaciones sociales rurales y entidades privadas.
- j) Promover el ejercicio de los derechos y la participación equitativa de la mujer en todo nivel; tener consideración especial a los derechos del niño y del adolescente, de las personas discapacitadas y de los adultos mayores.
- k) Prestar servicio de ronda. La organización de grupos, la elección de los responsables, así como la asignación de responsabilidades y frecuencia de

atención del servicio de ronda se regula por el Estatuto de cada Ronda Campesina o Comunal.

Artículo 13.- Resolución de Conflictos

La Ronda Campesina y Ronda Comunal, a base de las costumbres de la comunidad campesina, comunidad nativa, caserío u otro centro poblado al que pertenecen, pueden intervenir en la solución de conflictos que se susciten entre miembros de la comunidad u otros externos, dentro de su ámbito territorial, mediante actuaciones que serán registradas en el libro de ocurrencias que lleva para tal efecto, el mismo que será legalizado por el juez de paz de la jurisdicción correspondiente. Los acuerdos adoptados deben respetar los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio OIT 169, la Constitución y las leyes.

Son materias conciliables únicamente las relacionadas con la posesión, el usufructo de la propiedad comunal, bienes y el uso de los diversos recursos comunales.

TÍTULO II

DE LA ORGANIZACIÓN DE LA RONDA CAMPESINA Y RONDA COMUNAL

Artículo 14.- De la Organización

La Ronda Campesina y Ronda Comunal, se organiza dentro del marco de la Ley N° 27908, la Ley General de Comunidades Campesinas - Ley N° 24656 y su reglamento, así como por su propio Estatuto, el que se adecuará a las disposiciones establecidas para las Asociaciones en el Código Civil.

Artículo 15.- Del período de la Junta Directiva

La Junta Directiva de la Ronda Campesina y Ronda Comunal, tiene un mandato de dos (2) años, pudiendo sus miembros ser reelegidos.

Artículo 16.- De la Participación de las Mujeres

En la elección de la Junta Directiva de la Ronda Campesina y de la Ronda Comunal, se promoverá la participación de las mujeres en cargos directivos, así como la participación de otros miembros, sin discriminación.

TÍTULO III

DE LOS RONDEROS Y RONDERAS

CAPÍTULO I

DE LOS INTEGRANTES DE LAS RONDAS CAMPESINAS

Artículo 17.- Ámbito de su Función

Los miembros de la Ronda Campesina y de la Ronda Comunal ejercen sus funciones dentro del ámbito de la Comunidad Campesina, de la Comunidad Nativa, Caserío u otro centro poblado al que pertenecen. Pueden coordinar el ejercicio de sus funciones con otras Rondas Campesinas o Rondas Comunales cuando las circunstancias lo requieran.

Artículo 18.- De los Requisitos para ser Rondero o Rondera

Para inscribirse como miembro de la Ronda Campesina o Ronda Comunal, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Ser miembro de la Comunidad Campesina, de la Comunidad Nativa, Caserío u otro centro poblado.
- b) Haber cumplido 18 años de edad, salvo que siendo menor, haya constituido hogar de hecho o contraído matrimonio.
- c) Tener plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, de acuerdo a lo indicado en el artículo 42 del Código Civil.

CAPÍTULO II

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS RONDEROS Y RONDERAS

Artículo 19.- De los Derechos y Obligaciones

Son derechos y obligaciones de los ronderos y ronderas

- a) Participar en las Asambleas Generales, con voz y voto.
- b) Elegir y ser elegido para los cargos directivos de la Ronda Campesina o Ronda Comunal.
- c) Prestar Servicio de Ronda.
- d) Observar buen trato y lealtad, garantizando el respeto, la unión y la ayuda mutua entre los ronderos.
- e) Respetar los usos y costumbres, en su caso, de la Comunidad Campesina, Comunidad Nativas o Centro Poblado o Caserío, de acuerdo a la Constitución y las leyes.
- f) Observar buen trato y respeto hacia la población, particularmente a los niños, mujeres, y ancianos.

- g) Auxiliar, en su caso, a los miembros de la Comunidad Campesina, de la Comunidad Nativa o del Centro Poblado o Caserío, en necesidad de protección.
- h) Otros derechos y obligaciones que se determinen en el Estatuto y se acuerden en Asamblea General de la Ronda Campesina y Ronda Comunal.

Artículo 20.- De las Prohibiciones de los Ronderos y Ronderas

Los ronderos y ronderas están prohibidos de:

- a) Realizar, en el marco de este reglamento y el correspondiente estatuto, actividades no autorizadas o distintas a las funciones de la Ronda Campesina o Ronda Comunal.
- b) Realizar u omitir actos en beneficio de terceros en desmedro de los intereses de la Comunidad Campesina, de la Comunidad Nativa, Caserío u otro centro poblado.
- c) Realizar actividades de cualquier índole que se orienten a dividir o debilitar a la Ronda Campesina y Ronda Comunal.

CAPÍTULO III

DE LAS SANCIONES Y DE LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE RONDERO O RONDERA

Artículo 21.- De las Sanciones

La infracción de las disposiciones de la Ley, del presente Reglamento y del Estatuto de la Ronda Campesina y Ronda Comunal, da lugar a las siguientes sanciones:

- a) Amonestación pública.
- b) Suspensión en el ejercicio de sus funciones.
- c) Expulsión de la Ronda Campesina o Ronda Comunal.

El Estatuto de la Ronda Campesina o Ronda Comunal, establece los casos de aplicación de cada una de las sanciones antes enunciadas.

Artículo 22.- Del Registro de las Sanciones

Las sanciones que se impongan a los ronderos y ronderas son registradas en el Padrón de Ronderos y Ronderas, sin perjuicio de la denuncia correspondiente a la autoridad competente, si fuera el caso.

Artículo 23.- De la Pérdida de la Condición de Rondero o Rondera

La condición de Rondero o Rondera, se pierde por las siguientes causales:

- a) Muerte.
- b) Por pérdida de la condición de miembro de la Comunidad Campesina o Comunidad Nativa a la que pertenece.
- c) Por emigrar del Caserío u otro Centro Poblado al que pertenece.
- d) Por expulsión acordada por la Asamblea General de Ronderos y Ronderas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- Acceso a la Información.-

Las Rondas Campesinas o Rondas Comunes pueden solicitar la información que requieran a las entidades del Sector Público, de conformidad con la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Segunda.- Respeto a las rondas Campesinas.-

Las autoridades del Estado, sin excepción, deben respetar y tener en cuenta las actuaciones de las rondas campesinas y comunales en el marco de la Constitución, la Ley y el presente reglamento. El incumplimiento de esta disposición será considerado como una falta conforme a las normas disciplinarias correspondientes.

Tercera.- Aplicación de Normas Supletorias.-

Para las Rondas Campesinas o Comunes creadas por las Comunidades Campesinas o Nativas en todo lo no previsto en el presente Reglamento, será de aplicación lo establecido en el Estatuto de la Comunidad Campesina o Comunidad Nativa que haya creado a la Ronda Campesina o Ronda Comunal.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.- Dentro del plazo de seis meses de publicado el presente Reglamento, las Rondas Campesinas y Rondas Comunes se adecuarán a las disposiciones de la Ley de Rondas Campesinas - Ley N° 27908.