La Biblioteca Jurídica Americana es una colección sin precedentes producto del esfuerzo de Editorial Porrúa y de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, en el que también colaboran importantes universidades y centros de investigación, que busca contribuir a un mejor conocimiento y a un mayor acercamiento de los derechos nacionales y locales de los países del hemisferio americano.

Su principal objetivo es presentar y difundir las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de nuestro continente, así como sus orígenes y tradición común, para promover una armonización de nuestros derechos que facilite y contribuya a un intercambio más eficiente y justo de los bienes, capitales, servicios, personas y conocimientos que circulan a lo largo y ancho de nuestra región.

Aunque centrada en los derechos nacionales y locales de América, específicamente de Latinoamérica, la Biblioteca Jurídica Americana incluye también diversas obras que tocan las particularidades de los ordenamientos angloamericanos y mixtos de esta zona del mundo, presentando comparaciones con otros sistemas, familias y tradiciones jurídicas que se han desarrollado en otras latitudes.

La Biblioteca Jurídica Americana se divide en tres acervos: a) Obras Panorámicas: libros colectivos coordinados por reconocidos especialistas que presentan un panorama comparativo completo sobre un sector, área o rama del derecho o de las ciencias jurídicas fundamentales y auxiliares; b) Monografías: libros individuales o colectivos que abordan a través del método comparativo instituciones jurídicas específicas; y c) Obras Generales: libros individuales o colectivos que tratan temas jurídicos teóricos que trascienden las fronteras nacionales y que por ende constituyen lecturas de común interés para los estudiosos del derecho.

¿Existe una familia jurídica iberoamericana distinta a la mediterránea y a la centroeuropea? ¿Abarca también países y regiones latinoamericanos que están más allá del concepto geográfico-cultural de Iberoamérica? ¿Qué peculiaridades muestra, en su caso, su Derecho público? ¿Cuáles son, si aplica, las notas características de su Derecho privado? ¿Existe un modo iberoamericano de comprender el Derecho? ¿Qué importancia específica han jugado y tienen los derechos indígenas? ¿Se relacionan de la misma manera el *civil law* y el *common law* en el hemisferio americano como lo han hecho en el europeo? ¿Será posible una integración como la Unión Europea en el continente americano?

El presente libro plantea interrogantes y explora posibles respuestas, pero, sobre todo, busca presentar un tema fundamental: la identidad y tipicidades de los ordenamientos y de las ciencias jurídicas.

9 786070 921114

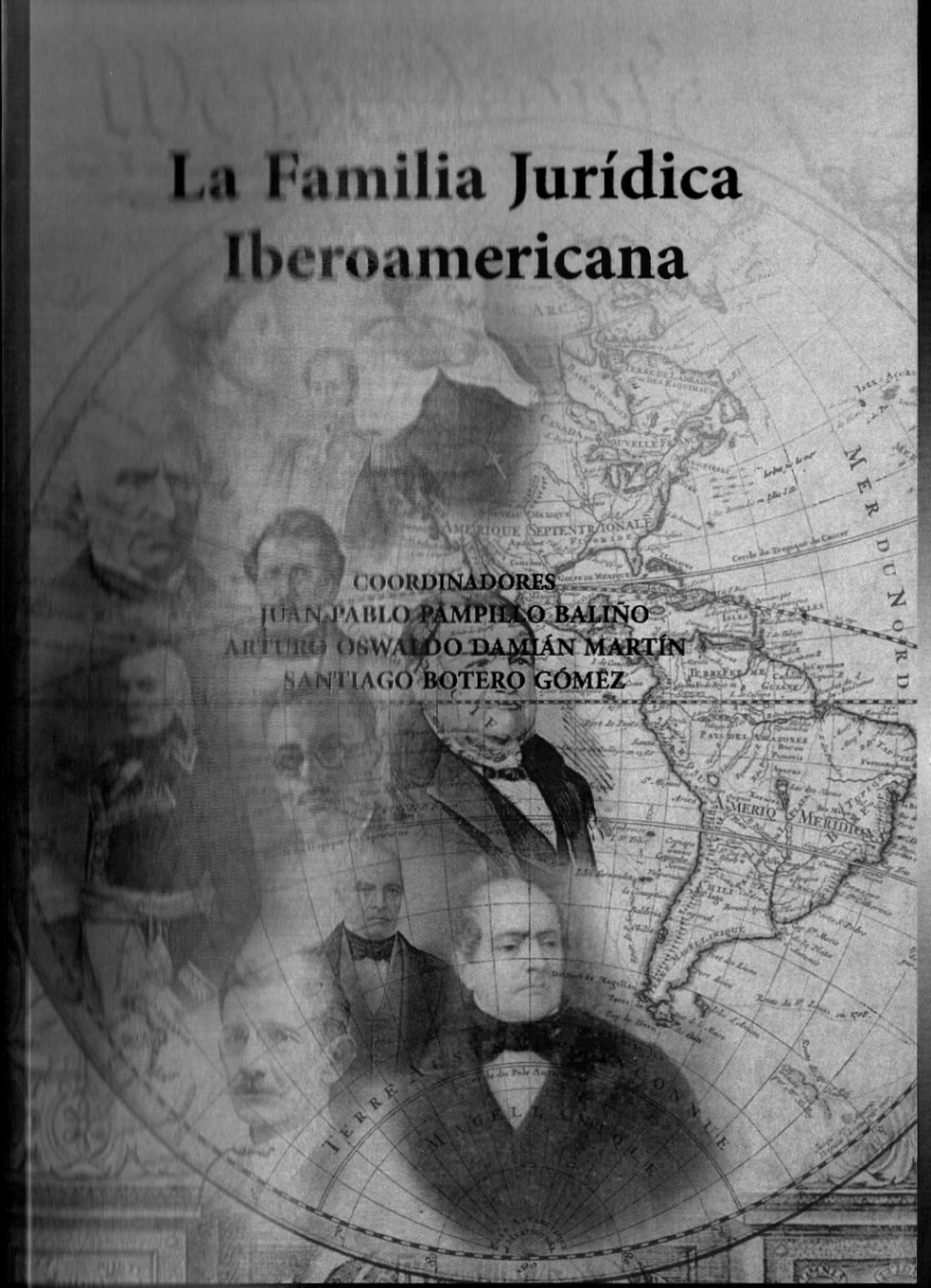
BIBLIOTECA JURÍDICA AMERICANA

La Familia Jurídica Iberoamericana

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO • ARTURO OSWALDO DAMIÁN MARTÍN • SANTIAGO BOTERO GÓMEZ

EditorialPorrúa.

La Familia Jurídica Iberoamericana



COORDINADORES
JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO
ARTURO OSWALDO DAMIÁN MARTÍN
SANTIAGO BOTERO GÓMEZ

EditorialPorrúa.

Red Internacional de Juristas
para la Integración Americana

BIBLIOTECA JURÍDICA AMERICANA
Dirigida por Juan Pablo Pampillo Baliño

LA FAMILIA JURÍDICA IBEROAMERICANA

Coordinadores
JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO
ARTURO OSWALDO DAMIÁN MARTÍN
SANTIAGO BOTERO GÓMEZ

EditorialPorrúa®

Red Internacional de Juristas
para la Integración Americana

Primera edición: 2016

Copyright © 2016

Esta obra y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 07
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, Ciudad de México
www.porrua.com

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN 978-607-09-2211-4

Revisión y edición académica
a cargo de Santiago Botero Gómez

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

RED INTERNACIONAL DE JURISTAS
PARA LA INTEGRACIÓN AMERICANA

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente:
Juan Pablo Pampillo Baliño

Vicepresidentes:
Roberto Cippitani
César Montaño Galarza
Mariela Morales Antoniazzi
Hernán A. Olano García
Calogero Pizzolo

Vocales:
Eber Omar Betanzos Torres
Santiago Botero Gómez (*Director Académico*)
Arturo Oswaldo Damián Martín (*Director General*)
Adolfo Reyes Velázquez

CONSEJO CIENTÍFICO

Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Ricardo Alonso García (Universidad Complutense de Madrid, España) • Rainer Arnold (Universidad de Regensburg, Alemania) • Gilberto Boutin (Universidad de Panamá, Panamá) • Raúl Canosa Usera (Universidad Complutense de Madrid, España) • Guzmán Carriquiry (Pontificio Consejo para América Latina, Vaticano) • Cástor Miguel Díez Barrado (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Rafael Domingo Oslé (Universidad de Emory, Estados Unidos) • Adriana Dreyzin de Klor (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina) • José Sebastião Fagundes Cunha (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasil) • Paulo Ferreira da Cunha (Universidad do Porto, Portugal) • Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Corte Interamericana de Derechos Humanos, México) • Héctor Fix-Fierro (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Domingo García Belaúnde (Universidad Católica, Perú) • Claudio Grossman (Washington College of Law, Estados Unidos de Norteamérica) • Alejandro Guzmán Brito (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile) • Peter Häberle (Universidad de Bayreuth, Alemania) • José Iturmendi Morales (Universidad Complutense de Madrid) • José Antonio Lozano (Universidad Panamericana, México) • Luca Mezzetti (Universidad de Bolonia, Italia) • Carlos F. Molina del Pozo (Universidad de Alcalá de Henares, España) • Loretta Ortiz Ahlf (Escuela Libre de Derecho, México) • Carlos H. Peña (Universidad Diego Portales, Chile) • Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela, España) • Rogelio Pérez-Bustamante (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Leonel Pereznieto Castro (UNAM, México) • Ricardo Rabinovich-Berkman (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Carlos Ramos Nuñez (Tribunal Constitucional, Perú) • Pedro Salazar Ugarte (UNAM, México) • José Luis Soberanes Fernández (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México) • Emilio Suñé Llinás (Universidad Complutense de Madrid, España) • Ricardo Vigil Toledo (Tribunal de Justicia la Comunidad Andina, Perú) • Elizabeth Villalta (Comité Jurídico Interamericano, OEA, El Salvador) • Armin von Bogdandi (Instituto Max Planck de Derecho Internacional y Público Comparado, Alemania) • Joseph H.H. Weiler (Instituto Universitario Europeo, Italia) • Rodolfo L. Vigo (Universidad Austral y Católica, Argentina) • Michael Vorbeck (Representación Permanente del Principado de Liechtenstein) • Antonio C. Wolkmer (Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil) • Stephen T. Zamora (University of Houston, Estados Unidos).

MEMBRESÍA

Mario Álvarez Ledesma (ITESM, México) • Pablo Arrocha Olabuenaga (Secretaría de Relaciones Exteriores, México) • Antonio C. Baeta Minhoto (Universidad de Sao Caetano do Sul, Brasil) • Magdalena Bas (Universidad de la República, Uruguay) • Andrés Botero Bernal (Universidad de Medellín, Colombia) • Luis Norberto Cacho Pérez (Escuela Libre de Derecho, México) • Ángeles Cano Linares (Universidad Rey Juan Carlos, España) • Celso Cancela Outeda (Universidad de Vigo, España) • Salvador Cárdenas Gutiérrez (Poder Judicial Federal, México) • Mauricio Cárdenas Guzmán (Escuela Libre de Derecho, México) • Eugenia Paola Carmona Díaz de León (Instituto de la Judicatura Federal, México) • María Teresa Carreño (Universidad de Manizales, Colombia) • Hedley Christ (Universidad de Brighton, Inglaterra) • Adrián Cisneros Aguilar (Universidad de Shangai, China) • Valentina Colcelli (Universidad de Perugia, Italia) • Julio César Cordón Aguilar (Corte de Constitucionalidad, Guatemala) • Jesús E. Coronado Contreras (Universidad Iberoamericana, México) • Óscar Cruz Barney (UNAM, México) • Carlos A. Dávila (Universidad de Manizales, Colombia) • Juan Javier del Granado (UNAM, México) • Vitor Martins Dias (Fundación Getulio Vargas, Brasil) • Xavier Díez de Urdanivia (Universidad Autónoma de Coahuila, México) • Francisco Díez Marina Palacios (Universidad Panamericana, México) • José Antonio Estrada Marún (Suprema Corte de Justicia de la Nación México) • David Fabio Esborraz (Universidad de Roma Tor Vergata, Italia) • Jorge Luis Fabra (Universidad Libre de Colombia) • Carlos Fernández Liesa (Universidad Carlos III, España) • Gustavo Ferreyra (Universidad de Buenos Aires, Argentina) • Víctor García Toma (Universidad de Lima, Perú) • María Gattinoni de Mujía (Universidad Austral, Argentina) • Juan Carlos Gavara (Universidad de Barcelona, España) •

DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA
Una historia de mutuas constituciones jurídicas

AKUAVI ADONÓN VIVEROS

> Las dificultades mayores del debate multiculturalista se encuentran al momento de traducir normativamente las opciones tomadas con base en posturas propias de la filosofía moral o política o incluso de la antropología. El discurso multiculturalista es de aquel de los que se mueve bien "en las alturas", pero presenta graves problemas cuando se quiere aplicar a realidades que suelen ser muy complejas...
>
> MIGUEL CARBONELL

> Artículo 5. (CARÁCTER JURÍDICO DE LA MADRE TIERRA). Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público. La Madre Tierra y todos sus componentes incluyendo las comunidades humanas son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en esta Ley. La aplicación de los derechos de la Madre Tierra tomará en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Los derechos establecidos en la presente Ley, no limitan la existencia de otros derechos de la Madre Tierra.
>
> Ley de Derechos de la Madre Tierra,
> Bolivia, 2010

A. ELEMENTOS DE INTRODUCCIÓN

La reflexión de Miguel Carbonell, primer epígrafe, aborda la dificultad que representa para la teoría clásica del derecho, "traducir normativamente" la multiculturalidad. El esquema tradicional del derecho

estatal subyacente, no permite en efecto incorporar cierto tipo de principios sin verse profundamente cuestionado y replanteado desde su estructura filosófica fundamental. El artículo quinto de la Ley de derechos de la Madre Tierra del segundo epígrafe, por su parte, refleja cómo más allá de las contradicciones que pueden representar para los principios de la teoría jurídica clásica, como establecerle derechos a la naturaleza, las demandas de los pueblos indígenas como nuevos actores, han sido incorporadas al discurso jurídico estatal, abriendo perspectivas inéditas tanto en el reconocimiento formal de la diversidad como en los planteamientos de doctrina jurídica.

El presente ensayo busca mostrar la temática indígena como factor de configuración de la particularidad del sistema jurídico latinoamericano y éste a su vez, como factor de modelado de lo indígena, en particular del "derecho indígena", contrariamente a los enfoques más generalizados que abordan el desarrollo y evolución de estas realidades como ámbitos separados y excluyentes.

Will Kymlicka, teórico liberal del multiculturalismo, aborda el reconocimiento jurídico de la diversidad cultural en los estados contemporáneos y establece dos modelos ideales tipo de estados multiculturales: los estados *poliétnicos* y los estados *multinacionales*. Los estados *poliétnicos* son aquéllos en los que la diversidad cultural se origina en el fenómeno de la inmigración: los migrantes o inmigrados se reúnen en grupos comunitarios que aspiran a ser integrados como ciudadanos de pleno derecho en la sociedad mayoritaria. Por su parte, los estados multinacionales son aquéllos en los que la diversidad cultural deriva de la incorporación de "culturas preexistentes" autogobernadas y asentadas en el territorio con anterioridad a la estructura estatal contemporánea. Estas culturas se presentan como "minorías nacionales" que reivindican el derecho de conservar su carácter distintivo de la cultura mayoritaria y el reconocimiento de formas de autonomía y de autogobierno.[1]

Esta distinción aunque esquemática por no dar cuenta de las dinámicas actuales en que ambos fenómenos, y otros más, convergen en un mismo espacio temporal desplegando amplios, diversos y muy complejos fenómenos de diversidad cultural. Tiene sin embargo, la ventaja de distinguir claramente dos contextos para facilitar su análisis. En ese sentido y siguiendo la tipología de Kymlicka, se puede situar a la mayoría de los países latinoamericanos en esta segunda categoría, la de estados multinacionales. Es decir, una diversidad en América Latina que surge con las independencias de las colonias europeas, España principalmente, y se configura a partir de la relación con una organización

[1] WILL, Kymlicka. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona. Ediciones Paidós. 2006. P. 25-26.

estatal que establece los contornos de la población que forma parte del "nosotros nacional" y distingue a los "otros" como susceptibles de ser eliminados o en el mejor de los casos, integrados, asimilados a ese nosotros nacional.[2] En palabras de Claudia Briones, el "régimen nacional de alteridad", con el que el estado define y administra la diferencia.[3] Esta definición y administración de la diferencia en América Latina tiene sus particularidades históricas y contextuales según el país del que se trate, se ha optado aquí por trazar los grandes ejes como símbolos distintivos de la particularidad de la región.

Con la expresión derecho indígena o derechos indígenas en América Latina se identifican fenómenos que serán distinguidos en esta exposición. Por un lado, el conjunto normativo que, tanto a nivel estatal como a nivel regional e internacional, determinan la situación de los pueblos indígenas y, por el orto, el derecho propio o "interno" de pueblos indígenas, también identificado como *usos y costumbres*, *derecho consuetudinario*, etcétera, que se desarrolla al margen del reconocimiento del derecho estatal y, por lo general, con lógicas de funcionamiento y principios distintos.[4] En un contexto de diversidad cultural, resulta necesario ampliar el referente del derecho como únicamente asimilado al estado y desarticular, o por lo menos complejizar, la ecuación que vincula estado, derecho y ley.

En un primer tiempo se desarrolla el paradigma de la unificación jurídica en América Latina plasmada en la relación: un estado, un derecho. Esto a partir de las independencias y la recepción del *Code Civil*, como paradigma jurídico en alguna medida subyacente a la fecha. En un segundo tiempo, las primeras definiciones de "lo indígena" a nivel regional, el establecimiento de su diferencia y la voluntad de incorporarlo al "nosotros nacional" como igual, será el signo del indigenismo latinoamericano acompañado de instrumentos internacionales. La siguiente etapa será la de incorporarlo al "nosotros nacional" como diferente, con la emergencia del paradigma de la diversidad cultural. Ese andamiaje

[2] Con esto no se quiere decir que no existiera diversidad en la época colonial, simplemente que ésta se planteaba en distintos términos, mismos que no serán los abordados en el presente texto.

[3] *Cfr.* BRIONES, Claudia. *(Meta)cultura del estado-nación y estado de la (meta)cultura: Re-pensando las identidades indígenas y antropológicas en tiempos de post-estatalidad*. Brasilia. Universidad de Brasilia. Serie antropología. 1998.

[4] Desde un enfoque de antropología jurídica se privilegia el análisis del fenómeno jurídico a partir de las prácticas y las representaciones de los actores, se parte de la base de que la manifestación de lo jurídico no se agota en el derecho positivo, y que el derecho en sentido amplio se produce y reproduce muchas veces al margen de la estructura jurídica estatal. Sin dejar de considerar que tanto las instituciones estatales como el derecho positivo influyen en la dinámica cotidiana y contribuyen en la configuración de los fenómenos jurídicos no regulados por el derecho estatal.

jurídico institucional se traducirá en un "constitucionalismo multicultural", también a nivel regional que será objeto del tercer apartado, para finalizar con algunas reflexiones sobre el derecho en los pueblos indígenas, singular pero igualmente imbricado en el derecho estatal. Una historia de mutuas *constituciones*...

B. UN ESTADO, UN DERECHO: EL PARADIGMA DE LA UNIFICACIÓN JURÍDICA

Población y territorio han sido abordados desde la teoría clásica del derecho como los ámbitos privilegiados de la jurisdicción, se les considera el ámbito personal y espacial de validez de las normas jurídicas. En el espacio delimitado del territorio, el Estado ejerce el monopolio legítimo de la coacción física sobre la población.[5] Esta verticalidad de la relación: poder estatal que se ejerce sobre la población que se encuentra en el territorio, excluye el estudio de fenómenos jurídicos que se dan al margen de esta potestad. Se calificará de *ilegal, derecho informal,* o en el mejor de los casos, prácticas alternativas del derecho, a todo aquél fenómeno fuera de esa estructuración vertebrada desde el poder estatal. Así, la teoría clásica del derecho pena en incorporar fenómenos que se dan en ámbitos distintos a los establecidos desde el Estado. Esta será la dificultad que acompañe al reconocimiento tanto de los derechos de pueblos indígenas como de sus propios sistemas normativos.

En efecto, la relación clásica entre derecho, territorio y población remite a la jurisdicción del Estado, en los términos siguientes:

> Las tendencias centralizadoras que se encuentran en el origen de los Estados modernos favorecieron el desarrollo de unidades políticas en territorios más extensos que en la época medieval y que, por tanto, incluían entidades que habían gozado anteriormente de autonomía política. *Esa unión se realiza a través de una monopolización del poder político, que se considera soberano, único e indivisible. El ejercicio de ese poder se traduce en el intento de imponer en todo el territorio estatal una administración e instituciones comunes, y un ordenamiento jurídico homogéneo.* [...] Son tendencias que se van consolidando a lo largo de un proceso que culmina en el siglo XIX en la idea de Estado-nación. [...] *Su fundamento básico es la creencia de que los límites étnicos no deben contraponerse a los políticos; una vez delimitado el ámbito del Estado-nación y obtenida la identificación entre ambos, la estructura unitaria se considera satisfactoria para organizar una comunidad a la que se atribuye un carácter homogéneo.*[6] (las cursivas son nuestras)

[5] WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva.* México. Fondo de Cultura Económica. 1964. P. 43-44. [1921-22].

[6] GARCÍA GUITIÁN, Elena. "Estructura territorial del Estado". En Rafael del Águila (coordinador). *Manual de ciencia política.* Madrid. Editorial Trotta. 1997. P. 159-160.

La codificación, consecuencia última y principal del racionalismo jurídico, aparece como el instrumento idóneo para la unificación del Estado, ya que no reconoce particularismos jurídicos y de ella se deriva la concepción de un derecho universal, a-histórico e intemporal.

Muchos de los nuevos estados latinoamericanos recién independizados en las primeras décadas del siglo diecinueve, buscaron desligarse de la legislación heredada por la metrópolis cuyos principios entraban en contradicción con el nuevo orden de ideas anheladas. Además de los defectos del derecho heredado en cuanto a aspectos formales como la multiplicidad de leyes, su heterogeneidad, su incoherencia y dispersión, etcétera, lo que dificultaba el conocimiento del derecho y generaba, de acuerdo con Guzmán Brito, incertidumbre e inseguridad en su aplicación, el punto medular del rechazo consistía en vincular esa legislación con el gobierno despótico y feudal.

> Los nuevos Estados americanos habían llegado al mundo político en una época en que la última palabra en materia de legislación estaba representada por la idea de código, y no era sino en ella en la que podían poner sus ojos cuando sus dirigentes concibieron el designio de reemplazar la vieja legislación.[7]

En efecto, el Código de Napoleón, obra cumbre de la codificación, de corte liberal y burgués que exalta los principios de la propiedad privada, de la libertad y de la libre contratación, imperó en todo el siglo diecinueve. En efecto, fue el instrumento más importante de difusión de los ideales políticos y sociales de la Revolución Francesa, su recepción fue muy extendida y, en especial, llama la atención la recepción de este código en los países recién independizados de América Latina.[8]

> La idea de código acababa de ser corporizada en Francia, que desde 1804 contaba con un cuerpo de legislación que había cumplido la misma función que se reclamaba en América, vale decir, la de *sustituir de un solo golpe un inmenso y complejo volumen de legislación anterior,* juzgada inadecuada a un orden nuevo de cosas. Resultaba, así, natural, que los dirigentes de los nuevos Estados aplicaran la abstracta idea de emitir una nueva y completa legislación diseñada como código bajo la forma de una adopción o, al menos, de imitación del *Code Civil.*[9] (las cursivas son nuestras)

En ese sentido, varios estados impulsaron de manera temprana la codificación del derecho y adoptaron, imitaron o simplemente tradujeron

[7] GUZMÁN BRITO, Alejandro. "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas". En línea. P. 33.

[8] BATIZA, Rodolfo. *Los Orígenes de la Codificación Civil y su Influencia en el Derecho Mexicano.* México. Editorial Porrúa. 1982. P. 15 y ss.

[9] GUZMÁN BRITO, Alejandro. "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas". *op. cit.* P. 34-35.

el Código de Napoleón. Unas de las más tempranas recepciones se dieron en Haití (1825), en Oaxaca, México (1827-1829), en Bolivia (1830), en Perú (1836), en Costa Rica (1842), en Chile (1955).[10]

Dos siglos después de la promulgación del célebre *Code Civil* (1804), parece seguir vigente el mismo pensamiento que nutrió a las codificaciones racionalistas así como siguen siendo invocados los principios del sistema jurídico heredado de entonces. Dichos principios se reflejan en presupuestos comunes que caracterizan al derecho estatal, más allá de las particularidades que éste adopta según el Estado del que se trate: la concepción de una esfera jurídica separada de los demás ámbitos de la vida social, la relación indisoluble entre el derecho y el Estado, la igualdad de las personas ante la ley basada en una concepción individualizada e intercambiable de las mismas, el consenso creador de la ley a través de la figura de la voluntad general, etcétera.

Estos presupuestos constituyen "ficciones jurídicas" que no resultan evidentes ni son compartidos en todos los contextos socioculturales. Huelga decir que los sectores burgueses y liberales más en sintonía con los principios de la codificación napoleónica, no eran los mayoritarios en los países latinoamericanos y la promulgación del sistema civilista no anuló instituciones, mentalidades y realidades que en materia de prácticas y representaciones jurídicas existían.[11] Los estados no se encontraban suficientemente consolidados como para efectivamente "sustituir de un solo golpe un inmenso y complejo volumen de legislación anterior" y desplegar acciones en todo el territorio. Así, en muchas de las instancias judiciales de los países independientes se siguieron invocando y aplicando ordenamientos coloniales como Las Siete Partidas, incluso décadas después de la promulgación de códigos. Los sistemas jurídicos locales siguieron vigentes *de facto* y siguen vigentes en la actualidad coexistiendo de manera subordinada al ordenamiento estatal aún cuando ignorados, combatidos o no reconocidos.

De este modo y cuestionando la relación clásica entre derecho y territorio que privilegia el mónopolio de la jurisdicción del estado, la relación entre derecho, sociedad, cultura y territorio explica que espacios y territorios jurídicos se construyan social y culturalmente al margen de marcos jurídicos estatales que ciertamente los influyen pero no necesariamente los determinan.

Abordar los derechos de los pueblos indígenas en América Latina y sus sistemas jurídicos propios es aceptar que la jurisdicción del Estado sobre el territorio y la población debe flexibilizarse, diluirse conceptualmente para poder analizar fenómenos jurídicos complejos que se dan en ámbitos distintos a los tradicionales ámbitos de validez jurídicos del derecho estatal.

[10] *Ibidem*. P. 39-60.

[11] Para ahondar en ese desfase *véase* CLAVERO, Bartolomé. *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México. Editorial Siglo XXI. 2008. En especial el capítulo 1 Geografía de Estados, precedencia de Naciones.

Si bien el principio de la "igualdad jurídica" no está puesto en duda, el derecho al reconocimiento de la diversidad cultural es uno de sus componentes más esgrimidos en la actualidad. Los pueblos indígenas en América Latina, reivindican en diferentes frentes ese derecho y, paradójicamente, el derecho positivo sigue siendo percibido como el instrumento idóneo para plasmar la nueva estructura y principios de un Estado incluyente y plural. Es por ello que "las batallas" del reconocimiento son libradas en el terreno del derecho positivo, en el fondo, muy de la mano de la teoría y práctica del derecho estatal y reformulando un monismo jurídico, aunque ahora, "incluyente". En aras de destacar la escala regional de ese fenómeno de distinciones, conocimientos y reconocimientos de indígenas, las líneas siguientes se dedicaran al indigenismo latinoamericano.

C. INDIGENISMO LATINOAMERICANO

Parecería que el indigenismo le da una nota distintiva a la región, una diversidad que no pudo ser completamente disuelta en el proyecto homogeneizante de los estados y fenómenos jurídicos coexistiendo al margen de las estructuras estatales fueron ámbitos de preocupación y ocupación de los estados en un primer momento y en un segundo momento, ámbitos de reivindicación jurídica de los propios pueblos indígenas. Esa particularidad en el tratamiento jurídico institucional de la "cuestión indígena" por los estados latinoamericanos y en las reivindicaciones de los propios movimientos indígenas de la región, distingue al sistema jurídico regional que se ha desarrollado y configurado. En ese recorrido de mutuas constituciones se pueden observar los momentos en los que estados e instituciones definen y hablan a nombre de los pueblos indígenas y aquéllos en los que empieza a hacerse presente a nivel internacional, regional y nacional, una voz propia. Aún cuando no se excluyen completamente sí marcan una preeminencia en el abordaje de la "cuestión indígena" que se puede caracterizar con dos paradigmas que van a acompañar la instrumentalización jurídico institucional latinoamericana: el paradigma de la integración en un primer momento y el paradigma de la diversidad cultural.

1. TUTELA E INTEGRACIÓN

La ideología indigenista marcó un derrotero en las acciones y políticas gubernamentales hacia los pueblos indígenas durante la segunda

parte del siglo veinte. En efecto, en los inicios del siglo veinte, algunos grupos de intelectuales en los países latinoamericanos reflexionan sobre lo que se presenta como evidencia del fracaso del ideal liberal de unidad nacional y progreso. Analizaban las realidades de países fracturados socialmente en los que se había omitido el componente poblacional y las características culturales propias del continente, privilegiando el referente europeo o norteamericano. La mirada se detienía en los sectores más fragilizados de la población y una gran diversidad de ellas a lo largo y ancho del territorio continental serían amalgamadas con el apelativo unificador de indios o indígenas. Ciertamente, una particularidad no menor era que el indigenismo sería desarrollado y seguido por intelectuales, políticos, literatos, pintores que se consideraron *no indígenas*. Bengoa recupera una cita ilustrativa de Gonzalo Aguirre Beltrán para ilustrarlo:

> El indigenismo no es una política formulada por indios para la solución de sus propios problemas sino la de los no-indios respecto a los grupos étnicos heterogéneos que *reciben la general designación de indígenas*.[12] (las cursivas son nuestras)

Para Rodolfo Stavenhagen, el indigenismo surge como "el conjunto de ideas y actividades concretas que realizan los estados latinoamericanos en relación con las poblaciones indígenas".[13] La denuncia del aspecto paternalista y de asimilación del indigenismo "político"[14] así como la reproducción de la dominación y la discriminación que se generaron con la puesta en marcha de políticas en los diversos países de América Latina han sido múltiples. Aquí interesa resaltar un aspecto menos abordado y es el que enfatiza el papel del indigenismo en la emergencia de una "identidad cultural latinoamericana particular".[15] En efecto, José Bengoa plantea tres elementos como característicos de los orígenes del indigenismo, a saber: la preocupación por la marginación del indio, la necesidad de su integración al conjunto de la sociedad y como corolario, la manifestación del carácter mestizo de la región basado en su

[12] AGUIRRE BELTRÁN, Gonzalo. 1967. Discurso pronunciado como Director del Instituto Indigenista Interamericano. Citado por BENGOA, José. *La emergencia indígena en América Latina*. México. Fondo de Cultura Económica. 2007. P. 200.

[13] STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México. El Colegio de México/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2012. P. 105. [1988]

[14] Se puede caracterizar como político al indigenismo definido por Stavenhagen que se centra en la acción gubernamental latinoamericana a diferencia de otras manifestaciones indigenistas, por ejemplo, el que José Bengoa califica como indigenismo cultural de intelectuales progresistas, artistas indigenistas socialistas, etcétera. BENGOA, José. *op. cit.* P. 233-240.

[15] BENGOA, José. *La emergencia indígena en América Latina*. *op. cit.* P. 10, 199-243.

componente "indio" y "europeo". Así, presenta al indigenismo, con menos énfasis en su vertiente política, como "un programa de denuncia y autoafirmación. Rescate de lo indígena para *afirmar una identidad compleja, propia, autónoma y diferenciada de la cultura occidental*".[16] (las cursivas son nuestras)

Los principios que animaron el indigenismo se fundaron en la consideración de una diversidad de manifestaciones culturales y, en principio, se relegaron las afirmaciones de inferioridad racial, la negación radical de valores atribuidos a las culturas indígenas y la creencia de una superioridad absoluta del modelo europeo como referente en la mayoría de los ámbitos de valores socioculturales. No obstante las intenciones declaradas, el fundamento de las ideas evolucionistas no fue puesto en duda, el objetivo era integrar al indígena a la cultura dominante y fomentar el desvanecimiento de una especificidad cultural. La Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano sería el documento que sentara las bases del indigenismo "político" a nivel regional.

a) La convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano

En 1940 se reunió en México el Primer Congreso Indigenista Interamericano (en Pátzcuaro, Michoacán). Intelectuales y políticos de la región conjugaron sus esfuerzos para reflexionar sobre una política indigenista a nivel continental, además se decidió la creación de un Instituto Indigenista Interamericano, en adelante III.

> Los Gobiernos de las Repúblicas Americanas, animados por el deseo de crear instrumentos eficaces de colaboración para la resolución de sus problemas comunes, y reconociendo que *el problema indígena atañe a toda América*; que conviene dilucidarlo y resolverlo y *que presenta en muchos de los países americanos modalidades semejantes y comparables*; reconociendo, además, que es conveniente aclarar, estimular y coordinar la política indigenista de los diversos países, entendida ésta como conjunto de desiderata, de *normas y de medidas que deban aplicarse para mejorar de manera integral la vida de los grupos indígenas de América* [...]
>
> Han resuelto celebrar la presente Convención que será firmada como lo dispone el artículo XVI de la misma, para dar forma a tales recomendaciones y propósitos, y para el efecto, han convenido en lo siguiente:
>
> Los gobiernos contratantes acuerdan *elucidar los problemas que afectan a los núcleos indígenas en sus respectivas jurisdicciones* y cooperar entre sí sobre la base del respeto mutuo de los derechos inherentes a su completa independencia *para la resolución del problema indígena en América*, por medio de reuniones periódicas, de un Instituto Indigenista Interamericano, y de Institutos Indigenistas Nacionales, cuya organización y funciones serán regidas por la presente Convención, en los términos que siguen [...]" (las cursivas son nuestras)

[16] *Ibid.* P. 200.

Se ha referido mucho que la Convención habla de "problema indígena" y aquí destacamos dos aspectos, el que tiene que ver con la constatación del fracaso en la integración de sectores de la población a la nación, en el anhelo de llegar a la homogeneidad del cuerpo social nacional y el que tiene que ver con las condiciones de pobreza, marginalidad, aislamiento en el que se encontraban amplios sectores de la población, situación atribuida en gran medida a sus características culturales y de atraso evolutivo. El debate se centraba en determinar la mejor estrategia para atraer a la población al referente dominante de civilización y progreso establecido por el estado. Se consideraba imposible alcanzar el desarrollo en América Latina sin un cambio en las condiciones socioculturales que oponían a un sector urbano "occidentalizado" y uno rural, no occidental, atrasado, pobre, aislado y excluido. El "problema indígena" lo era en la medida que representaba el principal obstáculo para el desarrollo nacional del conjunto de países de la región.

La Convención fue ratificada por dieciocho países, 16 países entre 1941 y 1953 y Chile en 1968, Estados Unidos formó parte durante un período y tanto Canadá como España, tuvieron el estatuto de observadores.[17] Los actuales países firmantes son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. De acuerdo con lo establecido en el propio instrumento, se constituyó el III como organismo intergubernamental especializado de la Organización de Estados Americanos en 1953, e Institutos Indigenistas en los países firmantes encargados de aplicar las políticas en el ámbito nacional, muchos de ellos creados incluso con anterioridad al III.

La definición de "lo indio", merece particular atención. Amplios sectores de la población rural marginada, aislada, a lo largo y ancho del continente, fueron identificados y clasificados como campesinos. En los movimientos sociales no se reivindicaba la diferencia cultural como sí lo era la ciudadanía, los derechos económicos y el acceso a la propiedad de la tierra, fundamentalmente. Empero, en el segundo congreso interamericano celebrado en 1949 en Cuzco, se estableció una definición de "lo indio":

> El indio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tienen la misma conciencia social de su condición humana, asimismo considerada por propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lenguaje y en su tradición, aunque éstas hayan sufrido modificaciones por contactos extraños.

[17] YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. "A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica". En YRIGOYEN, Raquel (coord.). *Pueblos indígenas, constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. 2010. P. 21-22.

> Lo indio es una expresión de una conciencia social vinculada con los sistemas de trabajo y la economía, con el idioma propio y con la tradición nacional respectiva de los pueblos o naciones aborígenes [...][18]

En este deseo de delimitar los contornos difusos de una categoría étnico-social destacan la relación de descendencia entre las poblaciones anteriores a la conquista y las actuales comunidades, un sentimiento identitario compartido (autoadscripción) e identificable por los que no lo comparten, el reconocimiento de una organización interna propia y diferenciada de la no indígena, la constatación de los cambios o modificaciones sobrevenidos por la relación con el medio circundante. Es cierto que los matices o particularidades de la determinación de lo indígena se presentan de diferente manera en cada uno de los países de América Latina. En efecto, las representaciones identitarias de "lo nacional" y de "lo indígena" son construcciones discursivas que se insertan, además del ámbito regional, en los contextos históricos y políticos nacionales de construcción y reproducción de la alteridad.[19] No obstante, los elementos de la definición de Cuzco, se observan en las aproximaciones nacionales y en las definiciones de lo que se considera como pueblos indígenas.

b) Convenio 107 de la OIT (1957)

La Organización internacional del trabajo (OIT), como una de las agencias del sistema de Naciones Unidas, tiene una amplia trayectoria relacionada con trabajadores indígenas. Originalmente se consideraron aquéllos en territorios sometidos a colonización así como los trabajadores que salían de sus comunidades para engancharse en empresas agrícolas. Los temas de los convenios y recomendaciones propuestos giraban en torno al trabajo forzado, abuso en los sistemas de contratación, duración máxima de contratos de trabajo, sanciones penales por supuestos incumplimientos de contratos, etcétera. Durante la década de los años cincuenta, la OIT dirigió el Programa Indigenista Andino con el objetivo de realizar estudios y conocer la situación de los trabajadores indígenas. Los estudios revelaron que el despojo territorial de las poblaciones rurales llevada a cabo por los gobiernos nacionales explicaba en gran medida la precariedad de la situación laboral. A esto se atribuye que el Convenio 107 plasmara una serie de derechos que excedían el ámbito estrictamente laboral y abordara además, una serie de aspectos referentes al "mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de

[18] Citado por BENGOA. *op. cit.* P. 223. STAVENHAGEN, *op. cit.* P. 136.

[19] Véase. LÓPEZ CABALLERO, Paula. *Indiens de la nation. Ethnographier l'État et historiciser l'autochtonie chez les "originarios" de Milpa Alta, Mexico (XVIIe-XXIe siècle)*. París. CERI-Karthala. 2013.

esas poblaciones" mediante la promoción de derechos territoriales, lingüísticos, de sistemas jurídicos propios, entre otros.[20]

> La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del trabajo, y consagrada en dicha ciudad el 5 de junio de 1957 en su cuadragésima reunión;
>
> Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la protección e integración de las poblaciones indígenas de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, cuestión que constituye el sexto punto del orden del día de la reunión;
>
> Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional; [...]
>
> Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales y semitribales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutan los otros elementos de la población; [...]
>
> Considerando que la adopción de normas internacionales de carácter general en la materia facilitará la acción indispensable para garantizar la protección de las poblaciones de que se trata, su integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales y el mejoramiento de sus condiciones de vida y de trabajo; [...]

El convenio 107, fue ratificado por 14 países latinoamericanos[21] entre 1958 y 1971, aun cuando ya no está abierto a ratificaciones, sigue vigente para los estados que no han ratificado el convenio 169 de la OIT.[22] De un total de 27 ratificaciones, 6 países africanos, 2 países de medio oriente (Irak y Siria), 3 países de oriente (India, Bangladesh y Pakistán) y 2 países europeos (Bélgica y Portugal), 14 se dieron en los

[20] YRIGOYEN FAJARDO. Raquel Z. "A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica". *op. cit.* P. 25-26.

[21] Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominicana, Ecuador, El Salvador, Haití, México, Panamá, Paraguay, Perú.

[22] Esto en concordancia con el artículo 36 del propio Convenio 107 que a continuación se transcribe:

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, *ipsojure*, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 32, 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.

países de la región, esto afirma el carácter "latinoamericano" de la problemática abordada por el Convenio 107.

En lo que respecta a la definición de "lo indígena", el convenio señala algunos de los elementos anteriormente señalados como la descendencia de poblaciones asentadas en el territorio con anterioridad a la conquista y la particularidad de su propia organización interna, distinguible de las instituciones nacionales.

> Artículo 1.
>
> 1. El presente Convenio se aplica:
>
> *b)* A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas 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 y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.
>
> Artículo 2.
>
> 1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países.

El principio de incorporación al modelo de vida nacional, la consideración de que la "situación cultural" de las poblaciones indígenas les impiden beneficiarse de derechos y oportunidades, el atribuir al estado el papel de decidir sobre las políticas aplicables, sitúan a este instrumento en el marco de las tendencias integracionistas y tutelares frente a las poblaciones indígenas. Dicha tendencia comenzó a ser fuertemente criticada y desembocó en la revisión del convenio, con la participación de algunas asociaciones indígenas y la adopción de uno nuevo.

2. El paradigma emergente de la diversidad cultural

Los pueblos indígenas irrumpen en la esfera política estatal e internacional como nuevo sujeto social y, sus organizaciones, resultan nuevos actores políticos, su plataforma de lucha se expresa en una reivindicación de derechos tanto en el ámbito internacional como en el nacional, esto queda plasmado en la propia formulación de la normatividad internacional.

a) Convenio 169 de la OIT (1989)

El convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, responde a la crítica hecha a la orientación integracionista de la política anterior. Se nutrió de las reflexiones hechas por el Grupo de Trabajo sobre poblaciones Indígenas de la ONU y se dio

en el marco de los cuestionamientos generados por el quinto centenario de la conquista de América.[23]

Al referirse a la población indígena ya no se menciona un estado menos avanzado de desarrollo, por el contrario, se enfatiza la necesidad de proscribir la orientación asimilacionista, su capacidad de asumir las riendas de su propio destino, el derecho a afirmar su diferencia y en ese sentido su contribución a la cooperación y comprensión internacionales.

> Considerando que la evolución del 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, afín 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; [...]
>
> 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*; [...]
>
> 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: (las cursivas son nuestras)

Estos principios marcan una clara diferencia con los principios de integración al modelo nacional y de definición de los asuntos que atañen a los pueblos indígenas desde la rectoría del estado.

En cuanto a la definición de los sujetos a los que se aplica el convenio se habla de "pueblos", ya no de miembros de poblaciones tribales, se pone de manifiesto el carácter colectivo de los derechos, además se considera elemento fundamental de identificación de los pueblos indígenas la autoadscripción en detrimento de la determinación de pertenencia desde otros ámbitos sociales o institucionales

> Artículo 1.—El presente Convenio se aplica:
> [...]
> *b)* A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el pasado 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.

[23] YRIGOYEN FAJARDO. Raquel Z. "A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica". *op. cit.* P. 25-26.

> 2. *La conciencia de su identidad indígena o tribal deber considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.* (las cursivas son nuestras)

El convenio 169 ha sido ratificado a la fecha por 14 países de la región. Se trata del instrumento internacional vinculante en materia de derechos reconocidos a pueblos indígenas de mayor impacto y referencia actual. Con él se inaugura una nueva orientación en la normatividad internacional en materia de pueblos indígenas. La declaración del respeto a las formas de vida así como la consulta y participación directa en las decisiones que atañen a los pueblos, abren la puerta para una relación renovada con los estados. Si los principios establecidos plantean un contexto de relación "estados-pueblos indígenas" diferente, su aplicación concreta ha seguido caminos sinuosos, principalmente en aspectos como el control de tierras y de recursos naturales, la construcción de regímenes de autonomía, la imposición de proyectos de desarrollo, etcétera.

b) Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007)

El más reciente instrumento internacional en materia de derechos indígenas es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Tomó más de dos décadas de gestación y negociaciones entre los diferentes actores involucrados. En ese sentido plasma el resultado de amplios debates y discusiones en los que, por primera vez, participaron como actores directamente involucrados representantes de pueblos, asociaciones y movimientos indígenas. La declaración sintetiza los principios actuales que rigen el derecho internacional en materia de derechos de pueblos indígenas, profundiza y amplía principios del convenio 169, da cuenta de principios desarrollados por la jurisprudencia de la corte interamericana.

Algunos de los principios que sustentan el articulado de la Declaración y que afirman la naturalización de otro paradigma discursivo respecto a los reconocimientos de derechos indígenas se apuntan de entrada en los párrafos preliminares del documento: la consagración de la diversidad cultural como un valor apreciado, el consiguiente derecho a la afirmación de la diferencia cultural así como a procurar su mantenimiento.

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.

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.

La proclamación de la igualdad de todos los pueblos se basa en el abandono de una consideración de jerarquías propias de una ideología evolucionista que daba origen a la necesidad de incorporar a las comunidades y pueblos a los esquemas de la sociedad dominante.

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.

El siguiente punto de ruptura con la política indigenista integradora que merece ser resaltado es el paso del sistema tutelar al de la emancipación, en el sentido de atribuir a los pueblos el derecho de dirigir las riendas de su propia organización.

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.

La Declaración consigna derechos referentes a la libre determinación y al autogobierno, a la proscripción de la asimilación forzada, a la reparación en caso de perjuicios ocasionados por los estados, al vínculo espiritual con sus tierras y territorios, al derecho de consulta y a decidir sobre los asuntos que les incumben o afectan, entre otros. Fue adoptada el 13 de septiembre de 2007 por 143 votos, 4 en contra y 11 abstenciones. Este instrumento la da una mayor proyección geográfica a la temática indígena.

La ratificación de los instrumentos internacionales supuso la necesidad de adecuar los marcos legislativos de los estados, la armonización con los principios normativos por una parte y la exigencia de los movimientos indígenas por la otra, se tradujeron en reformas constitucionales.

D. CONSTITUCIONES "MULTICULTURALES" EN AMÉRICA LATINA

Para dar cuenta, de manera esquemática, del constitucionalismo multiculturalista que se dio en América Latina en el espacio de las últimas treinta décadas, retomaremos el desarrollo de Raquel Yrigoyen. La autora identifica tres etapas en las reformas constitucionales, llevadas a cabo por los estados de la región, en materia de derechos indígenas.[24]

[24] YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. "A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica". *op. cit.* P. 31 y ss.

Un primer período en la década de los ochenta del siglo veinte, tiene la particularidad de introducir referencias relativas a la composición pluricultural de los estados. A Canadá, que es pionero en ese proceso (1982), le siguen Guatemala y Nicaragua (1985 y 1987 respectivamente) y la reforma constitucional de Brasil se da en 1988, ya en el marco de planteamientos que cuestionan los principios plasmados en el Convenio 107 de la OIT.[25] La Constitución de Guatemala de 1985, dedicaba una sección al tema de las comunidades indígenas, particularmente se aborda el respeto a la diferencia y la protección de las tierras para garantizar la posesión de las que "históricamente les pertenecen".

> Artículo 66.—Protección a grupos étnicos.
> *Guatemala está formada por diversos grupos étnicos* entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. (las cursivas son nuestras)

Por su parte, la constitución política de Nicaragua de 1987 establecía:

> Nosotros, Representantes del Pueblo de Nicaragua, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente,
> Evocando la lucha de nuestros antepasados indígenas. [...]
> Por la patria, Por la Revolución, Por la unidad de la nación y por la paz.
> Promulgamos la siguiente Constitución de la República de Nicaragua
> Artículo 8.—*El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica* y parte integrante de la nación centroamericana. (las cursivas son nuestras)

Sin mencionar posteriormente el término "indígena", establece brevemente en dos capítulos, derechos culturales, políticos y territoriales para las comunidades de la Costa Atlántica, así como el derecho de "desarrollarse bajo formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales". En ambos casos, la Constitución hace eco del contexto de salida de procesos bélicos en los que se busca reconciliar a diferentes sectores de la población.

El segundo período de reformas constitucionales se dio durante los años noventa del siglo veinte, en el contexto de la adopción del Convenio 169 de la OIT, instrumento que países de la región habían ratificado. Entonces, las reformas constitucionales incorporan derechos y principios contenidos en el Convenio. Los países que reforman sus constitu-

[25] Cada proceso de reforma o de adopción de un texto constitucional se inserta en un determinado contexto político, social, cultural, muy particular. Su mención y análisis, indispensables para la comprensión de dichos procesos, exceden los propósitos del presente texto cuyo objetivo es trazar los grandes ejes regionales de similitudes frente a la temática indígena.

ciones son Colombia (1991), México y Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia y Argentina (1994), Ecuador (1996 y 98) y Venezuela (1999). Se basan en el reconocimiento a la identidad étnica, a la preexistencia de los pueblos indígenas en los territorios nacionales, al reconocimiento de autoridades y a formas de organización social, política y cultural que deben ser respetadas, desde luego, con las diferencias y particularidades de cada estado.

Resultan muy optimistas las consideraciones de la autora al establecer que este ciclo de reformas "rompe el monismo jurídico anterior" por reconocerle a otras instancias la producción jurídica y la violencia legítima. Más que establecer reformas del estado, las modificaciones constituyeron añadidos a la misma estructura estatal que subordinaron, limitaron, reglamentaron y acotaron manifestaciones de la organización interna de algunos pueblos y de su impartición de justicia. Recuperamos un fragmento de la Constitución ecuatoriana de 1998 para ilustrar el propósito:

> Artículo 83.—Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.
>
> Artículo 84.—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. (las cursivas son nuestras)

El reconocimiento queda así subordinado a lo establecido por la Constitución, la ley, el respeto al orden público, etcétera.

También resulta indispensable señalar como bien lo apunta Raquel Yrigoyen, que los reconocimientos se dan en el marco de medidas de ajuste estructural que redujeron la política social de los estados y promovieron una economía de libre mercado acompañada de la retracción del papel regulador del estado. Las conquistas en cuanto a derechos culturales se vieron contrapunteadas con una mayor presión sobre sus territorios.

Finalmente, el tercer período de reformas constitucionales, se da en la primera década del siglo veintiuno a la par de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y está marcado por los procesos constituyentes de Bolivia (2007-2009) y Ecuador (2008). La diferencia estriba en que estos procesos han estado abiertos a la participación de organizaciones indígenas como actores centrales en la discusión política y se han suscitado nuevas perspectivas en el constitucionalismo como el derecho al "buen vivir" o los "derechos de la Madre Tierra", nuevos grandes retos para la doctrina jurídica clásica.

En efecto, el preámbulo de la constitución ecuatoriana lo establece en los siguientes términos:

> Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador
>
> Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos,
>
> *Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia,*
>
> Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad,
>
> Apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad,
>
> Como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,
>
> *Decidimos construir*
>
> *Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay* [...] (las cursivas son nuestras)

En ese fragmento, constituyente del estado ecuatoriano, se percibe la voz de las organizaciones indígenas en el primer plano. A nivel simplemente formal, el "reconocimiento" de derechos indígenas no se acota ya a un artículo de la constitución, un capítulo o una sección, fuera de los cuales, el tema de los derechos indígenas es inexistente.[26] Se habla de una refundación del pacto nacional. En términos de Rousseau, de sentar las nuevas bases del "contrato social". Por su parte, la constitución Boliviana lo formula en los términos siguientes:

> El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, *construimos un nuevo Estado*. [...]
>
> Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el *Estado Unitario Social de Derecho*
>
> *Plurinacional Comunitario*, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

[26] En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo, la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena del 2001, se acota al artículo 2 del texto constitucional.

> Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.
>
> Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, *refundamos Bolivia*.

Se observa así un cierto empoderamiento en la participación y la capacidad de agencia política en la que amplios sectores autodefinidos como pueblos indígenas, y no únicamente definidos o identificados por los demás como tales, participan por su propio derecho y representación.

No obstante la ratificación de instrumentos internacionales, las reformas constitucionales, legales e institucionales e incluso la reciente refundación de pactos nacionales, las modificaciones institucionales y la cotidianidad de las condiciones no corresponden con esos cambios. El Relator especial de las Naciones Unidas sobre derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas en su VI informe nota una "brecha de implementación" entre los compromisos asumidos por los gobiernos y la poca trascendencia de los avances en la materia.[27] Esto se explica por la continuidad en las representaciones socioculturales y jurídicas que aún se tiene hacia las poblaciones indígenas y que repercute con mayor fuerza en los prejuicios que se exacerban cuando se trata de reconocer la justicia aplicada en el ámbito "interno" de los pueblos indígenas.

E. DERECHO *PROPIO* DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los fenómenos jurídicos en comunidades indígenas, a lo largo y ancho del continente americano, deben ser estudiados tomando en cuenta referentes de estructuración que no se empatan de manera privilegiada ni con la territorialidad ni con las instituciones estatales. Resulta una tarea faraónica dar cuenta de la enorme diversidad que abarca la manifestación de los fenómenos jurídicos de los pueblos indígenas en la América Latina y queda por desarrollar un instrumento viable de sistematización de fenómenos tan diversos dado que se desdoblan en el número de pueblos y comunidades indígenas existentes y sus configuraciones singulares. Así, reduciremos la tarea a la simple enunciación de algunas reflexiones generales de aproximación a esas realidades jurídicas.

[27] Citado por ITURRALDE, Diego. "Entre la ley y la costumbre veinte años después". En GIRAUDO, Laura (editora). *Derechos, costumbres y jurisdicciones en le América Latina contemporánea*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2008. P. 66-67. Esto hace que se haya visto la necesidad de elaborar mecanismos concretos para dar seguimiento a los progresos en materia de protección de los derechos de los pueblos indígenas como el sistema de monitoreo o de seguimiento de progresos que presenta Diego Iturralde. Véase ITURRALDE, Diego. "Entre la ley y la costumbre veinte años después". *op. cit.* P. 74 y ss.

Acercarse a los fenómenos jurídicos de los pueblos indígenas, exige establecer una distancia crítica frente al referente normativo, axiológico, procedimental y los principios que rigen al derecho estatal, la tarea no resulta sencilla para el jurista, ortodoxo o no. En este aspecto, los aportes de la antropología jurídica son muy relevantes dado que el análisis de categorías jurídicas dentro de los universos culturales que les dan sentido es uno de sus objetos de estudio. Parte del postulado de que toda categoría jurídica tiene un fundamento sociocultural y político, un contexto que la sustenta y por consiguiente no puede tener un alcance universal. Por muy generalizada que esté una categoría jurídica, no representa lo mismo en los diversos ámbitos socioculturales en los que se invoca. Incluso, no son pocas las sociedades que desconocen ciertos conceptos o ficciones jurídicas que pueden parecer fundamentales si se les analiza a la luz del pensamiento jurídico clásico basado en el derecho estatal.

1. LA EXIGENCIA DEL PLURALISMO JURÍDICO

El pluralismo jurídico vinculado a la diversidad cultural, ayuda a conceptualizar la idea de que el derecho no es un producto exclusivo de las sociedades organizadas en estados, permite asimismo dar cuenta de las diversas manifestaciones de lo jurídico que se dan al interior del Estado, cuestionando así la ecuación clásica. El concepto de pluralismo jurídico abre conceptualmente la perspectiva de una ecuación distinta: un Estado, diversos derechos, diversas territorialidades, diversas naciones. Se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo territorio estatal, la centralidad del derecho estatal y la unidad jurídica territorial quedan diluidas.

> Una vertiente inicial de los estudios del pluralismo jurídico [...] mostró cómo sistemas jurídicos de poblaciones colonizadas fueron subordinados, negados, o bien refuncionalizados por los colonizadores para sus fines de dominación. De esta manera, en los países con pasado colonial, [...], donde los pueblos nativos lograron subsistir, el derecho estatal se enfrenta hoy en día a sistemas jurídicos vigentes. A un derecho indígena que no se logró eliminar a pesar de los sistemáticos esfuerzos por homogeneizar la nación e integrarla en un solo y único marco legal. Es por esto que el concepto de pluralismo jurídico es, sin duda, un concepto muy productivo para documentar el carácter plural de las sociedades y la vigencia de otros derechos.[28] (Cruz Rueda 2008: 31)

[28] CRUZ RUEDA, Elisa. "Principios generales del derecho indígena". En MARTÍNEZ, Juan Carlos. HUBER, Rudolf. LACHENAL, Cécile. ARIZA, Rozembert (coordinadores). *Hacia*

Si el concepto de pluralismo jurídico obliga a pensar en la existencia de diferentes concepciones del derecho y sistemas jurídicos, *ubi societas ibi jus*, también obliga a pensar en el tipo de relación que guardan los sistemas jurídicos entre sí. De esta manera el concepto interroga sobre la existencia de diferentes sistemas jurídicos independientes entre sí pero coexistiendo en un mismo territorio y sobre la relación de estos sistemas jurídicos en una mutua constitución de legalidades.[29]

Siguiendo a Elisa Cruz Rueda, el estudio del pluralismo jurídico trasciende el reconocimiento de la existencia de sistemas jurídicos diversos o distintas concepciones del derecho, el pluralismo jurídico "implica también abordar su dinamismo y complejidad en el contexto histórico de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, así como considerar la situación actual de esa relación y su impacto en la conformación del campo jurídico".[30]

En efecto, el pluralismo jurídico es un elemento conceptual fundamental que permite franquear una primera etapa en la comprensión de los fenómenos jurídicos en las sociedades contemporáneas multiculturales. El concepto orienta la reflexión hacia la existencia de diferentes sistemas jurídicos y su posible coexistencia en un mismo espacio y tiempo. Esto, que resulta de una evidencia elocuente en el ámbito de la antropología jurídica, no lo resulta tanto para la disciplina jurídica, donde se pone en duda sistemáticamente la validez de manifestaciones jurídicas extra estatales.

El pluralismo jurídico, entendido como la existencia de diferentes concepciones del derecho y de la justicia, favorece trascender una visión jerárquica y etnocéntrica de los fenómenos jurídicos basados en el único referente del derecho estatal, por lo menos en lo que respecta al registro analítico. Como se ha mencionado, el desarrollo de la normativa e institucionalidad en materia de derecho de los pueblos indígenas sigue indicando la subordinación práctica y simbólica al referente del sistema jurídico estatal y a la reproducción de un monismo jurídico a pesar de la afirmación de la pluriculturalidad en la mayoría de estados latinoamericanos.

Existe una pluralidad de conceptos que giran en torno a la calificación del fenómeno jurídico de los pueblos indígenas: derecho consuetudinario, usos y costumbres, sistemas normativos indígenas, derecho indígena, costumbre, derecho propio, justicia indígena originaria campesina, etcétera. Estas expresiones, con sus diferencias y matices conceptuales, afirman la existencia de una alteridad jurídica, es decir de una expresión y manifestación de lo jurídico con particularidades distintas a las de la ley estatal, una esfera de justicia propia que ejercen autoridades comunitarias y locales. Las acepciones difieren también según se trate de la calificación que se le da según el país del que se trate o el movimiento o pueblo indígena que lo reivindique. Reproduzco un ilustrativo fragmento de las reflexiones de Herinaldy Gómez referentes al ámbito colombiano.

> Aunque los pueblos indígenas de Colombia conocen la acepción "derecho indígena" poco la usan debido a que poseen o han optado por otras designaciones. Algunos pueblos, a partir de sus luchas político-culturales-autonómicas e identitarias, lo denominan "derecho propio" (los guambiano) o derecho propio "interno" (los nasa). Con el vocablo "derecho propio" enfatizan que se trata de un derecho que le pertenece, denominación en la que puede leerse la idea de que es un derecho que deviene y participa de concepciones culturales "propias", diferentes a las existentes en el derecho nacional. [...]

Gómez continúa diciendo:

> A pesar de las objeciones que admiten esas denominaciones lo que importa es comprender que ahora hacen parte de un deliberado sentido de afirmación de la diferencia cultural para ejercer justicia de una manera "propia" (distinta a la del Estado) y de su propósito de "autonomía política" para ejercerla de forma "interna" (sin la injerencia del Estado). Otros pueblos, quizá distantes de ese posicionamiento y de las denominaciones políticas, lo nombran con vocablos más cercanos a sus sentidos culturales ancestrales. Lo kogi, ikas, wiwas, cubeos, tucano, tule, bora, sicuani, desano, entre otros, lo llaman "ley de origen" o "leyes de la Madre Tierra", para señalar que son leyes que provienen de la naturaleza, no de los seres humanos, que hacen parte de sus relaciones y sus regulaciones recíprocas.[31]

2. ¿Elementos de alteridad?

a) Conciliación como finalidad y oralidad jurídica

La conciliación en la solución de disputas en el ámbito de los pueblos indígenas es uno de los elementos recurrentemente citados por los estudiosos de la materia. Llama la atención que así se trate de un leve malentendido, un conflicto conyugal, una violación o un homicidio, la solución al conflicto pasa por la conciliación. En palabras de Sierra:

---

sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung. 2008. P. 31.

[29] *Cfr.* De Sousa Santos, Boaventura. "Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit". Núm. 10. *Droit et Société*. 1988. P. 363-389.

[30] Cruz Rueda, Elisa. "Principios generales del derecho indígena". P. 33.

[31] Gómez Valencia, Herinaldy. "Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita". En Chenaut, Victoria. *et al. Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*. Ecuador. CIESAS/FLACSO. 2010. P. 410.

> Innumerables pleitos, riñas, ofensas y desacuerdos entre vecinos de los pueblos en la región otomí del Valle del Mezquital, tienden a dirimirse en los juicios locales, a través de la conciliación. Esta última se convierte en una de las instancias de litigio más importantes al interior de las comunidades indígenas; parece ser, en efecto, un fenómeno bastante extendido en diferentes regiones del país, tal como lo prueban distintos testimonios de autoridades tradicionales indígenas y estudios antropológicos.
>
> La conciliación consiste, en palabras de un juez, "en utilizar los medios mediante convencimiento", es decir, en arreglar un asunto negociadamente. El juez como representante principal del pueblo, electo en asamblea para vigilar y mantener el orden local, tiene entre sus atribuciones la función de conciliar; debe negociar las disputas y buscarles una solución dentro de ciertos parámetros.[32]

Es necesario aclarar que la conciliación, como es concebida y practicada en la solución de conflictos en los pueblos indígenas en general, no es comparable con la conciliación judicial. En el ámbito del derecho estatal y de la teoría clásica del derecho, la conciliación es una etapa que tiene por objeto evitar el juicio, la fase conciliatoria, ya sea en su etapa preliminar o durante el juicio, recae en un "profesional de la justicia", en dicha etapa se busca llevar a las partes a una solución de amigable composición. En un enfoque de la conciliación en términos de "solución alternativa", la conciliación es valorada por su eficacia en la solución de conflictos y esto en relación con el modelo judicial. La conciliación en la solución de conflictos en comunidades indígenas no se observa como una cuestión de procedimiento, no constituye un entre otros medios para llegar a la solución del conflicto. La conciliación es la finalidad misma; la solución del conflicto no puede ser concebida sin conciliación.[33]

La oralidad de la justicia indígena, también resulta un aspecto recurrente. Con el término de oralidad se hace referencia a una estructuración del fenómeno jurídico que no se reduce exclusivamente a hechos de palabra, a verbalidades. El carácter oral convoca de la misma manera a la composición de silencios, gestos, rituales, a la distribución en el espacio, la generación de interacciones, etcétera, de acuerdo con las particularidades de cada pueblo o comunidad. A la oralidad jurídica se le atribuyen tres ejes fundamentales: la proximidad social, la concepción del tiempo y la transformación de instituciones jurídicas, la concepción del espacio y el substrato relacional de las reglas jurídicas. En efecto, la oralidad requiere una proximidad social que implica una relación lo suficientemente cercana entre las personas para que la palabra pueda ser recibida. Se basa en la singularidad de las relaciones sociales fundadas en la identificación de los interlocutores y la calidad de la interlocución. Esto se distancia del derecho a escala estatal y de tradición escrita cuyo énfasis radica en el mensaje como tal, dejando así en el anonimato las relaciones sociales involucradas. En palabras de Gómez Valencia:

> La oralidad (conjunto de hablas de la comunidad) de las justicias indígenas permite que mediante el habla social se relaten, expliquen, expongan y polemicen los hechos en función de conservar el sentido de sociedad y de pertenencia, generando el sentimiento de participación en la vida común que se constituye en el principio que rige y soporta la justicia indígena. En el habla social se observa que, antes que la defensa de la norma ola sanción de la transgresión, lo primordial es el propósito de permanecer agrupados, siendo sus signos más evidentes la comunicación y la participación. [...]
>
> Aunque en las evocaciones y narrativas orales el valor atribuido a la norma que ha sido transgredida es importante —razón por la cual se reprocha al transgresor—, lo que más interesa no es quedarse en el reproche [...] sino reincorporar al transgresor al orden cultural recurriendo al conjunto de saberes o terapéuticas propias de su tradición: los relatos contados en casa, en los rituales, en las mingas, y en las asambleas y los consejos en los juicios o durante la aplicación de la sanción.[34]

Por una parte, la oralidad pone en el centro al individuo como sujeto y agente de la comunicación y por otra parte se sirve necesariamente del grupo como testigo y guardián de esa comunicación. Esa doble valoración del grupo y del individuo le otorga al fenómeno jurídico derivado de la oralidad un carácter personalizado distinto de la generalización propia de las normas jurídicas del derecho positivo y base de su carácter casuístico.

b) Derechos propios, influidos y constituidos por los derechos estatales

No se puede finalizar el recuento enunciativo de algunos elementos que caracterizan la particularidad de las manifestaciones del fenómeno jurídico de los pueblos indígenas sin mencionar la influencia del marco estatal en el que se desarrollan.

---

[32] SIERRA, Teresa. "Las conciliaciones indígenas". *México indígena*. Núm. 25. Año IV. 2° época. Nov-Dic. 1988. P. 47-48.

[33] Véase ADONÓN VIVEROS, Akuavi. "La conciliación: un medio o un fin en la solución de conflictos". En MARTÍNEZ, Juan Carlos. HUBER, Rudolf. LACHENAL, Cécile. ARIZA, Rozembert (coordinadores). *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung. 2008.

[34] GÓMEZ VALENCIA, Herinaldy. "Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita". *op. cit.*

Es importante resaltar que en la denominación de "derecho propio", el carácter de "propio" deviene de la apropiación, resignificación y refuncionalización de referentes o herencias ya sean coloniales, estatales o incluso internacionales, más que de su endogeneidad o ancestralidad.

En efecto, la manifestación cultural del derecho propio de las comunidades indígenas se nutre de la particular configuración que le imprime el marco institucional estatal en el que se desarrolla. El fenómeno jurídico de las comunidades indígenas se encuentra ligado a territorios culturalmente diferenciados y se manifiesta en espacios sociales determinados. En este sentido, la combinación de espacios sociales, territorios culturales y jurisdicciones estatales, configura una multiplicidad de geografías jurídicas indígenas, enfatizando los procesos de configuración de fenómenos jurídicos, más que la existencia de supuestos derechos indígenas fijos y establecidos *a priori*, aspecto que no concuerda con la dinámica de los fenómenos en las sociedades contemporáneas. Eliza Cruz se refiere a las influencias mencionadas en su experiencia de campo con comunidades indígenas en Oaxaca, México, en los siguientes términos:

> ...el sistema normativo vigente en las comunidades indígenas se construye en relación estrecha con el sistema jurídico del Estado. Esta relación se puede observar en las mutuas influencias entre sistemas jurídicos, por ejemplo, cuando el alcalde municipal (que en la comunidad es la autoridad principal de hacer justicia, en el caso de Oaxaca) utiliza la formalidad (escritura, sello, invocación de normas) del derecho positivo para darle fuerza a un acuerdo entre partes [...][35]

Otra ilustración de esa vinculación estrecha entre el derecho propio de los pueblos indígenas y el derecho estatal lo da la proliferación de formulaciones escritas de reglamentos internos, manuales de convivencia, etcétera que observa Gómez Valencia en los cabildos indígenas del suroccidente andino en Colombia, señala que el interés por la escritura toma fuerza en algunos sectores de pueblos indígenas que abandonan la resistencia y el temor a la ley escrita para atribuirle un sentido de legitimación y valoración de las propias actuaciones.[36] En el mismo sentido se observa la proliferación de actas conciliatorias que consignan los acuerdos tomados a raíz de una conciliación en los juzgados indígenas tzotziles y tseltales de los Altos de Chiapas en México. Reproducimos el fragmento de un acta que hace evidente la *porosidad* de los referentes jurídicos al utilizar los formalismos del derecho estatal en conciliaciones llevadas a cabo en las propias comunidades y con autoridades tradicionales.

> [...] seguidamente y en uso de las facultades que le confiere la ley, el suscrito juez, después de haber escuchado lo manifestado por los comparecientes en este caso, les propuso alternativas de solución a las partes, llegando a los siguientes acuerdos: [...]
>
> Cuarto: Ambas partes se comprometen a respetar lo establecido en la presente, en caso de incumplimiento serán castigados y sancionados de acuerdo a las *costumbres* de este municipio o *bien de acuerdo a la Ley*.[37]

Resulta de particular relevancia resaltar que se elabora un acta para consignar los acuerdos y que en ella se invoca tanto a la costumbre como a la ley para garantizar el respeto de los acuerdos establecidos. Los jueces indígenas experimentan la necesidad de hacer referencia a dos sistemas normativos posiblemente para afirmar el carácter obligatorio del acuerdo y para legitimar doblemente las decisiones de justicia.

F. REFLEXIONES FINALES: DE PUEBLOS Y DERECHOS

Las reflexiones de José Bengoa en torno a la emergencia de las identidades étnicas resuenan fuertemente en el argumento que se ha pretendido desarrollar, "como todas las identidades humanas, dice el autor, el ser indígena también es una construcción social. Es un conjunto de procesos de comunicación que han ido creando una imagen, un concepto, una clasificación. También fronteras, un "nosotros" y un "otros"." Continúa diciendo que una mirada ingenua planteará que siempre ha habido indígenas sin reparar en que es una clasificación hecha por "otros".[38] En la medida en que los estados latinoamericanos abordaron la diferencia también la definieron como el "problema indígena" y dibujaron los contornos de la diferencia étnico cultural, en esa imagen se reflejaron los pueblos indígenas que ahora, a diferencia de antes, se definen por sí mismos y movilizan sus reivindicaciones. Sin que eso quiera decir que no siguen siendo excluidos, subordinados, dominados. Ni los instrumentos internacionales, ni el reconocimiento constitucional, ni las leyes especiales, han logrado que el reconocimiento jurídico se traduzca en prácticas políticas verdaderamente diferentes a las tradicionales, aún cuando ciertamente plantean nuevas perspectivas de acción, de movilización y de reivindicación.

---

35 CRUZ RUEDA, Eliza. "Principios generales del derecho indígena". *op. cit.* P. 34.

36 GÓMEZ VALENCIA, Herinaldy. "Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita". *op. cit.* P. 414-415.

37 Fragmento del acta conciliatoria que consigna la reconciliación conyugal de Catalina López Pérez y Manual González Ruiz, llevada a cabo el 17 de octubre de 2002 en el Juzgado de Paz y Conciliación Indígena de Zinacantán. Zinacantán es una comunidad tzotzil de los Altos de Chiapas.

38 BENGOA, José. *op. cit.* P. 10.

Paralelamente, resuenan fuertemente las reflexiones de André-Jean Arnaud en el enfoque de derecho subyacente en el texto, "el tiempo reveló las imperfecciones del derecho "moderno" y mostró en qué medida el universalismo era un señuelo y que el reino supremo de la ley no lo regulaba todo" y sigue diciendo que la observación de la realidad jurídica cotidiana llevó a los juristas a reconocer que todo derecho es relativo y que se impone un retorno al pragmatismo.[39] Sería necesario abrirse a una perspectiva menos reducida del derecho como lo exclusivamente vinculado a la ley, al estado y abrirse a los fenómenos jurídicos que se desarrollan en los márgenes. Por supuesto que esto cuestiona los fundamentos del monismo jurídico, mismos que parecen hasta cierto punto intactos a pesar de las incorporaciones de los derechos de los pueblos indígenas. Es necesario atender el desarrollo y evolución que tendrán los que aparecen como nuevos "contratos sociales", refundaciones del estado en los que la presencia y negociación de pueblos indígenas ha sido más destacada y ver en qué medida, la estructura jurídica se mueve hacia modelos horizontales de derecho.

Entre tanto, el desarrollo de los derechos indígenas en América Latina son la expresión de tensiones, violentas incluso, que se dan en un marco de dominación y de exclusión por el reconocimiento de derechos. También son la contribución latinoamericana al constitucionalismo multicultural, un constitucionalismo que cuestiona frontalmente los principios jurídicos asociados al derecho estatal, al mismo tiempo que refuncionaliza el constitucionalismo y afima otro tipo de principios. Se vuelve un espacio de participación, aún cuando relativa, de pueblos, asociaciones y movimientos indígenas, en ese sentido, resulta un marco que posibilita prácticas emancipatorias y reivindicaciones de derechos.

G. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉ-JEAN, Arnaud. "Repenser un droit pour l'époque post-moderne". *Le Courrier du CNRS*, Núm. 75. París. 1990. P. 81-82.

BATIZA, Rodolfo. *Los Orígenes de la Codificación Civil y su Influencia en el Derecho Mexicano*. México. Editorial Porrúa. 1982.

BENGOA, José. *La emergencia indígena en América Latina*. FCE. México. 2007.

BRIONES, Claudia. *(Meta)cultura del estado-nación y estado de la (meta)cultura: Re-pensando las identidades indígenas y antropológicas en tiempos de post-estatalidad*. Brasilia. Universidad de Brasilia. Serie antropología. 1998.

CLAVERO, Bartolomé. *Geografía Jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México. Editorial Siglo XXI. 2008.

[39] ARNAUD, André-Jean (1990). "Repenser un droit pour l'époque post-moderne", *Le Courrier du CNRS*. Núm. 75. París. P. 82.

CRUZ RUEDA, Elisa. "Principios generales del derecho indígena". En MARTÍNEZ, Juan Carlos. HUBER, Rudolf. LACHENAL, Cécile. ARIZA, Rozembert (coord.) *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung. 2008. P. 29-50.

GARCÍA GUITIÁN, Elena. "Estructura territorial del Estado". En DEL ÁGUILA, Rafael (coord.) *Manual de ciencia política*. Madrid. Editorial Trotta. 1997. P. 159-176.

GÓMEZ VALENCIA, Herinaldy. "Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita". En CHENAUT, Victoria. *et al. Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*. CIESAS/FLACSO Ecuador. 2010.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas". http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N2_De_codificacion_descodificacion/Panel1/civilfrance_codificacioneamaericanas.pdf, pp. 27-60.

ITURRALDE, Diego. "Entre la ley y la costumbre veinte años después". En GIRAUDO, Laura (editora). *Derechos, costumbres y jurisdicciones en le América Latina contemporánea*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2008. P. 57-93.

KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona. Paidós. 2006.

LÓPEZ CABALLERO, Paula. *Indiens de la nation. Ethnographier l'État et historiciser l'autochtonie chez les "originarios" de Milpa Alta, Mexico (XVIIe-XXIe siècle)*. CERI-Karthala. París. 2013.

SIERRA, María Teresa. "Las conciliaciones indígenas". *México indígena*. Núm. 25. Año IV. 2° época. Nov-Dic. 1988. P. 47-51.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. "Droit: une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit". *Droit et Société*. Núm. 10. 1988. P. 363-389.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*. México. El Colegio de México-Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2012. [1988]

WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*. México. FCE. 1964. [1921-22]

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. "A los veinte años del Convenio 169 de la OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica". En YRIGOYEN, Raquel (coord.) *Pueblos indígenas, constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. 2010.