

13. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina

Rachel Sieder

Los pueblos indígenas de América Latina se encuentran entre los sectores cuyos derechos han sido más sistemáticamente negados y violados. Al mismo tiempo, en los últimos veinte años, a través de innovaciones legales sin precedentes en el ámbito internacional, continental y nacional, se han convertido en sujetos colectivos de derechos. En términos legales ya no son reconocidos solamente como ciudadanos individuales, sino como colectivos específicos con derechos diferenciados respecto del resto de la ciudadanía. Sus derechos reconocidos a seguir viviendo de una forma distinta de la dominante implican, a la vez, ámbitos de gobierno autónomo y jurisdicción propia. En el plano internacional, estos derechos de autonomía se fundamentan en el principio de la libre determinación, principio de soberanía que subyace al sistema internacional.¹

A diferencia de otras regiones en el mundo donde la aceptación del concepto de “indígena” ha sido mucho más problemática, la mayoría de los países en América Latina acepta la existencia de sus poblaciones originarias y poco a poco se ha ido incorporando el principio de que deben tener algún grado de autodeterminación interna dentro de los parámetros de los Estados naciones existentes (Stavenhagen, 2002). Aunque sigue habiendo mucha controversia sobre las implicaciones políticas, económicas y sociales de reconocer legalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, la tendencia latinoamericana en las décadas de 1990 y 2000 ha sido seguir ordenamientos constitucionales más plurales que reflejen estos derechos. La combinación de varios factores, como los cambios en los órdenes constitucionales hacia un “constitucionalismo multicultural” o “plurinacional” (Assies y otros, 1999; Van Cott, 2000; Sieder, 2002; Sánchez Botero, 2010; Yrigoyen Fajardo, 2010), los avances en la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas

¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 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”.

(Rodríguez-Piñero, 2007; Anaya, 2009), la invocación de derechos individuales y colectivos por los movimientos indígenas (Yashar, 2005; Brysk, 2000; Speed, 2007) y las crecientes tendencias regionales de judicialización de los reclamos sociales (Sieder y otros, 2005; Rodríguez-Garavito y Santos, 2005; Rodríguez-Garavito y otros, 2006; Couso y otros, 2010) efectivamente ponen a América Latina a la vanguardia de los debates sobre la codificación y justiciabilidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La población indígena de América Latina es de aproximadamente cincuenta y dos millones de personas, un 11% de la población total de la región. En conjunto, hay más de cuatrocientos pueblos indígenas distintos que sobrevivieron desde la conquista. En algunos países, como la Argentina o Brasil, representan menos del 1% de la población total. En otros, como Bolivia o Guatemala, este porcentaje supera el 50%. México tiene la mayor población indígena en términos numéricos, 14% de su población total o más de quince millones de personas.

Tabla 1. Pueblos indígenas en América Latina, un estimado, 2005

País	% de la población
Bolivia	71,00
Guatemala	66,00
Perú	47,00
Ecuador	43,00
Belice	18,80
Honduras	15,01
México	14,00
Chile	8,00
El Salvador	7,01
Guyana	8,03
Panamá	5,98
Surinam	6,03
Nicaragua	5,01
Paraguay	3,01
Colombia	2,00
Venezuela	2,00
Costa Rica	0,99
Argentina	1,00
Trinidad y Tobago	1,12
Brasil	0,20
Uruguay	0,03
Total en América Latina	11,00

Fuente: BID, citado en Perafan y Moyer (2006).

Según todos los indicadores sociales, las poblaciones indígenas están entre los sectores más pobres y excluidos de la población latinoamericana. Como consecuencia del despojo histórico de sus tierras y la explotación esclavista de su mano de obra durante los pasados coloniales y republicanos, sufren una aguda marginación económica, social, política y cultural. Aunque sólo constituyen el 11% de la población de América Latina, del 40% de la población total que vive en situación de pobreza en la región un 20 a 25% son indígenas, quienes constituyen un porcentaje aún más alto dentro del 17% del total de la población latinoamericana que vive en extrema pobreza. Más de la mitad de los bolivianos y los guatemaltecos son pobres, pero casi tres cuartas partes de los ciudadanos indígenas de esos países pertenecen a esa categoría. En Ecuador, más del 80% de los indígenas vive en situación de pobreza, y en las áreas rurales del altiplano esta cifra se eleva al 90%. En Perú, más del 40% de las unidades familiares que viven en situación de pobreza son indígenas (UNDP, 2009).

Cuando desagregamos las estadísticas, los índices de exclusión son aún más altos para las mujeres y los niños indígenas. Los indígenas también son víctimas del racismo y la discriminación en la vida cotidiana y dentro de las instituciones del Estado, por ejemplo en escuelas, hospitales o juzgados. Estas dinámicas afectan especialmente al número creciente de indígenas que vive en las ciudades latinoamericanas (más de la mitad de los once millones que habitan el continente vive en zonas urbanas). Además, sufren de múltiples formas de violencia y hostigamiento, lo cual está directamente relacionado con patrones dominantes de desarrollo económico como la explotación acelerada de los recursos naturales (petróleo, minerales, madera y recursos biogenéticos), la construcción de carreteras y represas, la explotación agroindustrial y la colonización agrícola. Todas estas actividades tienen un impacto muy dañino en las formas de vida de los pueblos y, por ende, en sus posibilidades de sobrevivencia, particularmente en las tierras bajas.

En los últimos años, todas estas temáticas –la discriminación, el control sobre territorios y recursos naturales, y el acceso a los derechos sociales y económicos, por mencionar algunas– han sido objeto de procesos de judicialización en distintos países de América Latina. Como caso “fuerte” de codificación e invocación de derechos, y de judicialización de demandas ante los juzgados nacionales y regionales, la problemática de los pueblos indígenas puede contribuir mucho a un análisis del poder transformador del derecho. ¿La codificación de derechos y la judicialización de demandas pueden realmente beneficiar las condiciones para los pueblos indígenas y contribuir a la mejora de modelos de desarrollo más justos en América Latina? ¿Cómo debemos entender la judicialización de las demandas por los derechos indígenas? ¿Cuáles

son los factores que la favorecen o inhiben? ¿Y cuáles son los efectos de estos procesos a mediano plazo?

LA TRANSFORMACIÓN NORMATIVA: EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

En general, América Latina es una región de “alta porosidad de las normas e instituciones de derechos humanos” (Rodríguez Piñero, 2007: 185). Esto se debe a una serie de factores históricos, como la sostenida circulación de ideas de ciudadanía y de derechos, y el papel que ha desempeñado el derecho en la conformación del Estado-nación y sus diversos imaginarios –algo que continúa en los procesos constituyentes recientes y sus secuelas, como en el caso de Bolivia (Goodale, 2008)–. También, factores como la fuerza y la transregionalización de los movimientos sociales latinoamericanos, específicamente los movimientos de derechos humanos (Sikkink, 2005).

Como veremos más adelante, el sistema interamericano de derechos humanos ha desempeñado un papel muy importante, siendo una de las Cortes más garantistas de derechos del mundo. Los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte sobre los derechos humanos constituyen un factor que influye –en mayor o menor grado– sobre la jurisprudencia y la cultura legal en los distintos países de la región. Comparada con otras regiones del mundo, América Latina ha encabezado el reconocimiento legal de los derechos indígenas, por lo menos en el plano de los cambios normativos.

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo –el primer convenio internacional sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas– ha sido ratificado por la mayoría de los países latinoamericanos. Este reemplazó el Convenio 107 de la OIT, del año 1957, marcado por una clara ideología y sesgo integracionista, inclinación que se reflejó en las políticas de algunos países latinoamericanos hacia sus poblaciones indígenas, como México y Perú, entre las décadas de 1930 y 1970. La ratificación del Convenio 169 puede ser entendida como parte de la “cascada de normas” que se ha dado en el contexto de gobiernos transicionales y postransicionales, cuando se ratificaron varios instrumentos internacionales de derechos humanos (Finnemore y Sikkink, 1998). También fue una reacción ante la creciente movilización indígena en el continente (Bengoa, 2008; Stavenhagen, 2002).

El Convenio 169 establece la obligación de los Estados de promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que viven dentro de sus territorios, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Entre sus cláusulas

más importantes están las que establecen que los pueblos indígenas tienen un derecho de decisión respecto de los procesos de desarrollo que los afecten² y garantías sobre su derecho a ser previamente consultados sobre tales procesos.³ Aunque existen diferencias sustantivas entre ellas, las reformas constitucionales multiculturales de los años noventa fueron muy influidas por el Convenio 169 (Van Cott, 2000; Yrigoyen Fajardo, 2010). Esta primera fase de reformas constitucionales ha sido interpretada por algunos autores como un intento de rescate de legitimidad por parte de los gobiernos y una forma de ampliar derechos en general (Van Cott, 2000). Otros lo ven como una nueva manera de regulación que refleja formas contemporáneas de gobernanza neoliberal (Hale, 2004; Hernández y otros, 2004).

Ciertamente, esas medidas dieron lugar a una ola de reformas calificadas por muchos como “neoindigenistas” a lo largo del continente, apoyadas por las agencias multilaterales de desarrollo, particularmente el BID y el Banco Mundial (Plant, 2002; Davis, 2002; Andolina y otros, 2010). En algunos países las reformas y programas abrieron importantes espacios para profesionales indígenas en la elaboración y aplicación de las políticas públicas, creando incluso nuevas instituciones como el Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afroecuatorianos del Ecuador (PRODEPINE) (Andolina y otros, 2010). Sin embargo, la primera ola de reformas no respondió plenamente a las demandas de los pueblos indígenas.

2 El artículo 7 del convenio establece 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 este afecte 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 afectarlos directamente”.

3 El artículo 15 señala que: “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”.

Los límites de los cambios constitucionales y/o la falta de compromiso gubernamental para garantizar los derechos indígenas en la práctica han generado varios tipos de respuestas. En algunos países, como México, Guatemala y Colombia, los pueblos indígenas organizados dejaron de enfocar sus esfuerzos en conseguir cambios legislativos y priorizaron el fortalecimiento de las autonomías “de hecho”. También han invocado el derecho internacional y constitucional en casos de movilización legal y política (por ejemplo, al presentar reclamos ante la OIT o la CIDH) (Sieder, 2007; Fulmer y otros, 2008; Sierra, Hernández y Sieder, en prensa; Padilla, 2009). La judicialización de los derechos indígenas y los avances en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia durante los años noventa fue tal vez el caso más analizado de todo el continente (Rodríguez Garavito y Arenas, 2005; Sánchez Botero, 2010). En otros contextos, como sabemos, se dio un segundo proceso de nuevas reformas mediante asambleas constituyentes, lo que ha llevado a la aprobación de nuevas Constituciones “plurinacionales” (Ecuador 2008; Bolivia 2009). Estas, en vez de extender el reconocimiento del Estado a los pueblos indígenas, tratan de rediseñar el Estado en su conjunto, sobre la base de la pluralidad cultural, con el fin explícito de “descolonizarlo”.

Por limitados que hayan sido los resultados de la primera ola de reformas multiculturales, estos cambios constitucionales transformaron los derechos de los pueblos indígenas en derechos potencialmente justiciables. Sin embargo, la posibilidad de presentar acciones de inconstitucionalidad en defensa de los derechos colectivos depende de muchos factores particulares de cada país, desde las formulaciones de los derechos especificados en su orden constitucional hasta la accesibilidad para presentar un recurso (los contrastes entre, por ejemplo, la acción de tutela en Colombia y el amparo en México son notables) (Cepeda, 2005; Domingo, 2005) o las estructuras de apoyo para la movilización legal existentes en cada contexto (Epp, 1998).

Con respecto al Convenio 169, el estatus de los convenios internacionales de DDHH ratificados también varía de país en país. En algunos, la validación lo convierte automáticamente en parte del bloque de normas constitucionales (Argentina); en otros se ha argumentado que los convenios internacionales están subordinados al orden constitucional. En la mayoría de los países no se ha aprobado legislación secundaria alguna para reglamentar los compromisos adquiridos en el Convenio 169. Un ejemplo muy contencioso es el tema de la consulta previa: ¿cómo se define una consulta previa informada y de buena fe? Se han dado largas y amargas batallas jurídicas sobre este tema en varios países, como en Colombia con el muy conocido caso de los U'wa (Rodríguez Garavito y Arenas, 2005), o en Guatemala sobre la minería (Fulmer y otros, 2008; Sieder, 2007), que han generado una jurisprudencia importante y un debate muy álgido sobre cómo convertir los compromisos adquiridos

con la ratificación del Convenio 169 en realidades concretas.⁴ A lo largo del continente los movimientos indígenas se han capacitado sobre el Convenio 169, con un sinnúmero de talleres y publicaciones apoyados por ONG locales y por la cooperación internacional, para saber cómo apelar a las normas del convenio y hacerlas accionables en la práctica. En este sentido, el Convenio 169 adquirió un estatus casi talismánico para los movimientos en las décadas de 1990 y 2000.

En el mismo período, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló una jurisprudencia importante sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y sobre las obligaciones de los Estados miembros del sistema interamericano en ese sentido (Morris y otros, 2009). La relevancia del sistema interamericano en esta materia se debe a la larga trayectoria de interacción entre las organizaciones civiles y de derechos humanos y los órganos del sistema interamericano. Son varios los casos que han sentado importantes precedentes. Tal vez el más conocido sea el de la comunidad de Awas Tingni vs el Estado de Nicaragua. La sentencia de la Corte Interamericana de agosto de 2001 desarrolló una “interpretación evolutiva” del artículo 21 de la Convención Americana, que consagraba el derecho de propiedad, para amparar el derecho de la propiedad comunal de los pueblos indígenas basado en sus propias formas de derecho (Anaya y Crider, 1996; Rodríguez Piñero, 2007). Los avances en la jurisprudencia interamericana han revolucionado las bases de la defensa de los derechos indígenas en América Latina. Sin embargo, las decisiones de la Corte, aunque hayan sentado precedentes jurídicos importantes, no han sido acatadas en la práctica por los gobiernos en la mayoría de los casos.

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2007, está apenas empezando a ser abordada en la jurisprudencia nacional y regional. Esta declaración es el instrumento más completo e integrado sobre los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y sobre las obligaciones que significan para los Estados firmantes. Algunas preguntas a futuro son: ¿cómo va a operar esa “interpretación evolutiva” de la Corte Interamericana frente a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas? ¿Cómo va a impactar la Declaración sobre las estrategias judiciales y políticas de los movimientos indígenas? ¿Qué impacto va a tener en las respectivas jurisprudencias y culturas jurídicas de cada país? En comparación con el 169 de la OIT, ¿qué trae de nuevo la Declaración?

4 Para una compilación de casos de consulta previa en América Latina, véase Carvajal y otros, 2009.

1) LA AUTODETERMINACIÓN

La Declaración, en su artículo 3, afirma que “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”. El reconocimiento del derecho de libre determinación es, efectivamente, la base para el reconocimiento constitucional de la autonomía de los pueblos indígenas. También constituye un reconocimiento de que la consecuencia de no haber tenido ese derecho de autodeterminación en el pasado se tradujo en la negación sistemática de sus derechos humanos.

El artículo 4 de la Declaración vincula la autonomía directamente con el derecho de autodeterminación: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de 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 los medios para financiar sus funciones autónomas”. Esto supone medidas eficaces para permitir un cierto grado de autonomía para los pueblos indígenas que se basen en formas de gobierno que ellos mismos decidan, e implica que en sus territorios autónomos tienen facultades legislativas y jurisdiccionales.

2) LA PARTICIPACIÓN SEGÚN NORMAS DEL DERECHO PROPIO

El artículo 18 de la Declaración señala que: “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”. En otras palabras, la participación de los pueblos indígenas no puede ser por medio de procedimientos impuestos o diseñados por terceros que no estén de acuerdo con sus normas, prácticas, configuraciones de autoridades, etc.

3) CONSULTAS DE BUENA FE, CON LA FIGURA DE “CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO”

En vez de la figura de la “consulta previa” del Convenio 169, la Declaración establece la figura de “consentimiento libre, previo e informado”, una figura jurídica potencialmente mucho más fuerte. En su artículo 19 dice: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”. Uno de los puntos más controversiales del Convenio 169 es que aunque este garantice el derecho a la con-

sulta, no garantiza que sus resultados sean tomados en cuenta. En contraste, la Declaración efectivamente reglamenta un derecho potencial de veto por parte de los pueblos indígenas y resalta la necesidad de llegar a un consenso entre las partes.

4) DERECHOS A LA TIERRA

Mientras el Convenio 169 reconoce la propiedad de las tierras tradicionales de ocupación o uso de los pueblos indígenas, la Declaración contiene una formulación mucho más clara. En su artículo 26 señala: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma 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 otra forma 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”. Obviamente las definiciones legales de “posesión tradicional” o “forma tradicional de ocupación o utilización” quedan por definirse.

5) DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

De forma novedosa, la Declaración reconoce derechos de propiedad intelectual por parte de los pueblos indígenas en relación con sus “otros saberes”. En su artículo 31 señala: “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”. Estas provisiones tienen grandes implicaciones para la negociación de contratos y en los marcos legales de integración económica.

6) DERECHOS AL DESARROLLO

La Declaración refleja un derecho emergente de los pueblos indígenas a decidir sus propias formas de desarrollo. El artículo 32 señala que “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. Su consentimiento previo, libre e informado tiene que existir antes de iniciar cualquier proyecto que afecte sus territorios o recursos (art. 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”). Asimismo, los impactos del desarrollo económico en los pueblos indígenas tienen que ser mitigados o reparados (art.3. “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual”).

La manera en que la Declaración afecte la política judicial y las políticas económicas en los países de América Latina dependerá, en gran medida, de las estrategias de los movimientos indígenas y de sus aliados, por un lado, y de la estructura de las oportunidades legales nacionales y supranacionales que se presenten, por el otro. El papel del Relator Especial de la ONU para los Pueblos Indígenas es relevante en ese sentido, pues ha publicado una serie de informes muy importantes sobre países de América Latina, todos con recomendaciones para las políticas públicas de las respectivas naciones. Asimismo, ha hecho importantes declaraciones sobre la reglamentación y garantía de la consulta previa, e hizo referencia a la Declaración desde antes de que fuera aprobada por la Asamblea General de la ONU.

En el año 2003, el entonces relator Rodolfo Stavenhagen manifestó en un informe que “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”, y adujo que este, junto al “derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos” (citado en Morris y otros, 2009: 15).

El relator actual, James Anaya, también ha hecho recomendaciones muy específicas a los gobiernos sobre la consulta. Por ejemplo, en una visita a Ecuador en mayo de 2008 recomendó la inclusión de la plurinacionalidad y del consentimiento informado previo en el texto de la nueva Constitución. Durante su tiempo como relator, Stavenhagen señaló la “brecha de la implementación” entre las normas y la jurisprudencia existentes y las políticas de los gobiernos hacia sus poblaciones indígenas.

Al igual que su predecesor, Anaya ha elaborado informes muy críticos sobre la situación de los derechos indígenas en distintos países latinoamericanos, que señalan la falta de acción de los gobiernos en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Estos informes se han convertido en recursos importantes para los pueblos indígenas organizados alrededor de luchas políticas destinadas a garantizar sus derechos colectivos. De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empezado a reflejar los contenidos de la Declaración con respecto a la consulta previa. En el caso *Saramaka vs Suriname*, resuelto en noviembre de 2007, la Corte estipuló que “el Estado sí tiene el deber de no adoptar la medida sin el consentimiento de comunidad”. Como señalan Morris y otros (2009: 19), “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las fuentes de derecho internacional más garantistas en materia de consulta previa. En general, las sentencias de la Corte tienden a determinar con alto nivel de detalle los casos en los cuales debe realizarse la consulta; establecen en algunos casos la necesidad de ir más allá de la mera consulta, destacando la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado”.

POR QUÉ EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS DEBE SER UN CAMPO PRIORITARIO PARA LOS ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS Y POLÍTICOS

Primero: debemos seguir profundizando en los estudios sobre los derechos indígenas en América Latina, y específicamente sobre los casos de judicialización de dichas garantías en los distintos países de la región y sus efectos concretos (tanto los directos alrededor de los litigios como los indirectos y simbólicos que se producen por tales acciones). Los casos de judicialización de los derechos indígenas ofrecen un ejemplo por excelencia de las dinámicas sociolegales y políticas a niveles subnacionales, nacionales, regionales e internacionales. Entonces, pueden revelarnos cómo funcionan los procesos de globalización legal y el activismo transnacional de los derechos,⁵ y también cómo varían según el país, la temática específica de derechos, el tipo de movimientos indígenas y las redes de apoyo para las acciones legales existentes.

La transnacionalización de redes epistémicas de los pueblos indígenas ya ha sido analizada (Santamaría, 2008; Brysk, 2000), pero un enfoque desde lo sociojurídico, siguiendo conceptos normativos como “la consulta previa” o “la consulta previa, libre e informada” a través de etnografías multisituadas (Mar-

⁵ Véanse también Goodale y Merry (2007); Santos y Rodríguez Garavito (2005).

cus, 2001), sería una importante contribución al análisis de la judicialización en América Latina. De hecho, la relación entre la “estructura de oportunidades legales” nacionales e internacionales es un elemento clave para entender cómo funcionan los procesos actuales de judicialización de los reclamos de derechos (Sikkink, 2005). En resumen, el estudio de la judicialización de los derechos indígenas –que podemos entender como un caso de fuerte transnacionalización judicial– puede arrojar mucha luz sobre cómo funciona este tipo de procesos en el terreno.

Como he señalado anteriormente, en el campo de los derechos indígenas existe una sinergia compleja entre los instrumentos y la jurisprudencia nacional, regional e internacional, y los procesos de movilización legal y política nacional y subnacional. Apenas estamos empezando a analizar estas dinámicas de forma más sistemática y comparativa y, sin duda, la relación entre estos distintos niveles y espacios legales –y los resultados de la judicialización de los reclamos– es algo que tenemos que considerar y teorizar mucho más. La teorización desde la experiencia latinoamericana no sólo puede dar un aporte con relación al avance de los derechos indígenas en la región (al ayudar a desarrollar estrategias de incidencia más eficaces), sino también contribuir a la lucha por los derechos indígenas en el mundo.

Segundo: debido a la indivisibilidad y naturaleza colectiva de los derechos indígenas, su reconocimiento o garantía implica no sólo un cuestionamiento a la marginación histórica de los pueblos indígenas y un desafío a la discriminación a que están sujetos, sino que también cuestiona todo el modelo dominante de desarrollo económico. Los avances en las normas internacionales reafirman cada vez más los derechos de participar en la toma de decisiones sobre las iniciativas de desarrollo que los afectan. También dejan clara la naturaleza “poswestfaliana” de las dinámicas de desarrollo económico y apuntan hacia la necesidad de remedios alternativos que van más allá de los territorios nacionales, como lo señala César Rodríguez en este libro.

Obviamente, para garantizar la plenitud de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, no serán suficientes las acciones ante los tribunales nacionales. En los próximos años habrá que analizar la manera en que las nuevas normas y los procesos de movilización social y legal afectan, o no, los modelos de desarrollo socioeconómico y cómo pueden incidir sobre ellos.

Tercero: examinar los avances y retrocesos de la judicialización de los derechos indígenas nos ofrece un campo de estudios políticos comparados muy rico. ¿Cómo se explican las diferencias entre los “*front runners*” (Colombia) y los países donde la lucha por el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas ha sido mucho más problematizada (como, por ejemplo, el caso de Chile)? ¿Cuáles son las dinámicas entre las reformas constitucionales, los cambios en las políticas públicas en determinados países,

los avances en la normatividad internacional y las actividades de la comunidad epistémica transnacional que trabaja en pro de los derechos indígenas? Al precisar cómo funciona la incorporación de las normas internacionales en este campo de derechos en contextos específicos, podremos iluminar otros escenarios de incorporación de derechos internacionales. Todo esto obviamente implica un análisis de las especificidades locales de cada país en términos de sus instituciones, su orden constitucional, sus procesos políticos, etc.

Cuarto: los debates sobre el contenido de las autonomías indígenas en América Latina ofrecen una ventana para descolonizar el análisis del derecho. Nos obligan a entender y analizar las categorías, normas, prácticas, autoridades y lógicas culturales de los sistemas de derecho de los pueblos indígenas. Es un desafío claro al centralismo y el formalismo que tradicionalmente han dominado el campo del análisis sociojurídico. La existencia de Estados plurinacionales presupone que dentro del mismo Estado coexistan distintas formas de entender el derecho. El reto político actual es cómo construir ese Estado de derecho plurinacional. Es decir, una cosa son los avances normativos en el orden constitucional, pero avanzar hacia la construcción de sistemas legales donde el derecho indígena tenga igual valor que el derecho históricamente dominante es un reto aún más grande. Es todo un desafío el que estos procesos realmente den cuenta de la profunda negación histórica del derecho de los pueblos indígenas y a la vez privilegien la autonomía de los sistemas de derecho y gobierno indígenas en contextos de interlegalidad (Santos, 1998). En ese sentido, una tarea pendiente es analizar los cambios en las culturas legales en el continente. ¿Cómo reaccionan los jueces y abogados ante estos desafíos? ¿Vamos hacia culturas jurídicas internas más abiertas al pluralismo en los distintos países de la región? ¿Cuál ha sido el impacto de los cambios constitucionales en los operadores de justicia?

Quinto: un elemento de suma importancia es la contribución emergente del pensamiento indígena al constitucionalismo latinoamericano y a una nueva teoría constitucional más pluralista y diversa. Por ejemplo, el concepto de “buen vivir”, que está incluido en las nuevas Constituciones ecuatoriana y boliviana; la inclusión de nuevos sujetos de derechos colectivos, como la naturaleza dentro de la Constitución ecuatoriana, o la combinación de derechos individuales y colectivos que se da en las nuevas Constituciones “plurinacionales”, como las fórmulas que buscan garantizar los derechos de género dentro de los derechos de autonomía de los pueblos indígenas.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano hace especial hincapié no sólo en los derechos sino también en la diversidad cultural, la pluralidad y la necesidad de debates y negociaciones interculturales. En ese sentido, apunta a una praxis política muy novedosa. ¿Cómo puede armonizarse una pluralidad de sistemas de autoridad, o de distintas visiones epistemológicas, en un siste-

ma político-legal unitario? El reto de la pluralidad implica diálogos entre el elenco de conceptos legales heredados, tanto liberales como bolivarianos, y las epistemologías indígenas en el orden constitucional latinoamericano.

Los recientes procesos boliviano y ecuatoriano representan un primer intento por descolonizar el constitucionalismo latinoamericano, haciendo que reflexione conceptualmente sobre la diversidad cultural y el pluralismo de la región. La larga historia de trasplantes legales del norte al sur está siendo desafiada por este tipo de cambios, pero más que binomios norte/sur lo que vemos son nuevas formas híbridas de constitucionalismo que incorporan (o crean) conceptos autóctonos, al mismo tiempo que se basan en conceptos más tradicionales del derecho liberal, como la separación de poderes o el uso de universales como el concepto de “derechos”. Estos híbridos contienen la promesa de ahondar y enraizar las prácticas democráticas (por ejemplo, al profundizar en sus aspectos participativos). También representan una crítica al saber jurídico dominante monocultural, racista y exclusivo y un compromiso –aunque sea todavía al nivel discursivo– de valorar las epistemologías o los “saberes” distintos que históricamente han sido negados, discriminados y desvalorizados.

REFLEXIONES FINALES

Un renovado esfuerzo por analizar el derecho en América Latina no debe ni puede dejar por fuera los derechos indígenas. Una de las especificidades y fortalezas de la región es la sobrevivencia y pervivencia de los pueblos indígenas. Ahora bien, la reflexión sobre la manera en que los derechos de estos pueblos están siendo accionados puede ofrecernos pistas y claves para analizar los procesos de judicialización en la región. Asimismo, también nos ayudará a evaluar los costos y beneficios de las estrategias de judicialización para los sectores más excluidos y discriminados de la sociedad.

Los movimientos organizados de los pueblos indígenas y las transformaciones constitucionales y legales que resultaron de sus esfuerzos han cuestionado profundamente el discurso igualitario del liberalismo clásico, tan central en la constitución misma de los Estados. Sin embargo, los movimientos y pueblos indígenas no rechazan los derechos liberales o los derechos humanos sino que cuestionan la manera en que el liberalismo hegemónico ha favorecido a algunos sectores y excluido a otros. Las perspectivas para combinar una visión y práctica de derechos individuales con los derechos colectivos de los pueblos, basados en identidades colectivas, son realmente una contribución de América Latina a los debates sobre los derechos y la cultura en el mundo. En un

contexto global donde, a riesgo de simplificar demasiado, muchas veces se colocan “los derechos” por un lado y “la cultura” o “los colectivos culturales/tradicionales” por el otro, la experiencia reciente de América Latina nos demuestra que estos binomios no son tan útiles y no reflejan la complejidad y el dinamismo de la realidad social.

En realidad, pensar que los jueces por sí mismos van a garantizar los derechos, y en particular los derechos de los pueblos indígenas, es simplemente soñar. En la gran mayoría de los países de América Latina los jueces no están comprometidos plenamente con los derechos colectivos y lo más común es que los cuestionen. Aunque se han registrado avances muy importantes (como la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia en los años noventa), el ambiente político y económico actual no favorece las perspectivas para una revolución en pro de los derechos en general desde el poder judicial. En Ecuador y Bolivia, las nuevas Constituciones son una garantía importantísima para los pueblos indígenas. Sin embargo, en estos países los derechos indígenas se insertan en proyectos más amplios de cuestionamiento del modelo económico de desarrollo dominante, y sus impulsores no han sido los jueces sino los Poderes Ejecutivo y Legislativo en respuesta a las demandas de los movimientos indígenas.

La marginación, la pobreza, la discriminación y la violencia que aquejan a los pueblos indígenas no se resolverán con el derecho. No hay que sobredimensionar los instrumentos y procesos legales, ni mucho menos transformarlos en fetiches. Los procesos de reforma constitucional deben entenderse como intentos de construir el Estado, la autoridad y la legitimidad política, pero claramente no garantizan que se cumplirán las normas en la práctica. La judicialización de las demandas sociales sólo puede ser un elemento en la lucha por el reconocimiento y la garantía de los derechos. Aun cuando se gane un caso de litigio estratégico, no necesariamente se garantizará que las políticas públicas o acciones de los actores privados realmente cambien de forma sustantiva. Aquí, el viejo adagio “obedezco pero no cumplo” parece seguir siendo la estrategia de la mayoría de los gobiernos latinoamericanos. Sin embargo, los instrumentos nacionales, regionales e internacionales han sido producto, en parte, de las largas luchas de los pueblos indígenas organizados por el reconocimiento y por su derecho a una vida digna. A la vez, estos procesos de cambio normativo han producido un cierto sesgo jurídico en sus estrategias políticas o por lo menos en sus formas de negociar con la sociedad dominante. Sin embargo, las estrategias de movilización legal son sólo una parte o dimensión de la movilización política y no hay que perder de vista el contexto más amplio en que se desarrollan.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anaya, S. James (2009), *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Nueva York, Aspen.
- (2004), *Indigenous Peoples in International Law*, Nueva York, Oxford University Press (2ª ed.). [Ed. cast.: *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, Trotta, 2005.]
- y Crider, Todd (1996), “Indigenous Peoples, the Environment, and Commercial Forestry in Developing Countries: The Case of Awas Tingni, Nicaragua”, en *Human Rights Quarterly*, 18: 345.
- Andolina, Robert; Laurie, Nina y Radcliffe, Sarah A. (2010), *Indigenous Development in the Andes*, Durham NC, Duke University Press.
- Assies, Willem; Van der Haar, Gemma y Hoekema, Andre (comps.) (1999), *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado*, Zamora, Colegio de Michoacán.
- Bengoa, José (2008), *La emergencia indígena en América Latina*, Santiago de Chile, Siglo XXI.
- Brysk, Alison (2000), *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford CA, Stanford University Press.
- Carvajal, Adolfo y otros (2009), *Consulta previa. Experiencias y aprendizajes*, ICAH/ANH, Bogotá.
- Cepeda, Manuel José (2005), “The Judicialization of Politics in Colombia. The Old and the New”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York Palgrave. [Ed. cast.: *La judicialización de la política en América Latina*, CIESAS/ Universidad Externado de Colombia, México y Bogotá, 2010.]
- Couso, Javier; Huneeus, Alex y Sieder, Rachel (comps.) (2010), *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Davis, Shelton (2002), “Indigenous Peoples, Poverty and Participatory Development: The Experience of the World Bank in Latin America”, en Rachel Sieder, *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Nueva York, Palgrave.

- Domingo, Pilar (2005), “Judicialization of Politics. The Changing Role of the Judiciary in Mexico”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave.
- Epp, Charles. R. (1998), *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, University of Chicago Press.
- Finnemore, Martha y Sikkink, Kathryn (1998), “International Norm Dynamics and Political Change”, en *International Organization*, 52, n° 4.
- Fulmer, Amanda; Godoy, Angelina y Neff, Philip (2008), “Rights, Resistance, and the Law: Lessons from a Guatemalan Mine”, en *Latin American Politics and Society*, vol. 50, n° 4.
- Goodale, Mark (2008), *Dilemmas of Modernity: Bolivian Encounters with Law and Liberalism*, Stanford, Stanford University Press
- y Sally Merry (comps.) (2007), *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Hale, Charles (2004), “Rethinking Indigenous Politics in the Era of the ‘Indio Permitido’”, en *NACLA Report on the Americas*, 38, 2.
- Hernández, Aída; Sierra, María Teresa y Paz, Sarela (comps.) (2004), *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad*, México, CIESAS/Porrúa.
- Marcus, George E. (2001), “Etnografía en/del sistema mundial. El surgimiento de la antropología multilocal”, en *Alteridades*, 11 (22): 111-127.
- Morris, Meghan; Rodríguez Garavito, César; Orduz Salinas, Natalia y Buriticá, Paula (2009), *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Bogotá, Universidad de los Andes.
- Padilla, Guillermo (2009), “Ingovernabilidad nacional y gobierno local. El caso de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, Colombia”, ponencia inédita.

- Perafan, Carlos y Moyer, Dianna (2006), "The Indigenous Challenge", en *World Energy Book*, n° 2, The World Energy Council, <www.petroleum-economist.com/web/pdf/section3_LAC.pdf>.
- Plant, Roger (2002), "Latin America's Multiculturalism. Economic and Agrarian Dimensions", en Rachel Sieder, *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Nueva York, Palgrave.
- Rodríguez Garavito, César y Arenas, Luis Carlos (2005), "Indigenous Rights, Transnational Activism, and Legal Mobilization. The Struggle of the U'wa People in Colombia", en César Rodríguez Garavito y Boaventura de Sousa Santos (comps.) (2005), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Nueva York, Cambridge University Press.
- y Santos, Boaventura de Sousa (comps.) (2005), *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Nueva York, Cambridge University Press. [Ed. cast.: *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007.]
- García Villegas, Mauricio y Uprimny Yepes, Rodrigo (2006), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma.
- Rodríguez Piñero, Luis (2007), "La internacionalización de los derechos indígenas en América Latina: ¿el fin de un ciclo?", en Salvador Martí I. Puig (comp.), *Pueblos indígenas y política en América Latina*, Barcelona, CIDOB.
- Sánchez Botero, Esther (2010), *Justicia y pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Bogotá, UNIJUS (3ª ed.).
- Santamaría, Ángela (2008), *Redes transnacionales y emergencia de la diplomacia indígena. Un estudio del caso colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, ILSA-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, trad. César Rodríguez.
- Sieder, Rachel (comp.) (2002), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Nueva York, Palgrave.

- Schjolden, Line y Angell, Alan (comps.) (2005), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave.
- (2007), “The Judiciary and Indigenous Rights in Guatemala”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5 (2): 211-241.
- Sierra, María Teresa; Aída Hernández Castillo y Rachel Sieder (comps.) (en prensa), *Globalización, justicia y derechos indígenas desde una perspectiva de género y poder: Una propuesta comparativa*, México, CIESAS.
- Sikkink, Kathryn (2005), “The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell (comps.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave.
- Speed, Shannon (2007), *Rights in Rebellion: Indigenous Struggle and Human Rights in Chiapas*, Stanford, Stanford University Press.
- Stavenhagen, Rodolfo (2002), “Indigenous People and the State in Latin America. An Ongoing Debate”, en Rachel Sieder, *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Nueva York, Palgrave.
- United Nations Development Program (UNDP) (2009), *The State of the World’s Indigenous Peoples*, United Nations.
- Van Cott, Donna Lee (2000), *The Friendly Liquidation of the Past*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- Yashar, Deborah (2005), *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2010), “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en este volumen.

