

En torno al pluralismo jurídico

Sobre el derecho de los pueblos indígenas latinoamericanos

David Sobrevilla
Universidad de San Marcos, Lima

A Luis Villoro
con una vieja admiración

traza de haber tenido
por las narices
a dos badajos inacordes de tiempo
en una misma campana.
César Vallejo, *Trilce*, XXXIII

Introducción

El concepto de pluralismo se remonta, al parecer, a Christian Wolff y a Immanuel Kant¹. Entretanto se ha hecho de uso común, y su empleo tiene lugar sobre todo en los campos de la política, la ética, la teoría de la ciencia y el derecho. En este texto yo me voy a referir solo al pluralismo jurídico.

Se entiende por pluralismo jurídico la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos en un mismo espacio jurídico. Sally Merry distingue entre dos versiones del pluralismo jurídico: a) el clásico, que se refiere a la situación histórica procedente del colonialismo, que dio lugar a que una potencia colonial introdujera su derecho al país que sometía, con lo que el derecho de dicho país resultaba desplazado y postergado, pero continuaba sobreviviendo. Y b) al nuevo pluralismo legal que concierne a una situación bastante más compleja que se puede dar en cualquier sociedad contemporánea, incluidas por cierto las sociedades urbanas actuales: en ellas se entrecruzan diferentes formas de regulación jurídica².

Un autor que ha trabajado de una manera muy impresionante la idea del nuevo pluralismo legal es Boaventura de Souza Santos en su afán de construir una

1 J. Ritter y K. Gründer (Eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, t. 7, 1989, pp. 988-995.

2 Sally Engle Merry, «Legal Pluralism», en *Law and Society Review*, 22, 5, pp. 869-901. Otra situación que dio lugar al pluralismo jurídico clásico fue la emigración de un grupo a otro territorio al de su procedencia; el grupo emigrante llevaba consigo su derecho.

concepción postmoderna, pero revolucionaria, del derecho. Para él el nuevo pluralismo jurídico es una concepción de diferentes espacios legales superimpuestos, interpenetrados y entremezclados en nuestras mentes y en nuestras acciones. Así resulta que nuestra vida está hoy regulada por una intersección de distintos órdenes legales, esto es, por lo que llama la *interlegalidad*. En el mundo actual sostiene Santos que se puede distinguir entre tres formas de derecho: el local, el nacional y el global. Lo que las distingue no es tanto el objeto de la regulación –pues a veces dichas formas pueden regular el mismo tipo de acción social–, sino el tamaño de la escala con la que norman el comportamiento: el derecho local emplea una legalidad de pequeña escala, el derecho nacional-estatal una legalidad de escala media, y el derecho global una legalidad de gran escala³.

En lo que sigue me voy a ocupar casi exclusivamente del pluralismo clásico a propósito de un problema muy concreto: ¿cómo solucionar la situación que se originó cuando la invasión europea y la conquista posterior nos dejó como una de sus consecuencias la anómala coexistencia en un mismo territorio de dos derechos: el oficial, escrito y llegado de Europa, y los derechos indígenas, que eran orales y autóctonos? Veremos que en un primer momento se optó simplemente por negar los derechos indígenas en nombre del impuesto: con más precaución en la época colonial y más radicalmente en la independencia y durante la época republicana (I). Cómo en un segundo momento surgió el proyecto de asimilar a los pueblos indígenas y su derecho en un Estado-nación homogéneo (II). Posteriormente se ha propuesto reconocer el derecho de los pueblos indígenas latinoamericanos en un Estado plural (III). Examinaremos luego en qué puedan consistir los derechos de los pueblos indígenas latinoamericanos y algunas de las dificultades que entrañan (IV). A continuación haremos un recuento de la experiencia colombiana para articular el derecho oficial y los derechos indígenas en un Estado plural (V). Y en nuestra Consideración final extraeremos una conclusión; y mencionaremos cómo la situación existente en relación al pluralismo jurídico tradicional se complica en tiempos de la globalización cuando aparece el nuevo pluralismo.

Por mi falta de competencia voy a hablar casi solo de los casos mexicano y peruano.

I La negación del derecho de los pueblos indígenas latinoamericanos

Previamente a la invasión española existió un derecho de los pueblos indígenas latinoamericanos, en especial entre los mexicanos y peruanos. Este derecho

3 Boaventura de Souza Santos, «Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law», en *Journal of Law and Society*, 14, 3, pp. 279-302; *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2003.

regulaba la organización del Estado, la coexistencia de los grupos y las relaciones interpersonales –sobre todo se presentaba como un derecho penal–. Se trataba –por lo menos en el caso peruano– de un derecho no escrito constituido por un conjunto de costumbres de carácter obligatorio.

Producida la Conquista, los españoles impusieron el derecho occidental; pero, como no podían trasladar simplemente las instituciones españolas a la realidad americana, las adaptaron en la forma del derecho indiano, que fue levemente influenciado por el derecho prehispánico. En la codificación de 1680, las Leyes de Indias anularon todo título y derecho anteriores a la llegada de los españoles y los indios fueron declarados como súbditos de la Corona. Se establecieron dos «repúblicas» distintas: la de los españoles y la de los indios quienes gozaron de una cierta autonomía dentro de su propia república. Al mismo tiempo se dispusieron diferentes medidas de protección, que fueron en gran parte incumplidas. No obstante lo anterior, el derecho prehispánico sobrevivió a través de la mencionada influencia que tuvo sobre las Leyes de Indias, y gracias a la obediencia que le siguieron prestando los indígenas, ya sea cuando no se oponía al derecho indiano y a veces hasta cuando estaba en conflicto con sus disposiciones.

Paradójicamente, la independencia no obró en favor de las comunidades indígenas sino en contra de ellas. La razón básica fue la ideología individualista que la impulsó, que concebía a la nación como nacida de un contrato social celebrado entre individuos libres e iguales conforme a las leyes que ellos mismos se habían dado. En este sentido el indio solo era reconocido como ciudadano, y las comunidades indígenas perdieron su personalidad jurídica y su existencia legal. En 1821 San Martín ordenó que a los indígenas se les diera el nombre de peruanos y declaró que estaban eximidos de los servicios que prestaban (tales como las mitas, el *pongaje*, las *encomiendas* y el *yanaconaje*), y en 1825 Bolívar firmó un decreto disponiendo que los bienes raíces de las comunidades fueran repartidos y distribuidos entre todos los particulares que eran sus usufructuarios colectivos. Con esta medida quería crear una clase de pequeños productores independientes que aseguraran la bonanza de la economía y que garantizaran la estabilidad política. En general se era contrario a dictar medidas proteccionistas de los indígenas, como las existentes en las Leyes de Indias, porque se consideraba que ellas implicaban una indeseable intervención del Estado en contra de la política liberal. Henri Favre afirma que este fue el principio de un vasto movimiento de privatización territorial sostenido por las legislaciones agrarias nacidas en todos los países de América Latina en el siglo XIX⁴.

En México el gran ideólogo liberal José María Luis Mora celebraba que ya no hubiera más criollos ni indígenas, sino solo ricos y pobres, tesis que ponía en cuestión Carlos María de Bustamante, a quien por ello se acusaba de simpatizar con el antiguo régimen colonial.

4 *El indigenismo*, México, FCE, 1998, p. 32.

Esta visión y estas medidas fueron contraproducentes para los indígenas y para las comunidades. El mismo Favre comprueba que, como los indígenas no estaban bien informados acerca de sus derechos y no sabían cómo hacerlos valer –no disponían de un procurador titulado–, la privatización de las tierras comunarias no dio lugar a que se multiplicara el número de los pequeños propietarios. Los indios fueron más bien despojados de sus tierras por los latifundistas que pudieron organizar entonces en forma aun más eficiente su dominio. Y agrega que los indígenas que lograron conservar sus tierras perdieron la autonomía relativa de la que habían disfrutado en las antiguas comunidades, y que también fueron despojados de los cargos edilicios que antes les estaban reservados por derecho, al estar ahora abiertos dichos cargos para todos –fueran indios o no indios– sin distinción. La independencia se tradujo así en todas partes en una degradación del indio, y el colonialismo externo fue reemplazado por un neocolonialismo interno brutal⁵.

Mucho peor fue el tratamiento dispensado a los grupos selváticos de la Amazonía. Francisco Ballón Aguirre refiere que el año 1827 fueron denominados en la legislación peruana como «neófitos», en 1832 como «tribus salvajes», en 1837 como «indígenas recién civilizados», en 1845 como «conversos», en 1847 como «bárbaros» e «indios reducidos», en 1848 como «infieles», en 1853 como «tribus indígenas» y en 1898 como «peruanos salvajes»⁶.

Lo anterior muestra que a comienzos de la vida republicana los indígenas tuvieron una posición aun más disminuida que durante la Colonia desde el punto de vista del derecho oficial. Y no obstante y pese a todas estas circunstancias mantuvieron su derecho en las comunidades para la elección de autoridades y en las costumbres que reputaban obligatorias.

II. El intento de asimilación de los indígenas y su derecho en un Estado-nación homogéneo

Desde fines del siglo XIX y en el XX se trató de asimilar a los pueblos indígenas a las naciones en que vivían mediante el planteamiento del mestizaje. Un autor que representa paradigmáticamente este intento fue el peruano Víctor Andrés Belaunde. En su libro *La síntesis viviente* (1950) proponía como proyecto nacional y cultural para el Perú transformar los elementos que constituyen la corporeidad del país –tierras, instituciones, estructuras– mediante valores superiores –los religiosos y morales sobre todo occidentales–, pero manteniendo una unidad. En otro libro, *Peruanidad* (1942, 1957), Belaunde presentaba al Perú como la realización de esta propuesta. En efecto, este país constituye según el autor una síntesis biológi-

5 *Ibíd.*, pp. 32-35.

6 *Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas*, Lima, Defensoría del Pueblo, 2002, p. 52.

ca, económica, política y espiritual. Planteamientos semejantes se los puede hallar en muchos otros países latinoamericanos como en México o en Guatemala.

Este proyecto iba ligado a la propuesta de construir un Estado-nación homogéneo —como lo ha denominado Luis Villoro—: la propuesta de borrar las diferencias entre los pueblos estableciendo sobre ellos un Estado que instaurara un orden uniforme. Un Estado semejante constituye —según el positivismo jurídico— la fuente única del derecho.

Curiosamente este proyecto se dio al mismo tiempo en que aparecían en el horizonte las masas indígenas postergadas y, más aun, negadas. En la Revolución mexicana de 1910 cree encontrar Luis Villoro dos proyectos: uno el liberal y modernizador de Carranza y Obregón, y otro el localista y popular de Villa y Zapata. A la larga se impuso el proyecto liberal, lo que no fue un obstáculo para que muchas ideas agraristas y populares fueran incorporadas por los líderes de la tendencia triunfante⁷.

En el Perú la temática indigenista apareció hacia fines del siglo XIX con Manuel González Prada, pero recién adquirió una importancia crucial en la década de los años veinte del siglo pasado con José Carlos Mariátegui y Víctor Raúl Haya de la Torre. No resulta así sorprendente que la temática indigenista se manifestara tímidamente por primera vez en una Constitución peruana en la de 1920, cuyo artículo 58 disponía: «El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden». Antes, el Art. 41 había dispuesto que los bienes de propiedad de las comunidades indígenas sean imprescriptibles y que solo puedan transferirse mediante título público en la forma que establezca la ley. Las comunidades selváticas todavía no fueron mencionadas en esta Constitución.

Ni en México ni en el Perú ni en los otros países latinoamericanos que tenían culturas vigorosas antes de la invasión española, ha tenido éxito el proyecto asimilativo y homogenizador. En México sostenía Guillermo Bonfil Batalla, en su famoso libro *México profundo* (1987), que debajo de la capa de la cultura occidental se extendía la de la tradición prehispánica, lo que se hace claramente reconocible por ejemplo en las prácticas médicas y agrícolas. Enrique Florescano ha ido más lejos al afirmar en otro libro igualmente famoso, *Memoria mexicana* (2002, la edición original es de 1987), la tesis de que no hay una memoria única del pasado mexicano sino múltiples memorias, porque son diversos los grupos étnicos, los sistemas sociales, organizaciones políticas, localidades y entidades regionales que componen México. En el Perú puso en duda la tesis del mestizaje

7 «Del Estado homogéneo al Estado plural», en Luis Villoro, *Estado plural, pluralidad de culturas*. México, Paidós, 1998, 45 ss.

el eminente historiador Jorge Basadre, para quien dicho país se constituyó sobre la base de elementos españoles e indígenas unificados por la idea de una promesa: la de una vida mejor y más digna. En 1980 sostenía Basadre que en el Perú no hay una unidad geográfica, ni racial ni lingüística, sino una realidad multiétnica con una gran pluralidad de características, pese a lo cual se ha ido constituyendo una comunidad histórica⁸.

Y no obstante se pensaba por mucha gente que nuestros países marchaban hacia la culminación del mestizaje, hasta que los acontecimientos históricos mostraron que no era así. En el Perú lo reveló la guerra interna de Sendero Luminoso contra el Estado peruano a través de algunos de sus sangrientos capítulos y de sus terribles consecuencias. Uno de esos capítulos fue la matanza de ocho periodistas por parte de comuneros indígenas en Uchuraccay en 1982. Las Fuerzas Armadas habían indicado a los campesinos que atacaran a las fuerzas senderistas, pero los comuneros, que solo hablaban quechua, confundieron a los periodistas con guerrilleros. En el juicio que posteriormente tuvo lugar se puso de manifiesto que, al lado del derecho oficial, subsistía con toda eficacia el derecho indígena, que se manifestaba en la organización política, judicial y en la concepción de las penas. Por otro lado el Informe de la Comisión de la Verdad y de la Reconciliación mostró que de las 69,280 víctimas el número principal de afectados producidos por el conflicto era de campesinos que vivían en medio de una gran pobreza y exclusión social y que tenían el quechua como idioma materno. Y otra conclusión fue que «la tragedia que sufrieron las poblaciones del Perú rural, andino y selvático, quechua y asháninka, campesino, pobre y poco educado, no fue sentida ni asumida como propia por el resto del país»⁹. No, el Perú no es un país integrado en que las comunidades andinas y selváticas estén incorporándose al país a través del proceso del mestizaje.

En el caso de México parecía que se habían hecho progresos mayores hasta que a inicios de 1994 el levantamiento zapatista mostró que los campesinos de Chiapas se sentían discriminados y manipulados, por lo que, además de pan, salud, educación y paz, exigían autonomía. La lucha por la autonomía parece que ha de ser una de las cuestiones claves en América Latina en el siglo XXI.

8 Véase una reconstrucción de las ideas de Basadre al respecto en el artículo de Miguel Maticorena Estrada, «La idea de Nación de Jorge Basadre», en *Revista Histórica*, Lima, t. XLII, 2005-2006, pp. 226-247.

9 Hatim Willakuy, *Versión abreviada del Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Lima, Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2004, p. 434.

III. La propuesta de reconocer el derecho de los pueblos indígenas latinoamericanos en un Estado plural

Por oposición al modelo de un Estado homogéneo, Luis Villoro ha hecho para países plurinacionales, pluriétnicos y pluriculturales la propuesta de constituir un Estado plural¹⁰. Un Estado semejante vería limitada su soberanía hacia el exterior, es decir, en un mundo globalizado tendría una soberanía compartida, y hacia el interior también la vería restringida renunciando a pretender imponer un solo sistema político y jurídico. El Estado plural puede serlo de pueblos o de minorías. Por «pueblo» hay que entender cualquier forma de comunidad humana que cumpla con los siguientes requisitos: 1) tener una unidad de cultura, la que comprende instituciones sociales que garantizan la permanencia y continuidad de esa cultura, 2) asumir un pasado histórico y proyectar un futuro común, 3) reconocerse en una unidad colectiva y decidir aceptarla, y 4) referirse a un territorio propio. Por «minoría» se debe comprender los grupos étnicos, raciales, religiosos o lingüísticos que sean minoritarios en su país y que no pretendan constituirse en una entidad nacional. El autor recuerda que según el derecho internacional vigente los pueblos tienen derecho a un estatuto de autonomía, pero no así las minorías. Los pueblos pueden ejercer su derecho de autodeterminación, ya sea escindiéndose del Estado dominante, o reclamando su autonomía sin dejar de pertenecer a un Estado plural. Esta sería la elección de los pueblos indígenas de América.

Villoro distingue el derecho de los pueblos del de los individuos y del de los Estados. Manifiesta que los derechos humanos individuales fueron proclamados en Occidente en el siglo XVIII a fin de satisfacer las necesidades básicas de todo ser humano, es decir, valores objetivos. Entre esos derechos humanos fundamentales se encuentra el derecho a la autodeterminación. Los derechos de los pueblos son derechos colectivos que corresponden a un sujeto jurídico colectivo. «La exigencia de añadir a los derechos humanos individuales un derecho de los pueblos aparece al comprobar[se] la exclusión de ciertas comunidades con su cultura propia, de la protección de los derechos humanos»¹¹. Es decir que se trata de una exigencia de la justicia, ya que el autor concibe a la justicia como la ausencia de exclusión. La exclusión se da en los pueblos indígenas en varias situaciones: una cuando los miembros de un pueblo son discriminados, oprimidos, porque se les niegan las condiciones en que podrían ejercer su autonomía; y otra cuando ellos perciben que su voluntad de pertenencia a su comunidad histórica es negada, porque se les obliga a asumir formas de vida y de cultura ajenas.

10 En realidad son muchos autores los que han hablado recientemente de un Estado plural, pero nos parece que es Villoro quien ha hecho la propuesta mejor argumentada.

11 «Multiculturalismo y derecho», en Luis Villoro, *Los retos de la sociedad por venir*, México, FCE, 2007, p. 162. El autor desarrolló previamente sus ideas al respecto en su libro *Estado plural, pluralidad de culturas*, 1998.

Por otro lado, el derecho de los pueblos también se diferencia del derecho de los Estados. En principio mientras un pueblo se determina por una relación de cultura, un Estado se define por una relación de poder. Como indicamos el derecho de un pueblo a la autodeterminación es un derecho humano fundamental que es previo al surgimiento del Estado que nace gracias a la celebración de un contrato. Posteriormente el Estado del caso proclama los derechos del ciudadano.

Lo anterior permite distinguir los derechos del ciudadano y los de los miembros de un pueblo. Estos últimos solo corresponden a los individuos pertenecientes a pueblos caracterizados en la forma indicada, y en realidad no son derechos exclusivamente culturales sino también sociales y políticos. En consecuencia una persona puede contar con los derechos de un pueblo y con los que le corresponden a un ciudadano de un Estado. La pertenencia a un pueblo tiene dos requisitos: la integración real del individuo en el pueblo y su decisión voluntaria de unir su suerte a la de la comunidad en cuestión.

Villoro advierte que mientras en un Estado homogéneo el orden legislativo es uniforme para todos, en un Estado plural existe una dualidad de niveles jurídicos: el derecho indígena y el nacional. El primero varía de un pueblo a otro y no es escrito. El segundo es escrito y se refiere a los derechos y deberes generales de todos los ciudadanos. El derecho nacional sirve de marco al derecho de los pueblos, que no deben contradecir a aquél. De allí que, en opinión del autor, el orden jurídico estatal no se vea afectado por la existencia de los derechos indígenas, a condición de que en la Constitución se hallen los dos niveles de los estatutos de autonomía pactados entre los pueblos y el Estado plural¹².

Pensamos que la propuesta de Villoro es en general muy correcta, pero que en este artículo, «Multiculturalismo y derecho» (2002), no delimita con la suficiente claridad la relación que establece entre el derecho nacional y los derechos que aquí llama indígenas –los derechos de los pueblos–. En efecto, no es el marco nacional el que pone un límite a los derechos indígenas –Villoro escribe que les sirve de marco y que no debe ser contradicho por ellos–. El marco lo constituyen en realidad los derechos humanos fundamentales recogidos en el derecho nacional –así el Art. 149 de la Constitución peruana vigente de 1993 establece que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos humanos son hoy aceptados en general como derechos «transculturales» –recuérdese que en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 se los colocó consensualmente como un criterio último de la

12 «Multiculturalismo y derecho», *op. cit.*, pp. 170-171.

comunidad internacional—, y en tanto que tales no pueden ser contradichos por los derechos de los pueblos indígenas. Existen por cierto algunas discrepancias con respecto a este criterio.

Como se sabe, a partir de 1982 se focalizó la atención de las Naciones Unidas en el problema de los pueblos indígenas, lo que llevó a que se declarara entre 1995 y 2004 la Década Internacional de las Poblaciones Indígenas. Esta nueva conciencia de la realidad y problemas de los pueblos indígenas condujo a que en la mayoría de las constituciones de los países latinoamericanos se haya acogido más o menos desde los años 80 —en algunos casos antes— los derechos de los pueblos indígenas (en algunos casos revisándose las y en otros al aprobarse nuevas Constituciones). Al hacerlo se ha cuidado que no violen los derechos humanos universales. Veremos luego cómo se ha tratado de efectuar esta coordinación. Consideremos ahora en qué pueden consistir los derechos de los pueblos indígenas y algunas de las dificultades que entrañan.

IV Los derechos de los pueblos indígenas latinoamericanos y algunas de las dificultades que entrañan

En un libro muy influyente, *Multicultural Citizenship* (1995), Will Kymlicka diferenciaba entre tres formas de derechos en función de un grupo minoritario: derechos de autogobierno, derechos poliétnicos (los derechos a manifestar las propias particularidades sin temor a las discriminaciones y prejuicios), y los derechos especiales de representación (ya sea como respuesta a la opresión o como corolario del autogobierno)¹³. La enumeración de los derechos de los pueblos indígenas latinoamericanos —que en países como México, Perú y Guatemala son mayoría— realizada por los expertos de Nuestra América es bastante más amplia y detallada. Así el antropólogo peruano Francisco Ballón Aguirre sostiene que los derechos específicos de los pueblos indígenas latinoamericanos son los siguientes: 1. El derecho de autoafirmación, 2. El derecho a la autodefinición, 3. El derecho de autodeterminación y de representación política de los pueblos en el Congreso, 4. El derecho a la autonomía interna, 5. El derecho al patrimonio cultural y natural, tangible e intangible, que se subdivide a su vez en: 1) El derecho al territorio consolidado de un pueblo indígena, 2) a los recursos naturales, 3) a la cultura. Correspondiendo a estos derechos, Ballón halla estas obligaciones del Estado: 1. de protección a los pueblos indígenas, 2. de tener el Estado una institucionalidad apropiada, 3. la obligación de efectuar el Estado consultas a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas

13 *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós, 1995, pp. 46 ss.

que los afecten, y 4. otras obligaciones como el crear las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas¹⁴.

Teniendo en cuenta estas consideraciones previas y lo establecido en las declaraciones internacionales sobre los pueblos indígenas¹⁵, y recurriendo en parte a la división tradicional (y criticada) de los derechos humanos, nosotros diríamos que los derechos de los pueblos indígenas latinoamericanos se dividen en: 1. Derechos políticos: el derecho a la autonomía, el de gobierno y el de representación política en el Congreso, 2. Derechos económicos y sociales: el derecho de propiedad, el derecho sobre las tierras, el de los recursos naturales, el de los conocimientos tradicionales, el de salvaguardas especiales y el derecho al propio desarrollo, y 3. Derechos culturales: el derecho a la identidad étnica, el derecho al uso del propio lenguaje, a la propia religión, arte, ciencia y técnicas, el derecho al propio derecho (jurisdicción en el propio territorio, procedimientos, sanciones etc.), el derecho a la propia educación, el derecho a conservar las propias costumbres e instituciones. A estos derechos corresponden, como F. Ballón Aguirre indica, las obligaciones del Estado de proteger a los pueblos indígenas, de procurar instituciones adecuadas en las que los pueblos indígenas estén representados, a realizar consultas con los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que los afecten, y otras obligaciones como establecer una pluralidad de condiciones para la democracia.

Los derechos de los pueblos indígenas han sido ampliamente discutidos. El más debatido ha sido sin duda el derecho a la autonomía por el temor que suscita de propiciar la secesión. La demanda de autonomía es probablemente el principal de los reclamos del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México. Según Luis Villoro el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas es previo a la constitución del Estado-nación, como vimos. Por autonomía hay que entender aquí tanto el ser capaces los pueblos indígenas conforme a sus propios valores, como la facultad de llevar adelante sus decisiones¹⁶.

Otro derecho de los pueblos indígenas sobre el que reina una gran discusión es el referente al derecho que tienen sobre sus tierras. ¿Cómo entenderlo? Se

14 F. Ballón Aguirre, *Manual del Derecho de los Pueblos Indígenas. Doctrina, principios y normas*. Lima, Defensoría del Pueblo, 2004, pp. 63-90.

15 Como la Declaración universal de Argelia de los derechos de los pueblos indígenas (1976), el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1989), la Agenda 21 (1992), el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del mundo (1994), el Borrador aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas (1995), la Declaración de París de la Cumbre de Defensores de los Derechos Humanos (1998) y la Declaración de Seattle de la Organización Mundial de Comercio sobre los pueblos indígenas (1999).

16 «El derecho de los pueblos indígenas a la autonomía», en Luis Villoro, *Estado plural, pluralidad de culturas*, 1998, pp. 79-108.

puede elegir una perspectiva política como hacía el marxista heterodoxo peruano José Carlos Mariátegui. Para él los procesos históricos se explican por los fenómenos económicos que están a su base. En un país como el Perú el problema del indio es el problema básico, y la clave de este problema es el de la tierra: el despojo que han sufrido de ella las comunidades andinas. De allí que un punto central del programa socialista de Mariátegui lo constituyera la reivindicación de la propiedad de las comunidades andinas despojadas –un planteamiento semejante lo había sostenido bastante antes el pensador anarquista peruano Manuel González Prada. Por su parte el EZLN ha señalado tempranamente que un elemento fundamental del régimen de autonomía que exige es su base territorial. Pero el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras se puede entender también desde una perspectiva bastante diferente y mucho más amplia. Según ella, tierra significa para los indígenas en forma mucho más comprensiva el «medio ambiente»: las tierras, el agua, el mar, las zonas glaciares, la fauna, la flora y otros recursos naturales. Con la tierra no tienen los indígenas una relación instrumental sino más bien de pertenencia. Por lo tanto el Estado debería reconocer a los pueblos indígenas el derecho a la tierra como la potestad de poseerla, cultivarla, cuidarla y usarla según sus creencias, y conforme a ellas el derecho de establecer sus sistemas de tenencia y las instituciones para administrar sus recursos¹⁷.

Conexa con la cuestión anterior está la contraposición entre un modelo de desarrollo expoliatorio de la tierra (en el amplio sentido antes indicado de la tierra como el medio ambiente), frente a otro modelo de desarrollo sustentable cultivado por los pueblos indígenas y nacido de su relación no de oposición a la tierra sino de pertenencia a ella. Aunque se acepte que los pueblos indígenas tienen el derecho a decidir sus propias prioridades en el proceso de desarrollo (Art. 7 del Convenio 169 de la OIT), ¿es este modelo de desarrollo capaz de enfrentar y resolver los gigantescos problemas que plantea la situación actual, o es solo un rezago de una visión romántica, atractiva pero definitivamente trashedada?

Otras dificultades conciernen a la identidad cultural. Una se refiere al derecho de los pueblos indígenas a ser educados interculturalmente con textos que recojan su propia historia, a que los medios de información estatales reflejen debidamente la diversidad cultural indígena, y a que en los procesos judiciales y administrativos en que participen los indígenas el Estado plural les proporcione –cuando fuera necesario– servicios de traducción u otros medios adecuados. ¿Son estas exigencias irrenunciables de la justicia, o son solo buenos deseos pero inviiables por las dificultades económicas y de otra índole que aquí se presentan?

17 Véase Julián Burger, «Pueblos indígenas: sus derechos y la acción internacional», en P. Morales (Ed.), *Pueblos indígenas, derechos humanos e interdependencia global*, México, Siglo XXI, 1994, pp. 3-15, esp. 11.

En el proceso de la educación intercultural en el Perú se ha comprobado que, prescindiendo de las dificultades por falta de la decisión política a que está expuesto, la educación intercultural opera en un solo sentido: incorpora a los indígenas al mundo de la cultura hegemónica occidental; pero por la falta de interés existente no acerca a los hispanohablantes a los valores de las culturas quechua, aymara y selváticas. Por otra parte, los futuros textos universitarios de historia de la filosofía, ¿deberían conceder más espacio al pensamiento del rey poeta Nezahualcóytl que al de Aristóteles? —el vino de plátano, si sale agrio, ¡es nuestro vino! escribía orgullosamente Martí («Madre América»)—. A ello se agrega que es dudoso que los medios de información estatales puedan ganar o mantener su audiencia con noticias sobre la diversidad cultural. Y hay dificultades obvias con la obligación del Estado de proveer traductores a los indígenas y extranjeros involucrados en procesos judiciales y administrativos. Estas dificultades las ilustran los problemas existentes para implementar el inciso 19 del Art. 2° de la Constitución peruana de 1993 que así lo dispone. La disposición es sin lugar a dudas bienintencionada, pero sucede que en el Perú están registradas 93 lenguas vivas. ¿Sería posible conseguir traductores hábiles y profesionales que vertieran los conceptos «dolo» o «culpabilidad» del Código Penal peruano a todas estas lenguas a fin de que en los procesos los indígenas involucrados comprendan la ley y puedan ejercer correctamente su defensa?¹⁸

Otra dificultad todavía mayor es la que plantean las sanciones en el derecho y la justicia penales de los grupos indígenas. La solución que plantea la Constitución peruana de 1993 parece ser paradigmática: las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial siempre que no violen los derechos humanos fundamentales de la persona que, como mencionamos, son vistos como el límite a la aplicación del derecho indígena. Pero el problema que aquí surge es que estudios empíricos han mostrado que el derecho penal de los aymaras del sur andino peruano permite sanciones como el castigo físico que parecen violatorias de los derechos humanos fundamentales. No se trata de episodios aislados, sino de que el sistema penal aymara parece ser radicalmente distinto al sistema penal estatal: en este se castiga al individuo y se busca readaptarlo, dentro de un sistema formal y procedimental que ofrece garantías pero que tiene altos costos y un largo trámite que lo expone a la corrupción. En cambio, los conflictos son vistos en el derecho penal aymara como de naturaleza colectiva, debiendo la sanción restituir la paz o armonía comunal afectada y reintegrar al transgresor al seno de la comunidad —por razones parecidas defendía Hegel la pena de muerte soste-

18 Véase el artículo de E. Bernales Ballesteros y A. Ruiz Ballón, «La pluralidad cultural en la Constitución peruana de 1993 frente a las perspectivas de la reforma judicial y al derecho penal», en *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, Lima, PUC/U. de Friburgo, 2007, pp. 153-210.

niendo que la sanción no tiene por objeto la intimidación, la amenaza o la enmienda del delincuente, sino la restauración de la esencia ética (racional) afectada del derecho en la conciencia universal y en la propia conciencia del delincuente mismo (§§ 99-100 de los *Principios de la Filosofía del Derecho*). El derecho penal aymara no castiga a un comunero o a la familia transgresora por el delito en sí, sino por su efecto sobre las otras familias o sobre la comunidad, debe superar la transgresión, recuperar al transgresor al seno de la comunidad (y si no se puede, expulsarlo de ella) y evitar la repetición del daño. Sus procedimientos son muy rápidos, eficientes, no tienen altos costos, pero no ofrecen muchas garantías¹⁹. Llegados a este punto, cabe preguntarse: ¿pueden conciliarse dos sistemas penales tan distintos?, ¿constituiría una violación de la identidad cultural indígena dejar de aplicar sus sanciones debido a que transgreden derechos humanos fundamentales —que a lo mejor no son tan «transculturales» como se pretende sino que solo reflejan en último término la mentalidad ilustrada de Occidente a partir del siglo XVIII?

Todas estas dificultades no deberían llevar a renunciar al proyecto de articular el derecho oficial y los indígenas en un Estado plural, pero sí muestran que lograrlo es mucho más problemático de lo que inicialmente parece. Examinaremos ahora la experiencia colombiana que, hasta donde conocemos, es una de las más avanzadas a fin de realizar dicha articulación.

V ¿Cómo articular el derecho oficial y los derechos indígenas en un Estado plural? La experiencia colombiana

En aras de favorecer el pluralismo, la Constitución colombiana de 1991 y otros instrumentos jurídicos colombianos establecieron una serie de medidas: admitieron la diversidad étnica y cultural de la sociedad colombiana con la correlativa obligación del Estado de reconocerla y protegerla (Art. 7 de la Constitución Política), la especificidad de las lenguas y dialectos indígenas y la obligación de impartir una enseñanza bilingüe en las comunidades con tradición lingüística propia (Art. 10), el derecho al territorio con el reconocimiento del carácter colectivo de los títulos de propiedad y la condición inalienable e inembargable de los resguardos indígenas (Arts. 63, 286, 287, 329 y 330 de la Constitución), el derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad de los grupos étnicos (Art. 68-5), el reconocimiento estatal a la igualdad de todas las culturas que conviven en el territorio colombiano en tanto son el fundamento principal de la nacionalidad (Art. 70-72), y el dere-

19 Véase el artículo de Antonio Peña Jumpa «Las sanciones en el derecho y la justicia penales de los aymaras del sur andino [peruano]», en *Derecho penal y pluralidad cultural*, pp. 41-72.

cho a una jurisdicción especial propia y al fuero indígena dentro de su ámbito territorial con fundamento en sus propias normas y procedimientos, «siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República» (Art. 246)²⁰.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha puesto de manifiesto diversos problemas en el reconocimiento del fuero y de la jurisdicción de los pueblos indígenas, como por ejemplo en la determinación de la instancia pertinente cuando la persona afectada por un indígena no pertenece a la comunidad de este, caso en que la solución válida no siempre la proporciona la «regla general de la territorialidad». Mas la práctica jurisprudencial de dicha Corte también revela valiosos esfuerzos para tratar de establecer criterios válidos para articular el derecho oficial y los derechos indígenas. Ante todo ha subrayado que, como el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la diversidad cultural y jurídica, «...ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse» en las sentencias. O sea que no debe privilegiarse de antemano a la visión occidental del mundo sobre las visiones indígenas, ni tampoco a la inversa. H. L. Londoño Berrío critica que esta correcta tesis resulte siendo negada a renglón seguido, cuando en la misma jurisprudencia constitucional colombiana se afirma que existe una relación directamente proporcional entre el grado de «aculturización» de una comunidad indígena o de un integrante de ella y la competencia del sistema punitivo estatal para conocer del conflicto surgido con motivo de la conducta imputable a un indígena. Londoño Berrío sostiene aquí –quizás en forma demasiado extrema– que el concepto de «aculturización» no tiene ningún valor jurídico o político, y que no porque una cultura haya recibido elementos de otra debe ser despojada de sus derechos –pues en este caso la cultura mayoritaria colombiana también debería ser privada de los suyos, ya que también ella ha acogido elementos de las culturas indígenas colombianas.

Tanto o más interesantes son los intentos de la Corte Constitucional colombiana para tratar de articular el derecho oficial con los derechos indígenas –Londoño Berrío habla de sus esfuerzos por tratar de establecer los límites materiales de la jurisdicción penal indígena–. La regla general es aquí que el límite a la jurisdicción especial indígena son los derechos humanos –como en otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos– reconocidos nacional e internacionalmente. La Corte Constitucional colombiana no adopta una posición universalista extrema ni tampoco un relativismo cultural incondicional. Lo acreditan así su respeto a la autonomía y diversidad étnica y cultural y, a la vez, que prescriba que su ejercicio sea de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que recogen de su lado los derechos humanos universales.

20 Mi exposición se apoya para lo siguiente en el artículo de Hernando León Londoño Berrío «El fuero y la jurisdicción penal especial en Colombia», en José Hurtado Pozo, *Derecho penal y pluralidad cultural*, Anuario de Derecho Penal, Lima, Fondo Ed. PUCP, 2007, pp. 153-210.

Ahora bien, como la autonomía y diversidad étnica y cultural tienen el rango de principios constitucionales, para que su limitación esté constitucionalmente justificada se requiere que se cumplan dos condiciones: la primera es que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, esto es que mediante un acto de ponderación se establezca que hay un principio constitucional de mayor peso o importancia que la autonomía y la diversidad étnica y cultural; y la segunda es que del catálogo de restricciones posibles se elija la menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. Si no se cumplieran estas condiciones, la Corte Constitucional colombiana reputa que el pluralismo jurídico se convertiría en ineficaz.

Por cierto, la Corte también comprueba una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos humanos fundamentales, pero halla que estos constituyen «mínimos éticos» que permiten trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento entre las civilizaciones.

¿Cuáles son los derechos humanos seleccionados como límite a la jurisdicción especial indígena? La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha ido variando al respecto. Inicialmente sostuvo en 1994 que tal límite estaba constituido por la totalidad de los derechos humanos consagrados en el derecho internacional sobre el particular, derechos que configuran un código universal de convivencia y diálogo entre las civilizaciones. Luego, en 1996, seleccionó entre los derechos fundamentales un núcleo de derechos formado por el derecho a la vida y por la prohibición de la esclavitud y de la tortura. Para ello adujo dos razones: únicamente sobre estos derechos humanos hay un verdadero consenso intercultural, y porque ellos están reconocidos por todos los tratados sobre derechos humanos. A estos derechos se suman por exigencia de un artículo de la Constitución, el 246, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas. Y, finalmente, desde 1998 ha considerado que el límite a la jurisdicción especial indígena está constituido por la afectación de la dignidad humana producida por la transgresión de los derechos humanos universales.

Londoño Berrío ha criticado los límites impuestos por la Corte Constitucional colombiana a la jurisdicción indígena. Destaca las oscilaciones en el juicio sobre cuáles son los derechos humanos fundamentales que constituyen dicho límite, la vaguedad del concepto de dignidad humana, y el que por lo general se lo fije «a partir de baremos propios de nuestro margen cultural en los que no existe un consenso sobre estos»²¹.

Sostiene que está de acuerdo con que los derechos humanos fundamentales sean los límites de la jurisdicción indígena, pero no con que aquéllos reciban su significado de la cultura dominante y de los poderes que dicen

21 Londoño Berrío, *op. cit.*, p. 199.

representarla. A este respecto reconoce que la Corte Constitucional colombiana ha hecho loables esfuerzos para hallar una solución. La tesis de la Corte es que los derechos humanos y sus garantías deben ser interpretados en tal forma «que permitan comprender, en su significado, las concepciones culturales propias de las comunidades donde operan y tienen vigencia», pues de otro modo se aniquilarían la autonomía cultural, la igual dignidad de todas las culturas, el pluralismo cultural y jurídico y la propia jurisdicción indígena. Tan bien intencionada como es esta tesis, nosotros la encontramos poco comprensible. En efecto, si los derechos humanos deben ser el límite a la jurisdicción indígena, ¿cómo lo constituirían si los acercamos a las concepciones de los pueblos indígenas a fin de comprenderlas?

Otras críticas de Londoño Berrío se refieren a cuestiones circunstanciales importantes, pero que nos parecen menores: que en Colombia la totalidad de los magistrados de la Corte Constitucional proceden de la cultura hegemónica y que en dicho país aun no se han dictado las disposiciones que fijen las formas de coordinar la jurisdicción ordinaria y la indígena —como sucede en muchas otras naciones latinoamericanas—.

Consideración final

La presentación anterior pensamos que nos permite extraer la conclusión general de que si la propuesta de reconocer el derecho de los pueblos indígenas latinoamericanos en un Estado plural soluciona algunos de los problemas resultantes de la coexistencia de dos formas de derecho diferentes en un mismo espacio jurídico, está lejos de resolverlos todos. Dichos problemas continúan entabando el camino de los pueblos indígenas latinoamericanos hacia su autonomía y realización más plenas.

Esta situación se complica aun más con la aparición del fenómeno de la globalización y con su notable vigorización en los últimos años, lo que ha dado lugar al surgimiento del nuevo pluralismo jurídico. Para ilustrarlo quisiera mencionar un caso que actualmente se debate en el Perú a propósito de la reciente expedición del Decreto Legislativo N° 1015. Como las explotaciones de las compañías mineras extranjeras han afectado los derechos de las comunidades campesinas y nativas, han suscitado sus reacciones apoyadas por muchas ONGs y sacerdotes. Para evitar estas reacciones el gobierno ha visto por conveniente que se apruebe dicho Decreto Legislativo que cambia las reglas para la aprobación de la autorización de las inversiones en las tierras comunales. Anteriormente se exigía la aprobación de la decisión del caso con el voto de dos tercios (66.6%) de los miembros calificados de la comunidad. Ahora, dicho Decreto Legislativo ha bajado la cifra de los votos aprobatorios a un 50% de votos más uno, y ha establecido que basta con que voten los comuneros presentes en una reunión con el fin de decidir la

aprobación. Son fáciles de barruntar los grandes intereses que aquí se mueven. El Decreto Legislativo ha aparecido sorpresivamente, ha sido denunciado como inconstitucional por la Defensoría del Pueblo, y ha provocado el anuncio de movilizaciones masivas de campesinos de la sierra y selva en su contra y de un paro agrario de dos días. Los más pesimistas avizoran que si este Decreto Legislativo no es derogado, bien podría conseguir a la larga lo que Bolívar no logró: la desaparición de las comunidades andinas (y nativas).