

Introducción. “Acátese pero no se cumpla”

1. Pluralismo y derechos indígenas

Durante diez años de experiencia, el Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina (PRUJULA)¹, ha venido constatando que el Estado de derecho en la región no puede ser una buena idea que se impone, ni un orden que no convoca a la diversidad de pueblos que conforman nuestros países, y que el respeto a la ley no se puede fundar en un supuesto consenso a-histórico: el pacto social rousseauliano en el que teóricamente está fundado el Estado-nación.

Gracias al apoyo y acompañamiento del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, este grupo de profesionales del derecho, sociología, filosofía y antropología, ha tenido la oportunidad de dialogar, analizar y discutir sobre pluralismo jurídico, con representantes de la judicatura, la academia y los Pueblos Indígenas en la mayor parte de América Latina, para impulsar una nueva relación entre estos y los Estados. Este intercambio de ideas, el conocimiento de distintas experiencias y el recorrido por diferentes realidades de la América indígena, nos han permitido una mayor comprensión sobre la pluralidad de los sistemas jurídicos, sustentados en una diversidad cultural y, por tanto, hemos aprendido a ver el derecho como una construcción social e histórica que varía no solo con el tiempo, sino de acuerdo al lugar y la cultura que lo crea.

Al apreciar esta diversidad hemos constatado que, si bien todos los sistemas jurídicos de nuestra región tienen problemas, dimensiones críticas y conflictivas, y debilidades —incluidos los sistemas legales de los Estados—, no hay razones científicas, sociales, ni históricas para suponer que alguno de estos sistemas es mejor que otro, hemos aprendido que todos son valiosos y representan, en un diálogo saludable y simétrico, una enorme riqueza socio-jurídica para nuestras sociedades.

1 El Grupo se formó a finales del año 2006 a partir de una invitación del entonces Director del Programa Estado de Derecho de la KAS, Rudolf Huber, a un grupo de investigadores-activistas pertenecientes a la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU). Durante el VI Congreso de esta Red en 2008, celebrado en Bogotá, Colombia, el grupo se formalizó y asumió el nombre de PRUJULA.

En otras palabras, después de hablar con los ministros José Ramón Cossío o Juan Silva Mesa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México; y Jaime Luna, un síndico municipal zapoteco de la Sierra Juárez, de Oaxaca; o con un magistrado de la Corte Constitucional de Colombia como Nilson Pinilla y Socorro Grande; una lideresa nasa del CRIC en el Cauca, por citar algunos ejemplos, nos damos cuenta de que a partir de sus respectivas concepciones de orden, organización o justicia, todas conservan valores que casi cualquier sociedad compartiría, pero que los resguardan de formas diferentes, a veces muy distintas.

Por ello, sostenemos que las construcciones teóricas o filosóficas que postulan la superioridad de “una” expresión del derecho sobre las otras, son producto de discriminación estructural, del colonialismo y la asimetría de poder con que se han conformado nuestras sociedades, las mismas que se reproducen cotidianamente en todos los espacios públicos donde se encuentran estas diversas expresiones de lo que entendemos como lo *jurídico*. Es decir, de la producción de normas y la interacción de las colectividades con sus propios individuos y con otras colectividades. Esta noción supremacista de *un* sistema jurídico sobre todos los otros, es una más de las expresiones de la profunda desigualdad social que en todos los ámbitos, estructura a los países de nuestro continente, curiosamente con excepción de aquellos países —salvo Cuba—, con una menor diversidad socio-cultural como lo son Uruguay y Costa Rica (ver CEPAL, 2016).

Basados en tales convicciones las y los miembros de PRUJULA, somos plurales, pluralistas y promotores del pluralismo jurídico. Es por ello, que uno de nuestros principales temas de interés es el avance legislativo y jurisprudencial de los derechos individuales, pero, particularmente colectivos, de los Pueblos Indígenas y por supuesto su eficacia.

En tal sentido, debemos reconocer el avance en la positivización de los derechos de los Pueblos Indígenas, que marca nuevas reglas en el campo jurídico para enfrentar las situaciones de abuso, despojo, inferiorización e injusticia crónica con que han vivido. Consideramos positivo que exista un derecho *vigente*, es decir, un derecho plasmado en la ley que reconozca estos derechos. Sin embargo, a lo largo de nuestros recorridos hemos constatado que este, como muchos otros derechos, no logra ser *eficaz*.

En palabras simples, la eficacia del derecho consiste en que el contenido de la ley se materialice, más allá del plano discursivo, en las relaciones sociales, lo cual es un componente básico para reconocer un Estado de derecho. Ahora bien, cuando un derecho no es *eficaz*, el Estado ofrece una salida que consiste en acudir a los tribunales para que, desde estos, se pueda exigir al

propio Estado el cumplimiento de lo que dice la ley. En un Estado de derecho, se pide a los jueces que hagan que una norma vigente se vuelva eficaz, en términos accesibles, esto es lo que llamamos *justiciabilidad*.

En todos los países de América Latina, aunque con diferencias importantes entre uno y otro, hay derechos indígenas vigentes, que aún cuando no complacen a importantes sectores de los movimientos indígenas que los han demandado —México y Ecuador son un ejemplo de ello—², sí van configurando un nuevo papel político de los pueblos indios en su relación con el Estado. Desafortunadamente, como hemos mencionado, estos derechos no son plenamente eficaces³ y aunque, como veremos, hay muchas resoluciones importantes de altas cortes del continente en la materia⁴, su *justiciabilidad* es aún incipiente, y peor aún, parece que va en retroceso⁵.

La pregunta central que hemos lanzado a muy diversos interlocutores, es si la eficacia de estos derechos va en un proceso de avance gradual pero consistente, como podemos suponer siguiendo el principio de progresividad de

- 2 En México la reforma constitucional del 2001 fue rechazada por el movimiento indígena, a través de las posturas del EZLN y el Congreso Nacional Indígena (Comunicado del 29 de abril de 2001), así como por diputados de origen indígena, e incluso fue motivo de la presentación de controversias constitucionales presentada por cientos de autoridades municipales. En Ecuador el 4 de septiembre de 2008, la CONAIE (Consejo de las Nacionalidades Indígenas de Ecuador), manifestó que no estaba satisfecha porque el proyecto de constitución no iba más allá de la de 1998: “el proyecto de la nueva constitución 2008 no recoge adecuadamente las propuestas planteadas por la CONAIE en torno a nuevos derechos de las nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador”, además de una serie de confrontaciones por el tema de la Consulta y el Consentimiento previo para llevar a cabo proyectos económicos en los territorios indígenas; aún cuando en el referéndum constitucional dieron un sí crítico (Cruz, 2012).
- 3 Al respecto es posible citar los informes de los dos relatores y la relatora, especiales sobre derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, consultables en <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/AnnualReports.aspx>. Los informes de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), consultables en http://www.dplf.org/es/resources?field_resources_region_tid_i18n=All&field_resources_country_tid_i18n=All&field_resources_topic_tid_i18n=720
- 4 Muchas de estas resoluciones se pueden consultar en el “Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos indígenas” del DPLF, consultable en <http://www.dplf.org/es/resources/digesto-de-jurisprudencia-latinoamericana-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-la>; en el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-de-actuacion-para-quienes-imparten-justicia-en-casos-que-involucren-personas-comunidades>; y en el Mapeo de buenas prácticas para el acceso a la justicia electoral dirigida a Pueblos Indígenas (Martínez, Juan y Velásquez, 2015).
- 5 Ver por ejemplo el artículo de Rosember Ariza “Teoría y práctica en el ejercicio de la jurisdicción indígena en Colombia”, (Martínez *et. al.*, 2008) donde expresa cómo la corte más avanzada en la materia ha tenido retrocesos en sus criterios, el de Juan Carlos Martínez “Oaxaca un paso atrás. Reforma neoliberal y regresión en el reconocimiento de derechos autonómicos de los Pueblos Indígenas: el caso de Tlahuitoltepec”, que muestra cómo ciertos derechos a la autonomía se vuelven incompatibles con las reformas económicas extractivistas que se buscan implementar o el de Rachel Sieder “Soberanías en disputa: justicia indígena, violencia y efectos de Estado en la Guatemala de Posguerra”, que revisa los límites de este reconocimiento en Guatemala, analizando las concepciones de Estado que subyacen en este modelo de multiculturalismo, ambos en (Teresa Sierra *et. al.* 2013).

los derechos, y si la acción de los jueces, como lo apuntan algunos casos emblemáticos, va a ser un factor definitorio en dicho avance. A lo largo de este informe podremos ir desarrollando las respuestas.

2. La brecha de implementación

El ex Relator Especial de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, publicó en 2006 su sexto informe temático anual llamado *La brecha de implementación*. Este documento se abocó a mostrar la distancia entre las normas que reconocen derechos a los Pueblos Indígenas y “las realidades cotidianas en las que se encuentran numerosos problemas para el adecuado cumplimiento de estas medidas legislativas” (Stavenhagen, 2008: 115). En su informe, Stavenhagen describe cómo en los más diversos países del orbe, los Estados han avanzado en el reconocimiento de derechos específicos a los Pueblos Indígenas y han suscrito una serie de prerrogativas especiales para estos pueblos, particularmente, aquellas desarrolladas en el ámbito internacional.

Sin embargo, como evidenció el entonces Relator, existen una serie de problemas que dificultan la implementación de la legislación vigente en países como por ejemplo México, Ecuador, Guatemala, Canadá, Chile, Filipinas, Sudáfrica, Argelia, Namibia, Etiopía y Rusia (Stavenhagen, 2006). Aunque con claras diferencias, la constante es que hay una distancia y una tensión entre las normas jurídicas reconocidas a los pueblos y la eficacia de las mismas.

En igual sentido, el informe destaca la falta de participación y representación de los indígenas en las legislaturas nacionales, las contradicciones entre el contenido de ciertas leyes secundarias y los derechos de los indígenas reconocidos en las constituciones, el desconocimiento y la falta de capacitación que la mayoría de los funcionarios —particularmente judiciales— tienen respecto a estas normas.

En sus conclusiones el ex Relator nos muestra un panorama desalentador y hace una descripción del Estado o de los Estados, que muestra cómo, a pesar de los avances normativos, no hay legislación secundaria que desarrolle estos derechos y que persiste un gran número de normas que contradicen tajantemente los principios constitucionales; que en muchos casos estas contradicciones son alentadas por los propios gobiernos. Su conclusión muestra el problema central: que en los legislativos los indígenas están sub-representados, los indígenas no proponen, ni deliberan, ni discuten, ni aprueban las leyes que en teoría van a regir sus vidas (Stavenhagen, 2008: 132). La con-

clusión de Stavenhagen se basa en que existe la ratificación de instrumentos internacionales y normas constitucionales que se vuelven declarativas, porque no hay un desarrollo de la legislación secundaria, como coloquialmente se señala “les dan pan pero no dientes”. Esa situación nos hace pensar si en verdad los Estados en su manifestación contemporánea, tienen capacidad de cumplir o afrontar los retos que se derivan de sus obligaciones frente a los Pueblos Indígenas y la comunidad internacional.

El informe, también señala que las normas dan reconocimiento a lo cultural pero restringen el acceso a territorios y recursos naturales; hace referencia a contrarreformas que limitan derechos reconocidos con anterioridad; y señala acusados problemas en la administración pública, como la fuerte burocracia, el formalismo rígido y el autoritarismo, entre otros (Stavenhagen, 2008: 117-124).

El acertado diagnóstico de Rodolfo Stavenhagen nos muestra los obstáculos que empíricamente los miembros de PRUJULA han constatado en casos concretos como el acueducto bicentenario contra la tribu Yaqui o los parques eólicos contra el pueblo Zapoteco del Istmo de Tehuantepec, ambos en México, la minería de oro contra el pueblo de San Miguel Ixtahuacán en Guatemala, la construcción del complejo hidroeléctrico del Bayano en contra de las comunidades Kuna de Mandugandí y Emberá de Bayano en Panamá, la construcción de una hidroeléctrica en el río Don Diego que afectaría a los pueblos Kogui y Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta en Colombia, la explotación petrolera que afectó al pueblo Kichwa en Ecuador, la masacre de Bagua contra los pueblos Aguaruna y Huambisha en Perú, la afectación a los pueblos amazónicos de Bolivia con la carretera del TIPNIS, la construcción de la presa Belo Monte, que entre otros afecta a la Tribu Paracaná en Brasil, o la criminalización del pueblo Mapuche en Chile y Argentina.

Frente a ello, Stavenhagen marca una ruta de esperanza que da lugar a recomendaciones para que en algún momento los indígenas gocen plenamente de estos derechos. Las mismas son en buena medida orientadoras de este trabajo (Stavenhagen, 2008: 132-134) a saber: el papel de las legislaciones, las instituciones y los tribunales, la representación indígena en los órganos de toma de decisiones, el acceso a la jurisdicción estatal y las posibilidades reales del ejercicio de la jurisdicción propia, entre otras. Estas recomendaciones dejan ver la necesidad de lograr una nueva voluntad política de los gobiernos y también de vencer las resistencias de los funcionarios en el ámbito individual.

Aunque podríamos deducir que, si hay leyes, sin duda insuficientes, que plasman derechos indígenas, hay al menos cierta voluntad del Estado para

reconocerlos, la ecuación no es tan simple. Si bien hay algunos avances que dan cuenta de la composición compleja del Estado, quizás esto no significa que progresivamente se llegará al objetivo de la vigencia plena de estos derechos. Asimismo, se podría interpretar que el problema puede estar a nivel de las resistencias individuales de algunos funcionarios, la influencia de *lobby* de la industria extractiva o incluso suponer que hay una sana medida de los gobiernos en este avance, porque los indígenas suelen violar derechos humanos, sobre todo a las mujeres o ser un obstáculo para el necesario desarrollo que requiere el país, incluso pueden ser un peligro para el medio ambiente.

Sobre el poder judicial, señala que se ha visto cada vez más implicado en esta problemática. No obstante, su visión de la función judicial es medianamente optimista porque observa que algunas Cortes nacionales han tenido un protagonismo que da contenido a estos derechos, y particularmente, en el ámbito internacional destaca el papel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aunque reconoce que tendrían que hacer mucho más. Aun es necesario encontrar la forma de hacer obligatorias sus resoluciones y establecer mecanismos de sanciones a los Estados que persisten en ignorarlas (Stavenhagen, 2008: 27).

Con respecto a la administración estatal, habla de una internacionalizada cultura burocrática lenta para los cambios, poco flexible, impermeable a la multiculturalidad, heredera de un pasado *asimilacionista* y destaca que: “en su seno se manifiestan frecuentemente actitudes discriminatorias, cuando no racistas, hacia lo indígena” (Stavenhagen, 2008: 132).

A esta problemática expuesta en sus distintas aristas, habría que sumar un tema fundamental para los Pueblos Indígenas: el territorio, su defensa y salvaguarda, ante los embates de políticas neoliberales que buscan a través de la industria extractiva explotar desmesuradamente recursos naturales —minerales, petróleo, aire, aguas, plantas, etcétera—; o bien, comercializar y “folklorizar” sus prácticas culturales y lugares sagrados; apropiarse y despojar de sus saberes tradicionales, de sus construcciones simbólicas, etcétera. Todo ello, a través de políticas públicas implementadas por los gobiernos nacionales; concesiones o nuevas legislaciones. Stavenhagen constata y explica que, en esos casos, no se cumple con el derecho de consultar a los pueblos en todas aquellas medidas administrativas o legislativas que les afectarán, y que se establecen mecanismos unilaterales que no toman en cuenta sus derechos.

Los dos últimos puntos mencionados en el informe son relevantes para entender esta distancia entre lo que dice la ley y lo que hacen quienes aplican la ley: el *racismo institucional* y el modo actual del *capitalismo global extrac-*

tivista, son estructurantes del Estado mismo y plantean el problema central en la realización de estos derechos. Para las burocracias estatales en general, los derechos indígenas son desconocidos, o mal interpretados, porque en su realización median las acciones de funcionarios con marcadas ideas sobre lo que es el desarrollo y la inferioridad de los indios, concepciones que ya tenían lleno el espacio que en teoría cubrirían los mecanismos de reconocimiento de derechos a los Pueblos Indígenas.

A doce años del informe del Relator los avances son muy pocos, y más bien se constatan algunos retrocesos agudos. El periplo del reconocimiento de derechos colectivos terminó, e incluso las constituciones más avanzadas —Bolivia y Ecuador— son sistemáticamente violadas por los mismos gobernantes que las promulgaron, los despojos siguen, la criminalización también y, peor aún, importantes sectores de la población indígena son obligados a migrar sin retorno. Los saberes y formas económicas de estos pueblos han perdido toda viabilidad frente a la economía global y sus territorios son devastados por la minería, las industrias petroleras y otras actividades extractivas.

Profundamente preocupados por esta situación, los días 5 y 6 de noviembre del año 2015 el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), PRUJULA y el Centro Profesional Indígena de Asesoría Defensa y Traducción A.C. (CEPIADET), realizaron en Oaxaca, México, el Seminario Internacional “Cerrando la brecha de implementación”. En esa ocasión, se convocaron a expertos de Guatemala, Ecuador, Colombia, Panamá, Perú, México, Argentina, Bolivia y Chile para actualizar el contenido del informe de Rodolfo Stavenhagen, analizar los avances, obstáculos y retrocesos más relevantes que se han presentado en esta década y generar nuevas reflexiones y análisis respecto del fenómeno de la brecha de implementación. Los participantes provenían de movimientos indígenas y congresos nacionales. Asistieron funcionarios públicos, jueces y académicos que discutieron de manera abierta y plural en torno a los avances y retos que enfrentan los Pueblos Indígenas frente al Estado de derecho.

Durante los paneles abiertos y las mesas de trabajo se discutió sobre los reconocimientos constitucionales, las ausencias o debilidades en el desarrollo de la legislación secundaria y la eliminación de contradicciones normativas. Se abordaron los avances y límites jurisprudenciales y problemas en la implementación de sentencias, tanto de la Corte IDH, como de Cortes supremas de justicia y tribunales constitucionales en América Latina, y se analizaron las políticas públicas con perspectiva intercultural, los dilemas entre el desarrollo y los derechos de los pueblos y las contradicciones entre el asistencialismo y el fortalecimiento de la autonomía de los pueblos.

No obstante, al panorama adverso y los pormenores de las situaciones críticas, se pudieron identificar buenas prácticas y contextos favorables para el ejercicio de estos derechos, estrategias para superar dificultades y nuevas ideas para reducir la brecha de implementación, concluyendo que para cerrarla es urgente recoger la participación de los Pueblos Indígenas, revisar los modelos económicos y ser más frontales en las acciones anti-racistas de los gobiernos y la sociedad.

Lo que aquí presentamos son los principales diagnósticos, análisis y desarrollos alcanzados en las mesas de trabajo de dicho seminario, así como las propuestas y avances para una agenda actualizada que articule acciones y compromisos que renueven el impulso por cerrar la brecha de implementación.