

Más adelante el mismo autor nos dice:

Ya fuera a través de su muerte, de su esclavitud, de su evangelización o de su negación filosófica, el indio fue siempre concebido como un medio (con excepción de Bartolomé de las Casas, quien vio en el indio al "prójimo") para el cumplimiento de una historia que lo determinaba en términos absolutos. Por eso, el conocimiento de la historia de la invención del indio no solamente es necesario para tomar conciencia del enorme daño causado a esos pueblos, sino que además esa historia cuestiona los principios por los cuales el indio fue y es negado como prójimo.<sup>25</sup>

En relación con esta historia de violaciones de los derechos humanos en América Latina, un jurista argentino, Eugenio R. Zaffaroni, escribe:

La depredación sistemática de América y de África, llevada a cabo por la civilización más genocida de la historia, fue históricamente la más masiva y terrible violación a todos los derechos humanos. El poder colonial europeo acabó con los indios de América del Norte y, en buena proporción, también con los del resto de América. Destruyó ciudades que tenían tantos habitantes como Madrid o Lisboa y despreció la vida del indio e ignoró su cultura.<sup>26</sup>

El mismo autor, al referirse a la búsqueda de una identidad propia en América Latina, se refiere a la identidad euro-

---

25 *Ibid.* pág. 165. Ver también sobre la actual violación de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, "Los pueblos indígenas siguen sufriendo", Amnistía Internacional, Madrid, 1992.

26 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "La historia de los derechos humanos en América Latina". En: *Educación y derechos humanos-Una discusión interdisciplinaria*. Olguín, Leticia (coord.), 1989, pág. 23.

pea producto de su historia colonial, y cita algunos conceptos de Hosea Jaffe<sup>27</sup>:

No obstante, cuantas veces se pregunta sobre qué es América Latina, conviene, antes de responder, volver a preguntarse qué es 'Europa' y cuándo se definió como tal. 'Europa', como unidad conceptual, no era más que una vaga referencia de los árabes y orientales de una región ubicada al norte y oeste de Grecia, hasta que comenzó a explorar, dominar y explotar a África, América y Asia. Fue entonces, cuando enfrentando y dominando a los tres continentes, los europeos 'reconocieron la necesidad de considerarse, en conjunto, algo diverso, hostil y también superior a los pueblos africanos, americanos y asiáticos'. Con el capitalismo surgió Europa y con Europa la civilización europea: una civilización fundada sobre los esclavos africanos, las plantaciones y las cosechas americanas, las especias asiáticas y los metales preciosos de los tres continentes, como también sobre los números de la India, sobre el álgebra, la astronomía y la ciencia de la navegación de los árabes, y sobre la pólvora, el papel y la brújula de los chinos. Esta afro-americano-asiática civilización europea era, en realidad, la contemplación narcisista de las propias conquistas. La espada, el fusil, la violación, el asesinato, el robo, la esclavitud, fueron las bases reales de la idea de la 'superioridad europea', pues de este proceso surgió la misma idea de 'europeo' - hombre de Europa- que ni siquiera existía etimológicamente antes del siglo XVII.

En cuanto al tema de la *historia del derecho* en América Latina, se observa con crudeza el abismo existente entre *el derecho en libros* y *la praxis social*. Por un lado, las constituciones redactadas sobre

---

27 Jaffe, Hosea. *África. Movimenti e lotte di liberazione*. Milán, 1973, pág. 52. Citado por Zaffaroni, Eugenio Raúl, *ibid* págs. 29-30.

el modelo de las declaraciones francesa y americana de los derechos y los deberes del hombre; por el otro, una alternancia entre dictaduras y gobiernos democráticos. Para lograr una comprensión de esta problemática, hay que remitirse a la manera como se consolida el dominio occidental en tierras de América Latina. Aquí se intenta presentar algunas ideas generales al respecto, dada la complejidad y extensión del tema.

De acuerdo al filósofo peruano, Francisco Miró Quesada<sup>28</sup>, como consecuencia de los métodos ibéricos de colonización, se comienza a construir un grupo integrado por los descendientes de los conquistadores y de los españoles que, una vez consolidada la colonia, se establecen en tierras de América. Este grupo, llamado de *criollos*, va siendo cada vez más grande, más cohesionado y fuerte. Llega un momento en que el dominio español y portugués comienza a incomodarlo, porque sólo los hombres nacidos en la metrópoli pueden aspirar a los más altos cargos. Las ideas libertarias de los enciclopedistas constituyen un instrumento para justificar un movimiento de independencia que les permita romper los vínculos con el poder colonial y mantener así el poder necesario en defensa de sus intereses.

El mismo autor nos explica cómo, cuando se pasa de la colonia a la república, en el fondo nada cambia en los países latinoamericanos. Las grandes mayorías siguen dominadas y explotadas por la clase que, por descender de los grupos dominantes latinoamericanos, va evolucionando. Algunos intentan conservar la vieja estructura heredada de los españoles, pero otros comprenden que el avance de las nuevas formas económicas y sociales que acompañan al proceso de industrialización son avasalladoras, e intentan ponerse a tono con la historia. Mas, por el hecho de constituir

---

28 Ver Miró, Quesada, Francisco. "Los derechos humanos en América Latina". En: Diemer A., Hersch J. y otros: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, pág. págs. 340-341.

el grupo privilegiado, su tendencia modernizante choca con sus propios intereses.<sup>29</sup>

Haciendo una relación histórica de la relación de Occidente con América Latina, Miró Quesada escribe:

Vemos, así, que Occidente se apoya en una ideología liberal, democrática, que proclama el respeto por los derechos humanos para justificar su penetración económica. Y, por eso, cuando sus intereses están en juego, interfiere con la acción de aquellos que pretenden aplicar de manera auténtica las propias ideas proclamadas por los occidentales. El latinoamericano se encuentra, en estas circunstancias, frustrado por la inautenticidad occidental. En una primera etapa, en nombre del cristianismo, se le somete a la servidumbre; en una segunda etapa, en nombre de la libertad, los derechos humanos y el progreso, se lo somete a la dictadura. La razón es siempre la misma: el occidental lo considera inferior.<sup>30</sup>

El jurista argentino antes mencionado, Eugenio Zaffaroni, hace también referencia a la continuidad de la dominación europea y del norte en todo el continente, especialmente después de la independencia de España, como también de la continuidad en la violación de los derechos humanos, inclusive en formas más crueles e inhumanas, por momentos<sup>31</sup>:

Y así, las minorías criollas fueron instruidas en la 'ciencia' europea; de este modo, Latinoamérica fue sometida al nuevo centro de poder mundial, no mediante órdenes de virreyes sino a través de oligarquías criollas, que

---

29 *Ibid.* Pág. 341.

30 *Ibid.* Pág. 342.

31 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "La historia de los derechos humanos en América Latina". Pág. 29. Ver también, del mismo autor: *Estructuras judiciales*, 1994.

resultaron ser las minorías proconsulares 'ilustradas' del poder central.

Esa 'ciencia' central no sólo se repetía en las usinas universitarias latinoamericanas sino que nuestras oligarquías, como toda minoría colonizada, dócilmente execró, vilmente, toda manifestación cultural contraria a la cultura colonizadora y pretendió superar a ésta, incluso en brutalidad genocida. Si el ibérico y el francés no tuvieron piedad para con el 'inferior' colonizado, igual o peor crueldad mostraron nuestras oligarquías criollas, que ahogaron en sangre -cuantas veces pudieron- todo reclamo de justos derechos humanos, racionalizando sus genocidios con argumentos extraídos del 'racismo' positivista de la 'ciencia' europea.

Esta historia de la colonización europea de América Latina tiene su expresión directa en los sistemas jurídicos implantados en todo el continente. Los indígenas, las poblaciones de origen negro, los pobres, los sectores populares en América Latina, en general, han continuado hasta nuestros días carentes de derechos reales, sujetos no existentes para la sociedad real. El abismo subsiste entre el derecho en teoría y el derecho en la práctica.

## 2.2 *Breve introducción a la Historia del Derecho y a la Sociología del Derecho en América Latina*

Como mencionamos anteriormente, las formaciones sociales latinoamericanas son el resultado, todavía no definitivo, de la desaparición del sistema colonial español y portugués y su reemplazo por naciones independientes. Estos siglos de dominación hispana, como es conocido, se afirmaron en un ejercicio despótico de la autoridad, que ignoró, despreció y masacró toda la alteridad proveniente de la cultura aborigen.<sup>32</sup>

---

32 Ver Cárcova, Carlos. "Derechos humanos y universidad: impactos y desafíos". En: *Teorías jurídicas alternativas-Escritos sobre Derecho y Política*, 1993, pág. 89.

En cuanto a la historia de su sistema jurídico, siguiendo la opinión del jurista argentino Eugenio Zaffaroni, vemos cómo América Latina presenta actualmente un *caos de estructuras judiciales* con instituciones copiadas a los Estados Unidos y a Europa, en muy diferentes momentos históricos y generalmente deformadas por incoherentes y fatales invenciones. Estas incorporaciones de legislaciones extranjeras se hicieron siguiendo aquellos intereses sectoriales y corporativos que más cerca estaban de los constituyentes y legisladores de turno, cuando no por intervenciones coyunturales y anecdóticas sin sentido especial alguno.<sup>33</sup>

Por ejemplo, el jurista argentino se pregunta cómo, dentro del campo del derecho penal, nadie puede explicar por qué Bolivia adoptó el Código Penal liberal español de 1822, mientras Paraguay adoptó el código imperial alemán de 1871; que en México, Cuba y Colombia triunfara el positivismo italiano, que la República Dominicana y Haití adoptaran el código bonapartista, que el Ecuador siguiera el modelo belga, que Perú apelase al modelo proyectado para Suiza, que la Argentina corriera hacia el modelo de Baviera o que Venezuela lo hiciera con el primer código de la unidad italiana, mientras que en Centroamérica y Brasil predominara el modelo proyectado para Lousiana.<sup>34</sup>

El resultado es un panorama poco alentador: encontramos magistraturas análogas a las europeas de la primera parte del siglo pasado y algunas excepciones que corresponden al nivel de las magistraturas europeas de finales del siglo pasado. Según la opinión de este mismo autor, la responsabilidad del *atraso institucional* incumbe en primer lugar a los políticos, pero es justo

---

33 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", 1993, pág. 9.

34 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Sistemas penales y derechos humanos en América Latina". Primer informe, 1984, págs. 37-38.

reconocer que buena parte del mismo se debe también a los doctrinarios del derecho.<sup>35</sup>

Al mismo tiempo, un sociólogo del derecho, Carlos Cárcova, explica cómo, dentro de las ciencias jurídicas en América Latina, el "iusnaturalismo" permaneció anclado en premisas de tipo metafísico, procurando una explicación para lo jurídico fundado en la idea de Dios, de naturaleza o de razón; y el "positivismo", anclado a su vez en una explicación de tipo "estructural" del derecho, es decir, una explicación, a la postre, instrumentalista. El positivismo, por tanto, no reflexiona en torno al fin social del derecho, ni a las funciones que el derecho cumple en la vida social, ni para qué está puesto el derecho en la organización de la vida social, ni a qué intereses sirve, ni si el derecho es un instrumento de conservación o de transformación de la sociedad, de sus valores, de sus prácticas, de sus mecanismos de poder. Es decir, el positivismo sostiene el criterio de que el científico del derecho debe ocuparse de las características lógico-metodológicas que informan su estructura.<sup>36</sup>

En función de esto se observa cómo, en determinados países de América Latina (ej.: Brasil, México, Chile, Perú, Venezuela, Argentina, Colombia, etc.) algunos juristas jóvenes iniciaran, en los últimos veinte años, un intento de "despurificación" de la teoría, un intento por vincular sus investigaciones con la realidad, de entender el derecho como herramienta, como práctica social, como dimensión de la política. Para tales fines, las problemáticas de las concepciones iusfilosóficas tradicionales resultaban insuficientes. Del lado jusnaturalista, por sus anclajes metafísicos, y del lado positivista, por decisión metodológica de expulsar los contenidos y reivindicar la exclusiva pertinencia de las formas.<sup>37</sup>

---

35 Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Dimensión política de un Poder Judicial democrático", 1993, pág. 9.

36 Cárcova, Carlos. "Teorías jurídicas alternativas". En: *Teorías jurídicas alternativas-Escritos sobre Derecho y Política*. págs. 11-12.

37 Ver Palacio, Germán. *Pluralismo jurídico-El desafío al Derecho Oficial*. 1993, págs. 121 y 36.

En consecuencia, nuevas preguntas y otras problemáticas cuestionan el tradicional horizonte especulativo en las ciencias jurídicas, como -por ejemplo- las que siguen, entre muchas otras:

- ¿Es posible que el derecho, la práctica de los tribunales, el saber de los juristas, la actividad de legisladores y administradores, aporten el mejoramiento de las formas concretas de existencia de nuestras sociedades en América Latina?
- ¿Qué papel cumplen los juristas y abogados en las sociedades de fines del siglo XX?
- ¿Hay algo en común entre distintos sistemas jurídicos que corresponden a formaciones histórico-sociales diferentes?
- ¿Este conjunto de mecanismos, de dispositivos, de técnicas, de conocimientos, de prácticas materiales que constituyen el discurso jurídico, está destinado sólo a preservar y reproducir una cierta forma de organización social y política o, además, cumple un papel en el cambio y la transformación de esa forma de estructura y distribución del poder?<sup>38</sup>

Así se van creando, en América Latina, las llamadas "Teorías Jurídicas Alternativas", que ensayan una visión no tradicional de la teoría jurídica y la práctica del derecho y confrontan con los paradigmas acatados, el iusnaturalismo y el iuspositivismo y sus variantes. Por ejemplo, se puede mencionar la escuela del "uso alternativo del derecho o derecho alternativo", "pluralismo jurídico", "crítica jurídica". Nuevas líneas teóricas y prácticas en el campo del derecho que tienen en común indagar acerca de sus relaciones con el ejercicio del poder, los aspectos histórico-sociales y suponen una intervención crítica en la teoría y la práctica del derecho.<sup>39</sup>

---

38 Cárcova, Carlos. "Teorías jurídicas alternativas". En: *Teorías jurídicas alternativas-Escritos sobre Derecho y Política*. pág. 13.

39 *Ibid.* Págs. 11-27; ver también Palacios, Germán. "Prácticas jurídicas alternativas y teoría del Estado". En: *Pluralismo Jurídico*, 1993, págs. 131-36.

### 2.3 Derecho de los pueblos indígenas en América Latina

Un reconocido experto en derecho indígena en América Latina, el profesor Rodolfo Stavenhagen, nos explica cómo, en el *proceso jurídico*, intervienen no solamente el complejo de reglas y normas jurídicas de que dispone la sociedad, sino también los valores culturales y las concepciones ideológicas, la personalidad y la psicología de los actores individuales, así como el mundo de los *signos, los símbolos y el lenguaje*. Si bien el jurista estaría más interesado en el enunciado formal de la norma y la regla, el antropólogo y el sociólogo del derecho están más interesados en el funcionamiento real, concreto y específico. Por lo tanto, y de acuerdo con este autor, los casos conflictivos no se dan aisladamente y los investigadores reconocen la necesidad de situar las disputas en su contexto histórico, social y cultural.<sup>40</sup>

En el campo de la problemática indígena, la escuela del "derecho consuetudinario" o "derecho indígena" de comunidades indígenas o campesinas (cuyo principal exponente es el profesor Stavenhagen) nos habla de la existencia de *formas ancestrales de regulación jurídica o formas jurídicas* que reflejan el proceso de resistencia y lucha que ha logrado subsistir a pesar de las sucesivas ofensivas coloniales en América Latina, como también de las estrategias integradoras (mejor dicho "desintegradoras" de la comunidad) de los estados nacionales. El fenómeno del Derecho Indígena, según la opinión de Stavenhagen, apunta a *reconstruir* las experiencias de resistencia y regulación de carácter consuetudinario que se resiste al derecho estatal.<sup>41</sup>

En América Latina, la subordinación de los pueblos indígenas a Europa primero y a los estados independientes después (sin olvidar el papel opresor ejercido por la misma Iglesia), modificaron profundamente las estructuras sociales y las características cultu-

---

40 Stavenhagen, Rodolfo. *Introducción al Derecho Indígena*. 1991, pág. 305.

41 *Ibid.*

rales de estos pueblos, incluyendo las costumbres jurídicas. Expertos pertenecientes a esta escuela sostienen que el derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos oprimidos. En otras palabras, la relación entre derecho occidental (colonial) y el (o los) derecho(s) consuetudinario(s) es, históricamente, una relación de poder entre "una sociedad dominante y una sociedad dominada". Esta situación, típica de la época colonial, ha continuado hasta la etapa poscolonial y es característica de muchos estados independientes multiétnicos, como es el caso de nuestro continente.<sup>42</sup>

Además, Stavenhagen explica que, si bien este *derecho consuetudinario* puede contener elementos cuyo origen se traza desde la *época precolonial*, también poseerá otros de *origen colonial* y otros más originados en la *época contemporánea*. En todo caso, todos estos elementos constitutivos del derecho consuetudinario conforman un complejo interrelacionado que refleja la cambiante situación histórico-social de los pueblos indígenas, las transformaciones de su ecología, demografía, economía y situación política frente al Estado y sus aparatos jurídico-administrativos.

Es importante recalcar cómo el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas merece particular atención, porque está estrechamente vinculado con los fenómenos de *la cultura y de la identidad étnica*, tales como la estructura familiar, social y religiosa de la comunidad, la lengua y los valores propios de la etnia. Por lo tanto, la vigencia del derecho consuetudinario indígena constituye uno de los elementos indispensables para la *preservación y reproducción* de las culturas indígenas en el continente. Es decir, su desaparición contribuye, a su vez, a la asimilación y el etnocidio de los pueblos indígenas.<sup>43</sup>

---

42 *Ibid.* pág. 308

43 *Ibid.* pág. 310

Expertos en el tema de América Latina señalan con frecuencia cómo las legislaciones indigenistas nacionales, en distintos países, ya casi no contemplan el derecho consuetudinario indígena. Más bien, los estados nacionales prevén la aplicación de las leyes nacionales (en algunos casos, leyes específicas de corte indigenista) a las comunidades. Sin embargo, en algunos textos legales se hace referencia a las "costumbres" y los "valores" de los pueblos indígenas, que deben ser promovidos o protegidos por los gobiernos. Estas vagas referencias pueden interpretarse de distintas maneras pero, generalmente, no son consideradas con un reconocimiento jurídico del derecho consuetudinario. En materia de derecho penal, numerosas legislaciones dan un tratamiento especial a los indígenas, pero sólo algunas se refieren concretamente al derecho consuetudinario.<sup>44</sup>

El conflicto entre *derecho positivo* y *derecho consuetudinario*, de acuerdo con el profesor Stavenhagen, afecta la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. El autor hace referencia a uno de los problemas más frecuentes a los que se enfrentan quienes administran la justicia en las zonas indígenas: el *desconocimiento de las leyes* por parte de los indígenas. Por lo tanto, es violatoria de los derechos humanos de los indígenas, la aplicación rígida de leyes cuando éstas no sólo no son comprendidas o ignoradas sino cuando con frecuencia no tienen significado alguno en el contexto de la cultura local; o bien, cuando legislaciones penales consideran a los indígenas como "inimputables" o "incapaces" o sujetos a algún "régimen especial".<sup>45</sup>

---

44 *Ibid.* pág. 311. El art. 66 de la Constitución Política de Guatemala, proclamada en 1985, establece que: "El Estado reconoce, respeta y promueve sus [de los grupos indígenas] formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social...". La Constitución de Nicaragua, de 1986, afirma que las comunidades de la Costa Atlántica (que se entiende que son indígenas miskitos, sumos y ramas), tienen el derecho de "...dotarse de sus formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones..." (Art. 89.)

45 *Ibid.* pág. 312.

Al mismo tiempo, sucede que los legisladores nacionales y los administradores de justicia a nivel local, con frecuencia desconocen ellos también el derecho consuetudinario indígena. El problema reside en el choque entre dos sistemas legales, entre dos concepciones del derecho; choque donde, históricamente, se impone *el derecho dominante sobre el derecho subordinado*, de la misma manera que la sociedad dominante se impone sobre la sociedad subordinada en lo político, en lo económico, en lo social y lo cultural.<sup>46</sup>

En el caso de México, por ejemplo, la abogada Gómez Rivera hace notar cómo las reformas jurídicas últimas tienen la limitación de que se aplican siempre y cuando "no contravengan" las respectivas leyes nacionales. Es decir que la legislación, en materia indígena, ha tenido y sigue teniendo un carácter subordinado y generalmente no vinculante en América Latina.<sup>47</sup>

La misma autora menciona la dicotomía entre reformas jurídicas realizadas, la concepción homogénea del Estado y la teoría general del derecho predominante en América Latina, como así también señala la importancia en este proceso de cambios del *movimiento indígena*:

...hasta ahora, las reformas comentadas sobre pueblos indígenas constituyen meras adiciones no armónicas y has-

---

46 Ver aquí Hernández Vega, Raúl. *Problemas metodológicos en torno a la sociedad civil y los grupos étnicos*, 1992, págs. 194-95.

47 Entre las reformas que la autora menciona, están: 1. la reforma a la Constitución con un nuevo primer párrafo al art. 4º en el que se establece el compromiso de que la ley proteja y regule las formas de organización social, cultura, usos y costumbres, lenguas, así como que se garantice el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado; 2. la ratificación del Convenio 169 de la OIT como parte de la legislación nacional; 3. la legislación penal federal incorpora algunos elementos procesales, como la obligación del traductor, el peritaje cultural y la necesidad de "tomar en cuenta las costumbres del procesado indígena al dictar sentencia". Ver Gómez Rivera, "Las cuentas pendientes de la diversidad jurídica: el caso de los expulsados indígenas por supuestos motivos religiosos, Chiapas, México, 1994, pág. 90.

ta contradictorias con la concepción prevaleciente en la teoría general del derecho que supone un Estado y una nación homogéneos. La necesidad de asumir en todas sus implicancias el principio de pluralidad jurídica demandaría la creación de un orden jurídico de la diversidad, que otorgara capacidad y legitimidad a los pueblos indígenas para dirimir en su interior una serie de dinámicas que les son propias. Sin embargo, para alcanzar estos espacios se requiere una mayor presencia del movimiento indígena y una auténtica voluntad política, tanto del Estado como del conjunto de la sociedad.<sup>48</sup>

Siguiendo las investigaciones del profesor Stavenhagen, vemos cómo la violación de los derechos humanos individuales de los pueblos indígenas tiene una relación directa con el problema del no reconocimiento de sus derechos colectivos culturales y étnicos. Una forma de reconocimiento de los derechos culturales y étnicos es el respeto a las costumbres jurídicas indígenas por parte de la sociedad nacional y sus aparatos legales y jurídicos. Este autor también nos señala algunos grandes apartados, a título indicativo, donde se muestra la complejidad de lo jurídico en las culturas indígenas.<sup>49</sup>

1. *El derecho a la tierra*, que incluye el acceso, usufructo, distribución, propiedad y transmisión de la misma. Tradicionalmente, entre los pueblos indígenas, la tierra es *propiedad colectiva* de la comunidad o del núcleo social. Este concepto arraigado de la *propiedad privada* individual de la tierra, introducido en la mayoría de los países latinoamericanos por el liberalismo económico del siglo pasado, está vigente aún en numerosas legislaciones. Un ejemplo concreto en América Latina ha sido la privatización de las tierras mapuches decretada durante el régimen de Pinochet en Chile, que fue resistida por el pueblo mapuche.

---

48 *Ibid.* págs. 90-91.

49 Stavenhagen, Rodolfo. *Introducción al Derecho Indígena*. 1991, pág. 313.

2. *La persecución de delitos o el derecho penal.* Es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales determinados. Por ello, explica Stavenhagen, no es sorprendente que, con frecuencia, lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para la comunidad indígena o, por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena puede no ser reconocida como tal por la legislación penal vigente. El mismo autor menciona como ejemplo la legislación sobre la producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida tanto a nivel nacional como internacional. Sin embargo, para millones de indígenas, la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales. Tal es el caso de la coca en los países andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México.

3. *Procedimientos de administración de justicia.* Existe una amplia literatura sobre las formas en que se manejan y resuelven conflictos y se imparte justicia en las comunidades indígenas. Una diferencia señalada sería que la justicia de tipo occidental busca "castigar al culpable", mientras que en las comunidades indígenas se busca reconciliar y llegar a un compromiso entre las partes, con el objeto de conservar la armonía interna del grupo. Vemos cómo el área de la administración de justicia se advierte más nítidamente el hecho de que, en las sociedades occidentales lo "jurídico" se distingue formalmente de todo aquello que no lo es. En cambio, en las comunidades indígenas, lo "jurídico" está totalmente imbricado en el resto de la estructura social.<sup>50</sup>

Por todo lo expuesto se puede apreciar en qué medida el reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario por parte del Estado, abriendo un espacio para la aceptación de un *pluralismo legal y jurídico*, aportaría un elemento indis-

---

50 *Ibid.* pág. 314. Ver también Espinosa Velasco, Guillermo. *Acceso y administración de justicia para los pueblos indígenas.*

pensable para la mejor defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Finalmente, mencionamos algunas de las principales demandas actuales del movimiento indígena, siguiendo la opinión de un experto en el tema<sup>51</sup>:

a. *Protección eficaz en materia de derechos humanos en general*: Es decir, que el indígena tenga acceso a procedimientos más eficaces para su protección contra la violación de los derechos humanos, prometidos en las constituciones o en los tratados internacionales firmados y ratificados por los gobiernos en cuestión.

b. *Reconocimiento de un alto grado de autonomía administrativa, reglamentaria y judicial*. La mayoría de los indígenas pide, además, derecho de existir como "pueblos distintos" y una amplia autonomía para sus asuntos internos.

c. *Reconocimiento de una propia personalidad cultural*. Esto se manifiesta en relación con las siguientes áreas: 1. En materia religiosa; 2. En materia lingüística; 3. En materia educacional; 4. En la eficacia normativa de sus costumbres. Aquí se incluyen diversos temas: la tenencia de la tierra, las labores agrarias, las reglas de cacería, pesca y ganadería, el sistema de familia, las reglas sucesorias y la administración de justicia local y grupal. Siguiendo la opinión de Floris Margadant, el movimiento indígena pide de las autoridades legislativas, judiciales y administrativas de la nación que ejerce sobre ellos un protectorado, que reconozcan la validez de sus costumbres e inclusive la prioridad de éstas en caso de conflicto con el derecho nacional (que para los indígenas no es más que un derecho de los "advenedizos", de una nación que se ha arrogado sobre ellos la "sugerencia", pero cuyo derecho desde ahora tendrá que detenerse en el límite de los territorios indígenas).

---

51 Ver Floris Margadant S., Guillermo. "En camino hacia la declaración universal de los derechos indígenas", 1992, págs. 174-81.

De lo expuesto, se puede apreciar cómo las recientes luchas del movimiento indígena reclaman, entre otros aspectos, *el derecho a la igualdad y ciudadanía* ante el Estado, al igual que preconizan *el derecho a la diferencia*. Se plantea la necesidad del pluralismo cultural basado en lo "diferente pero igual". Esta doble petición cuestiona la actitud del Estado que está acostumbrado a *la similitud* como norma de sus relaciones. Este reclamo busca la aceptación de la diversidad étnica y cultural de la sociedad y el desarrollo de las transformaciones necesarias *a nivel del Estado y del Derecho*. Por lo tanto, esta discusión, que supera la antigua sobre hegemonía del poder central, tiene lugar en una *nueva forma de Estado*, que se descentraliza y vislumbra entidades territoriales para las etnias y, dentro de ellas, los grupos indígenas. En este aspecto expertos en el tema nos dicen:

Para el desarrollo de la teoría y la práctica indigenistas, para la promoción y la defensa de los derechos humanos de los pueblos indios y para el avance de las plataformas de las organizaciones indígenas, esta temática pone en evidencia que la cuestión étnica está indisolublemente asociada con la cuestión nacional. Esto es, que la eliminación de la opresión y la discriminación, que afectaron secularmente a los pueblos originales de América, supone la transformación de las naciones de las que son parte, para dar cabida a la diversidad y construir, a partir de ella, la unidad; y, por supuesto, la transformación del derecho y del Estado que la organiza y contiene.<sup>52</sup>

#### *2.4 El Movimiento de los derechos humanos en América Latina*

La década de los ochenta se caracteriza por la experiencia de un proceso de democratización acelerado en toda América Latina. A lo largo del continente han surgido democracias representativas

---

52 Stavenhagen, Rodolfo & Iturralde, Diego. "Introducción". En: *Entre la ley y la costumbre-El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Pág. 23.