
ISSN: 0212-0747

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL

Nº 27
2011

REVISTA DEL
DEPARTAMENTO DE DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO /
FACULTAD DE DERECHO /
UNIVERSIDAD DE NAVARRA /
PAMPLONA, ESPAÑA



Universidad
de Navarra

FUNDADA EN 1974 / UNIVERSIDAD DE NAVARRA / 31080 PAMPLONA. ESPAÑA
EDITA: SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA

ESTUDIOS DOCTRINALES SOBRE LA CRISIS DE LIBIA

BERMEJO GARCÍA, Romualdo. La protección de la población civil en Libia como coartada para derrocar un gobierno	9-55
GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Sobre el «núcleo duro» de la resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad y acerca de su aplicación en la práctica	57-75
CERVELL HORTAL, María José. La resolución 1970 (2011) del Consejo de Seguridad y la remisión de la cuestión libia a la CPI	77-107
LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia. La crisis de Libia desde la perspectiva de la <i>responsabilidad de proteger</i>	109-152
OLIVA MARTÍNEZ, J. Daniel. Cuestiones en torno a la legitimidad del Consejo Nacional de Transición Libio a raíz de su reconocimiento por la Asamblea General de las Naciones Unidas	153-183
ECHEVERRÍA JESÚS, Carlos. Revueltas, guerra civil tribal e intervención militar extranjera en Libia	185-201
BERMEJO GARCÍA, Romualdo / GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. Conclusiones finales	203-208

OTROS ESTUDIOS DOCTRINALES

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. Desarrollos del Derecho internacional frente a los desastres/ catástrofes internacionales	211-242
RUIZ MIGUEL, Carlos. Rebelión en Siria: ¿en la encrucijada o hacia el precipicio?	243-268
GÓMEZ ISA, Felipe. Diversidad cultural y Derechos Humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas	269-315
ESTEVE MOLTÓ, José Elías. Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»	317-351
PASCUAL VIVES, Francisco José. La institución del <i>amicus curiae</i> y el arbitraje de inversiones	353-396
MOURE PEÑIN, Leire. Programas de Investigación Científica: una aplicación a las Relaciones Internacionales	397-433

NOTAS

BINDER, Christina. Anything New Since the End of the Cold War? or International Law Goes Domestic	437-465
GARCIANDÍA GARMENDIA, Rosana. Los Centros de Internamiento de Extranjeros en España a examen	467-492
ODELLO, Marco. The Right to Take Part to Cultural Life	493-521
PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge. El abordaje de la Flotilla de la Liberación por parte de Israel	523-553
REAL, Bénédicte. La cuestión de la representación única de la Unión Europea en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	555-571
SEATZU, Francesco. The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and The Right to Adequate Food	573-590
TARDIF, Eric. Medicamentos falsificados	591-613

DECISIONES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

RECENSIONES



Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas

Cultural diversity and human rights from an indigenous perspective

RECIBIDO EL 3 DE MARZO DE 2011 / ACEPTACIÓN EL 20 DE JUNIO DE 2011

Felipe GÓMEZ ISA

Profesor de Derecho Internacional Público
Investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe
Universidad de Deusto
felipe.gomez@deusto.es

Resumen: Lejos de suponer un ataque a los derechos humanos de carácter universal, la creciente diversidad cultural puede suponer un enriquecimiento de los mismos. El progresivo reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas está impulsando, aunque no sin dificultades, una concepción más abierta, más dinámica y más inclusiva de los derechos humanos. Tanto la Corte Constitucional de Colombia como la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos están contribuyendo decisivamente con su progresiva jurisprudencia a una lectura cada vez más multicultural de los derechos humanos. La culminación de este proceso ha venido de la mano de la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas en 2007.

Palabras-clave: Derechos humanos universales-relativismo cultural-diversidad cultural-derechos de los pueblos indígenas-multiculturalismo-Corte Constitucional de Colombia-Corte Inter-Americana de Derechos Humanos

Abstract: The increasing cultural diversity of our modern world should not be seen as a threat to a universal concept of human rights, but as an enriching input for it. The progressive recognition of indigenous peoples' rights is forging, sometimes with difficulties, a more open, dynamic and inclusive conception of human rights. Both the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights are decisively contributing with their progressive jurisprudence to a more and more multicultural approach to human rights. The culmination of this process took place with the adoption of the United Nations Declaration on the rights of indigenous peoples in 2007.

Key words: Universal human rights-cultural relativism-cultural diversity-indigenous peoples' rights- multiculturalism-Colombian Constitutional Court-Inter-American Court of Human Rights

Sumario: 1. DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD: HACIA UN UNIVERSALISMO INCLUSIVO. 1.1. Exclusión de los pueblos indígenas de los principales instrumentos de derechos humanos. 1.2. Una universalidad contestada. 1.3. Hacia una auténtica cultura universal de los derechos humanos. 2. EL ACOMODO DE LA DIVERSIDAD INDÍGENA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2.1. Tensión entre los derechos humanos y la diversidad. 2.2. Libertad religiosa vs derecho a la identidad e integridad cultural. 3. A MODO DE CONCLUSIÓN.

El primer objetivo de esta reflexión es analizar la evolución de los derechos humanos desde su surgimiento en la Europa de la Ilustración en el siglo XVIII y ver cómo la exclusión e invisibilización de los pueblos indígenas ha sido una constante a lo largo de dicha evolución. En las últimas décadas, sin embargo, la denominada *emergencia indígena* ha venido a transformar radicalmente este paisaje. En este nuevo y cambiante contexto, se han adoptado todo un conjunto de instrumentos jurídicos tanto a nivel interno como a nivel internacional que han convertido a los pueblos indígenas en auténticos sujetos de derechos tanto individuales como colectivos. La presencia indígena ha sido un acicate para caminar hacia una concepción más abierta, más dinámica y más inclusiva de los derechos humanos de carácter universal. La culminación de todo este proceso vendría representada por la reciente aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en septiembre de 2007¹.

En un segundo momento, pretendemos poner de relieve cómo la pluralidad indígena presente en muchos países de América Latina está obligando a realizar una lectura crecientemente multicultural de los derechos humanos, como es el caso de la progresiva jurisprudencia pronunciada tanto por la Corte Constitucional de Colombia, con un rol pionero en la aplicación de principios derivados del multiculturalismo, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal y como veremos en el segundo capítulo de este estudio. Lo cierto es que la interpretación dada por estas instituciones a principios de derechos humanos de carácter universal nos deja una hoja de ruta muy interesante a la hora de aplicar de una manera contextualizada esos principios y a la hora de emprender diálogos interculturales que tengan en cuenta la diversidad indígena.

1. DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD: HACIA UN UNIVERSALISMO INCLUSIVO

1.1. *Exclusión de los pueblos indígenas de los principales instrumentos de derechos humanos*

El origen de los derechos humanos tal y como los conocemos hoy se remonta a las revoluciones liberales del siglo XVIII, en particular a la Revolu-

¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 61/295, de 13 de septiembre de 2007.

ción Francesa y su *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), el texto fundamental que se va a convertir en auténtico referente a partir de este momento para la evolución de los derechos humanos. Desde entonces, la cultura occidental fruto de la Modernidad y de la Ilustración ha tenido pretensiones de convertir esos derechos humanos surgidos en un determinado contexto en derechos humanos de alcance auténticamente universal. Ahora bien, esa pretensión de universalidad, según la opinión de María José Fariñas, descansa en realidad en un «mito occidental, un *a priori* o una ficción legitimadora que encierra una pretensión de dominación y de hegemonía mundial»². Lo que se describe como universal no deja de ser, básicamente, más que el intento de universalizar una concepción particular de los derechos humanos, legítima pero necesariamente particular. Esa concepción particular ha estado basada en el liberalismo político de signo marcadamente individualista y en el énfasis en los derechos civiles y políticos en detrimento de los derechos de carácter económico, social y cultural. Si realmente queremos llegar a un concepto universal de derechos humanos no podemos aceptar acríticamente la concepción occidental, sino abrir un proceso de diálogo en el que las diferentes cosmovisiones, incluyendo la indígena, puedan estar en disposición de plantear su propia y específica aproximación a los derechos humanos. Los derechos humanos tienen que ser reconceptualizados como multiculturales si queremos que se conviertan en un auténtico lenguaje común de la humanidad. Si no es así, y son concebidos como universales tal y como ha ocurrido hasta ahora, «los derechos humanos siempre serán un instrumento del *choque de civilizaciones* de Samuel Huntington, es decir, de la lucha de Occidente contra todos los demás»³.

El otro gran documento fundante de una concepción pretendidamente universal de los derechos humanos es la Declaración *Universal* de Derechos Humanos (la cursiva es mía), aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴. Ni la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos que aparece en la Declaración ni su mismo proceso de adopción

² FARIÑAS DULCE, M.J., «El Dios Universal y los Derechos Humanos», *El País*, lunes 25 de octubre de 2004, p. 16.

³ DE SOUSA SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», en GÓMEZ ISA, F. (dir.): *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 103.

⁴ Un completo estudio de la Declaración Universal se puede encontrar en ORAA, J. y GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

podemos decir que fueran mínimamente respetuosos con la diversidad que representan los pueblos indígenas. Su proceso de adopción estuvo completamente monopolizado por Estados, en particular aquéllos que dominaban la escena internacional tras la Segunda Guerra Mundial⁵, y no tuvo en cuenta las realidades locales y las diversas formas de abordar la protección de la dignidad humana en esos espacios locales. Debemos reconocer que algunos Estados no europeos fueron partícipes de las negociaciones conducentes a la Declaración Universal, pero no pusieron en cuestión las principales asunciones de una tradición liberal occidental que estaba en la misma base de la cultura de derechos humanos que imperaba en esos momentos. En esencia, el documento seminal de los derechos humanos en el siglo XX pretendió ofrecer «legitimación universal a una doctrina que era fundamentalmente eurocéntrica... Las filosofías y tradiciones no occidentales fueron marginadas, ya que la mayor parte de las sociedades asiáticas y africanas eran todavía colonias europeas, lo que les impidió participar en pie de igualdad en la elaboración de la Declaración Universal»⁶.

Varios países latinoamericanos jugaron un papel muy activo durante el proceso de discusión de la Declaración⁷, pero, sin embargo, ello no significó que las visiones de los pueblos indígenas estuvieran sobre la mesa⁸. Más bien, todo lo contrario; los pueblos indígenas no fueron tomados en cuenta en absoluto a la hora de discutir y negociar la filosofía inspiradora y el contenido de una Declaración que tenía pretensiones, nada más y nada menos, que de ser universal. Como señaló a este respecto el Jefe Cree Wilton Littlechild en su

⁵ El rol protagonista de los países más poderosos y la posición subordinada de los países y las sociedades del Sur es algo inherente y característico del proceso de aparición del Derecho Internacional desde sus mismos inicios. Un análisis crítico del Derecho Internacional como discurso hegemónico y como fuente de dominación se puede encontrar en RAJAGOPAL, B., *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁶ MUTUA, M., *Human Rights. A Political & Cultural Critique*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2002.

⁷ Sobre el papel desempeñado por los países de América Latina en el proceso de discusión y adopción de la Declaración ver GLENDON, M., «The Forgotten Crucible: the Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 2003, pp. 27 y ss.

⁸ No olvidemos que en mayo de 1948, varios meses antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aprobó, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, en la que tampoco encontramos ni una sola mención a los pueblos indígenas.

discurso ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 60 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

«en 1948 los pueblos indígenas no fueron incluidos en la Declaración Universal, no se consideraba que tuviéramos los mismos derechos que todos los demás. De hecho, no se nos consideraba ni seres humanos, ni pueblos... Los pueblos indígenas sencillamente no se beneficiaron de los derechos y libertades establecidos en la Declaración Universal»⁹.

Esta ausencia de los pueblos indígenas continuó con los principales tratados internacionales que vinieron a desarrollar los preceptos de la Declaración Universal. En este sentido, Bartolomé Clavero se ha referido a los pueblos indígenas como la «humanidad ausente»¹⁰, ya que han sido excluidos sistemáticamente de los procesos de discusión y adopción de los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En concreto, ni el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP, 1966), ni el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC, 1966), a pesar de que ambos contienen, en su artículo 1 común, una referencia expresa al derecho de los pueblos a la autodeterminación¹¹, contienen una sola alusión a los derechos de los pueblos indígenas. La única puerta abierta por la que han entrado algunas demandas indígenas ha sido mediante el reconocimiento que hace el artículo 27 del PIDCP de derechos a las personas

⁹ LITTLECHILD, W., «El triunfo de los pueblos indígenas es un triunfo para todo el mundo», en CHARTRES, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.): *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, IWGIA, Copenhague, 2010, p. 397.

¹⁰ CLAVERO, B., «De los ecos a las voces, de las leyes indigenistas a los derechos indígenas», en *Derechos de los Pueblos Indígenas*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 37.

¹¹ El artículo 1 común a los dos Pactos dispone que «todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural». La interpretación ortodoxa que se ha dado a este derecho durante mucho tiempo es que los únicos pueblos que podían reclamar la libre determinación eran los pueblos sometidos a dominación colonial, no los pueblos que conviven en el marco de Estados democráticos que respetan su singularidad. Para un análisis de la evolución del derecho de autodeterminación ver GÓMEZ ISA, F., «El derecho de autodeterminación en el Derecho Internacional contemporáneo», en *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2002, pp. 267-318; XANTHAKI, A., *Indigenous Rights and United Nations Standards. Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas¹². Los pueblos indígenas y sus derechos quedaron subsumidos dentro de la categoría de *minorías*, y el Comité de Derechos Humanos, órgano que vela por la adecuada implementación del PIDCP por parte de los Estados, ha resuelto varios casos en los que estaban involucradas comunidades indígenas bajo el paraguas del artículo 27 del Pacto. De todas maneras, esta situación estaba muy lejos de ser satisfactoria. En primer lugar, los propios pueblos indígenas han tratado insistentemente de no ser confundidos con las minorías. A pesar de que comparten algunas características derivada de su condición minoritaria en relación con la sociedad dominante, aunque en algunos contextos los indígenas constituyen la mayoría, lo cierto es que son dos realidades muy distintas que demandan una protección específica. Además, los derechos que vienen recogidos en el artículo 27 del Pacto son derechos de naturaleza individual, son derechos que se reconocen «a las personas que pertenezcan a dichas minorías», aunque se ejerciten «en común con los demás miembros de su grupo». En cambio, los pueblos indígenas están demandando derechos de carácter colectivo, derechos en los que su titular no es la suma de los individuos que pertenecen a un determinado grupo, sino el mismo grupo considerado colectivamente.

A pesar de que la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, en sus siglas en inglés) fue aprobada en 1965, lo cierto es que no es hasta los años 90 que el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial comenzó a prestar una atención específica a la discriminación sufrida por los pueblos indígenas¹³. Para abordar la naturaleza específica de la discriminación referida a los pueblos indígenas, el Comité aprobó en 1997 su Recomendación General XXIII. A juicio del Comité, esta discriminación tiene causas de carácter estructural y está anclada en las injusticias que históricamente han afectado a los pueblos indígenas, en particular la privación de sus tierras y recursos por parte de colonos, compañías privadas o Estados. Otros ámbitos esenciales para tratar de revertir los

¹² Como señala el artículo 27, «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

¹³ ALVAREZ MOLINERO, N., «The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the evolution of the concept of racial discrimination», en GÓMEZ ISA, F. and DE FEYTER, K. (eds.): *International Human Rights Law in a Global Context*, Deusto University Press, Bilbao, 2009, p. 362.

patrones de discriminación contra los pueblos indígenas son el respeto a su identidad cultural, sus lenguas y sus formas tradicionales de vida; la promoción de un desarrollo económico y social que sea sostenible y compatible con sus características culturales; su efectiva participación en la vida pública; y que las decisiones que les afecten no se tomen sin su consentimiento informado¹⁴. Fruto de esta creciente atención por parte del Comité a la discriminación contra los pueblos indígenas, debemos reconocer que actualmente los pueblos indígenas están utilizando cada vez más los diferentes mecanismos que el Comité pone a su disposición¹⁵.

Un tratado internacional que, probablemente porque fue redactado ya a finales de los años 80, sí prestó una especial atención a la realidad indígena es la Convención sobre los Derechos del Niño (1989). En concreto, hay dos disposiciones que hacen una referencia expresa a los menores indígenas y sus derechos. El artículo 29 de la Convención establece que la educación de las niñas y niños debe estar encaminada a inculcar el respeto «de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores...» y a «preparar al niño para asumir una vida responsable..., con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad entre los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y *personas de origen indígena*» (la cursiva es nuestra). Como vemos, hay un llamamiento explícito por parte de la Convención para respetar la identidad cultural de todos los menores, incluyendo los indígenas, y para fomentar la amistad y la tolerancia entre todos los pueblos. Pero el artículo más importante es el 30, ya que señala que

«en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma».

Como podemos comprobar, nos encontramos ante una disposición que nos recuerda al artículo 27 del PIDCP, ya que se reconocen a los menores indígenas derechos *individuales* a tener su propia vida cultural, profesar su propia

¹⁴ COMITÉ CERD: «Pueblos Indígenas», Recomendación General XXIII, A/52/18, Anexo V, 18 de agosto de 1997, paras. 3 y 4.

¹⁵ ÁLVAREZ MOLINERO, N., «The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination...», *op. cit.*, pp. 364 y ss.

religión o utilizar su idioma propio, derechos que se van a poder ejercer «en común con los demás miembros de su grupo». Es evidente que estamos ante un avance, ya que al menos se menciona expresamente a los menores indígenas, pero el reconocimiento de derechos sigue estando anclado todavía en una concepción individual de los mismos. Tendremos que esperar al Convenio 169 de la OIT (1989) y, sobre todo, a la Declaración de las Naciones sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007) para estar en presencia ya de derechos auténticamente colectivos, una de las principales demandas de los pueblos indígenas.

Hemos visto cómo los orígenes de los derechos humanos no tuvieron en cuenta la realidad de los pueblos indígenas; los principales instrumentos de derechos humanos que se aprobaron tras la Segunda Guerra Mundial fueron totalmente ciegos a sus demandas. Esta situación comienza a cambiar en los años 80, cuando la creciente visibilidad de los pueblos indígenas hace que empiecen a ser tenidos en cuenta, lo que va a traer un progresivo cuestionamiento de uno de los principales dogmas de los derechos humanos: su universalidad. El reto es cómo acomodar las demandas indígenas en un concepto de derechos humanos en cuya concepción dichos pueblos estuvieron ausentes. Además, alguno de los elementos de la cosmovisión indígena parece chocar con ciertos aspectos clave de la concepción ortodoxa de los derechos humanos. Nos encontramos en un momento interesante en el que tenemos que caminar hacia una concepción de los derechos humanos más abierta hacia la diversidad y hacia otras formas de entender la dignidad humana. En el fondo, se trata de abrir las puertas a una universalidad inclusiva¹⁶, una universalidad en la que, desde un diálogo intercultural sincero y abierto, podamos establecer los mínimos indispensables para una concepción transcultural de dignidad.

Uno de los cambios más significativos en el campo de los derechos en los últimos tiempos ha venido de la mano de la Constitución de Ecuador aprobada por la Asamblea Constituyente en 2008, una Constitución que introduce determinados conceptos que son fruto de las cosmovisiones in-

¹⁶ Universalidad *inculturada* la denomina Xabier Etxebarria, una universalidad que «emerge cuando se considera con seriedad que las formulaciones de derechos humanos están mediadas por las culturas», en ETXEBERRIA, X., «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS: *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Un Estudio Interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 385.

dígenas del país. El propio preámbulo de la Constitución parte del reconocimiento de las «raíces milenarias» de los distintos pueblos del país y de la enorme relevancia de la naturaleza, la *Pacha Mama*, «de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia». Además, los constituyentes proclaman su voluntad de construir «una nueva forma de convivencia..., en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*». En coherencia con estos elementos esenciales de la cosmovisión indígena, el capítulo segundo de la Constitución se consagra al reconocimiento de los «derechos del buen vivir», entre los que destacan el derecho al agua¹⁷, el derecho a la seguridad alimentaria¹⁸ o el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado¹⁹. Por último, lo que resulta más novedoso en este texto constitucional es el reconocimiento de «derechos de la naturaleza» en su capítulo séptimo, algo que supone un paradigma de derechos absolutamente nuevo y que podría concebirse como una contribución de las culturas indígenas al moderno constitucionalismo y, en general, al conjunto de la humanidad²⁰. Como señala el artículo 71 de la Constitución de Ecuador, «la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos». Lo más desafiante para la concepción clásica de los derechos humanos es que estos derechos de la naturaleza están «fuera de la sistemática homocéntrica occidental»²¹, al reconocer derechos a la propia naturaleza, no sólo a los humanos que viven en esa naturaleza. Son este tipo de aspectos los que tendrán que estar sobre la mesa en los diálogos interculturales que se tienen que producir para caminar hacia conceptos de derechos humanos más abiertos y más inclusivos.

Ya hemos visto cómo los pueblos indígenas han estado invisibilizados tanto en la esfera interna como en la esfera internacional durante siglos, lo

¹⁷ Artículo 12 de la Constitución de Ecuador.

¹⁸ Artículo 13.

¹⁹ Artículo 14.

²⁰ AYLWIN, J., «The Contribution of Indigenous Peoples' Legal Systems to International Human Rights Law: The Experience of Latin America», Paper presentado a la Conferencia Internacional *The Contribution of Non-Western Legal Systems to International Human Rights Law*, Bruselas, 13 y 14 de septiembre de 2010, p. 5.

²¹ IRIGOYEN, R., *El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2009, p. 10.

que ha hecho que no hayan podido aportar su propia concepción de los derechos humanos en pie de igualdad²². Esta injusticia histórica está tratando de ser restaurada en la actualidad²³. Una de las manifestaciones de este proceso de reparación a los pueblos indígenas es la creciente aceptación de las aportaciones de los pueblos indígenas al concepto universal de derechos humanos. A pesar de las inevitables tensiones que surgen en determinados aspectos, que hay que abordar con una perspectiva abierta a las críticas y a los cuestionamientos que vienen del exterior, las visiones indígenas en el campo de los derechos humanos pueden contribuir a enriquecer el debate y a convertir al concepto de derechos humanos en un concepto más abierto, más inclusivo y más intercultural²⁴.

A nivel interno, la mayor parte de las Constituciones de América Latina se han modificado para dar entrada a las demandas indígenas, lo que está abriendo la puerta a interesantes debates sobre el propio carácter de un Estado hasta entonces esencialmente monocultural y sobre el pluralismo jurídico allí donde conviven diferentes pueblos con diferentes realidades jurídicas y diferentes concepciones de la justicia²⁵. Estamos asistiendo en este sentido a un interesante proceso de sustitución del clásico *constitucionalismo liberal* del siglo XIX por un *constitucionalismo pluralista* que pugna por otorgar reconocimiento a la existencia de pueblos indígenas con un Derecho y una jurisdicción propia²⁶.

En la esfera internacional, los pueblos indígenas han dado pasos muy significativos, apropiándose del discurso de los derechos humanos para transmitir sus demandas y reivindicaciones. Este es un aspecto muy im-

²² A este respecto se puede consultar la interesante reflexión de MARTÍNEZ BRINGAS, A., «Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n° 24, 2003.

²³ GÓMEZ ISA, F., «El derecho de los pueblos indígenas a la reparación por injusticias históricas», en ÁLVAREZ MOLINERO, N.; OLIVA MARTÍNEZ, D. y GARCÍA-FALCES, N. (eds.): *La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2009, pp. 157-191.

²⁴ BREMS, E., *Human rights: universality and diversity*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2001.

²⁵ SALGADO J. (comp.): *Justicia Indígena. Aportes para un Debate*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.

²⁶ Ver al respecto la interesante contribución de Raquel Irigoyen y su distinción, dentro del marco del constitucionalismo pluralista, entre un *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), un *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005) y un *constitucionalismo plurinacional* (2006-...), en IRIGOYEN, R., *El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2009.

portante, ya que los propios pueblos indígenas han considerado que el discurso de los derechos es un discurso que cuenta con un potencial liberador suficiente como para poder convertirse en una herramienta para la defensa de su dignidad. Evidentemente, esta aceptación de los derechos humanos como marco de discusión supone que esos mismos pueblos indígenas van a tener que estar dispuestos a abrir sus cosmovisiones al contraste con los estándares normativos internacionales en materia de derechos humanos. No debemos olvidar que éste es el objetivo esencial de este análisis, ver cuáles son las aportaciones de los pueblos indígenas a una concepción universal de los derechos y, a su vez, interpelar a los pueblos indígenas y analizar sus normas y sus tradiciones a la luz de las normas internacionales de derechos humanos. Esto sólo se puede llevar a cabo desde el respeto y el profundo conocimiento de la realidad indígena y desde un sincero y abierto diálogo intercultural.

Desde un Convenio 107 de la OIT (1957) que estaba instalado todavía en un paradigma integracionista y asimilacionista de los pueblos indígenas en la sociedad dominante, a la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), pasando por la adopción del Convenio 169 de la OIT (1989), han pasado muchas cosas, entre otras el progresivo empoderamiento indígena a través de lo que se ha dado en llamar la *emergencia indígena*²⁷. Lo cierto es que los pueblos indígenas se han convertido en actores muy relevantes tanto dentro de sus países como en el ámbito internacional y han utilizado el discurso de los derechos humanos para vehicular sus principales demandas. La principal virtualidad de la recientemente aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es que ha contado, desde su gestación, con una amplia participación indígena. Por ello, la Declaración es un buen termómetro para conocer cuál es el punto de vista indígena sobre determinadas cuestiones clave en el campo de los derechos humanos: el debate en torno a los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos medioambientales, el derecho a la tierra, al territorio y a los recursos naturales, el derecho de autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo...

²⁷ BENGOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2007. En la misma línea, STAVENHAGEN, R., «Las organizaciones indígenas: actores emergentes en América Latina», *Revista de la CEPAL*, n° 62, agosto 1997, pp. 61-73.

1.2. *Una universalidad contestada*

En los últimos tiempos estamos asistiendo al surgimiento de reacciones a la universalidad de los derechos humanos, por lo que podemos decir que dicha universalidad está siendo contestada. En la actualidad «el carácter universal de la idea de los derechos humanos (...) comienza a presentar síntomas de crisis»²⁸, con críticas desde muy diversos sectores hacia esa pretendida universalidad de los derechos humanos²⁹. Los cuestionamientos provienen fundamentalmente del mundo islámico, de los países del denominado Tercer Mundo y de los pueblos indígenas, quienes consideran a los derechos humanos como una idea predominantemente occidental y que no responde a sus demandas actuales, a sus necesidades y a su forma de ver el mundo y el papel de los seres humanos en él.

Las espadas siguen en alto, como se ha puesto de manifiesto en la última gran cita que a nivel internacional se ha celebrado sobre la materia de los derechos humanos. Nos estamos refiriendo a la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos que se celebró en Viena en junio de 1993 convocada por las Naciones Unidas. Sin ninguna duda el tema central de la Conferencia de Viena giró en torno a la consideración de si los derechos humanos son universales, es decir, aplicables en todos los países de la comunidad internacional de la misma manera o si, por el contrario, tienen que ser entendidos a la luz de las diferentes circunstancias históricas, culturales, religiosas... Dos teorías pugnan respecto a este tema, la teoría universalista y la teoría del relativismo cultural. Las posturas estaban bastante alejadas, ya que mientras que los países occidentales defendían la universalidad de los derechos humanos, los países islámicos, una parte importante del tercer mundo y los pueblos indígenas eran firmes partidarios de la contextualización de los derechos humanos, considerando la teoría de la universalidad como una nueva forma de colonialismo³⁰, esta vez en forma de derechos humanos. Lo cierto

²⁸ GROS ESPIELL, H., *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, Madrid, 1988, p. 291

²⁹ Sobre el tema de la universalidad de los derechos humanos y sobre la teoría opuesta del relativismo cultural ver el interesante ensayo de DUNDES RENTELN, A., *International Human Rights. Universalism Versus Relativism*, Sage Publications, London, 1990.

³⁰ Debemos reconocer que la idea de derechos humanos tiene ciertas reminiscencias coloniales. Al igual que ocurre con el colonialismo, «el discurso sobre los derechos humanos contiene asunciones implícitas acerca de la naturaleza de las sociedades civilizadas y de las sociedades atrasadas...

es que tras los acalorados debates en torno a esta espinosa cuestión las conclusiones a las que se llegaron no la zanjaron definitivamente, ya que, como vamos a ver a continuación, la Declaración Final de la Conferencia de Viena es extremadamente ambigua en cuanto al problema de la universalidad de los derechos humanos³¹. En la Declaración Final de la Conferencia se llegó a una suerte de consenso que, aunque sigue sin resolver la cuestión de fondo, por otro lado deja la puerta abierta a las particularidades y la diversidad a la hora de interpretar los derechos humanos. Debemos reconocer que encontrar una solución definitiva a esta cuestión quizás sea una tarea no sólo imposible sino tampoco deseable, ya que la situación actual permite una cierta flexibilidad que, si se gestiona adecuadamente, puede abrir las puertas a la reconstrucción y el enriquecimiento continuo y permanente del concepto de derechos humanos³². Como se sostiene en la *Declaración de Viena*, tras

La práctica de los derechos humanos está muy condicionada por una concepción colonial de la cultura», en ENGLE MERRY, S., *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Justice*, The University of Chicago Press, Chicago, 2006, p. 226. En la misma línea se puede consultar MUTUA, M., «Savages, Victims, and Saviors: the Metaphor of Human Rights», *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, 2001, pp. 201-245. Para este autor, la forma como el discurso dominante ha construido los derechos humanos «forma parte del proyecto colonial que va de la mano de los misioneros cristianos, los mercaderes y los administradores coloniales», en MUTUA, M., «The Transformation of Africa. A Critique of the Rights Discourse», en GÓMEZ ISA, F. and DE FEYTER, K. (eds.): *International Human Rights Law in a Global Context*, Deusto University Press, Bilbao, 2009, p. 901.

³¹ Una muestra palpable de que las posiciones estaban bastante alejadas entre sí se puede obtener si se comparan los documentos finales de las Reuniones Regionales preparatorias de la Conferencia Mundial de Viena. La primera fue la Reunión Regional para África, celebrada en Túnez del 2 al 6 de noviembre de 1992, *Informe de la Reunión Regional para África de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, A/CONF.157/AFRM/14, de 24 de noviembre de 1992. La segunda fue la Reunión Regional para América Latina y El Caribe, *Aprobación de los Documentos Finales y/o Declaración de la Reunión Regional para América Latina y El Caribe*, A/CONF.157/LACRM/12/Add.1, de 22 de enero de 1993. La tercera fue la Reunión Regional para Asia, *Informe de la Reunión Regional para Asia de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, A/CONF.157/ASRM/8, de 7 de abril de 1993. La Unión Europea, por su parte, también celebró su reunión preparatoria de la Conferencia, *Nota verbal de 23 de abril de la Misión Permanente de Dinamarca (en nombre de la Comunidad Europea) ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra*, A/CONF.157/PC/87, de 23 de abril de 1993.

³² En este sentido, es útil la distinción que hace Xabier Etxebarria entre una universalidad de los derechos humanos «de partida», una universalidad «de llegada» y una universalidad «de recorrido constante». Creo que es esta última versión de la universalidad la que mejor encaja con la situación actual, una situación en la que los pueblos indígenas quieren participar en la construcción y reconstrucción permanente del concepto de derechos humanos. Y ello va a tener que suponer cesiones y cuestionamientos desde todos los ámbitos.

proclamar en su primer párrafo que el carácter universal de los derechos humanos «no admite dudas»,

«todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (...). Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales»³³.

Podemos comprobar claramente cómo en este ambiguo párrafo no se toma partido abiertamente ni por la universalidad de los derechos humanos ni por la teoría del relativismo cultural; se trata de contentar, en la medida de lo posible, a los defensores de ambas posturas. Y es que, como ya hemos comentado, en las sesiones de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos se demostró claramente que las posturas estaban muy enfrentadas y el consenso estaba todavía muy lejos de conseguirse³⁴.

La única vía mediante la cual va a ser posible, si existe voluntad política por parte de los diferentes Estados y actores involucrados en el debate, lograr la universalidad de por lo menos los derechos humanos más fundamentales es la apertura de un diálogo intercultural³⁵ sincero y abierto entre los Estados occidentales y los Estados y actores que se muestran más inclinados a un cierto relativismo cultural. Ambos grupos van a tener que dejar de lado dogmas y posturas preconcebidas para estar dispuestos, a partir de ese diálogo, a ceder en parte de sus pretensiones. En este sentido, el sistema internacional de protección de los derechos humanos se tiene que concebir como un sistema en progreso constante al cual las diferentes sociedades y grupos tienen derecho a contribuir³⁶. Como

³³ *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, Parte I, párr. 5

³⁴ Sobre el tema de la universalidad de los derechos humanos en la Conferencia de Viena y en la Declaración Final ver VILLAN DURAN, C., «Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI, n° 2, 1994, pp. 505-532.

³⁵ ETXEBERRIA, X., «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS: *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Un Estudio Interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 385.

³⁶ ZELEZA, P., «The struggle for human rights in Africa», en ZELEZA, P., MCCONNAUGHAY, P. (eds.): *Human rights, the rule of law, and development in Africa*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004, p. 15.

se ha señalado acertadamente, «para incrementar su legitimidad, la emergente concepción universal de los derechos humanos tiene que basarse en las peculiaridades culturales de cada sociedad»³⁷. Es decir, si el discurso global de los derechos humanos quiere ser relevante a nivel local tiene que mostrarse abierto al acomodo razonable de la pluralidad inherente que está presente en contextos locales como los indígenas. En este sentido, «no existe contradicción entre el mantenimiento de los derechos humanos como un lenguaje global y el permitir ciertas variaciones de sus contenidos para que sean lo más relevantes posible en escenarios locales»³⁸. La Declaración Universal de Derechos Humanos fue una respuesta a las circunstancias específicas que reinaban tras la Segunda Guerra Mundial hace más de 60 años. Si queremos que la idea de derechos humanos presente en la Declaración responda a los desafíos actuales que se manifiestan en contextos locales, necesita abrirse a la pluralidad y crear espacios para la expresión y el acomodo de la diversidad cultural³⁹. La pluralidad y la diversidad tienen que ser vistas no como una amenaza sino como un valor añadido al siempre inacabado proceso de construcción de derechos humanos universales y trans-culturales. Como ha señalado al respecto Rafael de Asís, «la atención a la dimensión cultural es una exigencia de toda teoría que parte de la defensa de la idea de sujeto moral y quiera ser coherente con ella»⁴⁰.

Es muy difícil, por no decir imposible, considerar la idea de los derechos humanos en abstracto, dado que su(s) significado(s), en plural, necesariamente tienen que ser concebidos como contextuales y relativos. Dicha idea de derechos humanos es esencialmente contingente, dinámica y abierta a una evolu-

³⁷ IBHAWOH, B., «Restraining universalism: Africanist perspectives on cultural relativism in the human rights discourse», en ZELEZA, P., MCCONNAUGHAY, P. (eds.): *Human rights, the rule of law, and development in Africa, op. cit.*, p. 28.

³⁸ DE FEYTER, K., «Localising Human Rights», en BENEDEK, W.; DE FEYTER, K. and MARRELLA, F. (eds.): *Economic Globalization and Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 71.

³⁹ Incluso en la relativamente homogénea Europa la diversidad ha desempeñado un papel fundamental en la forma en la que los diferentes países europeos, con tradiciones políticas y jurídicas muy distintas, han incorporado las principales disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en sus ordenamientos jurídicos internos y han tratado de materializar los derechos allí reconocidos. Ver un análisis muy interesante sobre el rol e impacto de la DUDH en los 27 países miembros de la Unión Europea en JAICHAND, V. and SUKSI, M. (eds.): *60 Years of the Universal Declaration of Human Rights in Europe*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2009.

⁴⁰ DE ASIS, R., «Sobre la interpretación de la Constitución en una sociedad multicultural», *Papeles El Tiempo de los Derechos*, nº 6, 2010, p. 7.

ción, a un cambio, y a una transformación constantes⁴¹. A este respecto, «más que ver la universalidad o el relativismo cultural como alternativas sobre las cuales hay que tomar una opción definitiva, deberíamos ver las tensiones entre estas posiciones como parte del continuo proceso de negociación entre normas locales y globales siempre en cambio y en permanente interrelación»⁴².

Para que los derechos humanos resuenen en espacios locales, las voces de «los diferentes» tienen que ser escuchadas y comprendidas⁴³. Si las normas y principios universales se tienen que aplicar en contextos locales, necesitan pasar por un complejo proceso de *contextualización*, un proceso de adaptación a las circunstancias locales. La contextualización y la adaptación necesitan de procesos de *traducción cultural* de ideas globales como los derechos humanos en marcos de sentido y de significado locales. La antropóloga Salle Engle Merry ha estudiado en detalle tanto las dificultades como el potencial de estos procesos de traducción. En primer lugar, las ideas e instituciones de derechos humanos «necesitan ser enmarcados en imágenes, en símbolos, en narrativas y en lenguajes que suenen familiares a las comunidades locales». Además, también necesitan «ser adaptados a las condiciones estructurales del lugar donde se van a aplicar, incluyendo los sistemas políticos, las realidades económicas y las relaciones familiares»⁴⁴. Lo local, lo indígena en nuestro caso, y lo global, los derechos humanos proclamados internacionalmente, «coexisten y se entremezclan en el proceso multicultural contemporáneo de producción de valores y normas universales»⁴⁵. En este sentido, asistimos a una tensión creativa permanente entre los procesos globales de elaboración de normas de derechos humanos, al cual se han sumado con cierto éxito en las últimas décadas los propios pueblos indígenas, y los procesos locales de apropiación de dichas normas para que éstas tengan algún grado de relevancia a nivel local. Para que los derechos humanos tengan algún significado y puedan jugar algún papel

⁴¹ GOODALE, M., «Locating rights, envisioning law between the global and the local», in GOODALE, M. and ENGLE MERRY, S. (eds.): *The Practice of Human Rights. Tracking the Law Between the Global and the Local*, Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 25 y 26.

⁴² COWAN, J.K.; DEMBOUR, M-B. and WILSON, R. (eds.): *Culture and Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 6.

⁴³ Ver al respecto las interesantes perspectivas que aparecen en TWINNING, W. (ed.): *Human Rights, Southern Voices*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

⁴⁴ ENGLE MERRY, S., *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Justice*, The University of Chicago Press, Chicago, 2006, p. 220.

⁴⁵ BAXI, U., *The Future of Human Rights*, Oxford University Press, New Delhi, 2006 (2nd edition), p. 242.

van a necesitar una «traducción a términos locales y tener en cuenta en todo momento los contextos locales de poder y de significado»⁴⁶. En este delicado proceso es fundamental el papel que despliegan los denominados *intermediarios* o *traductores culturales*, actores que navegan entre los espacios locales y los espacios globales y que tienen la capacidad de manejar y de entender aspectos centrales de las cosmovisiones locales⁴⁷. Estos intermediarios suelen ser individuos, grupos u organizaciones que se mueven constantemente entre los espacios locales y los espacios globales, como ocurre con los nuevos dirigentes indígenas que, en contacto con organizaciones transnacionales de defensa de los derechos indígenas, activistas y académicos, han contribuido a forjar alianzas para vehicular las demandas indígenas hacia espacios transnacionales de discusión y adopción de normas como las Naciones Unidas⁴⁸. En este sentido, el proceso de adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que se ha demorado más de 20 años, es un ejemplo bastante ilustrativo de lo fértil que pueden llegar a ser este tipo de alianzas y complicidades entre actores con legitimidades locales y procesos globales que tomen en cuenta las realidades locales.

1.3. *Hacia una auténtica cultura universal de los derechos humanos*

El actual proceso de globalización es un proceso que ha sido calificado como «paradójico» ya que, al mismo tiempo que está generando un impacto muy negativo para los pueblos indígenas desde el punto de vista económico y cultural, «se ha convertido en el principal espacio y vehículo para la difusión de los derechos de los pueblos indígenas»⁴⁹. Este paradójico proceso está

⁴⁶ ENGLE MERRY, S., *Human Rights and Gender Violence...*, op. cit., p. 1.

⁴⁷ En la segunda parte de este estudio vamos a ver el rol esencial que han jugado los peritos antropólogos expertos en cuestiones indígenas para hacer entender tanto a la Corte Constitucional de Colombia como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos los elementos fundamentales de las cosmovisiones indígenas que eran relevantes para la resolución de determinados casos que involucraban discusiones relevantes para los derechos humanos. Una perspectiva crítica acerca de su papel en ARIZA, L.J., *Derecho, Saber e Identidad Indígena*, Tesis doctoral, Universidad de Deusto, 2009.

⁴⁸ Ver las interesantes reflexiones sobre estos nuevos dirigentes indígenas en BENGOA, J., *La emergencia indígena en América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2007, pp. 89 y ss.

⁴⁹ BELLO, A., «Globalización y Pueblos Indígenas», *El Observador*, Boletín n° 2, junio de 2006, p. 4.

abriendo algunas oportunidades para la extensión de una verdadera concepción multicultural y cosmopolita de los derechos humanos, en la que la cosmovisión indígena tiene un papel muy relevante que desempeñar. En último término, de lo que se trata es de caminar hacia lo que Boaventura de Sousa denomina una *globalización desde abajo*⁵⁰, una globalización contrahegemónica y alternativa⁵¹ en la que los protagonistas sean los movimientos y actores sociales de todo tipo que siguen pensando, como en el Foro Social Mundial, que *Otro mundo es posible*. Como señala este autor, las actividades que surgen de esta globalización cosmopolita incluyen, entre otras muchas, «diálogos y organizaciones Sur-Sur, nuevas formas de internacionalismo proletario, redes transnacionales de grupos de mujeres, organizaciones indígenas y de derechos humanos, servicios legales alternativos transfronterizos, solidaridad anticapitalista Norte-Sur, ONGs de carácter transformador, redes de grupos que trabajan por un desarrollo alternativo y sostenible, movimientos literarios, artísticos y científicos en la periferia del sistema mundial en busca de valores culturales alternativos y no imperialistas...»⁵².

En este contexto, el gran reto al que nos enfrentamos es cómo conseguir la afirmación de las propias identidades culturales en un mundo global y su inserción en un proceso de enriquecimiento mutuo entre las diferentes culturas y cosmovisiones para poder llegar realmente a la construcción de un concepto multicultural y cosmopolita de derechos humanos y democracia. Para tratar

⁵⁰ DE SOUSA SANTOS, B. and RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.A. (eds.): *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005. Ver en la misma línea RAJAGOPAL, B., *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

⁵¹ Sobre el papel de los pueblos indígenas en esta globalización alternativa y cómo ella puede alumbrar nuevos reconocimientos y nuevas prácticas en relación con los mismos, ver DARIO CORREA, H., «Derechos indígenas, globalización y derechos humanos: el reto del reconocimiento de la diversidad cultural en América Latina», en AYLWIN O., J. (ed.): *Derechos Humanos y Pueblos Indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Indígenas-Universidad de La Frontera, Temuco-Chile, 2004, pp. 140 y ss. Una crítica del proceso de reconocimiento de derechos si éste no va acompañado de ciertos cambios en la estructura y en la naturaleza del Estado figura en ÁLVAREZ MOLINERO, N., «From the theory of discovery to the theory of recognition of indigenous rights: conventional international law in search of homeopathy», en MECKLED-GARCÍA, S. and ÇALI, B. (eds.): *The Legalization of Human Rights. Multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*, Routledge, London, 2006, pp. 165-180.

⁵² DE SOUSA SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos», en GÓMEZ ISA, F. (dir.): *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 101.

de enfrentar con un mínimo grado de éxito este reto creo que son necesarios algunos requisitos básicos:

1.3.1. Hacia un concepto abierto y dinámico de cultura

En primer lugar, es necesaria una aproximación crítica y lo más objetiva posible a la propia cultura, partiendo del presupuesto de la ausencia de plenitud de toda cultura. Como señala en este sentido Boaventura de Sousa, «el reconocimiento de las debilidades y las ausencias de plenitud recíprocas es una *conditio sine quae non* para un diálogo intercultural»⁵³. De todas formas, una dificultad objetiva a la hora de dialogar con la cultura occidental acerca de los derechos humanos y la democracia es precisamente su falta de modestia cultural. La modernidad occidental está tan orgullosa de haber «descubierto» los derechos humanos que tiene serias dificultades para embarcarse en un proceso de diálogo que pueda cuestionar alguno de los presupuestos esenciales de su concepción sobre los derechos humanos. El creer tener el *copyright* de los derechos humanos y la democracia no sitúa a la cultura occidental en una buena disposición para un auténtico diálogo. Como ha señalado al respecto Asier Martínez Bringas, «sólo desde la ductilidad de una tradición liberal dispuesta a dialogar por la consecución de un nuevo pacto intercultural de derechos humanos será posible localizar y situar realmente la universalidad de éstos»⁵⁴. Ahora bien, esta apertura y ductilidad que se reclama a la concepción occidental de los derechos humanos va a tener que estar presente también en los pueblos indígenas que se quieran embarcar en este proceso de diálogo.

Uno de los principales obstáculos a este proceso de apertura cultural para dotar de legitimidad al discurso global de los derechos humanos es la tendencia a considerar las culturas y las prácticas locales como invariablemente herméticas, estáticas y contrarias a los derechos humanos universales. Estos argumentos se basan en una concepción muy estrecha y limitada de cultura, una concepción basada muchas veces en la arrogancia cultural (cuando no ignorancia) de Occidente que corre el riesgo de estigmatizar y demonizar ciertas prácticas culturales calificándolas como bárbaras y opuestas al progreso y a la

⁵³ DE SOUSA SANTOS, B., «Hacia una concepción multicultural...», *op. cit.*, p. 111.

⁵⁴ MARTÍNEZ BRINGAS, A., «Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 24, 2003, p. 71.

civilización⁵⁵. En cambio, cuando hacemos un esfuerzo por comprender plenamente realidades locales que por definición son complejas, la concepción de cultura se convierte en mucho más maleable, heterogénea, híbrida y dinámica. La cultura está más cerca de ser un concepto mestizo que un concepto esencialista. De acuerdo con determinados estudios antropológicos que han venido a cuestionar determinadas asunciones del discurso de derechos humanos políticamente correcto, «la cultura no es una influencia totalizadora, sino un campo en constante transformación»⁵⁶, como veremos cuando abordemos ciertas cosmovisiones indígenas; la cultura es permeable, abierta a influencias tanto internas como externas en un proceso constante de evolución y cuestionamiento. Según esta concepción, la cultura es un recurso para el cambio, no sólo una barrera insuperable para los derechos humanos universales⁵⁷. Algunas prácticas culturales locales, basadas en valores comunitarios y en un sentido básico de solidaridad, justicia social y complementariedad entre los miembros del grupo, tienen un enorme potencial para la realización de los derechos humanos básicos. Queda todavía un gran trabajo por hacer en el proceso de determinación de hasta qué punto ciertas prácticas y arreglos culturales y comunitarios (desde los conocimientos tradicionales indígenas en el campo de la salud o la seguridad alimentaria hasta los sistemas comunitarios de tenencia de la tierra, pasando por los métodos tradicionales de resolución de conflictos y de aplicación de la justicia indígena) constituyen elementos positivos para una concepción omnicompreensiva de los derechos humanos y su realización. En el fondo, todo el proceso de traslación y adaptación de derechos humanos globales en escenarios locales no pretende poner en cuestión el carácter universal del núcleo esencial de los derechos humanos, como veremos en el segundo capítulo, sino enriquecer dicho núcleo esencial con las visiones que vienen desde abajo.

1.3.2. Participación de la sociedad civil

En segundo lugar, la participación de la sociedad civil en el diálogo intercultural es otro elemento importante para poder elaborar un auténtico

⁵⁵ MUTUA, M., *Human Rights. A Political & Cultural Critique*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2002, p. 155.

⁵⁶ KECK, M.E. and SIKKINK, K., *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, Ithaca, 1998, p. 211.

⁵⁷ ENGLE MERRY, S., *Human Rights and Gender Violence...*, *op. cit.*, p. 9.

concepto multicultural de derechos humanos. En ocasiones, los Gobiernos se erigen en los únicos interlocutores y secuestran voces críticas que proceden de sectores de trabajan directamente en el ámbito de los derechos humanos y la lucha democrática. Esta ha afectado especialmente a los pueblos indígenas, quienes en muy raras ocasiones se han sentido representados por las posiciones de sus Estados en los espacios internacionales de discusión y negociación. Una experiencia interesante en este sentido son los Foros Sociales Mundiales y Regionales (Porto Alegre, Bombay, París, Londres...) que se están celebrando en los que se reúnen organizaciones de diferentes partes del mundo que trabajan en diferentes ámbitos (ecología, derechos de las mujeres, sindicalismo, derechos de los pueblos indígenas...) y que están tratando de elaborar un discurso común en torno al famoso lema *Otro Mundo es Posible*⁵⁸. Me parece un ejercicio interesante de diálogo intercultural promovido desde movimientos sociales de base. El reto es cómo articular esas reflexiones y que sirvan como expresión de lo que la emergente sociedad civil cosmopolita piensa sobre los derechos humanos y la democracia.

1.3.3. Derecho a la diferencia y a la diversidad

Un último aspecto que debe estar presente en todo diálogo intercultural es el derecho a la diferencia y a la diversidad⁵⁹. Cuando nos referimos a los intentos de elaborar un concepto universal de derechos humanos y democracia no estamos pensando en un concepto homogéneo y unidireccional, sino que una verdadera concepción multicultural de los mismos tiene que generar espacios para la diferencia y la diversidad⁶⁰. Puede haber ciertos aspectos en los que se puedan encontrar consensos más o menos universales; pero también pueden existir ámbitos en los que lo único que se puede hacer es aceptar y tolerar la diferencia, aceptar que somos diferentes y que tenemos diferentes marcos de sentido y diferentes maneras de acercarnos a los derechos humanos

⁵⁸ GEORGE, S., *Otro Mundo es Posible si...*, Intermon-Oxfam, Barcelona, 2003.

⁵⁹ PALERMO, F., «Soluciones jurídicas a sociedades complejas: el derecho de la diversidad», en RUIZ VIEYTEZ, E.J. (dir.): *Derechos Humanos y Diversidad. Nuevos desafíos para las sociedades plurales*, Alberdania, Zarautz, 2008, pp. 75-98.

⁶⁰ Ver al respecto el interesante y provocador ensayo de MARTÍNEZ DE BRINGAS, A., «Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad», en BERRAONDO, M. (coord.): *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 85-105.

y la democracia⁶¹. En este sentido, podemos defender que las personas y los pueblos tienen derecho a la igualdad cuando la diferencia les discrimina, pero tienen derecho a la diferencia cuando la igualdad pone en peligro su identidad. El reto es cómo generar espacios de diálogo intercultural en los que puedan convivir armoniosamente igualdad y diferencia. No son términos antitéticos, sino que se complementan mutuamente en una relación no siempre exenta de conflictos.

2. EL ACOMODO DE LA DIVERSIDAD INDÍGENA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Acabamos de ver que uno de los retos contemporáneos más importantes para una cultura universal de derechos humanos es la generación de espacios para un acomodo razonable de la diversidad. En los últimos años, tanto la Corte Constitucional de Colombia como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido pioneras en abrir el concepto y la práctica de los derechos humanos a las aportaciones desde las cosmovisiones indígenas. En este capítulo vamos a ver la forma como estas dos instancias judiciales han ido incorporando la diversidad indígena, contribuyendo así al enriquecimiento y a la contextualización de un concepto de derechos humanos que necesariamente tiene que ser abierto y dinámico.

2.1. *Tensión entre los derechos humanos y la diversidad*

La propia Corte Constitucional colombiana, cuando se ha enfrentado a casos relacionados con los derechos indígenas, inicia sus reflexiones constatando que «existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales... el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los

⁶¹ Ver al respecto ZAMBRANO, C.V., *Derechos, Pluralismo y Diversidad Cultural*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2006.

valores de una ética universal». Para la Corte, el reto es encontrar fórmulas interpretativas en virtud de las cuales se respete la especificidad cultural pero, al mismo tiempo, se defiendan «unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones»⁶². Debemos reconocer que esta tensión se encuentra frecuentemente cuando se pretenden contrastar determinadas costumbres y prácticas tradicionales indígenas a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha enfrentado al mismo dilema, optando por una línea interpretativa en la que, si bien se atiende a los requerimientos de la diversidad, ésta no puede llegar a poner en cuestión ciertos derechos fundamentales de carácter universal. Como señalaron varios jueces en la famosa sentencia *Awas Tingni* contra Nicaragua, «la atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional». Ahora bien, prosiguen estos jueces, «la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la *diversidad* cultural..., rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado *relativismo* cultural»⁶³. Es decir, se abre la puerta a la diversidad cultural, pero el alcance de la diversidad no puede ser absoluto, ya que cuenta con determinados límites que vienen derivados de las normas básicas en materia de derechos humanos.

En principio, existe una aceptación bastante generalizada de esta línea interpretativa que defiende que hay ciertos límites a la diversidad étnica derivados de los derechos humanos universales. No es otro el tenor de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (1989) que regulan el status y la aplicación de las costumbres y el derecho consuetudinario indígena. El artículo 8.2 de este

⁶² Sentencia T-254/94, de 30 de mayo de 1994, para. 10. Como ha señalado la Corte en otra interesante sentencia que ventilaba cuestiones relacionadas con la diversidad indígena, la interpretación que hay que dar a la Constitución es que «no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional», Sentencia C-139/96, de 9 de abril de 1996, para. 6.2.2.

⁶³ «Voto razonado conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli», en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, n° 79, para. 14.

Convenio reconoce el derecho de los pueblos indígenas «de conservar sus costumbres e instituciones propias, *siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*» (la cursiva es nuestra). Además, el párrafo 3 de este mismo artículo 8 subraya que «la aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes». Es decir, además de la adscripción étnica de la que gozan las personas indígenas, éstas ostentan también la condición de ciudadanía, ya que gozan de todos y cada uno de los derechos y obligaciones que les son reconocidos a los ciudadanos de ese país. Los indígenas asumen una posición intersticial, ya que «pueden ejercer tanto sus derechos de ciudadanía general como aquéllos que se les otorgan en tanto miembros de una comunidad indígena»⁶⁴.

La mayor parte de las Constituciones que reconocen jurídicamente la diversidad étnica asumen, en línea con el Convenio 169, que hay límites al despliegue de dicha diversidad. La Constitución de México, por ejemplo, en su artículo 2, «garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:... II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes». Como vemos, se hace referencia a la Constitución y a las garantías individuales y los derechos humanos como límite a la autonomía normativa y jurisdiccional de los pueblos indígenas. Es interesante también la novedosa referencia que se hace en este artículo 2 a «la dignidad e integridad de las mujeres», un criterio que no aparece en otros textos constitucionales y que plantea otro dilema a la hora de abordar los derechos humanos desde determinadas cosmovisiones indígenas, como es el caso de la relación entre mujeres y hombres en contextos indígenas⁶⁵.

⁶⁴ ARIZA, L.J., «Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n° 30, 2004, p. 54.

⁶⁵ Ver al respecto VÁZQUEZ GARCÍA, N., «¿Complementariedad o subordinación? Distintas maneras de entender la relación entre mujeres y hombres en el mundo indígena», en BERRAONDO, M. (coord.): *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos...*, op. cit., pp. 293-309.

En el caso de la Constitución de Colombia de 1991, tras proclamar en su artículo 7 que «el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana», dedica un artículo al derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia, lo que se conoce como la *jurisdicción especial indígena*. Es el artículo 246 el que señala que «las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, *siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República*» (la cursiva es nuestra). Vemos cómo se establecen la Constitución y las leyes como límite expreso a las normas y procedimientos de los propios pueblos indígenas. Ahora bien, dependiendo del alcance que se otorgue a estos límites, el principio del pluralismo jurídico tendrá mayor o menor virtualidad, ya que si son todas las disposiciones constitucionales y todas las leyes las que se establecen como límite a la autonomía normativa y jurisdiccional de los pueblos indígenas, dicha autonomía quedaría en todo momento en manos del Estado. Ha sido la Corte Constitucional la que ha venido a clarificar el alcance de dichas limitaciones en una sentencia bastante progresiva que ha proclamado como principio interpretativo a la hora de calibrar la extensión de la autonomía normativa y jurisdiccional indígena el principio de la *maximización de la autonomía indígena*. En opinión de la Corte, dado que «sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural», hay que establecer como criterio interpretativo la «maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía»⁶⁶. En coherencia con este principio, los límites a las facultades jurisdiccionales de las comunidades indígenas se tienen que interpretar restrictivamente y a la luz del principio de la diversidad cultural. Como señala la Corte a este respecto, «si bien la Constitución se refiere de manera general a «la Constitución y la ley» como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento de la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico»⁶⁷.

El reconocimiento del principio de la diversidad cultural y de la maximización de la autonomía indígena adquiere una especial intensidad cuando de lo

⁶⁶ Sentencia T-349/96, de 8 de agosto de 1996, para. 2.2.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 2.3.

que se trata es de relaciones internas a la propia comunidad, es decir, cuando todos los elementos que definen a una determinada situación pertenecen a una comunidad indígena: tanto el autor de la conducta como el sujeto pasivo son de la comunidad, y los hechos han tenido lugar dentro del ámbito territorial de dicha comunidad. En este caso, los límites a la autonomía indígena deben ser mínimos, ya que lo que está en juego es básicamente «la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo»⁶⁸. Es en este contexto que la Corte Constitucional realiza unas afirmaciones que van a ser trascendentales para abordar las tensiones que inevitablemente se producen entre el principio de la diversidad cultural y el principio del respeto a los derechos fundamentales del ser humano. A juicio de la Corte, los límites a las formas en las que se ejerce el control interno por parte de la comunidad deben ser «los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra *los bienes más preciados del hombre*» (la cursiva es nuestra). Es interesante la introducción de esta referencia a «los bienes más preciados del hombre», ya que parece estar apuntando a ese mínimo absolutamente fundamental que ninguna cultura, ni en sus propias relaciones internas, estaría facultada a rebasar. La Corte va a tratar de concretar y precisar con una enorme cautela ese concepto dando algunos ejemplos de esos derechos que considera intocables en cualquier circunstancia. En su opinión, «este núcleo de derechos intangibles incluiría *solamente*⁶⁹ el *derecho a la vida*, la *prohibición de la esclavitud* y la *prohibición de la tortura*»⁷⁰ (la cursiva es nuestra). A estos derechos añade la Corte el de «la *legalidad en el procedimiento* y, en materia penal, la *legalidad de los delitos y las penas*»⁷¹ (la cursiva es nuestra), ya que el artículo 246 de la Constitución exige de manera taxativa que el juzgamiento en las comunidades indígenas se haga «de conformidad con sus propias normas y procedimientos», lo que presupone la existencia de dichas normas y procedimientos con anterioridad al enjuiciamiento de las conductas. Aquí es interesante la interpretación en clave intercultural que hace la Corte de cuál debe ser el alcance de estos principios relativos a la legalidad en el procedimiento y

⁶⁸ *Ibid.*, para. 2.3.

⁶⁹ Vemos una vez más cómo la Corte adopta una postura muy cautelosa y que pretende respetar el principio de la maximización de la autonomía y el principio de la *minimización de las restricciones* que ya hemos analizado.

⁷⁰ Sentencia T-349/96, de 8 de agosto de 1996, para. 2.3.

⁷¹ *Ibid.*, para. 2.3.

en la determinación de los delitos y las penas correspondientes en el seno de comunidades indígenas. Como señala la Corte, la presencia de estos principios «no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la *previsibilidad* de las actuaciones de las autoridades» (la cursiva es nuestra). Es decir, lo que se viene a exigir en este ámbito es que no nos encontremos frente a una total discrecionalidad por parte de las autoridades indígenas, que haya unos mínimos en materia de procedimiento y en materia de legalidad; en definitiva, que las decisiones puedan ser previsibles y no fruto de la mera arbitrariedad en cada caso concreto.

Los criterios en virtud de los cuales llega la Corte a la determinación de estos derechos como los únicos que tendrían la condición de intangibles son dos. En primer lugar, la Corte señala que «únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero *consenso intercultural*»⁷² (la cursiva es nuestra). A la hora de determinar si existe o no ese consenso intercultural, la Corte se basa en estudios antropológicos y de sociología jurídica que demuestran que en las comunidades estudiadas se sanciona penalmente el homicidio y no se practican ni la esclavitud ni la tortura por parte de las autoridades⁷³. El segundo criterio del cual se vale la Corte es que «este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado»⁷⁴.

Lo cierto es que nos encontramos ante un pronunciamiento muy relevante de la Corte, ya que pretende identificar los mínimos esenciales que constituyen, por utilizar una vez más su expresión, los bienes más preciados del hombre. A pesar de la postura de extrema cautela y de apertura en la búsqueda de un auténtico consenso intercultural por parte de la Corte, nos encontramos ante una posición que no deja de ser controvertida, ya que, a juicio de Daniel Bonilla, la Corte «no justifica de manera convincente el supuesto carácter intercultural de los valores mencionados ni comprueba que éstos son

⁷² *Ibid.*, para. 2.3.

⁷³ PERAFÁN, C.C., *Sistemas Jurídicos Paez, Cogí, Wayuu y Tule*, Instituto Colombiano de Antropología, Bogotá, 1995. En opinión del penalista Emiliano Borja, «dentro de una gran variedad de pueblos originarios de lo que hoy denominamos Latinoamérica (no en todos), encontramos un conjunto normativo que reprueba y considera como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a lo que en el derecho occidental se denominan delitos», en BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre los ordenamientos sancionadores originarios...», *op. cit.*, p. 663.

⁷⁴ Sentencia T-349/96, de 8 de agosto de 1996, para. 2.3.

los únicos valores comunes a las diferentes culturas que habitan el país»⁷⁵. Es decir, la Corte no acaba de explicar totalmente por qué precisamente esos valores, y no otros, son valores interculturales, y por qué éstos son los valores más preciados para los seres humanos. De todas maneras, y a pesar de las críticas vertidas, creo que nos encontramos ante un buen punto de partida para encarar los problemas derivados de las tensiones entre la diversidad, por un lado, y la protección de los derechos humanos, por el otro. Los criterios que adopta la Corte Constitucional de Colombia marcan una hoja de ruta muy interesante y progresiva que trata ofrecer pautas para interpretar derechos humanos universales en clave intercultural.

A continuación nos vamos a detener en el análisis de la interpretación que, desde el respeto a la diversidad y a las cosmovisiones indígenas, podemos dar a los derechos que la Corte Constitucional ha calificado como de carácter transcultural.

2.1.1. Derecho a la vida

Tal y como acabamos de ver, el derecho a la vida es uno de los derechos esenciales⁷⁶ que no admite limitaciones por parte de las cosmovisiones y prácticas de los pueblos indígenas⁷⁷. Ahora bien, la interpretación y el alcance del derecho a la vida sí que van a depender en gran medida de las circunstancias económicas, sociales, culturales y ambientales que rodean y determinan las singulares formas de vida de las comunidades indígenas⁷⁸.

⁷⁵ BONILLA, D., *La Constitución multicultural*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, p. 158.

⁷⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en varias de sus sentencias que «el derecho a la vida es un derecho humano fundamental cuyo goce pleno en un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos... En razón de dicho carácter, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo», en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, para. 144.

⁷⁷ Es interesante comprobar que no hay constancia de la existencia de la pena de muerte entre los pueblos indígenas. En el caso de los embera-chamí, el gobernador del cabildo señaló que «la pena de muerte no está contemplada para ningún delito», en Sentencia T-349/96, de 8 de agosto de 1996, para. 2.4.2.1.

⁷⁸ Al respecto, me parecen muy acertadas las reflexiones de Asier Martínez Bringas cuando observa que el derecho a la vida de los pueblos indígenas «necesita de la conjugación compleja, sistémica y simultánea de varios derechos que den corporalidad, textura y completud al derecho a la vida... derechos que permitan reconstruir sus condiciones de vida para unas culturas cuya dignidad está seriamente puesta en entredicho». Los derechos que, entre otros, van a ser necesarios para una adecuada comprensión del derecho a la vida de los pueblos indígenas son el derecho al territorio,

La primacía absoluta del derecho a la vida ha sido proclamada por la Corte Constitucional de Colombia en una decisión que versaba sobre la tradición que practicaba la comunidad u'wa respecto de niños nacidos en partos múltiples. Debemos subrayar cómo, a pesar de la gravedad del asunto y a pesar de que el caso afectaba a un derecho tan fundamental como el derecho a la vida, la Corte solicitó un concepto a la Dirección General de Asuntos Indígenas para contextualizar la tradición objeto del litigio en el marco de las características culturales y sociales del pueblo u'wa. Como puso de manifiesto este peritaje⁷⁹, el pueblo u'wa considera que los niños nacidos con graves defectos físicos o en partos múltiples no son hijos del Dios Sira, creador del mundo u'wa. Ello les hace de una raza diferente que los hace improductivos y portadores de enfermedades; la presencia de estos niños «contamina» a la comunidad, por lo cual la tradición ordena que, una vez producido el parto, se les deje en el lugar de nacimiento para que la madre naturaleza se haga cargo de ellos. Una vez que la Corte tuvo ante sí este análisis de la tradición, determinó de manera muy tajante «la imposibilidad absoluta de que la tradición, que durante siglos practicó la comunidad de los u'wa con los niños nacidos en partos múltiples, se asuma como legítima y se acepte en la medida en que se alegue que constituye un uso o costumbre propio de esa cultura»⁸⁰. Vemos, por lo tanto, cómo el derecho a la vida es un derecho inviolable bajo cualquier circunstancia.

De todas maneras, resulta muy interesante analizar el proceso seguido para la resolución de este caso tanto con la familia de los menores nacidos de un parto múltiple como con la propia comunidad, proceso que refleja, una vez más, la necesaria sensibilidad cultural con la que la Corte Constitucional aborda los casos en los que está presente un alto grado de diversidad étnica y cultural. Una vez que los padres manifestaron la imposibilidad de llevar a los niños a la comunidad por la pervivencia de la mencionada tradición y su deseo de que permanecieran en el hospital, se iniciaron los trámites para dar en adopción a los menores. Ante ello, y ante el revuelo que este caso generó, las autoridades tradicionales u'wa elevaron una solicitud para que

el derecho a su propia cultura y el derecho al etno-desarrollo, para los cuales es necesario, como derecho síntesis, el derecho de autodeterminación, en MARTÍNEZ BRINGAS, A., «Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos», *op. cit.*, pp. 71 y ss.

⁷⁹ Concepto n° 1.513, de 5 de mayo de 1999.

⁸⁰ Sentencia T-030/00, de 25 de enero de 2000.

los menores se mantuvieran con carácter provisional, durante un periodo de siete meses⁸¹, al cuidado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), para poder realizar un proceso de reflexión y consulta interno y así estar en condiciones de tomar una decisión definitiva acerca del destino de los menores. Fue la propia comunidad la que fue consciente de la necesidad de replantear y recontextualizar su tradición en lo tocante a los menores nacidos de partos múltiples. Las tradiciones no son algo estático y totalmente impermeables al cambio, sino que la propia experiencia de la comunidad y sus contactos con el exterior les permite dotar de nuevos sentidos, nuevas perspectivas y nuevos significados a sus tradiciones. Como señaló en este caso el Director del Instituto Colombiano de Antropología a instancias de los magistrados de la Corte, «aún sus tradiciones más sagradas y profundas son sujetas de reinterpretaciones y transformaciones en el contexto de los procesos de resistencia, contacto y organización en los que este pueblo se encuentra inmerso desde la llegada del colonizador español»⁸². Finalmente, «los ancianos, autoridades tradicionales y la comunidad en general emprendieron un proceso ritual y reflexivo de purificación después del cual decidieron que era posible el reingreso de los niños a la comunidad y su futuro desarrollo como miembros plenos de ésta»⁸³. Por lo tanto, la Corte Constitucional, basándose en todos estos antecedentes y en la decisión de la propia comunidad tras un amplio proceso de consulta y reflexión, decidió la pertinencia del regreso a la comunidad de los dos menores.

Un elemento fundamental de la cosmovisión indígena es la concepción del derecho a la vida no sólo como un derecho estrictamente individual del que disfrutaban las personas indígenas, sino también como un derecho de na-

⁸¹ La Defensora de Familia encargada de este caso consideró excesivo este plazo y, en consecuencia, instó la declaración de abandono de los menores para que se empezaran los trámites de adopción. Es muy ilustrativa la respuesta que le ofrece la Corte Constitucional, en la que incluso para analizar el significado del tiempo hay que prestar atención a los rasgos específicos de la cosmovisión indígena. Como señaló expresamente la Corte, «alegar que el plazo solicitado para realizar la consulta era excesivo y en consecuencia proceder a la declaratoria de abandono, no sólo implicó desconocer la específica cosmovisión de esa comunidad, su concepción del tiempo y del espacio y la trascendencia que le da a las decisiones producto del consenso interno..., sino incumplir con lo dispuesto en la misma ley para que proceda la aplicación de una medida de protección que se caracteriza por su drasticidad e irreversibilidad», Sentencia T-030/00, de 25 de enero de 2000.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Peritaje de la Doctora Esther Sánchez.

turaleza colectiva. Nos encontramos en este punto ante una línea doctrinal y jurisprudencial bastante consolidada que ha culminado con la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en 2007, que reconoce auténticos derechos colectivos a los pueblos indígenas⁸⁴. Como ha reconocido en varias ocasiones la Corte Constitucional de Colombia, «la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser *sujeto* de derechos fundamentales»⁸⁵. De acuerdo con este planteamiento, sus derechos fundamentales «no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia»⁸⁶. Esta misma línea jurisprudencial ha sido acogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 2001 con su histórica sentencia en el caso de la comunidad Awás Tingni contra Nicaragua⁸⁷. El aspecto más novedoso de esta decisión es la interpretación del derecho de propiedad que figura en la Convención Americana de Derechos Humanos desde la propia cosmovisión de la comunidad, es decir, el reconocimiento de la legitimidad de la visión colectiva de un derecho que la perspectiva liberal tradicional ha interpretado como un derecho exclusivamente individual⁸⁸. Como señaló al respecto el Juez de la Corte Sergio García Ramírez, «los derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos pueblos indígenas... constituyen la fuente y el amparo de derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes –individuales y colectivos– de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las

⁸⁴ El artículo 7 de esta Declaración, tras reconocer en su párrafo 1 que «las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona», proclama en su párrafo 2 que «los pueblos indígenas tienen el derecho *colectivo* a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia...» (la cursiva es nuestra).

⁸⁵ Sentencia T-380/93, de 13 de septiembre de 1993, para. 8.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 8.

⁸⁷ STAVENHAGEN, R., «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas», *Cuadernos Observatorio Pueblos Indígenas*, Puno, Perú, Año 1, 2010, pp. 94 y ss.

⁸⁸ Ver al respecto RODRÍGUEZ-PIÑERO, L., «El caso Awás Tingni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales», en MARINO MENÉNDEZ, F. y OLIVA MARTÍNEZ, J.D. (eds.): *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 221-248.

personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas»⁸⁹. En una sentencia muy reciente de agosto de 2010 la Corte Interamericana ha vuelto a insistir en que «los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva... Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas»⁹⁰.

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido la dimensión colectiva del derecho a la vida y de las diferentes formas de vida de las comunidades indígenas en varias de sus decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas. En el caso de la comunidad embera-catío contra la explotación maderera indiscriminada en su territorio la Corte enfatizó que «las comunidades indígenas son titulares del *derecho fundamental a la subsistencia*, que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución»⁹¹ (la cursiva es nuestra). Una vez más, la Corte se vio obligada a tener en cuenta las dimensiones culturales de la cosmovisión indígena de los embera-catío para poder determinar el alcance y extensión del derecho a la vida consagrado en la Constitución colombiana. En palabras de la Corte, «la cultura de las comunidades indígenas... corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo... que de ser cancelado o suprimido –y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo– induce a la desestabilización y a su eventual extinción»⁹². Pues bien, ante la estrecha relación entre la adecuada conservación del ecosistema y la supervivencia de las comunidades que, como los embera-catío, habitan en los bosques húmedos tropicales, el deterioro ambiental producido por la deforestación puede producir un daño muy grave al entorno ecológico, social,

⁸⁹ «Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo y reparaciones del caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni», en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua...*, op. cit., para. 14.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, n° 214, para. 87.

⁹¹ Sentencia T-380/93, de 13 de septiembre de 1993, para. 8.

⁹² *Ibid.*, para. 8.

cultural y económico del grupo étnico, lo que «puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio»⁹³.

Otro aspecto fundamental de la concepción indígena del derecho a la vida tiene que ver con la enorme importancia que le otorgan para su garantía y disfrute al acceso a la tierra. Este es uno de los elementos que ha subrayado insistentemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus decisiones relativas a los derechos de las comunidades indígenas. En concreto, la Corte ha reiterado en varias ocasiones «que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras»⁹⁴. En el caso de la comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay, la Corte determinó que la privación del derecho a disponer y disfrutar de sus tierras tradicionales suponía la violación por parte del Estado del derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana en perjuicio de los miembros de la comunidad. Por utilizar las ilustrativas palabras de la Corte, el hecho de que el Estado no haya garantizado el derecho de los miembros de la comunidad a la propiedad comunitaria «ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como el uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades»⁹⁵.

Vemos, por lo tanto, que los pueblos indígenas no cuestionan la prevalencia del derecho a la vida y su consideración como un derecho absolutamente fundamental. Ahora bien, lo que sí hacen los pueblos indígenas es expresar determinados aspectos de su cosmovisión que contribuyen a ensanchar los márgenes de interpretación de dicho derecho. Hay ciertos elementos de su cultura,

⁹³ *Ibid.*, para. 17.

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones*, Sentencia de 19 de noviembre de 2004, Serie C, n° 116, para. 85; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, *op. cit.*, para. 149.

⁹⁵ *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125, para. 168. En la misma línea, la Corte ha interpretado que las condiciones de especial vulnerabilidad en las que se encontraba la comunidad Xákmok Kásek, que afectaban a su derecho a una vida digna, «estaban estrechamente vinculadas a la falta de sus tierras», en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *op. cit.*, para. 215.

como su íntima conexión con la tierra y el territorio, que son esenciales para poder garantizar el derecho a una vida digna de las comunidades indígenas.

2.1.2. La prohibición de la esclavitud

La prohibición de la esclavitud es uno de los derechos que menos problemas plantea, ya que existe la convicción de que no es una práctica legítima actualmente bajo ninguna circunstancia. De todas formas, en algunos contextos podrían surgir dudas en torno a si los trabajos forzados con que se castigan determinadas conductas en ciertas comunidades indígenas tendrían la consideración de esclavitud, algo que ha sido descartado tanto por las propias comunidades indígenas como por la doctrina y la jurisprudencia. No debemos perder de vista la distinta naturaleza que tienen la violencia y el castigo para las sociedades dominantes y para las comunidades indígenas⁹⁶. Para estas últimas, la pena «no pretende expresar solamente el castigo representativo de la reprobación social, sino, sobre todo, se busca restaurar el equilibrio de la vida social del grupo y alcanzar la paz rota por el comportamiento del autor»⁹⁷. Como ha señalado la Corte Constitucional colombiana al respecto en un caso que involucraba a la comunidad paez, en el caso de la sociedad mayoritaria «se castiga *porque* se cometió un delito»; en cambio, en las comunidades indígenas «se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro»⁹⁸.

En un caso concreto que dirimía un asunto en la comunidad embera-chamí, la Corte llegó a la conclusión de la legitimidad del castigo de los trabajos forzados en empresas comunitarias. La Corte utiliza un testimonio de un indígena para poder calibrar la pertinencia o no de los trabajos forzados y, sobre todo, su comparación con la pena clásica de la sociedad dominante: la cárcel. Como señaló el indígena que rindió testimonio ante la Corte, «en la cárcel se

⁹⁶ Ver al respecto los interesantes enfoques, complementarios y en diálogo, de GUTIÉRREZ ESTÉVEZ, M., «Diferencias en la violencia. Contiendas en algunos mitos y rituales amerindios» y LAJO, J., «Una visión indígena de la violencia occidental», en LÓPEZ GARCÍA, J. y PITARCH RAMÓN, P. (eds.): *Lugares indígenas de la violencia en Iberoamérica*, Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 2006, pp. 13-34 y pp. 35-57 respectivamente.

⁹⁷ BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica», *op. cit.*, p. 675. Un análisis de la estructura y funcionamiento de la justicia indígena se puede encontrar en GALEANO LOZANO, M., *Resistencia indígena en el Cauca. Labrando otro Mundo*, CRIC, Cali, 2006, pp. 92 y ss.

⁹⁸ Sentencia T-523/97,

está bien, se come bien..., pero no se ve a la familia..., se aprende fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido...». En cambio, su visión del trabajo forzado en beneficio de la comunidad es más positiva, ya que, «aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos... Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen trabajar al condenado suavemente, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro»⁹⁹.

Vemos cómo, una vez más, hay que contextualizar la sanción por determinadas conductas teniendo en cuenta las propias percepciones de la comunidad, no podemos llegar a conclusiones preconcebidas sin tener en cuenta el contexto en el que operan las normas y las sanciones indígenas y sus consecuencias.

2.1.3. El derecho a la integridad física: la prohibición de la tortura

Un aspecto que también se revela polémico en contextos indígenas es la aplicación de castigos físicos como parte de la sanción impuesta por determinadas conductas. Ya nos hemos referido con anterioridad a que uno de los principios fundamentales que rigen la vida social de los pueblos indígenas y, en consecuencia, también su Derecho y su sistema sancionatorio, es el principio de la reciprocidad, del equilibrio o de la paz social¹⁰⁰. Lo que pretende el sistema penal es volver al equilibrio que fue roto por la conducta que fue objeto de sanción. El castigo no tiene sólo una dimensión individual de castigo al infractor, sino que también tiene pretensiones restaurativas de la armonía comunitaria. Es en este marco interpretativo y de sentido que hay que analizar la práctica tradicional de castigos físicos como el cepo o el fuate por parte de determinadas comunidades indígenas¹⁰¹.

⁹⁹ Sentencia T-349/96, de 8 de agosto de 1996, para. 2.4.2.3.

¹⁰⁰ BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre los ordenamientos sancionadores originarios...», *op. cit.*, p. 674.

¹⁰¹ Ahora bien, es curioso comprobar cómo en los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas coexisten normas e instituciones originarias con otras que proceden de la época colonial. Este es el caso del cepo y el fuate, sanciones que son «oriundas del derecho español anterior a la independencia. Pero ello no debe constituir ningún obstáculo para afirmar que se trata de un ordenamiento autóctono. Todo sistema jurídico viene a ser conformado por instituciones de la propia tradición, y otras que han ejercido una fuerte influencia desde culturas y civilizaciones diferentes. No existe ningún sistema jurídico en *estado puro...*», en BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre los ordenamientos sancionadores originarios...», *op. cit.*, p. 669.

Una vez más, la Corte Constitucional de Colombia ha tenido que enfrentar este dilema en varias ocasiones, optando de nuevo por una interpretación que se inclina por el reconocimiento del derecho de las comunidades indígenas a la diversidad cultural a la hora de valorar la imposición de castigos físicos como sanción. Como ha afirmado la Corte en este sentido, «la determinación de la intensidad de una determinada sanción, a fin de establecer si se trata o no de tortura o de un trato cruel, inhumano o degradante, sólo puede hacerse a la luz de las circunstancias del caso concreto»¹⁰².

La comunidad indígena embera-chamí prevé el castigo del cepo para determinadas infracciones, lo que se consideraba por la persona que interpuso la demanda ante la Corte como un trato cruel, inhumano o degradante. La Corte procedió, en primer lugar, al análisis de la práctica del cepo¹⁰³, una práctica que «hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración»¹⁰⁴. Además, prosigue la Corte, «a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado»¹⁰⁵. Estas consideraciones llevan a la Corte a concluir que la sanción del cepo no se puede calificar como «cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad»¹⁰⁶. En la misma línea de interpretación, la Corte ha señalado que la utilización del *fuate* (o látigo) como parte de la cosmovisión del pueblo paez «no pretendía causar un sufrimiento excesivo sino, más bien, constituía un ritual de purificación (el fuate era equiparado al rayo) cuya función era restablecer la armonía rota por las acciones del condenado»¹⁰⁷. Por otro lado, al igual que ocurría en el caso del cepo, el fuate «no producía daños físicos o mentales de una entidad tal que pudieran asimilarla a una forma de tortura ni implicaba humillación o exposición del individuo al escarnio público»¹⁰⁸. Esta postura abierta hacia las formas

¹⁰² Sentencia SU-510/98, para. 57.

¹⁰³ Ver al respecto un estudio profundo del Derecho chamí en PERAFÁN, C.C. y AZCÁRATE, L.A., *Sistema Jurídico Chamí*.

¹⁰⁴ Sentencia T-349/96, de 8 de agosto de 1996, para. 2.4.2.2.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Sentencia SU-510/98, para. 57.

¹⁰⁸ *Ibid*. Este criterio ha sido denominado como el *test del sufrimiento*, un test que se tiene que llevar a cabo siempre teniendo en cuenta los aspectos culturales y cosmovisionales involucrados, en ARIZA, L.J., «Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia», *op. cit.*, p. 74.

de sanción indígena contrasta con las prevenciones que todavía predominan en determinados contextos jurídicos occidentales, donde se sigue considerando que castigar a una persona a sufrir latigazos u obligarle a someterse a la inmovilización que supone el ceпо equivale a «vulneraciones de la integridad física de los individuos prohibidas por normas internacionales consuetudinarias y convencionales en materia de derechos humanos»¹⁰⁹.

2.1.4. Derecho al debido proceso

Ya hemos visto que las exigencias del principio de legalidad de los procedimientos, de los delitos y de las penas en el marco de la jurisdicción especial indígena pasan por el criterio de la previsibilidad, es decir, por tratar de evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad de las autoridades indígenas. En consecuencia, no se exige a las comunidades indígenas la aplicación del principio de legalidad tal y como se aplica en la sociedad dominante. Y es que, si ello no fuera así, y no se respetase la idiosincrasia indígena en materia de enjuiciamiento y sanción, nos encontraríamos ante «un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es lo que pretende preservarse»¹¹⁰. Las comunidades indígenas pueden tener sus propias especificidades, pero siempre que se evite una total discrecionalidad y una arbitrariedad absoluta¹¹¹; como subraya la Corte en este sentido, «las autoridades están obligadas a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social»¹¹². En el fondo, hay unos contenidos mínimos del dere-

¹⁰⁹ BONDIA GARCÍA, D., «De lo global a lo local o de lo local a lo global: convergencias y divergencias entre el Derecho Internacional Público y el Derecho propio indígena», en BONDIA GARCÍA, D. y MUÑOZ, M.R. (coords.): *Víctimas invisibles, conflicto armado y resistencia civil en Colombia*, Huygens Editorial, Barcelona, 2009, p. 275.

¹¹⁰ *Ibid.*, para. 2.3.

¹¹¹ En otro caso en el que estaba involucrada la comunidad embera-chamí, la Corte Constitucional entró a analizar también las dimensiones culturales del derecho al debido proceso. Como pone de relieve la Corte, «aunque parecería extraña a la mentalidad embera-chamí una noción como la de *debido proceso*..., consta en el estudio antropológico, que obra en el proceso, que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura a la arbitrariedad, y es ésa la finalidad que persigue el debido proceso. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud...», Sentencia T-349/96, de 8 de agosto de 1996, para. 2.4.2.3. Resulta muy interesante esta llamada de la Corte a la amplitud de la interpretación de conceptos jurídicos cuando tienen que ser aplicados a contextos indígenas.

¹¹² *Ibid.*, para. 2.3.

cho al debido proceso que se configuran como límites jurídico-materiales de la jurisdicción especial indígena. Para la Corte, «cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución»¹¹³. Estos derechos y principios que en todo caso hay que tratar de garantizar son «los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción»¹¹⁴. Si no se respetan estos derechos mínimos en el juzgamiento y sanción de una conducta por parte de autoridades indígenas nos encontraríamos ante una vulneración del derecho fundamental al debido proceso¹¹⁵.

En el caso específico que tuvo que resolver la Corte Constitucional se trataba de la decisión de un cabildo indígena de expulsar y desterrar a un miembro de la comunidad indígena de *El Tambo* (municipio de Coyaima), junto con su familia, por un supuesto delito de hurto y por la reiteración de conductas contrarias a las costumbres y normas de la comunidad. En primer

¹¹³ Sentencia T-254/94, de 30 de mayo de 1994, para. 14. El artículo 29 de la Constitución reza de la siguiente manera: «El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso».

¹¹⁴ *Ibid.*, para. 14.

¹¹⁵ Es interesante cómo la Corte Constitucional reconoce un amplio margen de actuación a las comunidades indígenas en materia sancionatoria. Como ha reconocido en este sentido, «la limitación del tipo de sanción que puede imponer la comunidad para conservar sus usos y costumbres contraría tanto la letra del artículo 246... como la realidad de las comunidades destinatarias de la norma. En efecto, el arresto no es la única sanción compatible con la Constitución y las leyes; dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una *amplia variedad de sanciones*, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares; es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de la comunidad indígena, y viceversa», Sentencia C-139/96, de 9 de abril de 1996, para. 6.4 (la cursiva es nuestra).

lugar, la Corte constata que el miembro expulsado del territorio indígena contó con «la posibilidad de oponerse y contradecir las acusaciones elevadas en su contra»¹¹⁶ en la reunión del cabildo en la que se tomó la decisión. Es decir, no se vulneraron sus derechos a la defensa y a la contradicción, como él defendía.

Por otro lado, es ya una jurisprudencia reiterada de la Corte que las sanciones deben guardar *proporcionalidad* con la conducta que se quiere sancionar. A pesar de que las autoridades jurisdiccionales indígenas cuentan con un amplio margen de discrecionalidad a la hora establecer sanciones para conductas que consideran contrarias a sus normas y costumbres, «este poder no es ilimitado, debe ser razonable y dejar intactos otros valores jurídicos protegidos por el ordenamiento»¹¹⁷. En este caso, la expulsión del miembro de la comunidad y de su familia del territorio indígena colocó a los integrantes de la familia «en una situación económica y social de desventaja»¹¹⁸, por lo que la pena «trascendió a la persona del infractor», lo que convierte a la sanción en «desproporcionada y contraria a los tratados internacionales de derechos humanos»¹¹⁹. Es interesante cómo la Corte tiene en cuenta también los aspectos culturales que rodean a la comunidad indígena a la hora de calibrar el alcance de la sanción para el conjunto de la familia. En este supuesto, los efectos de la pena van a revestir una mayor gravedad, ya que para la familia «la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica»¹²⁰. El traslado a otro contexto cultural «supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad»¹²¹. Además, la Corte también va a incorporar el punto de vista de la propia comunidad, dado que «la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación»¹²². Es decir, los intereses de la comunidad, en este caso sus intereses de conservación, también se tienen que sopesar a la hora de determinar la proporcionalidad o no de la sanción.

¹¹⁶ *Ibid.*, para. 14.

¹¹⁷ *Ibid.*, para. 15.

¹¹⁸ *Ibid.*, para. 15.

¹¹⁹ *Ibid.*, para. 15. El artículo 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Colombia, establece que «la pena no puede trascender la persona del delincuente».

¹²⁰ *Ibid.*, para. 15.

¹²¹ *Ibid.*, para. 15.

¹²² *Ibid.*, para. 15.

Finalmente, la Corte deja sentados con total claridad el principio de la *responsabilidad individual* y el principio de la *presunción de inocencia* como límites infranqueables por parte de la jurisdicción especial indígena. En el caso que estamos analizando, la pena de expulsión «se revela desproporcionada y materialmente por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos»¹²³. Esta situación, argumenta la Corte, no deriva de la propia conducta del peticionario, «sino que se originó en la voluntad de las autoridades indígenas de resolver de plano el problema al expulsar a la familia del infractor»¹²⁴.

Por lo tanto, vemos cómo las autoridades jurisdiccionales indígenas tienen un amplio abanico de atribuciones en materia de juzgamiento y de sanción, pero esas atribuciones tienen que respetar determinados límites que lo que pretenden es evitar la arbitrariedad y garantizar ciertos mínimos que se consideran como absolutamente fundamentales para la defensa de la dignidad humana. Ahora bien, a la hora de determinar esos mínimos, uno de los criterios esenciales tiene que ser el contexto cultural en el que dichos mínimos operan. No se pueden tomar este tipo de decisiones sin tener en cuenta los elementos socioculturales que rodean determinadas normas y prácticas indígenas y su impacto tanto en las personas como en el conjunto de la comunidad. Como ha puesto de manifiesto en este sentido el penalista Emiliano Borja, «la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso necesitan... ser interpretados bajo otra lectura diferente, pues los valores de la paz y del equilibrio social requieren que se tomen en consideración otros componentes supraindividuales de notable importancia»¹²⁵.

2.2. *Libertad religiosa vs derecho a la identidad e integridad cultural*

La libertad de religión es uno de los primeros derechos que surgen en Europa en el contexto de las Guerras de Religión, y se ha configurado desde entonces como un derecho individual absolutamente fundamental que figura en la práctica totalidad de los instrumentos jurídicos que protegen los dere-

¹²³ *Ibid.*, para. 15.

¹²⁴ *Ibid.*, para. 15.

¹²⁵ BORJA JIMÉNEZ, E., «Sobre los ordenamientos sancionadores originarios...», *op. cit.*, p. 673.

chos humanos. A pesar de la enorme relevancia que tiene este derecho para una adecuada protección de la dignidad humana, debemos reconocer que también plantea algunos problemas cuando se pretende aplicar en determinados contextos indígenas en los que lo religioso forma una parte inseparable de su cosmovisión.

Por otro lado, también es necesario tener en cuenta el papel que ha jugado históricamente la religión en el proceso de asimilación y aculturación de los pueblos indígenas, papel que comenzó desde el mismo inicio de la empresa colonizadora y la famosa metáfora de la colonización como un proceso en el que iban de la mano *la espada y la cruz*. Hasta no hace mucho tiempo, en Colombia la ley 89 de 1890 seguía calificando a los indígenas como «salvajes» que tenían que ir «reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones». Además, el propio artículo 1 de esta ley señalaba que «el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como estas incipientes sociedades deban ser gobernadas»¹²⁶. Creo que estas afirmaciones hablan por sí solas y explican de manera meridianamente clara, en primer lugar, el rol desempeñado por la religión y por las instituciones religiosas en el proceso de alineación cultural de los pueblos indígenas¹²⁷ y, en segundo lugar, las cautelas

¹²⁶ Afortunadamente, esta disposición y algunas otros artículos de la Ley 89 de 1890 han sido declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional de Colombia. A su juicio, la norma es inexequible «por tratar a los indígenas como incapaces relativos... Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como «salvajes», son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a *la cultura* y a *la civilización*, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala», en Sentencia C-139/96, de 9 de abril de 1996, para. 6.4.

¹²⁷ La propia Corte Constitucional, al resolver el caso relativo al pueblo Ika, menciona los métodos utilizados por los padres capuchinos para «redimir» a los menores indígenas y educarlos en la fe católica. Para ello, se organizó el orfelinato de Las Tres Avemarías con el fin ofrecer un nuevo hogar a los «huérfanos» indígenas (considerados como tales por el hecho de no ser cristianos), a los cuales les era prohibido salir para visitar sus hogares y hablar en Ika. Cuando alcanzaban la edad núbil, eran conminados a contraer matrimonio con indígenas de las otras etnias. «Al decir de los propios misioneros, esta clase de matrimonios inter-étnicos constituían la garantía más segura para el logro de una *aculturación total*» (la cursiva es mía). En opinión de varios expertos consultados por la Corte, esta «estrategia aculturadora de la misión capuchina estuvo acompañada de la apropiación de las mejores tierras para el cultivo y de la asunción de poderes civiles y políticos... cada vez más extensos por parte de la misión», en Sentencia SU-510/98, para. 20.

con las que esos mismos pueblos indígenas se aproximan actualmente al derecho a la libertad religiosa.

Una vez más, la Corte Constitucional de Colombia ha resuelto varios casos en los que estaba en juego, por un lado, la libertad religiosa de determinadas personas e instituciones religiosas y, por el otro, el derecho de las comunidades indígenas a la conservación de su cultura que se veía amenazada por prácticas religiosas ajenas a su cosmovisión. En estos casos, la Corte ha vuelto a interpretar los derechos humanos, en este caso la libertad religiosa, de una manera abierta a la preservación de la identidad indígena, utilizando un principio al que la Corte se ha referido como el principio de interpretación *pro indígena*¹²⁸.

Uno de los casos más emblemáticos a este respecto fue el caso en que se juzgaba la prohibición por parte de las autoridades tradicionales del pueblo Ika (o Arhuaco), los *mamos*, de la práctica colectiva y pública de la religión evangélica a un grupo minoritario de indígenas y a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC) dentro del territorio del resguardo indígena. Ello se concretó en la adopción de medidas como el cierre del templo que la IPUC había construido en territorio Ika, la prohibición del culto colectivo en lugares públicos o limitaciones al proselitismo dirigido a captar nuevos miembros para la Iglesia. A lo que no se oponían totalmente las autoridades es a que las personas pertenecientes a la Iglesia evangélica pudieran practicar su religión en privado de forma individual o en grupos familiares más o menos reducidos. Las autoridades tradicionales alegaban que las prácticas y dogmas de la religión evangélica ponían en peligro su derecho fundamental a la diversidad e integridad cultural que está protegido por la Constitución de 1991.

De nuevo, la Corte abrió un periodo de consultas con personas expertas en la cultura Ika, para poder determinar el papel de la religión en la cosmovisión de este pueblo indígena y el eventual impacto cultural de la conversión de miembros de ese pueblo a la religión evangélica. Según la opinión de los expertos, «la presencia de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia en el territorio del pueblo Ika representa una seria amenaza para la integridad e identidad cultural de esa comunidad indígena»¹²⁹. Uno de los elementos determi-

¹²⁸ Sentencia SU-510/98, para. 53.

¹²⁹ *Ibid.*, para 31.

nantes para poder llegar a tal conclusión es que «la cultura Ika no establece una diferencia clara entre el mundo del individuo y el mundo comunitario o entre lo religioso y lo político»¹³⁰. Como sabemos, en ciertos contextos indígenas no se puede disociar tan fácilmente como en Occidente y en las sociedades dominantes entre lo religioso, que entraría dentro de la esfera íntima y privada, y lo cosmovisional, con ramificaciones que tocan aspectos esenciales de la cultura de una determinada comunidad indígena como la Ika; se trata de aspectos que están indisolublemente interrelacionados. En este sentido, la Corte reconoce que el pueblo Ika «se integra en torno de sus creencias religiosas. Ellas le confieren unidad al grupo... Las autoridades religiosas tienen un campo de acción y de responsabilidades en el que resulta imposible distinguir la esfera religiosa de la política. La identidad de la comunidad se construye a partir de esta fusión que reclama su particular cosmovisión»¹³¹. Es por ello, concluye la Corte, que «cualquier cambio de concepción religiosa no sólo afecta la individualidad del sujeto sino a la comunidad entera y no sólo en el ámbito sacro sino en el político»¹³². En concreto, el rechazo por parte de la IPUC de determinadas prácticas del pueblo Ika (como el uso del pororo, la seguridad, la ofrenda y el pago, la confesión con los mamos, la realización de determinados trabajos tradicionales...) constituía un atentado contra «el nódulo esencial de la filosofía práctica y religiosa de los Ika y su incumplimiento está castigado por su sistema jurídico como una falta que puede generar, incluso, la expulsión del resguardo»¹³³. Por todas estas

¹³⁰ *Ibid.*, para. 31.

¹³¹ *Ibid.*, para. 52.

¹³² *Ibid.*, para. 31. De todas maneras, como señalan los expertos consultados por la Corte, «no en todas las sociedades indígenas del país acontece esta clase de articulación entre la ética y la ontología. Así, entre pueblos como los paez, los wayúu o los piapoco, las reglas de comportamiento son un asunto de la sociedad, no del orden universal». En cambio, entre el pueblo Ika «el cambio de comportamiento afecta el orden del universo, la armonía de la naturaleza y del espíritu. El comportamiento individual, de introducción de un nuevo credo, es tomado como un factor que afecta la armonía universal, trascendiendo en sus efectos las consecuencias del individuo a la sociedad... Un comportamiento de tal naturaleza subvierte el orden natural y atenta contra la identidad cultural», Sentencia SU-510/98, para 31.

¹³³ *Ibid.*, para. 39. Como pone de manifiesto la Corte en este mismo párrafo de la Sentencia, las particularidades que definen a la cultura Ika hacen que «el cambio de mentalidad religiosa implica, necesariamente, un proceso profundo y radical de *sustitución cultural*, con independencia de que ciertas apariencias formales –como el vestido, el largo del cabello, la utilización de collares, o la vivienda– se mantengan intactas» (la cursiva es mía). Es interesante subrayar aquí el concepto de *sustitución cultural* que utiliza la Corte para referirse a las consecuencias

razones, la Corte llega a la conclusión de que «la cosmovisión Ika y la doctrina evangélica son francamente incompatibles»¹³⁴, por lo que las medidas adoptadas por los *mamos* para limitar la expansión de la religión evangélica fueron medidas legítimas para la protección de la identidad y la integridad cultural del pueblo Ika.

Ahora bien, lo que nunca podrían hacer las autoridades tradicionales es sancionar a un miembro de la comunidad por el mero hecho de abrigar un credo distinto. Como dice la Corte, «la diferencia cultural no ampara el recorte del núcleo esencial de la libertad religiosa... El respeto a la dignidad de la persona humana hace incompatible que se apele a la diferencia cultural para someter de modo totalitario las conciencias de los miembros»¹³⁵. Hay un núcleo básico del derecho individual a la libertad religiosa que es absolutamente intangible e inviolable¹³⁶. Lo que se trata de evitar es la exteriorización de la religión evangélica y sus manifestaciones públicas y colectivas por suponer una seria amenaza para la identidad Ika. En consecuencia, lo que las autoridades sí que podrían sancionar es a aquellos miembros de la comunidad que incumplieran las normas tradicionales de la comunidad por ser éstas incompatibles con su nueva religión. Es decir, «la interdicción de perseguir al disidente por el mero hecho de serlo, no implica que éste adquiera un título válido para dejar de cumplir las reglas de la vida comunitaria»¹³⁷. Siempre que dichas sanciones se apliquen con objetividad y sin caer en la arbitrariedad, dichas sanciones serían una manera legítima de defender la identidad e integridad cultural del pueblo Ika.

Como vemos, la Corte realiza en esta sentencia un delicado y nada sencillo equilibrio entre la protección de al menos el núcleo esencial del derecho

que tiene para los miembros del pueblo Ika el abrazar la religión evangélica. Es este concepto la base fundamental de su decisión. Hay otro concepto novedoso que introduce la Corte y que está muy relacionado con el anterior, el concepto de *violencia cultural*. Para la Corte, la violencia cultural «consiste en ignorar las categorías a través de las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento», *ibid.*, para. 53. Una reflexión sobre los elementos que rodean al concepto de violencia cultural se puede encontrar en GAL-TUNG, J., *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bakeaz, Bilbao, 2003, pp. 261 y ss.

¹³⁴ *Ibid.*, para. 37.

¹³⁵ *Ibid.*, para. 55.

¹³⁶ La Corte se refiere a que el culto individual es «inextirpable», *ibid.*, para. 59.

¹³⁷ *Ibid.*, para. 55.

individual a la libertad religiosa y la necesaria protección de la identidad e integridad cultural del pueblo indígena Ika¹³⁸.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si bien la concepción clásica y ortodoxa sobre los derechos humanos ha girado fundamentalmente alrededor del liberalismo occidental, debemos reconocer que en las últimas décadas la realidad y la diversidad indígena han ido moldeando e influyendo cada vez más en una lectura multicultural de los derechos humanos¹³⁹. Los pueblos indígenas se han apropiado del discurso de los derechos, lo han convertido en una herramienta útil para la defensa de sus demandas y, además, pretenden un enriquecimiento del mismo con nuevas propuestas y nuevos planteamientos desde sus propias cosmovisiones. Nos encontramos en un momento clave en el siempre complejo proceso de diálogo intercultural que tiene que alumbrar nuevas perspectivas, nuevos paradigmas y nuevos instrumentos jurídicos, como la recién aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que ha contado con un innegable protagonismo indígena¹⁴⁰.

Una manifestación de esta nueva aproximación a los derechos humanos ha venido de la mano de la progresiva jurisprudencia en asuntos indígenas tanto por parte de la Corte Constitucional de Colombia como por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como hemos visto, estas instituciones se han mostrado hasta ahora muy sensibles y abiertas al recono-

¹³⁸ Ahora bien, debemos reconocer que llegar a esta decisión no fue nada fácil para la Corte, ya que finalmente la sentencia cuenta con un salvamento de voto total al considerar que se debía haber concedido la tutela a la IPUC al menos «en lo atinente a la libre prédica y difusión de sus creencias religiosas con miras a convencer de ellas a los indígenas». Asimismo, la sentencia cuenta con dos salvamentos parciales de voto.

¹³⁹ Esto en parte también ha ocurrido en Europa por la presencia de minorías y de nuevos grupos surgidos de los procesos migratorios. Ver al respecto RUIZ VIEYTEZ, E.J., *Minorías, Inmigración y Democracia en Europa. Una lectura multicultural de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

¹⁴⁰ Ver al respecto REGINO MONTES, A. y TORRES CISNEROS, G., «La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: base de una nueva relación entre los pueblos indígenas, los Estados y las sociedades», en CHARTRES, C. y STAVENHAGEN, R. (eds.): *El desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*, op. cit., pp. 146-177.

cimiento de la diversidad indígena a la hora de aplicar las normas básicas en materia de derecho a la vida, derecho a la propiedad, derecho a la integridad física, derecho a la libertad religiosa... Ahora bien, estos innegables avances no han supuesto un cuestionamiento del modelo de adjudicación judicial que está en la base para hacerlo más representativo de la realidad indígena. En el fondo, son los jueces de la cultura jurídica dominante, con la ayuda de personas expertas en las cosmovisiones indígenas, quienes tienen en sus manos definir el alcance de la diversidad cultural a la hora de interpretar los derechos humanos. Como ha señalado muy acertadamente la experta en pluralismo jurídico Raquel Irigoyen, «es la cultura legal occidental la que se atribuye el poder de definición, sin entrar en un diálogo entre iguales con los actores de la cultura legal indígena a través de mecanismos institucionales mixtos que den igual poder a ambas culturas»¹⁴¹. Las instituciones monoculturales tradicionales, como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia o cualquier otra instancia judicial de la misma naturaleza, no representan ni en su estructura, ni en su composición, ni en su funcionamiento la diversidad cultural reinante en el país. Nos encontraríamos ante lo que Libardo Ariza ha definido como un «falso pluralismo jurídico cubierto por un manto de reconocimiento»¹⁴², una suerte de paternalismo judicial que podría cambiar en cualquier momento su orientación jurisprudencial. Los sistemas jurídicos e institucionales indígenas no dejan de estar en una posición de subordinación respecto de las normas e instituciones del Estado.

Una de las posibles vías para superar estas limitaciones sería caminar hacia la creación de instituciones mixtas de carácter plurinacional, instituciones que estarían en una mejor disposición para reconocer y proteger la diversidad¹⁴³. Este es el caso de la Constitución de Bolivia aprobada en 2009, que reconoce al Estado como un Estado de carácter plurinacional¹⁴⁴. La Constitu-

¹⁴¹ IRIGOYEN, R., «El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización», *op. cit.*, p. 19.

¹⁴² ARIZA, L.J., «Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia», *op. cit.*, p. 86.

¹⁴³ Para Rafael de Asís, la legitimidad de los órganos que toman las decisiones descansa, en gran parte, en la presencia en ellos de la «pluralidad», en DE ASÍS, R., «Sobre la interpretación de la Constitución en una sociedad multicultural», *Papeles El Tiempo de los Derechos*, n° 6, 2010, p. 8.

¹⁴⁴ El artículo 1 de la nueva Constitución proclama que «Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías». En la misma línea de reconocer la plurinacionalidad, la nueva Constitución de Ecuador, aprobada en 2008, establece en su artículo 1 que

ción prevé la creación de un *Tribunal Constitucional plurinacional* que se regirá por principios como el de plurinacionalidad, pluralismo jurídico o interculturalidad¹⁴⁵, y que estará formado al menos por dos magistrados o magistradas que provengan del sistema indígena originario campesino¹⁴⁶ de los siete que conforman el Tribunal. Todavía es pronto para valorar el funcionamiento de este nuevo sistema, pero, en principio, parece un sistema más respetuoso con la diversidad e identidad indígena del país.

«el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico». Sobre el carácter plurinacional del Estado boliviano ver MAMANI CONDORI, C., «Bolivia: pueblos indígenas y Estado plurinacional», en GÓMEZ ISA, F. y ARDANAZ IRIARTE, S. (eds.): *La plasmación política de la diversidad. Autonomía y participación política indígena en América Latina*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, pp. 179-198.

¹⁴⁵ Artículo 3 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ley 027, de 6 de julio de 2010.

¹⁴⁶ Artículo 13.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, Ley 027, de 6 de julio de 2010.

