

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

Vicente Cabedo Mallo
Universitat Politècnica de València
<https://orcid.org/0000-0001-5248-5220>

INTRODUCCIÓN

En anteriores trabajos (Cabedo, 1999, 2003), al abordar la cuestión del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas al más alto valor normativo, señalábamos que la gran mayoría de Estados Latinoamericanos habían ido reconocido en sus Constituciones la diversidad étnica y cultural presente en sus territorios, y que dicho reconocimiento del pluralismo étnico y, correlativamente, de los derechos colectivos indígenas era un fenómeno relativamente reciente (se había producido, prácticamente, durante la última década del siglo XX), pero creciente, en el sentido de que todas las reformas o aprobaciones de nuevas Cartas Magnas incluían, cada vez más, un mayor número de dichos derechos colectivos. Y de acuerdo con este planteamiento, predecíamos que el reconocimiento constitucional del pluralismo étnico y cultural y su traducción en derechos concretos, específicos, de los pueblos indígenas, se proyectará, desarrollará y potenciará en este siglo XXI.

Transcurridos veinte años de aquellos primeros estudios, en este artículo analizaremos la situación actual de la constitucionalización de los derechos de los pueblos indígena en América Latina. Comprobaremos si la aludida predicción relativa a la proyección, el desarrollo y la potenciación de dicha constitucionalización se ha cumplido, o, por el contrario, se ha ido ralentizando.

En cualquier caso, más allá de las conclusiones a las que podamos llegar en el presente estudio, nos reafirmamos, como antaño, en el convencimiento de que, como afirma Sonia Fernández, «el respeto a la diversidad es uno de los valores básicos de este siglo; (y que) este es el sentido último de la democracia pluralista» (2000).

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL EN AMÉRICA LATINA

CONTEXTO

El tránsito del principio de igualdad formal liberal, que hace tabla rasa de las diferencias, presente en el constitucionalismo histórico de los Estados latinoamericanos, al reconocimiento de la diversidad debe enmarcarse en los procesos de reforma de estos países, iniciados en las últimas décadas del siglo XX. Una reforma de los Estados que, como explica Willem Assies, «responde a la dinámica de lo que se ha venido en denominar la «doble transición», por un lado, hacia el neoliberalismo o, si se prefiere, hacia la economía globalizada, y, por otro, hacia la democracia» (2000). Y es, precisamente, en este marco de transición a la democracia que los Estados reconocerán la diversidad étnica y cultural presente en sus territorios.

mientras que por un lado las reformas constitucionales y del Estado responden a las exigencias y orientaciones de los mecanismos multilaterales, por otro lado, no pueden dejar de tomar en cuenta ciertas expectativas de la población local generadas en el marco de los procesos de «transición democrática» (Assies, 2000).

Las referidas reformas democráticas operadas en los Estados latinoamericanos supusieron, por tanto, una nueva concepción de las relaciones entre Estado y pueblos indígenas, en concordancia con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Ahora bien, no debe pasarse por alto que estas reformas, por lo que a los pueblos indígenas se refiere, son una consecuencia de todo un proceso de cambio iniciado en los años setenta. Durante estos años, las organizaciones indígenas, que habían ido surgiendo en la década anterior, se van fortaleciendo, tanto a nivel nacional como internacional, y empiezan a reivindicar los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a su identidad cultural, en definitiva, el derecho a la diferencia.

En este contexto comienza a cuestionarse el indigenismo oficial surgido en el I Congreso Indigenista Interamericano, celebrado en Patzcuaro, México, en 1940. Posteriormente, a partir de la década de los noventa, como se podrá comprobar a continuación, con las sucesivas reformas constitucionales, los Estados Latinoamericanos vendrán a reconocer el pluralismo étnico y cultural de sus naciones y, en mayor o menor grado, los derechos colectivos que como pueblos les corresponden a los indígenas.

CLASIFICACIÓN DE LOS ESTADOS EN ATENCIÓN AL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD

La ubicación en los textos constitucionales latinoamericanos del reconocimiento ya sea expreso o implícito, de la diversidad étnica y cultural es un criterio útil para determinar si, en puridad, estamos en presencia de un Estado pluralista y, en suma, democrático. Por ello, a continuación, procederemos a clasificar los Estados latinoamericanos atendiendo a dicho criterio.

En primer lugar, nos encontramos con un bloque de Constituciones en las que ya en sus artículos iniciales se reconoce el pluralismo étnico y cultural, incluyéndolo bien dentro del Título I correspondiente a los «principios (bases) fundamentales» o «elementos constitutivos» del Estado o la Nación (Colombia, Bolivia, Ecuador, Nicaragua), bien en el dedicado a «los derechos humanos y sus garantías» (México) o a «la persona» (Perú). Dicha ubicación no es ni mucho menos caprichosa, sino todo lo contrario. La diversidad étnica y cultural pasa a considerarse un principio fundamental, un elemento constitutivo del Estado. A los citados Estados se sumaría Venezuela, si bien el carácter multiétnico y pluricultural no aparece en el Preámbulo y no en el Título I como sus homólogas. Observe que estamos en presencia de territorios que cuentan con un amplio porcentaje de población indígena, como es el caso de Bolivia, Ecuador, Perú y México, pero, en cambio, en otros el porcentaje con relación a la población total del Estado en cuestión es insignificante, en particular Colombia y Venezuela.

De forma expresa, las derogadas Constituciones de Ecuador, de 1998, y de Bolivia, de 1967 (con la reforma de 1994), reconocían en su primer artículo, al carácter «pluricultural y multiétnico» de sus Estados o Naciones. En cambio, las vigentes Cartas Magnas de estos dos países, también en su primer precepto, dan un paso más en ese reconocimiento, al establecer que son Estado intercultural y plurinacional

Constitución de Ecuador (1998). Título I. De los principios fundamentales. Art. 1.- El Ecuador es un estado [...] pluricultural y multiétnico.

Constitución de Bolivia (1967 reformada en 1994). Título preliminar. Disposiciones generales. Artículo 1.- Bolivia [...] multiétnica y pluricultural.

Constitución de Ecuador. Título I. Elementos constitutivos del Estado. Artículo 1.- El Ecuador es un Estado [...] intercultural, plurinacional.

Constitución de Bolivia (2009). Título I. Bases fundamentales del Estado. Artículo 1.- Bolivia se constituye en un Estado [...] Plurinacional Comunitario [...] Intercultural.

En parecidos términos se pronuncian las Constituciones de Colombia (1991) y del Perú (1993) cuando, en sus artículos 7 y 2, respectivamente reconocen y, afirman, protegen la pluralidad o la diversidad étnica y cultural de sus naciones.

Constitución de Colombia. Título I De los principios fundamentales. Artículo 7.- Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Constitución de Perú. Título I. De la persona y la sociedad. Capítulo I Derechos fundamentales de la persona Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Por su parte, la Carta Magna de Nicaragua expresa la «naturaleza multiétnica» del pueblo nicaragüense (art. 8) y señala como uno de sus principios fundamentales de la nación el pluralismo étnico (art. 5).

Constitución de Nicaragua. Título I. Principios fundamentales. Artículo 5.- Son principios de la nación nicaragüense: [...] el pluralismo [...] étnico. Artículo 8.- El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana.

Con relación a México, con la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígena realizada en 2001, reconoció e incorporó los derechos fundamentales de los pueblos originarios en el art. 2 de su Constitución, que reconoce la composición pluricultural de la nación. Sin embargo, ya con anterioridad, con la reforma de 1992, su art. 4 estableció la «configuración pluricultural» de la nación mexicana sustentada en sus pueblos indígenas.

Constitución de México (reformada en 200). Título I. De los derechos humanos y sus garantías. Artículo 2.- La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originariamente en sus pueblos indígenas [...].

Por último, incluimos en este primer grupo a la Constitución de Venezuela, si bien, como adelantamos, presenta el problema de la ubicación del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, que aparece en su Preámbulo. Debería, como hacen las anteriores Cartas Magnas citadas, recogerse dicho reconocimiento en su Título I, dado que el Preámbulo de un texto constitucional no tiene efectos jurídicos.

Constitución de Venezuela. Preámbulo. [...] refundar la República para establecer una sociedad democrática [...] multiétnica y pluricultural.

Otros Estados, cuyas Normas Fundamentales conformarían un segundo grupo, reconocen la existencia o preexistencia de los pueblos indígenas, como es el caso de Paraguay y de Argentina (artículos 62 y 73, respectivamente, de sus Constituciones), o bien la propia «identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales», como refleja la Carta Magna de Panamá (antiguo art. 85, que tras la reforma de 2004 pasa a ser el 90). Y también incluiríamos en este grupo a Guatemala, cuya Constitución afirmar que Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que cita a los grupos indígenas de ascendencia maya. Observamos dos diferencias con respecto a las Constituciones de los Estados analizados anteriormente: por una parte, no existe la referencia explícita a la pluriculturalidad o a la diversidad étnica y cultural, y, por otra, la cuestión indígena ya no aparece reflejada en los preceptos iniciales. Se trata de Estados que cuentan, aquí sí todos, con un porcentaje de población indígena reducida con relación al total de habitantes del respectivo país. De destacar que la Constitución de Panamá, junto a la de Guatemala de 1945, serían las primeras Cartas Magnas que aludirían a los grupos o comunidades indígenas, frente a la invisibilidad tradicional de los mismos en los textos constitucionales.

Constitución de Paraguay (1992). Capítulo V. De los pueblos indígenas. Artículo 62 - De los pueblos indígenas y grupos étnicos.

Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Constitución de Argentina (1994). Segunda Parte. Autoridades de la Nación. Título Primero - Gobierno Federal. Sección Primera - Del Poder Legislativo. Capítulo Cuarto. Atribuciones del Congreso Artículo 75 - Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Constitución de Panamá (1972). Art. 90 (con anterioridad artículo 86). El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales.

Por último, queremos resaltar el caso particular de Brasil, en cuya Constitución el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural está, a nuestro entender, implícito, al dedicar todo un capítulo a los «indios», además de hacer referencia a ellos en otros preceptos. Lo cual no deja de ser significativo en un país en el que el porcentaje de población indígena es de solo el 0,40, alcanzando la cifra, eso sí, nada desdeñable de 900.000 indígenas (WIBJIA, 2021).

Junto a estos Estados analizados que reconocen esta diversidad étnica y cultural que representan los pueblos indígenas, encontramos otros en los que la referencia a la cuestión indígena en sus Constituciones es inexistente (Chile), simbólica e indirecta con relación a las «lenguas» (El Salvador y Costa Rica), o de carácter tuitivo y paternalista (Honduras).

Constitución de El Salvador (1983). Artículos 62.- El idioma oficial de El Salvador es el castellano. El gobierno está obligado a velar por su conservación y enseñanza. Las lenguas autóctonas que se hablan en el territorio nacional forman parte del patrimonio cultural y serán objeto de preservación, difusión y respeto.

Constitución de Honduras (1982). Título VI. Del régimen económico. Capítulo III. De la reforma agraria. Artículo 346.- Es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieran asentados.

Constitución de Costa Rica (1975 con reforma de 1999). Título VII. La educación y la cultura. Capítulo único. Artículo 76.- El español es el idioma oficial de la Nación. No obstante, el Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales.

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Reconocida la diversidad étnica y cultural que representan los pueblos indígenas, las Constituciones deben concretar ese reconocimiento del pluralismo en una serie de derechos. No basta, pues, con la mera declaración formal del pluralismo étnico, sino que este debe traducirse en unos derechos concretos. En cuanto a la naturaleza de los mismos, cabe remarcar que se trata de derechos colectivos, en cuanto hacen referencia o afectan a una colectividad, a un grupo étnico, en suma, a unos pueblos. Se trata, por consiguiente, de reconocer toda una gama de derechos para una parte muy importante de la población de estos Estados Latinoamericanos, en aras de preservar su propia identidad, su cultura, frente a la cultura de la sociedad blanca (ladina) o mestiza dominante, e invertir así el proceso de etnocidio en el que los pueblos indígenas se habían visto inmersos. Este es, por tanto, el objetivo de estos derechos étnicos, aunque la realidad nos muestra como los indígenas continúan siendo discriminados, representando el estrato social con los niveles de pobreza más elevados.

Por supuesto, estos derechos no excluyen los derechos individuales que, a los indígenas como personas y ciudadanos de un Estado, les corresponden. Tanto estos derechos individuales como los derechos colectivos de los pueblos indígenas son derechos humanos y, pese a la «buscada» contraposición entre ambos tipos de derechos, son perfectamente compatibles y necesarios, en cuanto se complementan mutuamente. Como aclara el maestro Stavenhagen, «Los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueve a su vez los derechos individuales de sus miembros» (Stavenhagen, 1998: 120).

A nuestros efectos, los derechos colectivos de los pueblos indígenas se pueden clasificar de muy diversas formas. A continuación, expondremos las que hemos venido utilizando en anteriores trabajos y añadiremos una a dicho acervo.

La Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior de Colombia (1997) agrupa los derechos indígenas en las cinco categorías siguientes: 1) el derecho a la identidad; 2) el derecho al territorio; 3) el derecho a la autonomía; 4) el derecho a la participación y a la consulta previa; y 5) el derecho al desarrollo propio. Por su parte, Marco Aparicio (2002) sintetiza estos derechos colectivos en: a) derecho al territorio; b) derecho a la cultura; c) derecho al etnodesarrollo; y d) derecho de autodeterminación.

De un modo más pormenorizado, Bronstein (1999) señala como derechos específicos de los pueblos indígenas: I) el derecho a la propiedad (colectiva e inalienable) y tenencia de la tierra; II) el derecho al territorio; III) el derecho a la protección del entorno físico y ecológico de las comunidades indígenas; IV) el derecho a la identidad de la cultura indígena, que incluye el respeto de las prácticas, valores y espiritualidad ancestrales; V) el reconocimiento de sus lenguas; VI) el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en aquellas decisiones que les puedan afectar; y VII) el derecho a mantener sus propias formas de administración comunitaria, de organización conforme a sus tradiciones.

A las anteriores clasificaciones, sumamos ahora una propuesta más reciente formulada en su Tesis de Doctorado por Carlos Alberto Mendoza.

Esta propuesta parte de una definición del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en la que se señalan los principales aspectos de su definición, para posteriormente estructurarse en dos grandes ramas de derechos colectivos derivados del mismo. La primera, denominada derechos de autonomía, entre los que se encuentra el derecho a conservar y desarrollar de sus propias instituciones políticas, culturales, sociales, jurídicas y económicas; el derecho a las tierras y territorios ancestrales y a los recursos naturales que se encuentran en ellos; el derecho al desarrollo; el derecho a la salud y el derecho a la educación. La segunda, denominada derechos de participación, entre los que se encuentran el derecho general de participación en las instituciones políticas, jurídicas, culturales, sociales y económicas de los Estados a los que hacen parte; el derecho de asociación; el derecho a la concertación, y el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado (Mendoza, 2017: 99).

Todos estos derechos colectivos específicos de los pueblos indígenas, agrupados en las clasificaciones anteriores, se recogen en las Constituciones Latinoamericanas, si bien es cierto que en unas el catálogo de derechos es más amplio que en otras. Pero en todas ellas se aprecia un mínimo o, en palabras de Bronstein, «núcleo de derechos fundamentales» en los que coinciden, como son, entre otros, el derecho a la tierra o el reconocimiento de las lenguas indígenas. Por el contrario, otros derechos, no por ello menos importantes, como el reconocimiento del Derecho Indígena y de su propia jurisdicción, no figuran en todos los textos constitucionales. Además, incluso en aquellos derechos en los que coinciden estas Cartas Magnas, el tratamiento que ofrecen

es muy diverso, estableciendo unas más restricciones o límites que otras en el ejercicio de los mismos.

Existe, por otra parte, una relación directa entre el reconocimiento constitucional del pluralismo o la diversidad étnica y cultural y el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. De tal suerte que, si nos situamos en el primer grupo de Estados que reconocían esta pluralidad de forma expresa y en los primeros preceptos de sus Cartas Magnas, el catálogo de derechos colectivos que recogen, salvo excepciones, es mayor que los que aparecen en las Normas Fundamentales de los restantes grupos. A título de ejemplo, el reconocimiento del Derecho y la jurisdicción indígena solo lo encontramos, en mayor o menor medida, en las Constituciones de Colombia, Bolivia, Ecuador, México, Perú y Venezuela. Y de ellas, la boliviana reconoce expresamente, a estos efectos, el pluralismo jurídico en su primer precepto.

La Constituciones más recientes, como es el caso de la venezolana (1999), la ecuatoriana (2008) y la boliviana (2009), introducen en su Título relativos a los derechos un capítulo específico relativo a los derechos de los pueblos indígenas.

CONCLUSIONES

En nuestros trabajos de hace veinte años, aproximadamente, señalábamos que las nuevas Cartas Magnas o las reformas constitucionales y legislativas que iban teniendo lugar en América Latina tendían cada vez más, por un lado, a ampliar el catálogo de derechos colectivos de los pueblos indígenas, y, por otro, a disminuir las restricciones de los ya reconocidos. Cambios estos que, por otra parte, afirmábamos, eran necesarios (y siguen siéndolo) en los procesos de democratización de los Estados Latinoamericanos. Presentábamos, por tanto, un panorama optimista, de avance, en el reconocimiento de los derechos indígenas, que había dado comienzo en la década de los años ochenta, aunque el punto de inflexión vendría dado por la aprobación de la Constitución de Colombia de 1991. Se iniciaba así un periodo trepidante que se prolongaría casi dos décadas, hasta la aprobación de la Norma Fundamental boliviana en 1999.

Del panorama optimista descrito se hicieron eco otros autores en esos primeros años del siglo XXI, como es el caso de Cletus Gregor Barié (2003). Este autor, haciéndose eco de un trabajo del maestro Rodolfo Stavenhagen, de 1988, llamaba la atención de los grandes cambios constitucionales que había experimentado América Latina con posterioridad al análisis del referido maestro, es decir, desde fines de la década de los ochenta del siglo XX. Cambios constituciones que venían a representar un gran avance en el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y, correlativamente, de los derechos de los pueblos indígenas en dicho continente.

La situación veinte años después no es tan halagüeña. Hace ya más de una década que no se aprueban nuevas Cartas Magnas en América Latina, y tampoco reformas constitucionales que, a nuestros efectos, reconozcan la pluralidad étnica y cultural, en el caso de países que siguen ignorándola por completo (Chile, en particular) o en los que la referencia indígena es cuanto menos pobre y anecdótica, como es el caso de Costa Rica y El Salvador, o directamente paternalista y etnocentrista, siendo un claro ejemplo Honduras. Estamos, pues, ante un impasse en el reconocimiento, desarrollo y profundización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas de América Latina en el plano constitucional.

Sin duda alguna, la prevista aprobación de una nueva Constitución en Chile, en la que, por fin, se reconozca la diversidad étnica y cultural y los derechos de sus pueblos indígenas, rompería el referido impasse, siempre y cuando este avance constitucional en el reconocimiento sus derechos fuera el principio de un nuevo impulso en su desarrollo y profundización en todo el continente americano.

Queda, por tanto, pendiente, para dentro de unos nuevos años, un nuevo estudio relativo a los derechos de los pueblos indígena en las Constituciones Latinoamericanas. Será el momento para analizar si se ha conseguido salir del impasse actual, con avances constitucionales significativos en los derechos indígenas, en especial en aquellos Estados con esta asignatura históricamente pendiente.

REFERENCIAS

- APARICIO, Marco: *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento de los derechos indígenas en América Latina*. Barcelona: Cedes Editorial, 2002.
- ASSIES, Willem: *La situación de los derechos humanos en el contexto latinoamericano*. Alertanet en Derecho y Sociedad, 2000. [<http://geocities.com/alertanet>]
- BARIÉ, Cletus Gregor: *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*. Quito: Abya Yala, 2003

- BRONSTEIN, A. S.: «Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos indígenas en América Latina». AA VV., *Memoria del II Seminario internacional sobre administración de justicia y pueblos indígenas*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- CABEDO MALLOL, Vicente: «Los pueblos indígenas y sus derechos en las constituciones iberoamericanas», *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal* 34, 1999, pp. 75-85.
- CABEDO MALLOL, Vicente: *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. València: Universitat Politècnica de València, 2004
- FERNÁNDEZ, Sonia: «Naciones indígenas (Análisis histórico y constitucional de los casos de Argentina y Chile)». *Alertanet en Derecho y Sociedad*, 2000. [<http://geocities.com/alertanet/F2b-Sfernandez.htm>]
- GONZÁLEZ CORREA, Germán (coord.): *Los Pueblos Indígenas en el país y en América. Elementos de política colombiana e internacional*. Bogotá: Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, 1998.
- IWGIA: *El Mundo Indígena 2021*. IWJIA: Copenhague, 2021.
- MENDOZA VÉLEZ, Carlos Alberto: *Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en Colombia: una propuesta de clasificación*. Tesis de Doctorado. Universidad Complutense de Madrid, 2018.
- STAVENHAGEN, Rodolfo: «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales», *Insonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 3, 1995.