

# **LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

*Bartolomé CLAVERO*

**E**l documento preparatorio del IIDH de una posible Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas por parte de la Organización de Estados Americanos (OEA) merece a mi juicio atención y comentario no sólo por su significación, sino también por su interés. No cuento personalmente con conocimientos para atender y comentar todos los puntos de esta plausible declaración; solamente tocaré los más exteriores a la cuestión indígena, pero que son también, según el planteamiento del propio manifiesto, puntos que parecen claves para ella misma, para toda ella.

1. El problema es el de las bases, los requisitos y las implicaciones del reconocimiento actual de unos derechos indígenas, de los derechos de los individuos y las comunidades indígenas, poniendo el documento énfasis en la segunda vertiente, la de unos derechos comunitarios de estos Pueblos, los indígenas. Me parece un verdadero acierto inicial la ubicación del problema en relación a la crisis del propio modelo de Estado, de un modelo incluso tan legitimado como el constitucional. Es también un principio de realidad, una opción realista, en cuanto que implica el planteamiento del problema en relación a la institución existente del Estado y al derecho que éste representa. El derecho indígena quiere afirmarse y situarse respecto al derecho que tenemos, el del Estado.

El documento presta más atención a la cuestión lógicamente segunda, la de la ubicación, que a la primera, la de la afirmación, la de una fundamentación del derecho indígena en el seno del derecho del Estado. La misma cuestión previa de entidad y legitimidad de este derecho queda más bien implícita. En el documento está dándose por supuesto que el derecho estatal de referencia es de carácter o al menos de principio constitucional, que la propia declaración de derechos no tiene sentido en relación a unos Estados que no sean, o que por lo menos no se proclamen, constitucionales, pero ya convendría a mi entender especificar este punto por implicaciones que, como argumentaré luego, me parece que interesan neurálgicamente al derecho indígena. Esta especificación también presentaría la otra cara, sólo implícita igualmente en el documento, de que, aceptándose como base de partida y terreno de desenvolvimiento el derecho

constitucional de los Estados, quedan aparte planteamientos de afirmación más expedita de unos derechos indígenas mediante la confrontación de los sistemas establecidos que se predicen constitucionales.

Los supuestos de Estados sin esta predicación de carácter constitucional también quedan obligadamente al margen, y esto no porque frente a ellos se consideren indefendibles unos derechos, sino porque estos no son predicables conforme a los principios de su ordenamiento. Así se define un espacio. En el acierto primero que aprecio en el documento de ubicar el derecho indígena en relación al Estado entiendo que implícitamente se encierra éste otro primerísimo, este acierto primordial, de posición de tal derecho en un terreno constitucional, en el terreno de unos Estados que se predicen, que al menos se predicen, constitucionales. Subrayo esto por las virtualidades que intentaré extraer.

De momento digamos que aceptadamente nos movemos en el terreno de unos Estados cuyos ordenamientos, por definirse como constitucionales, aceptan como principios unos derechos individuales y en cuyo seno, por la mismísima razón, caben unos derechos comunitarios, sea cual fuese la práctica que hayan seguido hasta ahora dichos mismos Estados respecto a unos y otros derechos, a estos derechos humanos. Sólo así alcanza sentido en este documento tanto la aceptación del Estado existente, de los Estados existentes que han podido venir entendiendo de otro modo unos requerimientos constitucionales, como la declaración de los derechos indígenas, de unos derechos que han podido no encontrar anteriormente cabida y acomodo en dichos marcos estatales ni aunque se tuviesen por constitucionales. A esto viene precisamente el documento.

2. El documento se interesa como cuestión inicial por la que he dicho segunda, la de ubicación respecto al Estado, respecto más en concreto a su mismo modelo constitucional hoy en crisis por no haber sabido responder a retos como el dicho de unos derechos comunitarios cual los indígenas. Así no se elude la entidad ni se oculta el alcance del problema: "Ni el Estado Unitario, ni el Estado Federal, ni el Estado Regional, reflejan en

sus principios y en sus estructuras las complejas realidades étnicas de nuestros pueblos y de nuestra historia". Unas sociedades pluriétnicas y pluriculturales no encuentran efectivamente en dichas especies acuñadas del modelo constitucional un cauce de auténtica convivencia. Los mismos conceptos recibidos de constituciones legítimas de Estados es lo que parece en efecto que debe empezar por cuestionarse. Se impone la concepción de un modelo inédito.

No sé si el documento avanza lo suficiente, para sus propios intereses, en la dirección que traza. Convendría a mi entender cuestionar más francamente la legitimidad, no de unos Estados constitucionales o predicadamente tales, sino de unos órdenes constituyentes, de los propios principios, de los mismos supuestos, sobre los cuales están constituidos estos Estados, los existentes. Nuestros Estados constitucionales se han fundado sobre la postulación, antes que de unos derechos individuales o de otros derechos comunitarios, de unos sujetos políticos colectivos, las naciones, que eran su simple reflejo, intentando acto seguido producirlos, esto es, crear unas colectividades homogéneas que pudieran asumir e interpretar el papel correspondiente de nación soberana, de sujeto social de su ordenamiento jurídico.

No parece que nadie haya hecho todavía el balance del costo histórico (desarbolamiento de comunidades, desplazamiento de poblaciones, emigraciones en masa, aniquilación de culturas, eliminación de etnias...) de la construcción con éxito de las naciones constitucionales, de todas ellas. En todos los casos se ha dado en algún grado dicha ficción nacional de partida y dicha política nacionalista de seguida. Afortunadamente, en buena medida, América Latina, no figura entre los casos que han alcanzado éxito. Ahí está su pluralidad étnica, su riqueza cultural.

Creo que pudiera y debiera abundarse en este punto clave. Tiene secuelas que no dejan de aparecer justamente en el documento. Se trata en sustancia del problema del "derecho de los Estados y las legislaciones nacionales", en cifra de la cuestión de la soberanía, con toda la presunción constitucional de su

planteamiento clásico: por vía de representación electoral, cuando se respeta, y por procedimientos que en todo caso extrañan a las comunidades no identificadas con el proyecto nacional, los Estados se han creído legitimados, primero, para reducir el derecho a ley, a decisión política suya, y segundo, para imponer sus decisiones políticas como leyes, como derecho, a la sociedad predicada como nación, a toda ella. La misma constitución de la justicia suele responder al planteamiento, incapacitándola a otros efectos. Hay aquí toda una cuestión de autoridad para producir derecho que es anterior a la del poder de hacer leyes y que merecería especial consideración a nuestro concreto propósito.

3. Me parece de superior interés para el objetivo del documento que pudiera de este modo introducirse la cuestión de legitimidad como un problema estructural para el Estado nacional de base pluriétnica y no sólo coyuntural para la crisis actual de unos modelos. Puede realmente haber una cuestión de falta de autoridad legítima para producir derecho aún en el caso de establecerse cuidadosamente y respetarse escrupulosamente los procedimientos electorales y las instituciones parlamentarias que se tienen justamente por constitucionales. Y de aquí, de los mismos presupuestos de apreciación de este problema, pudiera surgir el propio derecho indígena.

El documento insiste sobre todo en la evidencia de unas realidades, de la resistencia plurisecular de unos Pueblos, lo cual me parece un argumento impecable para el lanzamiento de una problemática, la indígena, mas no para el abordaje de un problema, el jurídico. Una realidad bruta no produce por sí misma derecho; no puede hacerlo cuando se ha partido de la aceptación de un orden, el constitucional, cuando se han cancelado justamente de este modo planteamientos frontales.

Si los mejores títulos del derecho siempre son los del derecho mismo, los que se derivan del orden establecido, mucho más lo serán si éste es constitucional, con la premisa dicha de los derechos, de unos derechos humanos. En nuestro caso, no tanto se tratará de que el derecho indígena pueda derivarse de la falta de autoridad de unos Estados constituidos, de la deficiencia de

legitimidad de las Naciones ficticias para imponer su ley, aún constitucional, como canon jurídico, sino más bien podrá tratarse de que, aceptados dichos mismos Estados y conforme a un entendimiento más justo de su propio carácter constitucional, el mismo derecho indígena encuentre, pues puede hacerlo, principios en los que fundarse y medios con los que desenvolverse.

Todo derecho estatal hoy procura predicarse en alguna medida conforme a unos principios constitucionales que prestan presunción de legitimidad, que sí constituyen al Estado en posición jurídica; frente a esto, la simple resistencia inviste difícilmente de derecho. No estamos ya en los tiempos de más radical deficiencia de legitimidad por ficción constitucional. Los Estados ya tienen una historia y están viniendo hoy a unos principios constitutivos menos ligados al imperativo nacionalista de planchado cultural y limpieza étnica, más vinculados al reconocimiento de derechos de los individuos y de las comunidades, a este pluralismo. El mismo orden internacional está ahora constituido, teóricamente fundado, sobre estos mismos supuestos. Son principios que de por sí, aunque luego no se respeten, constituyen derecho. Son base de derechos, inclusive potencialmente como digo los indígenas.

4. Los problemas consiguientes, los problemas así a mi entender de fondo, resultan estos: Primero, ¿qué derecho indígena supone, debe suponer, o la resistencia al Estado, sino la constitución legítima de éste?; segundo, ¿qué autoridad de producción y administración de ordenamiento le corresponde entonces, debe legítimamente corresponderle entonces, al Estado constitucional en el espacio indígena?

5. Ubicar inequívocamente el derecho indígena en el terreno constitucional me parece como he dicho un punto hoy inexcusable. Tal ubicación implica en primer lugar, que los derechos indígenas son predicables entre unos derechos constitucionales genéricos que hoy pueden presumirse, incluso cuando no están expresos, tanto en las declaraciones internacionales como en las nacionales. Si contamos con instrumentos positivos de un nivel y del otro, tanto mejor, pero creo que resulta en todo caso postulable que el derecho indígena, si es realmente derecho de

alcance constitucional y no simple concesión de un Estado o de un conjunto de Estados, existe, no porque haya textos jurídicos que lo reconozcan, sino porque debe entenderse contenido entre los derechos humanos, porque tales textos deben así reconocerlo. El documento tampoco deja de plantear la crítica a la concepción concesiva y dependiente de este derecho, el indígena, pero no acaba de ofrecer a mi juicio unas bases constitucionales de fundamentación propia.

Pueden y deben ser a mi juicio estas bases rigurosamente tales, constitucionales. Y el derecho de este carácter, constitucional, es ante todo el individual, derecho del individuo sin acepción ulterior ninguna en cuanto tal, en cuanto que derecho. Este principio también me parece hoy inexcusable. Pero esto no representa una amenaza para la Comunidad, sino exactamente lo contrario, sobre todo cuando la misma cuenta con un cultura propia. El individuo tiene derecho a su cultura y éste es un derecho individual, como tal siempre previo a la misma constitución del Estado, siempre premisa suya. Y esto implica un derecho colectivo, un derecho de la Comunidad misma, para su propia existencia y autonomía, a salvo así constitucionalmente siempre la existencia y autonomía propia del individuo, pero previo también entonces dicho derecho, el comunitario, a la constitución del Estado. No es dependencia suya la Comunidad indígena.

La ubicación en el terreno constitucional compromete con los principios, con los mismos principios constitucionales. Es lo que en segundo lugar puede implicar este planteamiento. Se trata de la cuestión enormemente delicada de que, siendo ante todo los derechos constitucionales, los derechos humanos, derechos individuales, el Pueblo indígena que así ve reconocido su derecho, reconocida su autonomía, debe responder a unos principios de derecho y autonomía del individuo que no suelen ser propios precisamente de su cultura. Aunque el documento es sensible a este problema, al que no deja de referirse en la forma hoy debida, abogando por la "vigencia y pleno ejercicio de los derechos humanos de cada ciudadano indígena frente a su propio pueblo", me parece que no acaba de afrontarlo. Estamos ante una cuestión que descarnadamente nos sitúa frente al

problema de la legitimidad para intervenir, de la autoridad para producir y administrar derecho: ¿Quién, si no es la propia Comunidad indígena, si ésta así falla por propia cultura, cuenta con la legitimación, tiene la autoridad, para imponer los principios que han de ser comunes?

En lo que respecta al Estado, es el segundo problema que he formulado en el punto cuarto: ¿Qué autoridad de producción y administración de ordenamiento le corresponde legítimamente entonces en el espacio indígena? Y no sólo existe además el Estado, la posibilidad así de su intervención, sino también, sobre unos mismos principios actualmente, el orden internacional, sus instituciones y jurisdicciones, su posibilidad de intervención secundaria.

6. Una regla de economía procedural, aunque sólo fuera esto, recomienda que no nos elevemos al nivel internacional sin pasar por el estatal. Aparte reticencias debidas a la historia y a la sociología particulares de los diversos Estados latinoamericanos, habrá de reconocerse que aquél en cuyo seno se comprenden Pueblos indígenas han de ser el competente para el aseguramiento respecto a ellos de unos principios constitucionales comunes. Pero con esto no se da paso a los poderes clásicos legislativo, gubernativo y judicial de intervención en ellos y sobre ellos. Ni mucho menos. Ahora la propia adjudicación y el propio ejercicio de unas facultades estatales deberán legitimarse y habilitarse conforme a estos mismos principios constitucionales, a los principios de reconocimiento de unos derechos individuales entre los que se encuentra el derecho a una cultura y el consecuente de la propia colectividad a una autonomía.

El procedimiento de intervención no puede ser entonces el legislativo más tradicional. El Estado constitucional de base pluriétnica no parece que cuente con legitimidad para imponer sus códigos y sus leyes, todo un modelo de sociedad propio, a unas comunidades indígenas; respecto a ellas, sólo cabrá que legisle en la medida en la que se limite a crear los instrumentos y establecer los procedimientos para una convivencia y comunicación de culturas y para una predicación y aseguramiento de derechos, a salvo entonces siempre la autonomía comunitaria.

Tanto la habilitación general como el ejercicio incontrastado de un poder legislativo ya quedan fuera de juego. Ni la democracia más universal ni el régimen representativo más escrupuloso ni la práctica electoral más limpia pueden ya legítimamente investir de un poder tal. Hay derechos anteriores, inclusive los comunitarios.

Al segundo efecto dicho, el de la garantía interior de unos derechos humanos, la vía procedente tampoco parece la gubernativa, más lesiva aún para la autonomía comunitaria. Sólo queda la judicial, que puede ser realmente la idónea. En vez de leyes imperativas, debieran ofrecerse jurisdicciones voluntarias, remedios jurisdiccionales al alcance de los indígenas y las indígenas que no sientan amparados sus derechos por la comunidad y que resuelvan reclamar frente a ella. Ya se entiende además que debieran ser jurisdicciones suficientemente versadas en costumbres y, dada la autonomía, leyes indígenas, y debidamente capacitadas para atenderlas a la luz, no de la legislación nacional, sino del derecho constitucional, de unos derechos constitucionales del alcance referido. Puede ser el procedimiento de intervención tanto menos lesivo en principio para la autonomía comunitaria como más eficaz a la postre para el derecho constitucional, para este derecho así entendido.

Son cosas un tanto inéditas, pero ya el mismo documento postulaba que debía producirse una nueva forma de Estado, un modelo nuevo. Mas el mismo documento no apunta exactamente en dicha línea. Parece confiar más, mucho más, en la acción legislativa del Estado. Lo hace incluso expresamente en las posibilidades de una legislación provincial y municipal en la que entiende que, para no afectarse la soberanía, pudiera permanecer el supuesto de las Comunidades indígenas. Fallando unas bases, resulta un rebajamiento a mi entender bien gráfico de la posición. En el estado actual del derecho internacional, la misma preocupación pragmática del documento por la soberanía pudiera tener algo de anacrónica. Su misma propuesta práctica, a la que me referiré, podrá acusarlo.

Y una observación ortográfica con vistas al nuevo modelo. En la copia del documento de que dispone el Estado, Estado na-

cional, se escribe ordinariamente con mayúscula y pueblo, pueblo indígena, así con minúscula. ¿No podría homologarse a la baja o al alza, estado y pueblo o Estado y Pueblo? Parecen mayúsculas de respecto que ya pueden descompensar planteamientos.

7. Tampoco son cosas tan inéditas, tan absolutamente inéditas. Convendría mirar un poco al norte, a los Estados Unidos por no ir más lejos. La historia de su política indígena no resulta nada ejemplar, mas la actualidad de su derecho indígena puede orientar. Hoy están formalmente reconocidas la Comunidades indígenas y en unos términos además prácticamente federales. Cuentan con el reconocimiento de una jurisdicción teóricamente originaria, no concedida, en virtud de la cual pueden dotarse de constitución y leyes propias, de su propio orden político y jurídico, y en fuerza de la cual pueden quedar al amparo de interferencias tanto estatales como federales, particularmente de las legislativas. Las relaciones estables y los controles eventuales se plantean y desenvuelven constitucionalmente en el terrero jurisdiccional.

Sólo quiero dejarlo apuntado porque tampoco constituye un modelo transplantable o ni siquiera sencillamente un modelo. Tras una historia irreparable, el derecho no repara. El mismo reconocimiento de jurisdicción incide allí ahora normalmente sobre territorios no originarios, sino adjudicados y residuales. Pero el mero planteamiento puede que interese. La estructura del ordenamiento jurídico responde en aquellas latitudes a unas condiciones jurisdiccionales, de capacitación constitucional y capacidad institucional de la justicia, que lo posibilitan.

Si dicho planteamiento es también en sustancia el adecuado para nuestras latitudes, sería entonces precisa una revisión sin precedentes de la propia estructura del ordenamiento, comenzándose por su capítulo clásico de fuentes tan privilegiado para la ley, y sería entonces preciso un esfuerzo también inédito de depuración de la propia cultura constitucional, comenzándose por su idea clásica de la democracia tan favorable para el poder político. Lo que el reconocimiento efectivo de los derechos

indígenas puede aquí requerir no tiene quizá parangón no dice\*\*\* ya con reformas legislativas conocidas, sino tampoco con procesos constituyentes habidos.

8. Obsérvese que, desde la posición constitucional, desde este planteamiento, se están definiendo unas relaciones entre Comunidades indígenas y Estados nacionales de un carácter similar al de las que hoy, con el fortalecimiento casi confederativo de un orden mundial, tratan de establecerse entre Estados nacionales y Comunidad internacional, las cuales desde luego, frente a los primeros, también se precisan a unos mismos efectos constitucionales. Tampoco es algo enteramente nuevo esto de la relación materialmente internacional entre Comunidad indígena y Estado nacional.

Mírese lo que el mismo documento dice en una nota, la octava: "Así mismo desde hace muchos años existen en algunos países territorios indígenas definidos mediante tratados entre los pueblos y los estados; en tales tratados se establecen los derechos y competencias que corresponden a los pueblos y los que se reservan para el Estado". Es una práctica de derecho internacional que naturalmente no se guarda para poblaciones sometidas a los poderes constitucionales del Estado, como provincias y municipios. Pudo hacerse por necesidad, pero también puede tratar de convertirse la necesidad en virtud. Los Pueblos que la han practicado puede que lo tengan más a mano. ¿No merecería este punto sacarse de nota y elevarse a texto? Con todas sus virtualidades, a la luz de todo lo dicho, ya requeriría a mi juicio mayor atención y superior desenvolvimiento.

9. Mas hay todavía diferencias entre Estado nacional y Comunidad internacional. El primero es más responsable y bastante más capaz; tiene una mayor responsabilidad en el estado actual del problema indígena y cuenta con mayor capacidad para afrontarlo. No debiera tener probablemente más poderes respecto a la Comunidad indígena de los que, respecto a él mismo, hoy reivindica la Comunidad internacional. Mas el Estado nacional puede que tenga mayores obligaciones.

Además de la obligación constitucional dicha de ofrecimiento de unos medios jurisdiccionales, también existen, dada la

situación social a la que el propio Estado nacional ha llevado a los Pueblos indígenas, dado este desequilibrio, dada tal responsabilidad, unas obligaciones de asistencia que pueden constituir derechos de tutela para la parte indígena, otros derechos. Pero son derechos que deben también reconocerse y regularse de forma que tampoco lesione la autonomía comunitaria, contándose por lo tanto para su ordenación y administración con las mismas Comunidades indígenas. Es ya un imperativo del propio planteamiento constitucional actual, bien distante del tradicional.

10. A los efectos de traducción operativa de estos planteamientos, adviértase, en cuanto a la declaración de derechos, que no se deducirían unos derechos indígenas diversos a los que enumera el documento, pero que podría alcanzarse una articulación y ponderación de los mismos que no se aprecia en él. Un derecho primordial para la óptica constitucional, pues sería ante todo individual, como el derecho a la cultura o figura en un lugar preeminente y no se vincula así al mismo derecho colectivo primero de existencia de unos Pueblos. El consiguiente derecho a la autonomía, que es derecho a la jurisdicción y es derecho al territorio y es derecho al ambiente y es derecho a la economía, todo ello, tampoco aparece debidamente relacionado. Respecto a los derechos de tutela, "derecho a la protección del Estado", parecen afirmarse sin cautelas respecto a la propia autonomía. Y hay un capítulo de derechos políticos, "derecho a la participación como pueblos en todas las instancias del Estado nacional", que también resulta problemático en la medida en que no se planea claramente como cuestión, más o antes que de representación política, de coordinación comunitaria o, en términos más jurídicos, de estructuración jurisdiccional. Parece faltar como digo articulación y ponderación en la declaración del documento.

11. Las conclusiones del mismo, al resolverse en la propuesta de una jurisdicción internacional, interamericana, de Promoción y Defensa de los Derechos de los Pueblos indígenas, me parece que no están a su altura, que no responden a las expectativas que él mismo despierta. Una jurisdicción como la que se propone sería oportunísima, mas ¿no debiera instarse antes a la consti-

tución de jurisdicciones nacionales en el sentido dicho y con el debido inicio entonces de la revisión de las bases del ordenamiento, comenzándose por las fuentes? ¿Y no se está así finalmente soslayando, al reducirse la propuesta a los derechos de los Pueblos, el problema realmente básico de los derechos de los individuos indígenas?

12. El problema, finalmente, no es sólo institucional, sino también cultural, y lo es ante todo de la cultura constitucional, de su incapacidad demostrada para instalarse en sociedades tan plurales. Es una cultura todavía demasiado identificada con un determinado modelo de sociedad. Una cultura jurídica todavía comprometida con una cultura social, así parcial. Precisa nuevos planteamientos que logren capacitarla mediante una elevación de su capítulo de derechos y una reducción del de poderes que la lleven a un nivel compatible con todas las culturas sociales, a un mínimo común denominador de toda la humanidad sin lesión así para ninguna de sus sociedades, de sus múltiples comunidades.

La cuestión no será aquí seguramente resoluble mientras que la cultura jurídica latinoamericana, la académica como la práctica, sigue siendo tan mimética, siga así mirando más a soluciones ajenas que a problemas propios. Por lo que interesa ya al derecho indígena, por lo que le interesará a la larga sobre todo, ¿no convendría también una llamada de planteamiento y promoción de estudios y enseñanzas más arraigados en las propias realidades a Universidades y otras instituciones culturales en todos los niveles? El mismo giro jurisdiccional del sistema jurídico lo precisaría. No todo tendrá que esperarse ya de la ley. No toda la responsabilidad ni toda la competencia corresponde a la política.