

XVIII CURSO INTERDISCIPLINARIO EN DERECHOS HUMANOS

TEMA: DERECHO CONSUECUDINARIO Y DERECHO POSITIVO: EL CASO DEL DERECHO INDIGENA

EXPOSITOR: RODOLFO STAVENHAGEN

Muchas gracias Doña Gilda muy buenos días a todos ustedes me da un enorme gusto participar una vez en el Curso Interdisciplinario este es el décimo octavo y como ustedes saben pues estamos celebrando este año el Vigésimo Aniversario del Instituto y esto es bien importante como todos nosotros sabemos porque el Instituto ha desempeñado un papel significativo en la promoción de los derechos humanos en el continente; y en estos 20 años han cambiado muchas cosas en el panorama de los derechos humanos lo cual también ha conducido a que el Instituto esté reflexionando sobre el cambiante papel que debe desempeñar en las sociedades de nuestro continente y uno de los temas que más ha cambiado en estos años y que a mí me ha tocado observar desde el propio Instituto es la importancia creciente y podríamos casi decir la emergencia, la irrupción en la conciencia nacional de nuestras sociedades de la problemática de nuestros pueblos indígenas.

Hace unos 20 años cuando comenzó sus labores el Instituto Interamericano de Derechos Humanos hace 17 o 18 años cuando a mí me tocó colaborar por primera vez en una actividad de este Instituto a los 2 años de haberse fundado, la temática de la que vamos a hablar esta mañana, la temática de los pueblos indígenas de nuestro continente curiosamente no aparecía en el discurso de los derechos humanos; ni los grandes juristas, ni los estadistas, ni en los sistemas internacionales, ni en las ONGs que como ustedes saben en ese entonces eran muy pocas las ONGs que se dedicaban a la defensa de los derechos humanos este es un fenómeno también de la última década y media, la eclosión, la explosión de las ONGs de defensa de los derechos humanos; la temática de los pueblos indígenas simplemente no aparecía.

Y lo puedo decir así como anécdota que en algún evento del Instituto se me ocurrió plantear esta problemática, algunos de los aquí presentes se acordarán de aquello pues realmente la gente me miraba como un ser extraño, de qué nos viene a hablar, parece que estaba yo hablando de que habían desembarcado los marcianos en el planeta al hablar de la problemática de los pueblos indígenas en el continente y sin embargo como ustedes saben pues esto ha cambiado muy rápidamente, esto ha cambiado esencialmente nuestras sociedades sobre todo latinoamericanas ya no son las mismas en los últimos años con respecto a la manera en que la problemática de los derechos humanos de los pueblos indígenas se está tomando cada vez más en consideración; es una temática en la cual se ha prestado creciente atención en todos los niveles y tal vez podríamos decir que la atención ha sido tan rápida y se han ido acumulando hechos, y legislaciones, y leyes además de

seminarios, conferencias, congresos, encuentros internacionales, etc., que a veces sentimos que esto nos rebasa y a veces sentimos que hay que jalar el globo un poquito a tierra y decir bueno vamos a ver de qué estamos hablando, vamos a ver que es lo que realmente pasa, cómo insertamos esta temática dentro del conjunto de una estructura cada vez más sólida de defensa y promoción de los derechos humanos.

La temática de los derechos humanos de los pueblos indígenas se ha venido planteando tanto a nivel interno de nuestras sociedades, a nivel doméstico; y se ha reflejado en una serie de fenómenos sociológicos, fenómenos culturales, fenómenos jurídicos de los cuales hablaremos un poco esta mañana; pero también se ha manifestado a nivel internacional como todos nosotros sabemos en los organismos multilaterales de la ONU, de la Organización Internacional del Trabajo y en la Organización de Estados Americanos fundamentalmente, aunque también en otros organismos especializados como son la UNESCO y como son a nivel mundial otros organismos de tipo regional.

Generalmente se parte cuando se habla de los derechos humanos de la construcción que se viene haciendo desde hace muchas décadas en el ámbito internacional, y generalmente como ustedes bien saben en algún curso introductorio a los derechos humanos se parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el gran documento del siglo XX de tipo internacional seguido como sabemos por los Pactos Internacionales y luego una cantidad de otras resoluciones, convenios, declaraciones tanto de Naciones Unidas como de algunos de sus organismos especializados.

Cómo encaja dentro de este conjunto la problemática de los pueblos indígenas, no se trata hoy en la mañana de hacer el recuento de cómo se fue insertando el debate y la discusión de los derechos de los pueblos indígenas en el debate internacional de los derechos humanos porque por desgracia no tenemos demasiado tiempo y además este curso pues está concentrado en la temática del acceso a la justicia que es un aspecto pues de lo más amplio de lo que venimos hablando y sin embargo creo que es importante recordar un poco de qué manera esta temática de los derechos de los pueblos indígenas se puede aprender a partir de la estructura normativa internacional de los derechos humanos en general.

Y yo ahí quisiera proponerles que podríamos verlo desde tres ángulos diferentes que son también las grandes tendencias o las grandes orientaciones que vemos en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.

En primer lugar estaría lo que algunos consideran que es el núcleo mismo de toda la estructura, de toda la construcción de los derechos humanos que es la igualdad de todos los seres humanos ante la ley, la igualdad de todos los seres humanos ante los derechos humanos proclamados es decir que estos derechos humanos individuales, universales como sabemos por principio, por fundamento esencial se aplican a todos los seres humanos del planeta.

Y claro que dentro de esto pues también todos aquellos seres humanos que pertenecen a grupos sociales o culturales que por algún motivo u otro han

estado marginados, han estado discriminados, han estado excluidos, o no han podido o no han logrado disfrutar plenamente estos derechos universales.

Esto pudiera ser la primera beta, la primera tendencia y el argumento sería bueno pues hay grupos humanos en el mundo y desde luego en el continente que no tienen todos sus derechos humanos, que no han disfrutado todos sus derechos humanos o a quienes a pesar de esa legislación internacional, a pesar de las constituciones, a pesar de las normas legislativas no están disfrutando de estos derechos humanos.

Y claro dentro de estos grupos y hay muchos otros se encuentran los pueblos indígenas entonces el desafío es cómo hacer que las poblaciones indígenas discriminadas históricamente, marginadas históricamente puedan disfrutar plenamente de estos derechos humanos; qué hay que hacer?

Y frente a esto pues hay muchas respuestas, no?, básicamente estas respuestas se centran en el problema del acceso a la justicia, se centran en que hay que hacer más efectivo el sistema de administración de justicia para que también los pueblos indígenas en su conjunto y cada uno de sus miembros en lo individual puedan acceder a estos derechos humanos, pueda disfrutarlos plenamente de igual manera que cualquier otro ciudadano.

En esta misma situación se encuentran también otros grupos no solamente los pueblos indígenas, encontramos bueno la problemática de género las mujeres, encontramos a los niños, encontramos a otros grupos étnicos, culturales o raciales como la población negra en nuestro continente; como algunos otros grupos que tienen problemas semejantes de acceso desigual al goce de los derechos humanos universales.

¿Qué hacer?

Pues generalizar, consolidar, profundizar, abrir, etc., incorporar a los grupos marginados al sistema universal de protección de los derechos humanos; esto es por ejemplo lo que han peleado por mucho tiempo los negros en Estados Unidos que es la igualdad total ante el sistema social, el sistema político, el sistema económico y el disfrute de sus derechos humanos.

Y hay muchos quienes plantean también que en América Latina el camino fundamental es esto, es hacer más efectivo el goce y el disfrute de los derechos humanos para la población indígena que por razones repito históricas y otras que todos conocemos y que no vamos a meternos ahorita a discutir en detalle han estado marginados de este disfrute general.

Esto sería digamos un primer enfoque y es un enfoque bueno, es un enfoque sólido, es un enfoque importante y creo que esta es una de las grandes tareas que los defensores de los derechos humanos tienen frente a sí en nuestros países es que el Sistema de Protección de los Derechos Humanos se haga efectivo a todos los miembros de nuestra sociedad y en nuestras sociedades en particular donde existen poblaciones indígenas sobre todo en algunos países donde su presencia demográfica y cultural es grande pero también en

aquellos donde por el contrario es pequeña y por lo tanto son más vulnerables todavía hay que hacer efectivo ese sistema universal, primera tarea.

Pero hay otra tarea más y esto se viene discutiendo también en Naciones Unidas, en los órganos internacionales desde hace mucho tiempo y esta es la segunda vertiente.

Como ustedes saben en el sistema de la ONU existe desde hace mucho tiempo, incluso desde antes de la Segunda Guerra Mundial en la época de la sociedad de las naciones un régimen de protección a minorías culturales, minorías lingüísticas, minorías étnicas, etc., esta temática que por razones históricas también fue muy esencial en Europa entre las dos guerras mundiales entre la primera y la segunda mundial y también muy asombrosamente ha vuelto a ser una problemática fundamental en la Europa de fines del siglo XX a raíz de la caída del Muro de Berlín y de la desintegración de la Unión Soviética, y de la Federación Yugoslava con todos los problemas que hemos podido seguir en los medios de comunicación en los últimos diez años más o menos.

Esta problemática de las minorías es uno de los aspectos fundamentales de la protección de los derechos humanos en el Sistema de las Naciones Unidas, y el argumento fundamental es el siguiente "que no basta que todo el mundo disfrute de los mismos derechos humanos, individuales, universales" por qué? porque la humanidad está dividida en diferentes grupos culturales; la humanidad consiste no sólo de gentes iguales aunque en gran medida y que bueno que así sea todos somos en un 99.9 por ciento iguales y el 99.9% se refiere a los genes que tenemos, en eso somos iguales no solo entre seres humanos sino también lo compartimos con otros mamíferos con los ratones por ejemplo y con los changuitos en fin ese tipo de cosas; en ese sentido tenemos más en común de aquello que nos diferencia unos de otros y sin embargo a través de nuestra historia humana parece que hemos enfatizado mucho más el punto 1% de los que nos diferencian los unos de los otros que el 99.9% de los genes que todos tenemos en común, pero así somos los seres humanos.

Además las diferencias a las que me refiero que tienen que ver con los derechos humanos pues no son esencialmente de tipo genético, incluso lo genético tiene muy poco que ver sino son construcciones artificiales que los propios seres humanos eligen para separarse los unos de los otros, son diferencias culturalmente construidas; nos diferenciamos nos de otros no por el punto uno por ciento de nuestros genes que es lo menos importante sino que nos diferenciamos los unos de otros porque hablamos idiomas diferentes, porque nos gusta a unos comer chile y a otros curry, porque cantamos canciones diferentes, porque adoramos Dioses diferentes, porque nos enamoramos y nos relacionamos con nuestros semejantes de una manera y no de otra; en otras palabras nuestras diferencias como seres humanos son muchas veces de tipo artificial, de tipo creado culturalmente pero el hecho de que hayan sido creadas culturalmente estas diferencias no significa que carezcan de importancia, por el contrario son sumamente importantes porque como nos enseña la historia esas diferencias nos han conducido a matarnos los unos a los otros y a excluirnos los unos a los otros, y a discriminarnos los unos a los otros en función de esas diferencias artificialmente creadas.

Y esta realidad humana universal que también la tenemos en nuestras sociedades plurales latinoamericanas, son precisamente las que han conducido a la creación de este aparato internacional de protección a las minorías porque como dije hace un momento no basta con que se proclame "*urbi et orbi*" de que todo mundo es igual sino que hay que respetar también las diferencias y el argumento ahí es fundamentalmente este de que no se puede realmente respetar los derechos humanos de los individuos si no se respetan las diferencias de los grupos sociales a los cuales pertenecen esos individuos.

De qué me sirve que me digan en una sociedad determinada, en un país determinado de que yo tengo los mismo derechos que todos los demás si no me dejan hablar el idioma materno, el que hablo en mi familia; o si no me dejan vivir de acuerdo con las costumbres tradicionales de mi pueblo y de mi comunidad, y me dicen que no esto no vale, esto es inferior, eres un salvaje, eres un primitivo, etc., etc.

Entonces el Sistema Internacional de Derechos Humanos también ha tomado en cuenta estas diferencias y ha establecido a través del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y a través de la Declaración de la Asamblea General de la ONU sobre los derechos de las minorías nacionales étnicas, lingüísticas, etc., que aprobó la Asamblea de la ONU en 1992 ha establecido o comenzado a establecer un régimen de protección a minorías culturales; que en algunos países está más adelantado que otros esto es importante, en algunos países europeos por ejemplo, en algunos países asiáticos, en algunos países del medio oriente, en algunos países africanos y podríamos decir bueno pues este régimen regional de protección a los derechos de las minorías pudiera ser también aplicado a América Latina por qué no?

Y entonces se abre el debate de si en América Latina hay o no minorías culturales, minorías étnicas; yo les dejo a ustedes esta pregunta a ver si en el periodo que tenemos más delante de preguntas y respuestas y a ver si en los talleres se puede discutir a fondo eso ¿cómo se aplica el régimen o qué aplicación posible tendría el régimen de protección de minorías a la situación de los pueblos indígenas en América Latina? Creo que es un tema que todavía está abierto.

El régimen de protección a minorías establece desde luego no solamente que todos los miembros de las dichas minorías tienen los mismos derechos que la mayoría o de las mayorías sino que también estos derechos implican como dije hace un rato el derecho a la diferencia y el derecho a mantener sus identidades culturales lo cual significa muchas veces el derecho a la lengua, el derecho a la educación en la propia lengua, el derecho al respeto a las formas de organización social y las formas de convivencia de los grupos y muchas veces también significa el reconocimiento jurídico en las legislaciones nacionales de dichas minorías como entidades jurídicamente definidas a veces territoriales, a veces no; como entidades a veces políticamente importantes dentro de un país determinado.

Esto es lo que llamaríamos la segunda beta que Naciones Unidas ha desarrollado de protección de los derechos humanos, la beta del régimen de protección de minorías, pero aquí surge una cosa interesante por qué este enfoque no ha realmente pegado en América Latina, por qué no es a través del régimen de protección a minorías que se ha estado elaborando digamos el discurso de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en América Latina.

Y ahí yo creo que intervienen varios factores que voy a mencionar muy brevemente y que fueron planteados a lo largo de los años en las Naciones Unidas; en primer lugar algunos representantes indígenas sobre todo de América del Norte pero posteriormente también de algunos países de América Latina que tuvieron la suerte de poder llegar a las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas allá en Ginebra desde los primeros años principios de los ochentas en que se estaban discutiendo estos temas, argumentaban que la idea de la protección a las minorías culturales no debía de ser aplicado a los pueblos indígenas de América Latina por algunas razones y las razones son las siguientes:

Primero de que la situación de los pueblos indígenas en América Latina en general pero también en América Latina en particular no era equiparable a la situación de muchas minorías que si se estaban acogiendo al Sistema Internacional de Protección de Minorías en otras partes del mundo porque en diferencia con aquellos grupos las poblaciones indígenas de este continente eran poblaciones originarias históricamente es decir, cuya existencia en el territorio era anterior a la llegada de los invasores europeos que llegaron en el fatídico año de 1492 y que esa pre existencia originaria les daba ciertos derechos históricos que no necesariamente era la situación de las minorías de las que se hablaba en Naciones Unidas y que se aplicaba en Europa Central y Oriental y a otras partes del mundo donde no se daba este tipo de situación de una invasión, de una conquista, etc.

Segundo que estas poblaciones precisamente por el hecho de la conquista habían sido sometidas e incorporadas a un estado que no era de ellos sino que les había sido impuesto por acto de conquista y que por lo tanto había un vicio original en la forma de incorporación de estos pueblos a los estados primero colonial y luego nacionales de nuestros países.

Tercero de que en algunos países estos grupos indígenas no eran minorías en ningún sentido de la palabra sino mayorías, no eran minorías demográficas pero tal vez eran minorías sociológicas y minorías políticas pero no minorías demográficas y que por lo tanto toda la argumentación entorno a minorías que se daba en Naciones Unidas era inaplicable a la situación en América Latina.

Estos argumentos fueron tomados por algunos funcionarios de Naciones Unidas que trabajaron allá en Ginebra por aquellos años particularmente en la Subcomisión de Protección de Minorías y de Combate a la Discriminación que ahora se llama Subcomisión de Protección y Promoción o de Promoción y Protección de las Minorías desde hace un par de años cambió de nombre y en el seno de la cual se estaban discutiendo estos temas.

Entonces hay un argumento de fondo, que los pueblos indígenas no aceptaban ser equiparados con régimen de minorías por estas razones expuestas pero había otra razón más en aquellos años, estos eran los años antes de la caída del Muro de Berlín, eran los años antes de toda esta turbulencia que hemos vivido en el mundo desde la desintegración de la Unión Soviética y de Yugoslavia por aquella parte del mundo y en que Naciones Unidas toda la discusión sobre protección a minorías prácticamente estaba estancada, no había avances desde los años cuarentas se había encargado a la Subcomisión "hagan ustedes algo entorno al régimen de minorías" y prácticamente en cuarenta años no se había adelantado prácticamente en nada, estaba estancado por qué?, porque básicamente los países partes que controlan la toma de decisión en el Sistema de Naciones Unidas se habían opuesto a que se discutiera la problemática de las minorías como un aspecto de los derechos humanos y los países occidentales querían sobre todo discutir los derechos humanos individuales consideraban que todo esto de minorías pues era una fantasía y que no se aplicaba realmente y que podía desviar la discusión de los asuntos bien importantes y por tanto lo tenían en el congelador.

Entonces qué hicieron algunos funcionarios de Naciones Unidas que querían promover la discusión sobre los derechos de los pueblos indígenas? dijeron no conviene meter esto en el mismo canasto de protección a minorías porque ahí se va a quedar estancado, ahí se va a congelar; mejor le damos la vuelta y como en aquellos años era muy fuerte la demanda por el combate contra el racismo particularmente por los países del tercer mundo que recién se habían independizado y que luchaban en contra de la vieja concepción del racismo como parte del imperialismo, el racismo como ideología dominante de los países europeos y de los blancos, etcétera contra los negros, y como todavía estaba entonces el sistema de la *Part High* en Africa del Sur que ahora como ya ustedes saben felizmente ha desaparecido desde 1994, pero en los 80 todavía era un régimen muy fuerte entonces toda la discusión contra el racismo en Naciones Unidas estaba muy activa y se concentraba sobre todo en Africa y otras partes del mundo y entonces la Subcomisión a la que he hecho referencia tenía dos aspectos, tenía dos vertientes que atender la vertiente de protección a minorías y la otra vertiente de combate al racismo y entre estas dos la que tenía más posibilidad de llevar adelante la discusión era la vertiente del racismo no la de protección a minorías porque como dije estaba más o menos estancada.

Entonces un genial funcionario del Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas nuestro buen amigo Augusto William Sen Díaz de Guatemala que era precisamente el encargado de preparar la agenda de Naciones Unidas y ahí ven ustedes como muchas veces las grandes cosas históricas se pueden en gran parte explicar porque hay una persona en el lugar correcto, en el momento correcto y toma una decisión correcta que fue el caso de Augusto William Sen Díaz que dijo "vamos a meter la discusión sobre los derechos indígenas en la vertiente del combate de racismo y no en la de minorías, no vamos a dar lugar a que nos estancuen en este debate y nos digan -ah pues los indígenas son minorías y ahí están las minorías y vamos a ver si algún día nos ocupamos de ellas-".

Y es por eso el debate de los pueblos indígenas no se metió en el mismo apartado de minorías sino en el combate contra el racismo; pero el mismo problema estaba todavía pendiente mucha parte de este combate contra el racismo se daba en el lenguaje de igualdad de derechos pero como dije al principio ese lenguaje no era suficiente entonces cuál era el otro lenguaje que se podía utilizar? y ahí entramos a la tercera beta que se da en la orientación de las Naciones Unidas que es el Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación, es la tercera beta.

El Derecho a la Libre Determinación es un derecho fundamental en Naciones Unidas, tan fundamental que el primer artículo de ambos pactos internacionales se refiere a los pueblos a la libre determinación.

Claro que en Naciones Unidas el derecho de los pueblos a la libre determinación está entendido como el derecho de las colonias a emanciparse de la tutela de los países metropolitanos colonialistas y así se fue entendiendo, y Naciones Unidas bien claramente dijo "este derecho no se aplica a personas al interior de estados independientes los cuales es decir estados se comporten de acuerdo con los principios de los derechos humanos".

Pero a pesar de que Naciones Unidas había dicho esto los pueblos indígenas dijeron "esto es, a nosotros como pueblos se nos ha negado el derecho a la libre determinación, nosotros reclamamos no solo los mismos derechos humanos que otro ciudadano sino reclamamos también el derecho de los pueblos a la libre determinación y es en este sentido que vamos a luchar por nuestros derechos humanos".

Y es en este sentido que Naciones Unidas comenzó precisamente a formar un grupo de trabajo en el seno de la Subcomisión el cual como ustedes saben desde hace 17 años casi lo que tiene el Instituto de existencia, viene discutiendo una Carta, una Declaración Universal sobre Derechos Indígenas y es en el marco de esto que unos años después se comenzó la discusión en el seno de la Organización Internacional del Trabajo que dio lugar en el 89 a la aprobación del convenio 169 de la OIT que retoma muchos de los argumentos que se habían estado dando uno años antes en el seno del grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación.

Tenemos entonces que derivado del marco internacional tenemos estas tres vertientes Los Derechos Individuales, La Protección de Minorías y el Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación.

Pero como ustedes bien saben la mayoría de los estados son alérgicos al uso del concepto de la libre determinación cuando este se refiere a los pueblos indígenas porque los estados afirman y no les falta alguna razón jurídica, histórica para ello; afirman que el pueblo que tiene el derecho a la libre determinación es todo el pueblo de un estado, de un territorio y este es el pueblo del estado incluyendo indígenas y no indígenas; y por eso hemos visto que tanto en la ONU como en la OIT, como en la OEA hay resistencias a que se use el concepto de el Derecho de los Pueblos a la Libre Determinación

como un concepto fundamental de derechos para los pueblos indígenas y sin embargo los defensores de los derechos indígenas siguen enarbolando y yo creo que con justificada razón el derecho de los pueblos a la libre determinación como un principio fundamental a ser tomado en consideración pero el debate sigue abierto, no hay solución todavía, no hay acuerdo todavía.

Y por eso es que la Declaración de la ONU está estancada en la Comisión de Derechos Humanos por eso es que el Convenio 169 que si bien habla de los pueblos a la libre determinación aclara inmediatamente que no se debe considerar esto en los términos en que lo entiende el Derecho Internacional y por eso es que en la OEA todavía no se está avanzado en la Declaración Americana o se está avanzando a poquitos y por eso es que en algunas de las constituciones y las nuevas legislaciones de nuestros países si bien en algunos casos se habla muy someramente del derecho de la libre determinación; los sistemas jurídicos nacionales como ustedes bien saben están opuestos al reconocimiento efectivo del derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas.

Pero con todo esto voy a concentrarme en un tema particular que se deriva de esto que es el famoso Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas y creo que no podemos entender los debates actuales sobre los derechos consuetudinarios de los pueblos indígenas si no es en referencia a este esquema macro que me he permitido exponerles a ustedes muy brevemente.

Pero junto con el debate general sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas desde hace algunos años se habla insistentemente en nuestra región del Derecho Consuetudinario Indígena, las organizaciones indígenas lo reclaman cada vez más, reclaman su uso y su reconocimiento como uno de los objetivos que se han propuesto; en algunas constituciones y en algunas legislaciones nuevas en América Latina se hace referencia expresa al derecho consuetudinario y como ejemplo podríamos citar Colombia en la constitución del 91, Perú en la del 93, Bolivia en 94, Ecuador en 98 y algunos más es decir está en la discusión el derecho consuetudinario y en algunos casos pues hasta tiene reconocimiento jurídico.

Y en Guatemala en los acuerdos de paz que se firmaron en 1995 con lo cual terminó una guerra civil espantosa de 30 años pues se habla claramente del derecho consuetudinario.

Y en los acuerdos de San Andrés en México entre el gobierno federal mexicano y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional se plantea también el derecho consuetudinario y es una de las razones por la cuales el gobierno mexicano no ha querido dar cumplimiento a los acuerdos de San Andrés porque aunque los firmó no los ha querido cumplir porque de repente le dio miedo a estas cosas autodeterminación, libre determinación, autonomía, derecho consuetudinario.

Entonces podemos decir que este derechos consuetudinario desde el ángulo de los derechos humanos es pues parte del sistema de los derechos humanos, en parte es parte integral del derecho de libre determinación de los pueblos; no se puede entender el derecho de la libre determinación de los pueblos si no se

entiende también a el derecho al uso del derecho consuetudinario de esos pueblos.

Y en segundo lugar puede considerarse el derecho consuetudinario también como un derecho cultural que está proclamado en el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales; el derecho a la identidad cultural porque el derecho consuetudinario de cualquier pueblo es parte de la identidad cultural de ese pueblo.

Y la vinculación entre derecho consuetudinario y derechos humanos, ya lo decíamos aquí en el Instituto hace 12 años en 1988 en la publicación de un libro sobre Derechos Indígenas y Derechos Humanos en América Latina, el Instituto reconoce que precisamente el no reconocimiento del derecho consuetudinario indígena puede ser considerado como una violación a los derechos humanos, es una tesis que sostuvimos desde el 88 y que creo que ha sido retomada en varias otras partes del contexto latinoamericano.

El derecho consuetudinario no es simplemente una curiosidad sino el no reconocimiento por las legislaciones nacionales del derecho consuetudinario indígena puede ser considerado como una violación estructural, sistémica de los derechos humanos de los pueblos indígenas y yo creo que así se viene reconociendo desde hace algunos años.

Aquel primer libro lo seguimos luego en 1990 con la publicación aquí en el Instituto del libro sobre Entre la Ley y la Costumbre coeditado aquí por el amigo Diego Iturralde y el que habla que desarrolla un poco estas tesis de la vinculación entre el Derecho Consuetudinario y el Derecho Positivo, el Derecho Nacional.

Pero qué es el Derecho Consuetudinario?

Es el conjunto de prácticas y normas no escritas, no codificadas que una sociedad, un grupo social, un grupo cultural utiliza tradicionalmente para mantener el orden, para reglamentar las relaciones interpersonales, para sancionar las conductas antisociales que ponen en peligro la unidad y la supervivencia del grupo, para perseguir las conductas ofensivas es decir los delitos, para enderezar entuertos, para nombrar sus propias autoridades y para asegurar la convivencia entre los miembros del grupo.

Miren ahí precisamente en el libro de Entre la Ley la Costumbre de 1990, el Derecho Consuetudinario implica en primer lugar normas generales de comportamiento público; segundo mantenimiento del orden interno; tercero definición de derechos y obligaciones de los miembros; cuarto reglamentación sobre acceso a y la distribución de recursos escasos por ejemplo el agua, las tierras, los productos del bosque etc.; quinto la reglamentación sobre la transmisión e intercambio de bienes y servicios por ejemplo herencia, trabajo, productos de la casería, dotes matrimoniales, etc.; sexto la definición y tipificación de delitos distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; séptimo sanción a la conducta delictiva de los individuos; octavo manejo, control y solución de

conflictos y disputas; noveno definición de los cargos y funciones de la autoridad pública.

Desde luego se pueden agregar otros aspectos más y algunos autores que han venido trabajando el tema los últimos años han modificado estos esquemas y los han enriquecido pero creo que básicamente se trata de este tipo; es lo que entendemos como derecho consuetudinario.

Ahora a veces también se habla del derecho consuetudinario como Usos y Costumbres, hay un debate entre especialistas que si debe usarse Derecho Consuetudinario y debe usarse Usos y Costumbres o bien si se debe usar la Costumbre Jurídica, etc.

Lo importante es que se trata de un derecho no codificado, no estatal, no escrito pero que es obligatorio; que implica sanciones y que es legitimado en la comunidad es decir los miembros de la comunidad se comportan de acuerdo a este derecho y por eso podemos hablar precisamente en cuanto a pueblos indígenas se refiere de un derecho indígena, cuando hablamos hoy en día de derecho indígena no nos referimos a las normas del estado que se aplican a los pueblos indígenas sino nos referimos al sistema de derecho no escrito que los propios pueblos indígenas se han dado a sí mismos y de acuerdo con el cual conviven o reglamentan, son las normas de conducta interna.

En la tradición occidental del derecho y aquí yo no soy jurista perdónenme si meto la pata ahí en algunas cosas, corríjanme aquí hay muy buenos juristas, pero en la tradición occidental podríamos decir que el derecho consuetudinario lo que en inglés se llama el "*costummary law*" es anterior y es fuente del derecho positivo, del derecho codificado que con frecuencia integra a este derecho consuetudinario.

Y esto nos lleva a un reconocimiento muy importante también para los debates que tenemos en América Latina que es que a veces coexisten el derecho positivo codificado y el derecho consuetudinario o no codificado, o existen diferentes derechos en una unidad político administrativa, en un país, en una sociedad y entonces hablamos pues de pluralismo legal y esto existe en varias partes; existe en países con sistemas religiosos diferentes, en algunos países de Asia y de Africa, existe el sistema islámico y el sistema del estado contemporáneo, etc.

Vamos a ver otro esquema que una investigadora del tema Raquel Irigoyen del Ecuador, en el cuadro uno que ustedes ven allí el marco teórico, la definición del fenómeno, el marco axiológico o valorativo y la consecuencia política que puede tener.

Me voy a referir muy brevemente para no tampoco quitarles demasiado tiempo, miren en el marco teórico hay tres el monismo jurídico en que hay una identidad entre derecho y estado, los que afirman que solo hay un solo derecho en el estado y esto va acompañado con la idea de la ideología de la inferioridad de los indígenas y la idea de que solo existe el derecho estatal, que los indígenas solo tienen usos y costumbres pero que esos usos y costumbres no

tienen el menor valor jurídico y legal y que solo se pueden aceptar cuando no existe la ley o no se puede aplicar pero en general hay que reprimir los usos y costumbres porque van en contra de la unidad del derecho estatal, esto podríamos llamarlo la ideología del monismo del derecho jurídico.

En segundo lugar nos dice Raquel Irigoyen es una variante intermedia de derecho positivo en que se reconoce que el estado produce el derecho pero los pueblos indígenas solo tienen algo que se llama despectivamente derecho consuetudinario, entonces los indígenas serían unas minorías que deben de reconocérseles algunos derechos y se puede reconocer el derecho consuetudinario siempre y cuando éste no afecte al derecho del estado.

Finalmente tenemos la idea del pluralismo jurídico que es la idea digamos hacia la cual quisiéramos tender en donde dentro de un mismo estado, de un mismo espacio geopolítico pueden coexistir varios sistemas jurídicos además del sistema estatal y en donde se reconoce que los indígenas y sus pueblos tienen capacidad auto normativa e iguales derechos; esto es muy importante que se reconozca que los indígenas tienen la capacidad de elaborar sus propias normas de comportamiento por lo tanto el estado no los considera como inferiores y se deben reconocer los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas dentro de un modelo de estado democrático y pluricultural de derecho.

Es hacia eso que quisiéramos tender en América Latina, ahora se han hecho algunos avances porque en algunos países se va reconociendo esto pero lo que está abierto a discusión es si efectivamente está sucediendo o no está sucediendo.

En América Latina el derecho consuetudinario es sobre todo como dije hace rato es un derecho indígena, es el que se practica en las comunidades indígenas y está compuesto de elementos precoloniales, coloniales, republicanos y también modernos y contemporáneos; es un derecho multidimensional, ha evolucionado a lo largo del tiempo y es un derecho flexible.

Una característica importante es que el derecho indígena está subordinado al derecho de estado es decir, que estamos hablando de un pluralismo jurídico a veces medio reconocido pero casi nunca reconocido realmente pero que es un pluralismo asimétrico, de hecho lo que llamamos derecho consuetudinario indígena está subordinado al derecho de estado porque refleja la relación asimétrica que hay de poder político en el estado entre el sistema dominante y las comunidades indígenas.

En general podríamos decir que el derecho consuetudinario indígena en nuestros países es ignorado por el derecho estatal, ese es uno de los grandes problemas desde el siglo XIX.

Y el derecho estatal por el contrario es impuesto a los pueblos indígenas por el estado y su aparato de administración de justicia y a veces por su aparato represivo.

La pregunta entonces es cómo conocer el derecho indígena, cómo vamos acercándonos al derecho indígena; pues esto es un nuevo concepto en la disciplina tanto jurídica como antropológica y se ha desarrollado algo que se llama recientemente la antropología jurídica o la sociología jurídica que precisamente se ocupan de estas cosas, mientras que el derecho se ocupa del estudio de las normas escritas muchas veces totalmente en aislamiento de lo que pasa en la sociedad.

La antropología ha considerado el estudio del derecho como parte de su estudio del control social que se da en las sociedades pero cómo estudiamos el derecho consuetudinario?

Hay varios enfoques que les puedo mencionar brevemente, tradicionalmente algunos antropólogos se dedicaban a preguntarles a sus informantes cuáles son aquí las normas y hacían listas de normas y reglas no escritas y producían alguna monografía y decían he aquí el derecho consuetudinario de tal grupo, de tal otro etc. Esto se vio un poco limitado en términos de sus posibilidades de análisis.

La segunda etapa fue estudiar casos concretos de aplicación de justicia en sociedades indígenas por ejemplo cómo se resuelven conflictos, cómo se adjudican resoluciones y esto llevó a los antropólogos a estudiar el proceso conflictivo de las disputas, incluso el discurso cómo se resuelven los conflictos.

Más recientemente los investigadores han demostrado que realmente lo que sucede y tal vez aquí Diego Iturralde nos puede informar más delante de que las personas involucradas en el derecho consuetudinario hacen un uso estratégico diferencial del derecho; esto es muy importante porque lo que se ha visto es que la mayoría de los miembros de los pueblos indígenas no solo están en un derecho o en otro esa es realmente una disyuntiva falsa, esto no existe la idea de que hay dos derechos paralelos y algunas personas utilizan uno y algunas personas utilizan otro, y que la sociedad tiene que decidirse por uno o por otro derecho.

Lo que se ha mostrado es que los dos derechos el estatal y el derecho consuetudinario indígena coexisten a nivel de la comunidad, a nivel de municipio, muchas veces a nivel de distrito y algunas veces incluso a nivel nacional, y que las personas involucradas en un sistema de administración de justicia o de resolución de conflictos pueden utilizar en su propio beneficio cuando les conviene el acceso a alguno de los derechos (al consuetudinario o al otro, el derecho estatal) y por lo tanto las investigaciones muestran que los dos derechos están flexibles por eso algunas gentes dicen "vamos a codificar el derecho consuetudinario, vamos a hacer de hecho otro código de derecho indígena que vaya al lado con el código civil o con el código penal de la sociedad en conjunto; eso no va a funcionar y no solo no va a funcionar sino que tiene repercusiones negativas muy fuertes.

Lo que está sucediendo en la realidad y ahí siempre como científicos tenemos que observar lo que hace la gente y aprender de lo que hace la gente en vez

tratar de imponerle nuestros propios esquemas, la gente muy sabiamente sabe muy bien que hay dos esferas y que las dos afectan sus condiciones de vida y sus situaciones y que es dentro de esto que la gente puede acudir a uno u otro o mezclar incluso los elementos de un derecho o de otro derecho.

Ahora algunos de los investigadores han señalado algo muy interesante que es el derecho del estado, el occidental, el canónico, el románico, napoleónico etc., está básicamente orientado a castigar una infracción; entonces el que comete un delito, un crimen necesita ser castigado, todo nuestro sistema de justicia consiste en eso "tú cometiste una infracción vas a ir a la cárcel o vas a pagar una multa" etc.

En cambio los investigadores han visto en muchas partes de comunidades indígenas de América Latina la concepción es otra, no se trata de castigar al que comete un delito sino se trata de restablecer la armonía al interior de la comunidad; una antropóloga norteamericana que ha estudiado eso ha llamado eso la ideología de la armonía "harmony ideology" y que la idea es que si hay un rompimiento de la solidaridad social en una comunidad hay que hacer todo lo posible para que se vuelva a reintegrar el tejido social y la comunidad pueda seguir operando adecuadamente.

Ahora tal vez eso sea un poco de romanticismo porque sabemos muy bien que también hay muchas veces represión en las comunidades indígenas, se castiga a los infractores, se les expulsa de la comunidad, etc., etc.,

Pero si hay una concepción diferente y esto hay que tomarlo en cuenta cuando hablamos de los derechos humanos.

Ahora cómo conciliar estos derechos, ese es uno de los grandes problemas y esto es algo que ustedes tienen que pensar en sus experiencias y ojalá puedan discutirlo en los talleres porque no hemos llegado a una solución, no sabemos cómo conciliar estos dos derechos que existen en la realidad pero como insistí son flexibles, se relacionan y se entrelazan cómo conciliarlo en la práctica en la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Y luego que pasa como sucede cada vez más, millones de indígenas no viven ya en sus comunidades tradicionales sino han emigrado a las ciudades, han emigrado incluso al extranjero, podríamos casi decir que más indígenas viven hoy fuera de sus comunidades en muchos países que dentro de las comunidades .

Bueno cómo se aplica entonces la concepción del derecho consuetudinario en estos casos y esto nos lleva desde luego a una pregunta fundamental ¿cómo acceden los indígenas a la justicia? Yo creo que esa es la gran temática y ahí se podrían lanzar algunas ideas para la discusión simplemente que pudiera ser en primer lugar el reconocimiento de una jurisdicción indígena en la ley, en la constitución, algunos estados o algunos acuerdos como el acuerdo de paz de Guatemala, podría leerles aquí algunos párrafos pero ya no hay tiempo para eso.

El reconocimiento de la jurisdicción indígena.

Segundo algo que seguramente muchos de ustedes han vivido en la práctica, el uso del idioma una de las formas más brutales de discriminación contra los pueblos indígenas es que tradicionalmente en la administración de justicia de nuestros países no se admite el uso del idioma indígena.

Y hay algunos cambios constitucionales de estos que he mencionado recientemente que si lo están admitiendo por fin, qué pasa? Eso requiere de traductores, eso requiere gente que conozca en fin todavía no los tenemos.

Fíjense en México antes de la reforma constitucional del 92 que es muy reciente y que no fue muy lejos sino que fue una reformita muy chiquita nada más; antes de eso lo que pasó es que la ley permitía que un extranjero que cometía un delito y que tenía que aparecer ante un juez o ante el ministerio público tenía derecho a un traductor, un turista norteamericano por ejemplo que llegaba podía reclamar que se le pusiera un traductor, pero un indígena no tenía que hablar el español porque es el idioma oficial aunque no lo entendiera.

Entonces ahí va una violación de los derechos humanos.

Tercero cómo homologar o convalidar jurídicamente el derecho consuetudinario ese es un tema para los juristas yo no me quiero meter en eso pero creo que es algo muy importante y es uno de los temas que se ha discutido en cuanto al acuerdo de San Andrés en México que hay incluso quienes decían hay que homologar y otros decían que había que convalidar y entonces hay gran debate entre convalidar y homologar pues a mí que me expliquen la diferencia.

Cuarto se puede incorporar elementos del derecho consuetudinario indígena a las normas estatales? Y si se puede incorporar cómo se incorpora, de qué manera y cómo se va a hacer efectivo.

Quinto y esto es fundamental para poder aplicar realmente el derecho indígena entonces hay que capacitar a la gente, a los jueces, a los fiscales, a los defensores de oficios, a los abogados, a los peritos expertos, etc., etc., cosa que apenas estamos comenzando a hacer en algunos países a cuenta gotas.

Nos lleva a otro tema, tendría que haber tribunales especiales por ejemplo no digo para indígenas sino para resolver problemas entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario porque puede haber conflictos en algún momento, desde luego que hay conflictos, la sociedad está llena de conflictos entonces hay que establecer las instituciones en donde se pueden dirimir estos conflictos.

Finalmente todo esto véanlo con perspectiva histórica hoy en día hay docenas de seminarios, conferencias, de cursos y hasta de diplomados, a nivel maestría en derecho indígena; es algo totalmente nuevo, no hay todavía especialistas, un cuerpo realmente especializado de gente técnicamente preparada para enfrentar esa situación.

Por eso por ejemplo y lo digo con toda candidez y claridad, en México están atoradas las negociaciones de paz entre los Zapatistas y el gobierno federal porque en el gobierno no hay gente capaz de pensar ese tipo de cosas.

Ante la demanda de indígenas no hay gente capaz al más alto nivel de nuestro gobierno y lo digo por experiencia propia que es capaz de sentarse a tratar esto sin poder salirse de la visión rígida que tienen desde la escuela de derecho en que se han formado, etc.

Esperemos que ahora con el cambio que se está dando en México con las elecciones recientes pues el nuevo gobierno retome este asunto, yo no soy demasiado optimista pero hay que tener un poco de optimismo porque de optimismo está hecho el hombre.

Pero yo creo que en otros países es lo mismo, no hay gente especializada hay que capacitar a la gente, no solo a la gente que trabaja en las comunidades sino desde los más altos políticos para abajo y de la gente de la base para arriba; y eso es una tarea de largo alcance en la cual desde luego yo creo que el Instituto está colaborando y haciendo cosas muy importantes.

Pero no hay que subestimar tampoco la resistencia al reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas; las resistencias al reconocimiento del derecho consuetudinario indígena como una parte esencial de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Y de dónde proviene esa resistencia?, no solo de la ignorancia, aunque la ignorancia puede ser un factor muy importante pero también de los prejuicios y de las ideologías y ahí podríamos ver dos tendencias de oposición o de resistencia.

Una la conservadora, la que tradicionalmente consideraba a los indígenas inferiores, salvajes, primitivos, no civilizados, bárbaros; ya conocen ustedes esa literatura que infelizmente podríamos decir qué curiosa literatura la del pasado, pero infelizmente hay mucha gente que todavía hoy en día piensa así.

Pero la segunda corriente es la liberal y yo creo que esa es la más peligrosa, la resistencia de la corriente liberal por qué? porque la corriente liberal tiene argumentos muy sólidos, muy válidos que dicen básicamente eso "todos los seres humanos tienen los mismos derechos, los derechos indígenas son derechos humanos individuales lo importante es hacer que todo mundo acceda en condiciones de igualdad, sin discriminación al sistema de justicia y si eso lo logramos entonces todo estará resuelto.

Es decir que no quieren reconocer que pueda haber algo más que los derechos individuales de un individuo o una persona atomizada es decir aquello que dije al principio, los derechos culturales, la identidad de grupo, los derechos colectivos, etc., en los cuales se inserta el derecho consuetudinario.

Y los liberales nos dicen por el contrario, y nos han dicho cuidado lo que ustedes plantean es muy conservador, están volviendo atrás; lo que quieren

ustedes es crear fueros y el mundo moderno ha superado los fueros porque estamos en la época en que todo mundo es igual, todo mundo es parejo, no hagamos distinciones; lo que ustedes quieren es volver atrás a situaciones de corporativismo, de grupos encasillados y fíjense, así va el argumento.

Si ven bien algunas de esas usos y costumbres son bárbaras porque son represoras de la libertad individual, miren como tratan a sus mujeres, miren como tratan a los niños, miren cuál libertad de expresión; todo lo que ustedes como intelectuales les gusta como derechos se niega las gentes al interior de las comunidades, quién domina en las comunidades pues los ancianos, los machos, los paternalistas, los autoritarios; eso quieren que se mantenga?

Bueno son argumentos de peso, yo creo que esos argumentos no hay que simplemente ignorarlos, hay que rebatirlos porque yo estoy convencido que la defensa de los derechos humanos colectivos de las minorías, de los pueblos discriminados, de los grupos sociales excluidos y desde luego en primer lugar de los pueblos indígenas, la defensa de esos derechos colectivos no es volver atrás sino es llevar a la sociedad a una etapa superior de tolerancia, de pluralismo, de democracia pero hay que convencer a los liberales que así es y no venderlo como una especie de nuevo exclusivismo, nuevo esencialismo y nueva forma de discriminación.

Y esto nos lleva ya la última reflexión que quiero hacer, todo esto no se puede hacer en el vacío, esto nos lleva necesariamente a analizar los sistemas de poder en nuestras sociedades.

Hay que reformular el sistema político administrativo, hay que reformular el sistema jurídico y finalmente hay que reformular el proyecto de nación que tenemos en cada uno de nuestros países. Muchas gracias.