

## **SOBRE EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS, LAS TENSIONES CON EL ESTADO-NACIÓN Y LA CONSIGUIENTE NECESIDAD DE REPENSAR EL DISEÑO DE NUESTRAS INSTITUCIONES\***

SILVINA ZIMERMAN\*\*

**Resumen:** El presente trabajo aborda la problemática del surgimiento y reconocimiento de los derechos indígenas. Para ello –y luego de sintetizar brevemente las corrientes iusfilosóficas que enmarcarán el desarrollo– la autora analiza en primera instancia el lugar que ocupó el sujeto indígena en tres momentos fundamentales: el modelo colonial, el modelo republicano del Estado-nación y el modelo contemporáneo vigente desde mediados del S.XX. Sostiene a continuación que el status actual de los derechos indígenas es un fiel reflejo de las estructuras político-culturales inherentes al Estado-nación moldeado por –y a la medida– del ciudadano burgués occidental. La autora finaliza planteando la necesidad de resignificar la noción de igualdad, entendiendo a los derechos como construcción social y a la luz de una propuesta pluralista tendiente a la edificación de un Estado intercultural, comprensivo de una sociedad más igualitaria y más justa.

**Palabras claves:** Derechos indígenas – Estado-Nación – Pluralismo – Igualdad

**Abstract:** This writing deals with the issue of the emergence and recognition of indigenous rights. After a brief synthesis of the iusphilosophical postures that underline the article, the author analyses the indigenous subject at three distinct and fundamental stages: the colonial paradigm, the republican model of Nation state and the contempo-

\* Este trabajo forma parte de la investigación doctoral que estoy desarrollando actualmente sobre la construcción de pautas para crear mecanismos legales adecuados para hacer efectivos los derechos territoriales indígenas.

Mi trabajo acompañando reclamos territoriales indígenas me llevó a incluir las reflexiones que realizo en este trabajo en un intento de comprender los múltiples obstáculos y resistencias jurídicas, políticas y culturales que se manifiestan a la hora de intentar hacer realidad los derechos indígenas.

\*\* **Profesora Adjunta de la materia Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho, UBA. Doctoranda en derecho internacional público. Becaria Tipo 1 del CONICET**

rary state of affairs –mid XXth century onwards–. It goes on to affirm that the current status of indigenous rights faithfully mirrors the political and cultural structures inherent to the bourgeois-shaped Nation state. The author concludes bringing forward a redefinition of the notion of equality, an understanding of rights as a social construct, and a proposal for an intercultural State, in the light of pluralism and a fairer, more egalitarian society.

**Keywords:** Indigenous Rights – Nation state – Pluralism – Equality

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las últimas grandes revoluciones en el derecho internacional de los derechos humanos ha sido el reconocimiento de derechos de naturaleza colectiva, entre los que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas.

Paralelamente a este reconocimiento internacional, en las últimas décadas, se han consagrado también, sobre todo en los países de América Latina, derechos específicos de estos pueblos a nivel constitucional.

Pese al reconocimiento normativo, los pueblos y comunidades indígenas se enfrentan con innumerables resistencias y obstáculos institucionales, simbólicos, sociales, culturales y políticos que retrasan o directamente impiden la implementación efectiva de sus derechos.

Tales resistencias llegan, a veces, a un punto tal, que diversos sectores sociales, entre los que se destacan operadores políticos y jurídicos, niegan directamente la existencia de los derechos indígenas.

Con el fin de realizar un aporte para combatir dichas resistencias, este trabajo tiene distintos objetivos.

En primer lugar, destacar que no tiene sentido ni negar ni justificar los derechos indígenas. Pues, los derechos indígenas son un fenómeno que surge como resultado de múltiples luchas sociales y procesos históricos que modificaron conceptos, valores y cosmovisiones. Para visualizar estos cambios, se analiza el lugar que ocupó el sujeto indígena, y sus derechos, en tres momentos diferenciados: la colonia, la constitución de Estados independientes y desde mediados del siglo XX. En esta última etapa, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos funcionó como plataforma para que ciertos grupos indígenas se fueran consolidando como actores relevantes en distintos escenarios internos e internacionales. Esto, sumado al ascenso y fortalecimiento de algunas corrientes de pensamiento y de nociones tales como las de “relativismo cultural”, “multiculturalismo”, “pluralismo jurídico y cultural”, “interculturalidad” y “Estado intercultural”, pusieron en jaque antiguas visiones asimilacionistas e integracionistas y contribuyeron enormemente al desarrollo de los derechos indígenas.

En segundo lugar, al hacer ese recorrido, pretendo visualizar que el Estado-Nación fue diseñado en occidente a la medida de cierto tipo de sujeto (el burgués). Por lo tanto, las instituciones que regulan la vida social en la actualidad resultan completamente ajenas a la forma de vida de los pueblos y comunidades indígenas. Por esta razón, muchas de las demandas indígenas, la retórica que utilizan, y las modificaciones que pretenden, generan un profundo rechazo, porque cuestionan las bases mismas del Estado y sus instituciones.

Finalmente, los derechos indígenas, marcan la necesidad de resignificar el alcance de la noción de igualdad. Hoy por hoy, ya no alcanza con proteger de manera específica a los pueblos indígenas. Nos encontramos en la puerta de una era en la que es necesario lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia, la autonomía de los pueblos indígenas y un diálogo abierto que permita la discusión sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena e, inevitablemente, sobre el diseño integral de nuestras instituciones.

## II. EL FENÓMENO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

En la actualidad, muchos sectores sociales, especialmente operadores del derecho, se pronuncian expresamente en contra de que los pueblos indígenas sean titulares de derechos específicos, llegando, a veces, a negar su propia existencia. Estas posturas, lejos de ser inofensivas, tienen una enorme influencia pues, aún cuando no logren frenar el reconocimiento normativo de los derechos indígenas, obstaculizan, en muchos casos, su efectivo ejercicio.

Por tal razón, cobra sentido reflexionar sobre la pregunta: ¿por qué los pueblos indígenas son titulares de derechos específicos?

Preguntarse por el fundamento de los derechos indígenas nos ubica, casi inevitablemente, en la necesidad de revisar cómo explica la filosofía del derecho la existencia de derechos en general, y de los derechos humanos en particular.

En la teoría del derecho, la respuesta al interrogante por el origen de los derechos fue tradicionalmente respondida desde dos abordajes principales: el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Estas dos corrientes, recreadas a lo largo de los años en diferentes versiones, ocuparon un lugar indiscutido en la filosofía occidental para explicar el contenido de los derechos y el funcionamiento del sistema normativo.

Sin embargo, para pensar los derechos indígenas tiene más sentido indagar en las teorías que fundamentan los derechos humanos. En primer lugar, porque los derechos humanos comparten la misma estructura que los derechos indígenas. En ambos casos se trata de derechos que son exigibles al Estado y que recibieron un fuerte impulso e impronta desde el derecho internacional. En segundo lugar, porque el desarrollo de derechos específicos de los pueblos indígenas se produjo, en gran medida, dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En tal sentido, la mayor parte de los filósofos contemporáneos, juristas y políticos entienden a los derechos humanos como derechos morales y los fundamentan a partir de la teoría de los derechos naturales. Pensar los derechos humanos con fundamento exclusivo en el derecho positivo<sup>1</sup> carecería de sentido “pues ellos ofrecen justamente el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del derecho positivo”.<sup>1</sup> En efecto, “cuando un orden jurídico positivo otorga derechos humanos, en realidad no hace otra cosa que reconocer derechos ya preexistentes e independientes de lo que establece el orden jurídico en cuestión”.<sup>2</sup>

La posición iusnaturalista sostiene una tesis según la cual existe un conjunto de principios morales y de justicia que son universales y asequibles a la razón humana. Al mismo tiempo, para esta tesis, ninguna norma puede ser reputada como jurídica si contradice aquellos principios.

El problema de esta teoría es que se emparenta con el realismo moral o una ética objetiva, es decir, plantea la objetividad en materia de valores.<sup>3</sup> En efecto, para los que sostienen esta posición, “el análisis del concepto de derecho nos llevaría a reconocer ciertas propiedades morales objetivas que debieran integrar necesariamente cualquier sistema de derecho, independientemente de su origen en una fuente social. Esta manera de pensar es propia de aquellos que participan de las diversas y variadas corrientes iusnaturalistas.”<sup>4</sup>

1. BULYGIN, E.: “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Revista Ideas y Derecho*, 2008, N° 6, p. 6.

2. *Ibidem*, p. 79.

3. Históricamente, “la principal tradición de la filosofía moral mantuvo la pretensión de objetividad de los valores morales. Esto se puede verificar en Platón, Kant y Sidwick” (BARBAROSCH E.: *Teorías de la Justicia y la Metaética contemporánea*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 23). Así, durante mucho tiempo, el objetivismo moral, que sostiene que los valores morales están fuera del sujeto, tienen entidad propia y pueden conocerse, lideró este terreno. Para esta tesis, los valores forman parte del mobiliario del mundo y tienen un valor intrínseco, más allá de las creencias de las personas. En la actualidad, el realismo moral es una versión de esta tesis ampliamente sostenida. A partir del siglo XX argumentos metaéticos desafiaron las teorías morales y mostraron la debilidad de sus postulados desde el punto de vista científico, básicamente porque no podían demostrar que los valores existen por fuera del hombre y tampoco cómo conocían esos valores. Esta posición de segundo orden tuvo tanto eco que desde 1930 a 1960 algunos auguraban la muerte de la filosofía política y se llegó a sostener que la filosofía moral perdía rigurosidad científica si se aventuraba a asumir compromisos de ética normativa. De este modo, el escepticismo moral se abrió camino pues ya no era posible aceptar de manera asertiva la verdad moral y tampoco la verdad de las concepciones de justicia. (*Ibid*, p. 2).

4. BARBAROSCH, E.: “Algunas reflexiones sobre los distintos sentidos del positivismo jurídico y el colapso del positivismo jurídico incluyente en el derecho natural”, en LACLAU, M.: *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, XXVI, p. 206. Como la teoría del derecho natural indaga en la raíz de los derechos, en la propia ontología del ser humano, impone

Como se puede apreciar, posturas como estas constituyen un obstáculo para incluir la diversidad cultural porque plantean un esquema cerrado de verdad moral. Para estas vertientes, los valores morales son únicos y los mismos en todo tiempo y lugar. Por lo tanto, se presentan como doctrinas autoritarias e intolerantes que no pueden admitir diferentes formas de ver el mundo y valorarlo, tal como lo requieren los derechos indígenas. Sostener esta teoría es, en cierta medida, propiciar una forma de imperialismo cultural y, a la vez, negar toda forma de relativismo cultural.<sup>5</sup>

Por otro lado, la corriente del derecho natural se desarrolla especialmente en el siglo XVII, porque “era menester legitimar el mundo moderno”.<sup>6</sup> En consecuencia, los derechos naturales fueron una herramienta para justificar la forma de vida burguesa, es decir, la forma de vida europea, masculina y occidental.<sup>7</sup> Como se explicará más adelante, las nuevas sociedades políticas que nacen con las revoluciones burguesas se edificaron con valores e instituciones que, en principio, impedían que los pueblos indígenas pudieran reivindicar su peculiar forma de vida.

Por todas estas razones, la teoría del derecho natural padece de serias limitaciones para justificar la existencia de derechos indígenas.<sup>8</sup>

En este contexto, con todas las limitaciones de estas teorías, muchos autores plantean la necesidad de renunciar a la fundamentación de los derechos humanos y plantean la necesidad de entender los derechos humanos como fenómeno socio-histórico. Pensadores como Norberto Bobbio, Imre Szabo, Eduardo Rabossi y Marcelo Raffin adhieren a esta posición iusfilosófica.

---

una visión estática que privilegia la naturaleza esencial de los derechos, la caracterización de sus rasgos distintivos (RABOSSO, E.: “Cómo teorizar acerca de los derechos humanos”, en PIERINI, A.: *Pensamiento crítico sobre derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1996, p.33).

5. Como afirma Marcelo Raffin, “las diferentes formas de vida en una misma sociedad y en sociedades diferentes, así como las operaciones de inclusión y exclusión ejercidas por el poder que inerva las relaciones humanas, nos muestran y demuestran la necesidad de atenemos al carácter conflictivo y variado de los seres humanos. Estas ideas, que fueron formuladas, entre otras imágenes, bajo el nombre metafórico de ‘aporías de la modernidad’, se traducen en la paradoja de conciliar lo mismo y lo diferente, el universalismo y particularismo, en un mismo punto, en una misma entidad: el ser” (RAFFIN, M.: *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y post-dictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 50).

6. RAFFIN, M.: *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y post-dictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 10.

7. *Ibidem*, p. 16.

8. Sin perjuicio de ello, resulta interesante pensar que desde el momento en que la tesis del derecho natural permitió el desarrollo de los derechos del hombre y la noción de derechos humanos, es probable que, sin ella, no se hubiera producido el proceso global de creación normativa indígena. Pues, como se mencionó, fue precisamente el marco del derecho internacional de los derechos humanos el que permitió tal desarrollo.

Norberto Bobbio fue uno de los primeros en señalar que el intento de encontrar un fundamento absoluto para los derechos humanos es una ilusión y, por tal motivo, hay que renunciar a ello. Para sostener esta posición Bobbio brinda cuatro principales objeciones. La primera es la de la indeterminabilidad, es decir, las dificultades para poder señalar, con certeza, cuáles son los derechos humanos. La segunda objeción es la relativista, es decir, el hecho de que los derechos humanos cambian en cada momento histórico y se modifican constantemente. La tercera objeción es la heterogeneidad. Los derechos que engloba la categoría de derechos humanos son tan disímiles, tan distintos entre sí, que sería una utopía pretender encontrar un único fundamento irresistible común a todos ellos. La última objeción es la de las antinomias, es decir, la posibilidad de que se produzcan conflictos entre los mismos derechos humanos.<sup>9</sup>

Para Imre Szabo, por su parte, “los derechos humanos solo pueden ‘deducirse’ de las relaciones sociales de las que han surgido”.<sup>10</sup>

En la literatura filosófica argentina, Rabossi se convirtió en uno de los principales impulsores de la idea de los derechos humanos como fenómeno. Según él, los derechos humanos son un “fenómeno específico, históricamente dado, sumamente complejo, extraordinariamente dinámico, de alcances universales y de consecuencias revolucionarias”.<sup>11</sup> Rabossi sitúa la aparición de este fenómeno en 1948 y le atribuye historicidad. Es decir, asume que es un fenómeno que está sujeto a transformaciones permanentes producto de la influencia de distintos factores que van desde los adelantos tecnológicos, las modalidades del ejercicio del poder, las necesidades, las condiciones económico-sociales hasta los intereses.<sup>12</sup>

Finalmente, Marcelo Raffin afirma: “más que concebir a los derechos humanos como algo que ya está dado de una vez y para siempre, como un objeto fijo y del que se busca el fundamento último y absoluto, su quintaesencia, se los podría pensar acaso como algo que se hace, se construye y es construido a lo largo de la

9. BOBBIO, N.: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp. 89-90.

10. SZABO, Imre: “Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores”, en VASAK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Ed. SERBAL-UNESCO, 1983, vol. 1, p. 42.

11. RABOSSO, E.: “El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, N° 2, pp. 323-343. Versión electrónica: 132.247.1.49/bibliotecadigital/collect/diplomad/index/assoc/.../doc.pdf (al 17 de diciembre de 2010), p. 7. Este autor explica que, al haberse logrado un consenso universal sobre un conjunto de valores o principios morales, no se visualiza qué es lo que podría tener sentido fundamentar. El aporte de los filósofos debería dirigirse a resolver los problemas de gestión, promoción y aplicación de los derechos humanos, más que a lidiar con su fundamento (p. 12 de la versión electrónica).

12. *Ibidem*. p. 14 de la versión electrónica.

historia, en el corazón mismo de la trama de las relaciones humanas. Los derechos humanos como ‘fenómeno’, como ‘acontecimiento’ (...) y expresamente como acto político”.<sup>13</sup>

Así, pensar los derechos indígenas desde este marco teórico, es decir, como construcción social y política, impone la indagación de los procesos históricos, las luchas sociales y las corrientes de pensamiento que permitieron y abonaron su desarrollo.

En los títulos siguientes intentaré repasar, de manera sintética, el camino que recorrieron los derechos indígenas hasta alcanzar el actual consenso internacional, plasmado primordialmente en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes<sup>14</sup> y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>15</sup> Con ese fin, desarrollaré la situación de los pueblos indígenas y sus derechos en tres etapas históricas diferentes: la colonia, el Estado-Nación y desde mediados del siglo XX.

## 1. El modelo colonial

La colonización en América latina se llevó adelante a través de los virreinos españoles de Nueva España o México, Perú, Nueva Granada y el del Río de la Plata, que se establecieron entre 1535 y 1776. Raquel Yrigoyen Fajardo, una de las principales expertas en derecho indígena, siguiendo tipologías desarrolladas por Marzal, señala que durante la época de la colonización existieron tres grandes modelos o situaciones que marcaron la definición de políticas con los pueblos indígenas: “a) Naciones indígenas colonizadas en el siglo XVI, b) Naciones Indígenas no sometidas con las que la Corona firmó tratados, y c) Naciones Indígenas no colonizadas hacia donde la Corona enviaba misioneros”,<sup>16</sup> en tanto la conquista no era posible

13. RAFFIN, M., op. cit, p. 51. En el siglo XIX Karl Marx ya había señalado que: “La idea de los derechos humanos no fue descubierta para el mundo cristiano sino hasta el siglo pasado. No es una idea innata al hombre, sino que éste la conquista en lucha contra las tradiciones históricas en las que el hombre había sido educado antes. Los derechos humanos no son, pues, un don de la naturaleza, un regalo de la historia anterior, sino el fruto de la lucha contra el azar del nacimiento y contra los privilegios, que la historia, hasta ahora, venía transmitiendo hereditariamente de generación en generación. Son el resultado de la cultura, y sólo puede poseerlos quien haya sabido adquirirlos y merecerlos”. (MARX, K.: *Sobre la cuestión judía*, Braunschweig, 1843).

14. Adoptado en 1989 por la Organización Internacional del Trabajo y ratificado por el Estado argentino en el año 2000.

15. Adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

16 YRIGOYEN FAJARDO, R.: “Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en BERRAONDO, M., *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 539.

porque los indígenas se internaban en la selva. Las primeras colonias fueron sometidas y reducidas a pueblos de indios; las segundas, firmaron tratados y parlamentos para mantener relaciones de paz y comercio; las últimas, fueron colonizadas propiamente en el siglo XIX.

Pese a tales diferencias, la intención del proyecto colonial era la ocupación del territorio latinoamericano y el sometimiento de los pueblos indígenas. Desde el siglo XVI hasta principios del siglo XIX “los indígenas fueron reducidos en *pueblos de indios*, y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales) bajo un régimen legal diferenciado”.<sup>17</sup> Allí, sin embargo, todavía se permitía el ejercicio de algunos niveles de autonomía institucional, mediante el reconocimiento de autoridades indígenas que podían resolver conflictos comunitarios internos.

Para consolidarse y cristalizarse, este proyecto colonial necesitó y se sirvió del derecho internacional, que comienza a desarrollarse sobre el sistema interestatal desde 1648 en adelante.<sup>18</sup>

En efecto, “las doctrinas positivistas sobre la ocupación efectiva del territorio y el reconocimiento de tal ocupación por la familia de naciones ofrecieron los mecanismos jurídicos para la consolidación de la soberanía territorial de los Estados colonizadores sobre los territorios indígenas”.<sup>19</sup>

Uno de los principales instrumentos jurídicos que se utilizaron para legitimar el dominio colonial fue la doctrina *terra nullius*. Según ella, “las tierras que no tuvieran dueños podían pasar a manos de naciones que tuvieran la intención de apropiárselas”. A partir de esta teoría, muchas tierras se consideraron deshabitadas y, por lo tanto, apropiables, pese a que se encontraban habitadas por pueblos indígenas.

17. *Ibidem*, p. 540.

18. La literatura coincide en general en ubicar el surgimiento del sistema interestatal en 1648, cuando las potencias europeas suscriben el Tratado de Westfalia. Este tratado puso fin a la Guerra de los Treinta Años y terminó con el liderazgo de la Iglesia católica. Se trata de un hecho histórico relevante en lo que hace al funcionamiento del Estado y las relaciones con los otros Estados, que ha contorneado la regulación del derecho internacional público. En efecto, “los principios que la literatura deriva usualmente de este acuerdo son tres: la soberanía de los Estados y su derecho a la autodeterminación, la igualdad legal entre Estados y la no intervención en los asuntos internos de otro Estado. Éstos son los principios que rigen aún hoy el derecho internacional, por lo que el sistema interestatal actual suele denominarse “sistema westfaliano” (MALAMUD, A.: “Integración Regional en América Latina: Teorías e Instituciones Comparadas”, en *Revista Argentina de Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, N° 5/6). Este autor señala que actualmente existen posiciones revisionistas de esta cuestión que niegan la derivación de los principios mencionados del Tratado de Westfalia.

19. ANAYA, J.: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Barcelona, Editorial Trotta, 2005, p. 68.

En el caso de la conquista española, la doctrina de Francisco de Vittoria cumplió un papel central. Si bien sostuvo que los pueblos indígenas eran los legítimos dueños de la tierra de acuerdo con el *ius gentium*, también manifestó que, según el derecho natural, los españoles tenían derecho a usar las tierras, comerciar y enviar misioneros. Si los indígenas se oponían al ejercicio de estos derechos, entonces podía recurrirse a las armas para alcanzar dichos objetivos.<sup>20</sup>

Así, el derecho internacional, producto de la sociedad europea, moldeó doctrinas, teorías, una forma de organización e instituciones dirigidas exclusivamente a esa sociedad.

Los resultados de la conquista son abrumadores. Según el ex relator de Naciones Unidas para los pueblos indígenas, “la población total de las Américas disminuyó en un 95% en los 150 años posteriores al primer encuentro”.<sup>21</sup>

## **2. El modelo republicano del Estado-nación ¿Igualdad de derechos?**

A comienzos del S. XIX surgieron los procesos de independencia y comenzaron a formarse los Estados que existen hoy día. Con la aparición del Estado como formación social se universalizó un determinado modelo, económico, político y cultural. Este modelo implicó el reconocimiento de derechos de carácter individual (de un individuo frente al Estado) y desarrollos políticos, económicos, jurídicos y burocráticos alrededor de la propiedad privada. Los reclamos indígenas vienen a poner en crisis estos rasgos distintivos del Estado-nación y, a través de ello, producen una resignificación de la idea de igualdad.

### *2.1 ¿Derechos para todos?*

El Estado de Derecho que emergió de las revoluciones burguesas desarraigó de prerrogativas al poder real y al clerical que fueron absorbidas por el principal actor de estas revoluciones: la burguesía. La población no está ya sometida a los designios del rey sino que existe un gobierno que administra en representación de todos. Con la nueva configuración social y política aparecen las Declaraciones de Derechos, primero, y las Constituciones, después, como herramientas para organizar el poder, estableciendo derechos y garantías para los ciudadanos del Estado.

20. ORELLANA, M.: “Pueblos Indígenas, Minería y Derecho Internacional”, en *Revista Virtual Redesma*, Red de Desarrollo sostenible y Medio Ambiente, Bolivia, CEBEM-REDESMA, 2009, Vol. 3(1), p. 23.

21. STAVENHAGEN, R, citado en ORELLANA, M., op. cit., p. 23.

Los derechos que se consagran con las primeras constituciones son los derechos del burgués: “el *citoyen* del que se exaltan los derechos no es otro que el sujeto *bourgeois* (...) un sujeto individual, emancipado, dueño de sí mismo y de sus bienes y, en cierto modo, ilustrado; es también europeo, masculino y mayor”.<sup>22</sup> Basta para verificarlo observar cuáles son los derechos naturales e inalienables de la persona según la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 27 de agosto de 1789. En su artículo 2 establece: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la *propiedad*, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

Así, el Estado de los siglos XVIII y XIX proclamó derechos universales pero, en la práctica, las mujeres, los niños, los pobres, y, por supuesto, los indígenas, fueron excluidos del ejercicio de estos derechos.

En este modelo el hombre se ubica en el centro de la escena. Se trata de un modelo antropocéntrico en el que todo gira alrededor del ser humano y su razón, más lejos de Dios y la religión. De la mano, y aún admitiendo que en su época fueron conquistas revolucionarias, se impuso un enfoque liberal e individualista de los derechos.

Como consecuencia de esta visión, hoy por hoy, “la doctrina clásica afirma que en la medida en que los derechos humanos son individuales, de la persona, las colectividades no pueden ser sujetos de los derechos humanos. Tendrán otros derechos, pero los ‘derechos humanos’ en sentido estricto no son propios de los grupos sociales, cualesquiera que sean sus características”.<sup>23</sup> Para esta tradición, es imposible pensar en la titularidad de los derechos por parte de un *grupo*. En buena medida, porque en las sociedades modernas ha ocupado un lugar destacado el binomio Estado-individuo: “Los derechos humanos se inscriben en la trayectoria histórica del desmoronamiento de las sociedades pre-modernas y el surgimiento de la ‘sociedad civil’ moderna. En ésta, no debe existir ninguna mediación institucional o grupal entre el individuo libre y soberano y el Estado que, a su vez, es emanación de la libre voluntad de todos los ciudadanos”.<sup>24</sup>

22. RAFFIN, M., op. cit., p. 20. Karl Marx en su obra *Sobre la cuestión judía* se ocupa de remarcar este hecho del siguiente modo: “La constitución del Estado político y la disolución de la sociedad civil en individuos independientes –cuya relación es el derecho, mientras que la relación entre hombres clasificados en clases y gremios era el privilegio– se lleva a cabo en un solo y mismo acto. Ahora bien, el hombre, en cuanto miembro de la sociedad civil, el hombre no político, aparece necesariamente como el hombre natural. Los *droits de l’homme* aparecen como *droits naturels* (...). Mientras el hombre político sólo es el hombre abstracto, artificial, el hombre como una persona alegórica, moral. El hombre real sólo es reconocido bajo la forma del individuo egoísta, el verdadero hombre sólo bajo la forma del *citoyen* abstracto” (MARX, K., op. cit., p. 39).

23. STAVENHAGEN, R., op. cit., p. 118. Disponible en [www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com), consultado el 12 de febrero de 2009.

24. *Ibidem*.

Todo el orden jurídico occidental está asentado en la dupla Estado-individuo. Y, por ello, la sociedad “no presta atención a la gran variedad de formas de asociación intermedias o alternativas que pueden encontrarse en otras culturas humanas, ni está ideada para adscribir a dichos grupos otros derechos que los que puedan deducirse de las libertades del individuo o de las prerrogativas del Estado”.<sup>25</sup>

Frente a esta visión, lentamente, fue ganando terreno el pensamiento a favor del reconocimiento de derechos colectivos o de grupo pues, “la historia de los últimos cien años ha demostrado, a veces en forma dramática, que el goce de los derechos individuales resulta ilusorio o cuando menos problemático en sociedades altamente estratificadas, con grandes desigualdades socio-económicas y regionales, y con fuertes divisiones étnicas (culturales, lingüísticas, religiosas y/o raciales)”.<sup>26</sup>

Para muchos grupos o colectividades no hay derechos individuales que ejercer si previamente no se reconocen sus derechos como grupo.

En el caso de las comunidades indígenas, la tensión entre los derechos individuales y los colectivos se agrava porque el ejercicio de estos últimos está relacionado con la autodeterminación, con ser los directores de su propio destino, de acuerdo con sus normas y sus instituciones. Sin lugar a dudas, en este caso “los derechos colectivos suponen (...) un cuestionamiento de los elementos claves de la soberanía estatal, especialmente celosa en cuestiones relativas a la organización social y política, cuestiones que se supone pertenecientes al ámbito de la autoridad estatal”.<sup>27</sup>

## 2.2 *Un sistema edificado sobre la propiedad privada*

En forma paralela al reconocimiento de derechos, en el siglo XVIII los países europeos se sumergen en un proceso de crecimiento económico acelerado y comienza el denominado “capitalismo industrial” denominado así porque la industria es el nuevo centro de producción del capital.

Hay quienes directamente sostienen que el Estado constitucional fue el elemento necesario para asegurar la economía liberal y, por ese motivo, es que se reconoce como derecho natural la propiedad privada y la libertad de contratación: “Desde el siglo XIX los conocimientos científicos fueron aplicados a la producción, dando lugar a nuevas tecnologías, innovaciones en la industria textil, mecánica, generación de energía, etc. Esto conllevó el aumento de la producción, la reducción de costos y el incremento de ganancias, dando origen a la revolución industrial y ésta, a su vez, significó una disminución de los tiempos y costos para el desplazamiento

25. ANAYA, J., op. cit., p.50.

26. STAVENHAGEN, R., op. cit., p. 119.

27. ANAYA, J., op. cit., p. 100.

de mercados y personas. Estos cambios produjeron: la aparición de la economía mundo (...) y el paso de la feria al mercado-nación (...). Para que fuera posible el mercado era necesario garantizar: primero, la seguridad, luego, la propiedad privada y la libertad de contratación (...). Para que la economía liberal sea viable fue necesario el Estado”.<sup>28</sup>

La propiedad privada se convirtió en la gran vedette del siglo XIX y, alrededor de ella, se produjo una intensa actividad legislativa de manera de crear los institutos que la protegieran, al tiempo que se montó una gran burocracia administrativa y judicial. La idea de que el derecho a tener bienes es superior al poder del Estado y pertenece al hombre por el hecho de ser hombre y que la persona nace con este derecho, se ha naturalizado completamente en nuestras sociedades. Semejante afirmación es hoy prácticamente incuestionada. En efecto, “el concepto de la propiedad privada es la base del todo el sistema económico occidental (...) no solo es la base sino también el motor de las sociedades capitalistas. La ambición por tener será la que mueva los resortes sociales hacia el progreso. Se trata, pues, de una clase cultural occidental”.<sup>29</sup>

Por eso, cuando los pueblos indígenas demandan sus derechos territoriales, que en muchas legislaciones han sido reconocidos como el ‘derecho a la posición y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales’,<sup>30</sup> se enfrentan con un régimen legal que ha sido desarrollado durante años y años, con valores culturales muy determinados y con una lógica que deja pocos resquicios para incorporar una nueva visión de la propiedad.

El sentido de propiedad para los pueblos indígenas tiene muy poco que ver con el derecho de un individuo a usar y gozar en forma discrecional un bien. En el caso de los pueblos indígenas “el territorio se vincula más bien al pueblo que al individuo y nadie piensa que puede disponer de él a su antojo”, se trata de una “propiedad colectiva que no es co-propiedad ni ninguna otra cosa reconocible, unas formas de tenencia que transitan, de acuerdo con la ocasión, entre lo colectivo, lo individual, lo supracolectivo (lo político, lo religioso); espacios de todo y espacios de nadie; un derecho generalizado de uso sobre bienes de propietario indeterminado,

28. GIROTTI, M.: “Globalización, Constitucionalismo, Poder Constituyente, Democracia y DDHH”, en BERCHOLC, J., *El Estado y la Globalización*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 254-255.

29. GARCÍA HIERRO, P.: “Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho”, en *Revista de Indias*, Instituto de Historia del CSIC, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, LXI, N° 223, 2001, p. 622. Esto mismo puede observarse en la Constitución de la Nación Argentina: “Estos derechos (art.14 CN) –junto con el de usar y disponer de la propiedad y la libertad contractual– constituyen el compendio de las libertades económicas. La ampliación o restricciones de aquéllos dieron el perfil que, en los hechos, tuvo el sistema económico liberal diseñado en la Constitución de 1853/60”.

30. Ver art. 75 inc.17 de la Constitución Nacional argentina.

incluso de carácter espiritual o anímico; derechos de antiguas y futuras generaciones, en lo que el sujeto actual está restringido y obligado; en fin (...) nada que ver con la institución de la propiedad en sentido ortodoxo (sentido fuera del cual, las instituciones jurídicas dejan de ser lo que son para pasar a ser otra cosa)".<sup>31</sup>

En efecto, la propiedad indígena no está relacionada con la propiedad privada: con la divisibilidad, la seguridad en las transacciones comerciales o la circulación mercantil. Probablemente, uno de los aspectos que más debe haber interesado a los pueblos indígenas para reclamar sus territorios en términos de propiedad es el carácter de herramienta de defensa contra los particulares o las autoridades estatales que pretenden destruir las tierras o sus recursos.

Desde esta óptica, el sentido de la noción de territorio indígena enfrenta las bases mismas del sistema jurídico occidental, asentado sobre la propiedad privada.

Como derivación de ello, existen fuertes resistencias a incorporar mecanismos legales adecuados que reflejen la visión del territorio desde el punto de vista indígena. Hay quienes intentan simplificar las distintas formas que los indígenas tienen para relacionarse con la tierra y resolver todo por el Código Civil, dejando afuera todo aquello que no encaje en los cánones predeterminados.<sup>32</sup> Sin embargo, "reducir al Código Civil, toda la cuestión, en una desesperada imposición prescriptiva de una verdad jurídica única que dista mucho de la concepción pluricultural (...) es pretender que una cultura representa lo natural y las demás lo anómalo y justificar la imposición en el primitivismo de los demás. Se rechaza aquello que contradice el sistema o los valores a los que responde. Cuando esto ocurre, la norma deja de ser un instrumento regulador de realidades sociales para convertirse en un instrumento de represión del más fuerte (...) Es un *continuum* en la violencia histórica de las luchas por las tierras en América".<sup>33</sup>

### 3. Los indígenas y sus derechos en el S.XX

Durante fin del S.XX y los albores del S.XXI muchos grupos indígenas lograron posicionarse como actores destacados en distintos escenarios.

31. GARCÍA HIERRO, P., cit., p. 623.

32. Pensar en el Código Civil para resolver los problemas territoriales indígenas es inútil. Básicamente porque el Código Civil regula relaciones que no existen en la vida interna de las comunidades indígenas. Los pueblos indígenas no celebran ni extinguen los contratos como lo establece la ley civil, no adquieren la propiedad según los modos que allí se disponen, tampoco pueden seguir las reglas de administración de los bienes de los incapaces o de la sucesión porque tienen otro concepto de bienes, ni las reglas de matrimonio o parentesco porque tienen otra forma de concebir al matrimonio y las relaciones de parentesco.

33. GARCÍA HIERRO, P., cit., p. 623.

Pese a las críticas que puede merecer el concepto de derechos humanos, nacido en occidente y al calor de los vencedores de la II Guerra Mundial, los derechos indígenas encontraron los intersticios de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, que les permitieron desplegarse y conseguir aceptación a escala global.

En forma paralela, nociones y teorías que se venían desarrollando desde otras ciencias, cumplieron un rol excepcional, pues pusieron en duda antiguas visiones asimilacionistas e integracionistas respecto de los pueblos indígenas, favoreciendo la consagración de derechos específicos.

A continuación, realizaré un breve repaso del surgimiento de los derechos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos. Seguidamente, señalaré las corrientes y conceptos que, a mi juicio, resultaron fundamentales para impulsar el reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas.

### *3.1 Los derechos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos*

La finalización de la II Guerra Mundial, con un saldo de 55 millones de muertos y el exterminio de más de 6 millones de judíos, creó el marco propicio para el desarrollo del concepto de derechos humanos. La inclusión de esta noción en la Carta de las Naciones Unidas abrió la puerta para el desarrollo de un sistema de derechos humanos que se expresó en distintas normas (entre las que se destacan las declaraciones y los tratados de derechos humanos), órganos y mecanismos de protección de los derechos humanos. Tanto en el ámbito universal como en los regionales se produce, desde entonces, una progresiva evolución de la noción de derechos humanos y aparecen nuevas dimensiones y formas en las que la persona recibe protección desde el ámbito internacional.

#### *3.1.1 Teoría de la protección específica: hacer más por los que están en peor situación*

La teoría de las obligaciones en el derecho internacional de los derechos humanos establece que la firma y ratificación de un tratado implica la asunción de un conjunto de obligaciones que el Estado no puede luego desconocer. Así, desde el momento en que un tratado entra en vigor para el Estado, sus tres poderes, deben cumplir cabalmente con tales obligaciones sin necesidad de contar con una decisión u opinión de sus órganos de supervisión.

A título de ejemplo, en su primera sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) manifestó que los Estados tienen tres diferentes niveles de obligaciones frente a los tratados de derechos humanos: obligación de respeto, de garantía y de adoptar medidas.<sup>34</sup>

Además de estas obligaciones genéricas, de manera paulatina, el derecho internacional de los derechos humanos ha ido estableciendo obligaciones específicas a favor de determinados *grupos sociales*. En tal sentido, aquellas personas que se enfrentan con mayores dificultades que el resto de la sociedad a la hora de ejercer sus derechos (situación de vulnerabilidad social) o que han sido históricamente excluidas u objeto de prácticas discriminatorias, deben recibir *protección específica* por parte del Estado.

En el derecho internacional de los derechos humanos, esta idea de hacer más por aquéllos que se encuentran en peor situación tiene una íntima vinculación con el alcance del *derecho a la igualdad y a la no discriminación*.<sup>35</sup>

Es muy frecuente confundir el contenido normativo de este derecho creyendo que, para asegurarlo, basta un reconocimiento genérico de la igualdad de trato. A partir de allí, se construyen falsos postulados, pues la idea misma del trato a todos por igual esconde las diferencias de origen y, por ello, alienta la reproducción de situaciones de desigualdad. Por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos no solo permite el trato diferenciado sino que, en muchos casos, directamente lo requiere. Según la Corte IDH,<sup>36</sup> el Comité de Derechos Humanos y muchos otros órganos de derechos humanos, la igualdad de trato implica el trato igual en igualdad de circunstancias. Cuando se detecta una situación de desigualdad, el Estado deberá adoptar medidas específicas para intentar igualar la situación. Por tal motivo, desde la propia creación de los sistemas de protección de los derechos humanos se viene desarrollando toda una normativa a favor de determinados grupos como las mujeres, los niños, los migrantes y los pueblos indígenas, respecto de los cuales los Estados han detectado y consensuado la existencia de una situación histórica de desigualdad. Los tratados particulares sobre mujeres, niños, migrantes, personas con discapacidad e indígenas les piden a los Estados que traten diferente a cada uno de estos grupos, adoptando medidas específicas a su favor.<sup>37</sup>

34. Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, sentencia del 29 de Julio de 1988, Serie C, N° 4, cons.165-167.

35. Reconocido, entre otros, en los artículos 1 y 24 de la CADH.

36. Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18, especialmente el desarrollo efectuado entre los párrafos 70 a 110.

37. Entre muchos otros tratados de esta naturaleza puede mencionarse la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención de Derechos del Niño, la

### 3.1.2 La protección específica de los pueblos indígenas en el derecho internacional

A partir de la teoría reseñada, el desarrollo de protección específica a favor de los pueblos indígenas comenzó a visualizarse en diversos pronunciamientos de los órganos de derechos humanos que permitieron la incorporación progresiva del respeto por la diversidad cultural.<sup>38</sup>

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión Interamericana) manifestó que: “la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas, como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados<sup>39</sup> [...] El Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural”.<sup>40</sup>

En el mismo sentido: “la Organización de los Estados Americanos ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y la lucha en contra de la discriminación que invalida su potencial como seres humanos a través de la destrucción de su identidad cultural e individualidad como pueblos indígenas”.<sup>41</sup>

Las concepciones desarrolladas por los órganos internacionales impulsaron la creación de nuevos arquetipos jurídicos y generaron la plataforma necesaria para cristalizar la obligación de completar el pasaje de políticas estatales tradicional-

---

Convención sobre los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias, entre otros.

38. El derecho a la identidad cultural (que es la respuesta jurídica y política a la idea de respeto de la diversidad cultural) ha sido definido por Osvaldo Ruiz Chiriboga como “el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido; implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona, e integra en un proceso permanente la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto. Es una ‘representación intersubjetiva que orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo’. En su artículo “*El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías naciones. Una mirada desde el sistema interamericano*” este ex abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos analiza la evolución que sufrió la protección de la noción de diversidad cultural. Disponible en [www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex118/BMD000011807.pdf](http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex118/BMD000011807.pdf) (al 13/02/11).

39. CIDH, “Protección de las poblaciones indígenas”, en OEA (1973), *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (OEA/Ser.P/AG/doc.305/73), Washington, D.C., 1973, p. 89. Citado en CIDH, “Yanomami c. Brasil”, Resolución relativa a casos individuales N° 12/85, Caso N° 7615, dictada el 5 de marzo de 1985, párr. 8,

40. *Ibidem*, párr. 7.

41. *Ibidem*, párr. 10.

mente asimilacionistas o integracionistas hacia políticas de Estado que reconozcan al indígena como un sujeto diferente y que le permitan existir, y llegar a las generaciones futuras, sus propias pautas de organización social y política, sus sistemas de subsistencia económica, de medicina tradicional, de resolución de conflictos.

Desde el punto de vista normativo, una de las primeras convenciones internacionales relativa a los pueblos indígenas fue el Convenio 107 sobre la Protección e Integración de los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1957. Sin embargo, este convenio, como su nombre lo indica, respondiendo todavía a un signo de época, formuló una visión integracionista respecto de los pueblos indígenas.<sup>42</sup>

La adopción del Convenio 169 en 1989 por la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante “el Convenio 169”),<sup>43</sup> marcó un punto de inflexión en relación al reconocimiento de los derechos indígenas, pues constituye el instrumento obligatorio más avanzado en la materia. Reconoce un amplio plexo de derechos indígenas entre los que se destaca el derecho a la tierra, el territorio, los recursos, a decidir su propio desarrollo, a la consulta y participación, a regirse por las propias instituciones y procedimientos, entre otros. Sin embargo, pese a que fue y sigue siendo una pieza fundamental para el avance de los derechos indígenas, recibió algunas críticas desde diversos sectores. Mientras que el preámbulo contempla “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”, el art.1.3 aclara expresamente que “la utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

Con posterioridad, en 1992, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.<sup>44</sup> Si bien no se trata de un instrumento específico de derecho indígena y, mucho menos, de uno que reconozca la autonomía indígena, significó cierto avance en relación con el deber de brindar protección especial.

42. La OIT fue el primer órgano que, a nivel internacional, se ocupó de los pueblos indígenas. Este fenómeno ocurrió porque la OIT, al ocuparse de la situación de los trabajadores a nivel global, comenzó a visualizar la especial situación de explotación que atravesaban los trabajadores aborígenes. Al respecto ver SALGADO, J.: *El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas (comentado y anotado)*, Neuquén, EDUCO, Universidad Nacional del Comahue, 2006; y el sitio web: [http://es.pro169.org/?page\\_id=11](http://es.pro169.org/?page_id=11).

43. Aprobado por la Ley 24.071 y ratificado por nuestro país en el año 2000.

44. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. A.G. res. 47/135, annex, 47 U.N. GAOR Supp. (Nº 49) p. 210, ONU Doc. A/47/49 (1993).

Finalmente, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas entre los que se incluye el voto afirmativo de la Argentina. Esta Declaración, aunque de carácter no vinculante para los Estados, constituye un nuevo paso hacia la efectiva protección de los derechos de los pueblos indígenas pues reafirma la necesidad de brindar las herramientas para que estos pueblos puedan llevar a cabo su propio desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual a través del control de sus instituciones y la plena expresión de sus formas de vida. Por tal motivo, se erige como norma fundamental para contribuir a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas.

Desde el punto de vista de la actuación de los órganos de derechos humanos de la ONU, en 1970, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías del Consejo Económico y Social impulsó el estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas. Esto permitió que, en 1971, se creara, en el marco de la ex Comisión de Derechos Humanos, el *Relator Especial sobre la situación y las libertades fundamentales de los indígenas*. El exhaustivo informe producido por el primer relator de indígenas, José Martínez Cobo, derivó en el año 1982 en la creación del *Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas* que funciona hasta la actualidad.<sup>45</sup>

En el año 2000, el Consejo Económico y Social estableció el *Foro Permanente para las Poblaciones Indígenas*, formado por 16 expertos, que funciona como órgano subsidiario del ECOSOC.<sup>46</sup>

Paralelamente, los órganos de tratados de Naciones Unidas, en especial desde la década del 90, realizaron importantes aportes, incorporando estándares específicos en materia de derechos de los pueblos indígenas, a través de sus observaciones o en decisiones sobre casos. Así, en su Observación General 7 sobre el derecho a

45. El grupo de trabajo fue establecido por Resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social, como órgano subsidiario de la subcomisión, con un mandato para examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas y prestar atención especial a la evolución de las normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas. Está compuesto por 5 expertos independientes, uno por cada región geopolítica. En 1985 se creó el Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas con el objetivo de proporcionar asistencia financiera a los representantes de las comunidades y organizaciones indígenas que deseen participar en las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Para ampliar la información sobre este órgano, visitar el sitio web: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/groups/wgip.htm#mandate>.

46. Para mayor información acerca del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, visitar el sitio web, <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/indigenas/>. Para ampliar conocimiento acerca de la documentación sobre las cuestiones indígenas, visitar la página web <http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/boletin/indigenas/pages/documents.html>

una vivienda adecuada de 1997,<sup>47</sup> el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) estableció que los Estados deben adoptar medidas específicas para revertir la situación de discriminación que afecta de manera desproporcionada a los indígenas, en los casos de desalojos. Interpretaciones similares en las que se resalta la condición de indígenas para orientar una particular actuación en la esfera estatal pueden encontrarse en las observaciones de este mismo órgano sobre los derechos a la alimentación, educación, salud, alimentación y sobre derechos de propiedad intelectual.

Asimismo, tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) como el Comité de los Derechos del Niño (CRC) se han ocupado de la situación de los pueblos indígenas. En el primer caso, introduciendo la perspectiva de género y prestando especial atención a los derechos de la mujer indígena en lo relativo a la salud<sup>48</sup> y, en el segundo, a través de la emisión de una observación general específica sobre los niños indígenas.<sup>49</sup>

Párrafo aparte merece la actuación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) que, en 1997, emitió su Observación General 23, “Derechos de los Pueblos Indígenas”. Allí resaltó la discriminación de que son objeto los pueblos indígenas en el mundo, subrayó que tanto los colonizadores, como el Estado, las empresas y otros actores, arrebataron las tierras de los pueblos indígenas y exhortó a los Estados para que respeten el idioma, las tierras, los territorios, los recursos y, en general, todos los aspectos relativos a la identidad cultural de los pueblos y comunidades.<sup>50</sup>

47. CDESC, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos” (E/1999/22), Observación General N° 7, 16° período de sesiones, 1997, anexo IV. Disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CESCR+Observacion+general+7.Sp?OpenDocument>). En esta observación el Comité puntualizó: “10. Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar. Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación”.

48. CEDAW, “La mujer y la salud” (A/54/38/Rev.1), Recomendación General N° 24, 20° período de sesiones, 1999, cap. I.

49. CRC, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención” (CRC/C/GC/11), Observación General N° 11, 50° período de sesiones, 2009.

50. CERD, “Derechos de los Pueblos Indígenas” (ONU A/52/18), Recomendación General N°23, 51° período de sesiones, 1997, anexo V.

En este relato sobre la consolidación de los derechos indígenas en el ámbito de la ONU, es necesario mencionar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre para la Tierra) de 1992, pues marcó un momento histórico para los pueblos indígenas. Varios representantes indígenas de todo el mundo hablaron directamente desde el estrado de la Asamblea General. En esa ocasión, expresaron sus preocupaciones ante el deterioro de sus tierras y del ambiente y subrayaron la necesidad de que los países del mundo asuman un compromiso común para mejorar la calidad de vida de los pueblos indígenas. Además, se aprobó un conjunto de normas (como el Programa 21 y el Convenio sobre Diversidad Biológica) que protege los derechos de los pueblos indígenas en relación con el ambiente.<sup>51</sup>

Finalmente, la Asamblea General proclamó 1993 como el “Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”, la década de 1995-2004 como el “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo” y la de 2005-2015 como un segundo decenio.

Por su lado, en el ámbito de la OEA, desde su creación en 1959, la CIDH ha contribuido significativamente a la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas mediante visitas al terreno, informes, acuerdos amistosos, peticiones individuales y medidas cautelares.

En los '80 la CIDH comenzó a ocuparse de la situación de algunas comunidades y pueblos indígenas en sus Informes de País y en los Informes Anuales sobre la Situación de los Derechos Humanos.<sup>52</sup> Los primeros pasos de la CIDH estuvieron vinculados con la realización de operaciones militares sobre territorios indígenas.<sup>53</sup> Con posterioridad, su actuación en el marco de peticiones individuales fue la punta de lanza para la protección de los pueblos indígenas en las Américas, cumpliendo un rol fundamental para el desarrollo de una profusa doctrina sobre los derechos territoriales indígenas. A título de ejemplo, ya en 1985, la CIDH recomendó que el gobierno de Brasil estableciera y demarcara las fronteras del Parque Yanomami en el Bosque Amazónico tras determinar que la autorización para explotar los recursos del subsuelo de territorios indígenas había originado numerosas violaciones a los derechos humanos de estas comunidades. Por su parte, desde los años 90, la CIDH

51. Cfr. [www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet10sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet10sp.pdf).

52. La CIDH ha elaborado varios informes especiales referidos a la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en los países miembros, entre los que se incluye Colombia (1993, 1997), Guatemala (1993, 2001, 2003), Ecuador (1997), Brasil (1997), México (1998), Perú (2000), Paraguay (2001) así como también la situación de los Miskitos en Nicaragua (1984) y la de las Comunidades de Pueblos en Resistencia en Guatemala.

53. CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia” (OEA/Ser.L/V/II.53 doc. 22), 1981, cap. VII. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Colombia81sp/Capitulo7.htm>.

viene otorgando diversas medidas cautelares a favor de los pueblos indígenas las que, incluso, permitieron extender la tradicional noción de las medidas cautelares de modo de proteger el territorio indígena. Finalmente, la Corte Interamericana cuenta con varias sentencias en las que se expide sobre los derechos de los pueblos indígenas.<sup>54</sup>

Así, la actuación de la CIDH y la Corte IDH resultó fundamental tanto para visibilizar las graves violaciones de las que fueron y aún son objeto muchos pueblos indígenas en el continente americano y para avanzar, de manera sustantiva, en la definición de contenidos y estándares concretos sobre los derechos indígenas.

### *3.2 El desarrollo de determinadas nociones o corrientes de pensamiento*

Paralelamente al reconocimiento de derechos, otras disciplinas como la antropología, la sociología o la ciencia política desarrollaron ideas y conceptos que contribuyeron decididamente al avance de los derechos indígenas. Producto de ello, hoy por hoy, existe un diálogo permanente entre el derecho y otras disciplinas para tratar los asuntos indígenas.<sup>55</sup>

#### *3.2.1 El relativismo cultural*

La idea de relativismo cultural empezó a desarrollarse en la antropología hacia fines del S.XIX, debido a la necesidad del antropólogo de evitar hacer juicios de valor sobre las culturas que investigaba.

Con el relativismo cultural se buscaba dejar en claro que todas las culturas son iguales (porque no existen absolutos desde donde valorarlas) y, sobre todo, poner en

54. Entre otros, pueden revisarse los siguientes fallos: Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79; Corte IDH, “Caso Yatama Vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C, N° 127; Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125; Corte IDH, “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124; Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146; Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172; Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 214.

55. Ese diálogo puede visualizarse, por ejemplo, en diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

jaque la concepción evolucionista de la historia que postulaba un progreso lineal y progresivo y que ubicó a la cultura europea en la cúspide.<sup>56</sup>

Durante años se criticó y acusó al relativismo cultural de hacer una “apología de la neutralidad valorativa”. El relativismo, sin embargo, no niega los valores sino que señala que ellos solo pueden ser interpretados en el ámbito de sus propias relaciones culturales y que, en todo caso, no pueden ser juzgados a través de valores externos.

Sin entrar a estudiar los problemas del relativismo, lo cierto es que, muchas veces, sus críticos no logran desligarse de su propio centro. Como afirma Miguel Bartolomé: “El antirrelativismo que cuestiona los aspectos negativos de otras culturas, lo suele hacer desde el marco de modelos ideales de las propias normas, que no se resisten a la confrontación con las prácticas reales de Occidente, responsable de los mayores crímenes contra la humanidad derivados del colonialismo y el imperialismo, tales como la misma conquista de América, la esclavitud, la colonización de África o la antigua y reciente brutalidad imperial en el Oriente Medio”.<sup>57</sup>

Sin perjuicio de ello, el relativismo enfrenta serias limitaciones para construir un conocimiento de validez universal y criterios que sirvan para pensar y resolver las desigualdades interculturales.<sup>58</sup>

### 3.2.2 *Pluralismo cultural, multiculturalismo, interculturalidad y Estado intercultural*

La noción de pluralismo cultural surge dentro de una corriente de pensamiento que buscaba confrontar las políticas asimilacionistas e integracionistas implementadas por el Estado-Nación de América Latina.

El *pluralismo cultural* implica que cada cultura tiene un valor en sí misma, que cada persona debe poder realizar sus propios ‘objetivos existenciales’, vivir sus experiencias individuales y colectivas, y que no hay una única forma de ser ciudadano de un Estado. Hace referencia al hecho mismo de la existencia de diferentes culturas en una misma formación social. Pero es, al mismo tiempo, una manifestación a favor del derecho a la existencia, reproducción y permanencia de las distintas culturas”.<sup>59</sup>

56. GARCÍA CANCLINI, N.: *Las culturales populares en el capitalismo*, Méjico, Editorial Nueva Imagen, 1982, p. 28.

57. BARTOLOMÉ, M.: *Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo cultural en América Latina*, México, Siglo XXI, 2006, p. 112.

58. GARCÍA CANCLINI, N., op. cit., p. 37.

59. BARTOLOMÉ, M., op. cit., p. 107.

Aceptar que cada uno debe poder vivir como quiera vivir, de acuerdo con sus prácticas, costumbres y cosmovisión es aceptar también la idea del *pluralismo jurídico*: “El respeto a la cultura de un pueblo, incluye no sólo el reconocimiento a los derechos a su idioma, religión, educación, medicina, sino también su derecho a su derecho, es decir, a respetar su sistema de normas y de aplicación de las mismas”.<sup>60</sup>

La noción de *multiculturalismo*, nacida al calor de la escuela de estudios culturales en los Estados Unidos es una de las más complejas, porque es utilizada con diversos sentidos en diferentes contextos. Por tal razón, es fuertemente criticada desde distintos sectores, incluso por corrientes visiblemente contrapuestas.<sup>61</sup>

En uno de sus sentidos, el multiculturalismo se asimila al pluralismo pues es una forma más de referirse a las sociedades plurales. Sin embargo, el multiculturalismo aparece, por lo general, más ligado a la pluralidad social como producto de las migraciones, y el pluralismo, a la diversidad cultural, atendiendo a la existencia de grupos que existían con anterioridad a la formación de los Estados.

Para el profesor Parekh, el “multiculturalismo (o el pluralismo) es una perspectiva de la vida humana basada en tres ideas centrales: 1) Todos los seres humanos poseemos una cultura desde cuyo interior contemplamos el mundo, aunque podamos ser críticos con ciertos aspectos de la misma; 2) Las diferentes culturas representan distintos sistemas de significados y de sentidos para la vida, cada una de las cuales satisface una gama limitada de capacidades, posibilidades y emociones humanas; y 3) Toda cultura es internamente plural, dinámica y está en constante diálogo con sus diferentes tradiciones y corrientes de pensamiento”.<sup>62</sup>

La *interculturalidad*, por su parte, puede ser definida como “la puesta en relación de miembros de diferentes culturas, así como a los mecanismos sociales necesarios para lograr una comunicación eficiente, sin que ninguno de los participantes se vea obligado necesariamente a renunciar a su singularidad para lograrlo”.<sup>63</sup> Hoy por hoy, especialmente en aquéllos países que se han definido como Estados pluriculturales y plurinacionales, la puesta en práctica de mecanismos de interacción intercultural adecuados y aceptables se presenta como uno de los mayores desafíos.

60. GONZÁLEZ GALVÁN, J. A.: “El Estado pluricultural de derecho: los principios y los derechos indígenas constitucionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, UNAM, 1997, N° 88, p. 173.

61. BARTOLOMÉ, M., op. cit., p. 116. Una interesante crítica a la noción de multiculturalismo puede encontrarse en ŽIŽEK, S.: “Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional”, en JAMESON, F., ŽIŽEK, S. (1998), *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998, pp. 137-188. Disponible en <http://caosmosis.acracia.net>.

62. BARTOLOMÉ, M., op. cit., p. 117.

63. *Ibidem*, p. 124.

Ahora bien, ¿cómo deben interpretarse las consecuencias de este pluralismo jurídico y cultural? ¿El Estado no debe entrometerse de ninguna forma para que los pueblos indígenas puedan desarrollar su proyecto de vida? La solución no es reivindicar un Estado ausente pues “el *multiculturalismo* así pensado oculta las desigualdades sociales, dejando intactas las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica (...) Por el contrario, la *interculturalidad* (...) inquiera desarrollar interacciones equitativas entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se trata de una interacción que parte del conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder”.<sup>64</sup>

A partir de todos estos conceptos, el diseño del Estado-Nación, hecho a la imagen y a la medida del hombre blanco, europeo y occidental, se ha puesto en cuestión. Y se ha visibilizado la necesidad de pasar de un *Estado monocultural* a un Estado pluricultural y de construir un *Estado intercultural* en los que las instituciones que regulan la vida los ciudadanos hayan sido pensadas, discutidas y decididas entre los diferentes grupos.<sup>65</sup>

### III. A MODO DE CIERRE. HACIA LA IGUALDAD CULTURAL

Las estructuras básicas que regulan las sociedades de occidente han sido construidas y definidas a través del sometimiento de diversas culturas bajo los valores y concepciones de la cultura que logró instalarse como modelo hegemónico dominante. El nacimiento del propio Estado-Nación implicó la búsqueda de identidades y simbologías comunes que permitiera el afianzamiento de comunidades o naciones políticas. Las fronteras que se trazaron para los Estados-Nación modernos permitieron ubicar un orden jurídico y político sobre un determinado territorio, pero gran parte de ellos albergan, hasta hoy, grupos humanos con diferentes prácticas sociales,

64. SÁNCHEZ BOTERO, E.: “Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas”, en *Constitución y Pluralismo Jurídico*, Instituto de Derecho Público Comparado, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 99-100.

65. Ver en tal sentido GONZÁLEZ GALVÁN, J. A., op. cit. Al respecto también se puede consultar la obra de RAMÍREZ, S.: “Derechos de los Pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, en GARGARELLA, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008. En nuestros días, con el fin de encontrar los mecanismos para realizar un diálogo intercultural, algunos autores (como el antropólogo Cardoso de Oliveira citado por Miguel Alberto Bartolomé) intentan aplicar las propuestas de la teoría de la argumentación discursiva, por ejemplo el procedimiento discursivo de Jürgen Habermas, a la comunicación intercultural entre indígenas y no indígenas. Aunque resulten de dudosa aplicación práctica, constituyen reflexiones interesantes para reafirmar, aún desde el punto de vista exclusivamente teórico, la construcción de un Estado intercultural.

valores culturales, costumbres, formas de relacionarse y lenguas distintas.<sup>66</sup> A su vez, el modelo que se creó con el Estado-Nación implicó un sistema de derechos basado en una lógica binaria entre el Estado y el individuo, que en principio no admitía derechos colectivos o de grupo, y un sistema político, jurídico y económico edificado sobre la propiedad privada.

Discutir la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social, es discutir sobre los principios de justicia que regulan una sociedad y, por lo tanto, sobre el alcance de la noción de igualdad. Se trata de un asunto de especial trascendencia, porque la estructuración de las grandes instituciones influye directamente sobre los planes y perspectivas de vida de los ciudadanos.

La situación que atraviesan los pueblos indígenas en la actualidad constituye una buena fotografía de las consecuencias de la forma en que Occidente y la modernidad han incorporado lo “indígena” a la escena cultural.<sup>67</sup> Marcelo Raffin señala que “la conformación misma de las sociedades latinoamericanas –donde se mezclan las dimensiones de la nación, la clase y la etnia–, nace con su consecuente definición del universo de la ciudadanía y su atribución de derechos a partir de una serie de operaciones básicas entre las cuales los pueblos indígenas son incluidos como tales a partir de una exclusión. Como lo resume Rodolfo Stavenhagen, la opresión indígena en las nuevas repúblicas fue doble: la del emplazamiento de los indígenas en una posición subalterna mediante el desplazamiento y/o el exterminio y la del no reconocimiento de su identidad socio-cultural como parte de la sociedad nacional sometiéndolos así a un modelo cultural hegemónico”.<sup>68</sup>

Aún cuando el ideario político de la época estaba fundado en valores de libertad, igualdad y autonomía, las conquistas concretas en este terreno pudieron alcanzar apenas una “tenue igualdad”. Sólo el paso del tiempo y la evolución de corrientes de pensamiento permitieron incorporar al indígena como sujeto con derechos diferenciados. Pero, por largo rato, fue restringido al ámbito específico de las minorías o grupos definidos siempre por oposición a un cierto discurso o a un cierto punto de vista hegemónico. En efecto, “la consagración de derechos y mecanismos

66. MALAMUD, A., “Estado”, en AZNAR, L., DE LUCA, M., *Política, Cuestiones y problemas*, Buenos Aires, Emecé, 2007, p.87.

67. Para estudiar la grave situación de los pueblos indígenas en la Argentina puede consultarse: CARRASCO, M.: “Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina”, en *Derechos Humanos Argentina*, Buenos Aires: CELS/Siglo XXI, 2002.

68. RAFFIN, M.: “La cuestión indígena en la praxis de los derechos humanos: una aproximación desde el derecho internacional”, Seminario de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Facultad de Derecho de la UBA, 2004.

específicos, encierra una aporía (...) los derechos humanos como parte de la cultura y la política modernas, no pudieron dejar de instituir al indígena, a lo indígena, como otro subalterno y subordinado, como imagen invertida de su orden, como un espejo en el que la propia civilización occidental conseguía delinear sus límites”.<sup>69</sup>

Si bien fue la matriz de los derechos humanos la que precisamente abrió la puerta a los derechos indígenas, muchos instrumentos internacionales que reconocen estos derechos, al imponer como limitación la no vulneración de los derechos fundamentales, muestran las secuelas de una historia de dominación cultural.

Algunas nociones como las de pluralismo cultural y jurídico, interculturalidad y Estado intercultural, sirven para cuestionar las estructuras básicas del Estado-Nación moderno, hacer una relectura de la noción de igualdad, no solo desde una dimensión filosófica, económica y moral sino, especialmente, desde el punto de vista cultural y, necesariamente, jurídico.

Los problemas de desigualdad no son solo problemas de desigualdad económica y los problemas de articulación de las diferencias no son solo problemas de ensamble entre prácticas culturales diversas.<sup>70</sup> La idea de hacer más por los más desaventajados, como una especie de concesión a quien se identifica como sujeto susceptible de tutela o protección, se presenta como insuficiente para materializar las ideas de pluralismo o interculturalidad.

El “pluralismo, que ha sido acusado de negar la unidad de la humanidad, es precisamente un profundo reconocimiento del carácter universal de lo humano, en la medida en que reconoce que cada cultura es parte de la experiencia de nuestra especie”.<sup>71</sup> Una sociedad plural implica, entonces, encontrar los mecanismos necesarios para: 1) el respeto pero también el mantenimiento de las diferencias; 2) la desarticulación de las relaciones de poder entre los diferentes grupos culturales, especialmente para desterrar las imposiciones culturales y la reproducción de prácticas culturales hegemónicas; y 3) el desarrollo de procesos articularios pacíficos entre grupos sociales con diferentes formas culturales.

Sólo si se redefinen las lógicas del Estado contemporáneo será posible ubicar a los pueblos indígenas en un plano de autonomía y de igualdad. Por tal razón, tiene sentido manifestar la necesidad política de revisar el actual diseño institucional.

En efecto, es necesario que las instituciones que regulan la vida social y los principios morales socialmente aceptados no sean el resultado de la imposición de una cultura hegemónica sobre otra, sino que hayan sido decididos desde el diálogo intercultural entre los diferentes pueblos y culturas. El resultado de este diálogo no

69. *Ibidem*.

70. GARCÍA CANCLINI, N.: “Representaciones e interculturalidad”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Barcelona, CIDOB, 2004, N° 66-67, p. 115.

71. *Ídem*, p. 108.

podría ser visto jamás como verdad moral pero sí como un postulado ético normativo acerca de las instituciones y los principios que deben estructurar una comunidad política.

Finalmente, una propuesta pluralista tendiente a la edificación de un Estado intercultural implica echar por tierra las concepciones que sostienen que el hombre, en un estado presocial, tenía derechos naturales y reemplazarla por una que entienda a los derechos como construcción social y, por ende, como espacio de lucha capaz de producir las transformaciones necesarias para alcanzar sociedades más igualitarias y más justas.

#### IV. FUENTES CONSULTADAS

##### **Bibliografía:**

- Anaya, J.: *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, España, Editorial Trotta, 2005.
- Barbarosch, E.: *Teorías de la Justicia y la Metaética contemporánea*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Barbarosch, E.: “Algunas reflexiones sobre los distintos sentidos del positivismo jurídico y el colapso del positivismo jurídico incluyente en el derecho natural”, en LACLAU. M., *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, XXVI.
- Bartolomé, M.: *Procesos interculturales. Antropología política del pluralismo cultural en América Latina*, México, Siglo XXI, 2006.
- Bobbio, N.: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.
- Bulygin, E.: “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Revista Ideas y Derecho*, Buenos Aires, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2008, N° 6.
- Carrasco, M.: “Una perspectiva sobre los Pueblos Indígenas en Argentina”, en *Derechos Humanos Argentina*, Buenos Aires, CELS/Siglo XXI, 2002.
- García Canclini, N.: *Las culturales populares en el capitalismo*, México, Editorial Nueva Imagen, 1982.
- García Canclini, N.: “Representaciones e interculturalidad”, en *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, Barcelona, CIDOB, 2004, N° 66-67.
- García Hierro, P.: “Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho”, en *Revista de Indias*, Instituto de Historia del CSIC, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2001, LXI, N° 223.

- Girotti, M.: “Globalización, Constitucionalismo, Poder Constituyente, Democracia y DDHH”, en BERCHOLC, J. (2008), *El Estado y la Globalización*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- González Galván, J. A.: “El Estado pluricultural de derecho: los principios y los derechos indígenas constitucionales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, UNAM, 1997, N° 88.
- Habermas, J.: *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Península, 2008.
- Kymlicka, W.: *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Malamud, A.: “Integración Regional en América Latina: Teorías e Instituciones Comparadas”, en *Revista Argentina de Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 2002, N° 5/6.
- Malamud, A.: “Estado”, en Aznar, L., De Luca, M., *Política, Cuestiones y problemas*, Buenos Aires, Emecé, 2007.
- Marx, K.: *Sobre la cuestión judía*, Braunschweig, 1843.
- Orellana, M.: “Pueblos Indígenas, Minería y Derecho Internacional”, en *Revista Virtual Redesma*, Red de Desarrollo sostenible y Medio Ambiente, Bolivia, CEBEM-REDESMA, 2009, Vol. 3(1).
- Rabossi, E.: “El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, N° 2.
- Rabossi, E.: “Cómo teorizar acerca de los derechos humanos”, en PIERINI, A., *Pensamiento crítico sobre derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1996.
- Raffin, M.: “La cuestión indígena en la praxis de los derechos humanos: una aproximación desde el derecho internacional”, Seminario de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Facultad de Derecho de la UBA, 2004.
- Raffin, M.: *La experiencia del horror: subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y post-dictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- Ramírez, S.: “Derechos de los Pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, en Gargarella, R., *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- Salgado, J.: *El convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas (comentado y anotado)*, Neuquén, EDUCO - Universidad Nacional del Comahue, 2006.
- Sánchez Botero, E.: “Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos Indígenas”, en *Constitución y Pluralismo Jurídico*, Instituto de Derecho Público Comparado, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.
- Stavenhagen, R.: “Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, en *Revista Nueva Antropología*, México D.F., Nueva Antropología A.C., 1992, XIII, N° 043.

- Szabo, Imre: “Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores”, en Vasak, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, Ed. SERBAL-UNESCO, 1983, vol. 1.
- Yrigoyen Fajardo, R.: “Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en Berraondo, M., *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- Žizek, S.: “Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional”, en Jamenson, F., Žizek, S., *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*, Buenos Aires, Paidós, 1998.

### **Jurisprudencia:**

- CDESC, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos” (E/1999/22), Observación general N° 7, 16° período de sesiones, 1997, anexo IV.
- CEDAW, “La mujer y la salud” (A/54/38/Rev.1), Recomendación General N° 24, 20° período de sesiones, 1999, cap. I.
- CERD, “Derechos de los Pueblos Indígenas” (ONU A/52/18), Recomendación General N°23, 51° período de sesiones, 1997, anexo V.
- CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia” (OEA/Ser.L/V/II.53 doc. 22), 1981, cap. VII.
- CIDH, “Protección de las poblaciones indígenas”, en OEA, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (OEA/Ser.P/AG/doc.305/73), Washington, D.C., 1973.
- CIDH, “*Yanomami c. Brasil*”, Resolución relativa a casos individuales N° 12/85, Caso N° 7615, dictada el 5 de marzo de 1985.
- Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146.
- Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 214.
- Corte IDH, “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124.
- Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172.
- Corte IDH, “Caso Yatama Vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, N° 127.
- Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125.

- Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.
- Corte IDH, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, sentencia del 29 de Julio de 1988, Serie C, N° 4.
- Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A, N° 18.
- CRC, “Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención” (CRC/C/GC/11), Observación General N° 11, 50° período de sesiones, 2009.