

ANÁLISIS COMPARADO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA¹

Gonzalo Aguilar, Ph.D., Sandra LaFosse, M.A., Hugo Rojas, M.A., Rébecca Steward, LL.M.

Introducción

A pesar que en los siglos XIX y XX el constitucionalismo latinoamericano no hizo referencias a los derechos de los pueblos indígenas, en las últimas tres décadas dicha tendencia ha sido modificada y cada vez es más frecuente el reconocimiento expreso de los pueblos indígenas en las cartas fundamentales de la mayoría de los países de América Latina. En este documento se sistematizan y comparan las diversas maneras en que quince constituciones latinoamericanas se refieren a los derechos de los pueblos indígenas.² En consideración de los vínculos e influencias entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, en el análisis se incorporan los avances más relevantes en el ámbito internacional, tales como, el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (OIT, 1989), la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO, 2005), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y las sentencias más recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La comparación se efectúa a partir de ocho variables que, a la luz de los estándares internacionales, son de la máxima importancia al momento de evaluar la profundidad o densidad de las consagraciones constitucionales: (1) el concepto de pueblo indígena, (2) el reconocimiento y la promoción de la diversidad cultural, (3) el reconocimiento del derecho de libre determinación de los pueblos indígenas, (4) la participación política de los pueblos indígenas, (5) los derechos colectivos de propiedad de los pueblos indígenas respecto de sus tierras, territorios y recursos naturales, (6) los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, (7) la promoción de la educación intercultural bilingüe, y (8) el derecho consuetudinario indígena como fuente normativa.

En consideración de lo anterior, el texto se estructura en ocho secciones, cada una de las cuales ofrece aclaraciones conceptuales y referencias constitucionales de las variables recién mencionadas. Con la finalidad de contribuir a la correcta ponderación de la intensidad del reconocimiento constitucional en cada país, al final se incorpora una matriz

¹ Este documento corresponde a una versión resumida del artículo «The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», publicado en *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 2, N° 2, septiembre de 2010, pp. 44-104, disponible en Internet <<http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/16/>>.

² Se han seleccionado las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, en cuyos articulados es posible identificar derechos de los pueblos indígenas en cuanto tales. Cabe agregar que se excluyen del análisis las constituciones chilena y uruguaya, por no contener normas que aludan a los derechos de los pueblos indígenas.

que sintetiza la información proporcionada y se mencionan las conclusiones más importantes sobre la actual heterogeneidad constitucional sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, destacándose por cierto los consensos alcanzados en los organismos internacionales en cuanto lineamientos orientadores y contribuciones a considerar tanto en los debates locales como regionales.

1. Pueblos indígenas

El constitucionalismo latinoamericano no es uniforme en cuanto a la terminología que utiliza para referirse a los pueblos, naciones, minorías, etnias, comunidades o poblaciones indígenas. Más que tratarse de un asunto semántico, la noción que se emplee tiene repercusiones jurídicas, puesto que el derecho internacional determina estatutos diferentes para cada una de esas categorías; por ejemplo, únicamente a los pueblos se les reconoce el derecho de libre determinación. Como se verá, la tendencia mayoritaria en la región es recurrir a la expresión *pueblo indígena*.³

La Constitución de Bolivia, aprobada mediante referéndum el 25 de enero de 2009, señala en su art. 30.I que «es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la colonia española». Además agrega que «dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y a la Ley» (art. 2°).

Por su parte, la Constitución mexicana alude explícitamente a la existencia de los pueblos indígenas en su art. 2°: «la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas». Asimismo, el art. 5° de la Constitución de Nicaragua efectúa un reconocimiento expreso de la existencia de los pueblos indígenas y de sus derechos, en especial del derecho a mantener y desarrollar su identidad y cultura, y consagra un régimen de autonomía para las comunidades de la Costa Atlántica. El art. 62 de la Constitución de Paraguay «reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.» La Constitución de Venezuela señala en su art. 119 que: «El Estado reconocerá la existencia de

³ A propósito de la definición de pueblo indígena, véase MARTÍNEZ COBO, José (1986): «Estudio del problema de la discriminación en contra de las poblaciones indígenas», Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add. 1-4: «Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.» Además véase la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, Serie, C N° 172.

los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida».

Puede argumentarse que de manera indirecta o tangencial se refieren a los pueblos indígenas otras tres constituciones latinoamericanas: Argentina (art. 75 N° 17: corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas), Colombia (arts. 96.2.c, sobre los miembros de los pueblos indígenas en cuanto colombianos por adopción, y 246, referido a las atribuciones jurisdiccionales de las autoridades de los pueblos indígenas), y Ecuador (arts. 1° y 2°, que definen al Estado como intercultural, plurinacional y plurilingüe), mientras que los demás países analizados han optado por no utilizar la expresión pueblos indígenas en sus respectivas constituciones (Brasil, , Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú).

2. Diversidad cultural

Los países en los que coexisten diversas culturas han tomado cada vez más consciencia de la conveniencia de valorar y promover la multiplicidad de las expresiones culturales, en pos de una interacción social cada vez más armoniosa, equilibrada y respetuosa de las identidades culturales particulares. De hecho, la *diversidad cultural* se encuentra reconocida en diversos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural (UNESCO, 2001) y la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO, 2005), el Convenio N° 169 de la OIT, entre otros. Para los pueblos indígenas este es un tema de suma importancia, pues en general anhelan que los demás sectores de la sociedad respeten y aprecien sus tradiciones y costumbres.

En América Latina algunas constituciones han avanzado hacia una mayor aceptación de la diversidad cultural en cuanto elemento estructurador del sistema político-social. Así, Bolivia se define como un país «plurinacional e intercultural», en el cual se fomenta el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe, y se reconoce el derecho a la identidad cultural de las naciones y pueblos indígenas (cf. arts. 1°, 9° N° 2 y 3, 30.II.2, 100.I y 100.III de la Constitución boliviana). El Estado de Colombia, por su parte, reconoce y protege la «diversidad étnica y cultural» de la nación colombiana (art. 7°). El art. 1° de la Constitución de Ecuador señala que «el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, *intercultural, plurinacional* y laico» (énfasis agregado).⁴ A pesar que la constitución mexicana sostiene que la nación de dicho país es única e indivisible, admite que su composición es «pluricultural» y que se sustenta originalmente en sus pueblos indígenas (art. 2°). El pueblo de Nicaragua, por su parte, se define como «plural y multiétnico» (cf. arts. 5°, sobre los principios de la nación nicaragüense, y 8°). Paraguay se declara a sí mismo como país pluricultural y bilingüe, debiendo su Estado respetar las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas (art.

⁴ El contenido del art. 1° de la Constitución de Ecuador es confirmado en su art. 6°, inc. 2°, sobre la nacionalidad ecuatoriana, al referirse a la noción de “Ecuador plurinacional”.

140, en relación con el art. 66). En la constitución del Perú se consagra que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural, debiendo el Estado reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación (art. 2º.19). La constitución de Venezuela reconoce y respeta la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas (art. 100), y consagra el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su identidad, étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto (art. 121).

Por otra parte, de la revisión de las demás constituciones latinoamericanas es posible colegir que existe un reconocimiento tácito de la diversidad cultural en cuanto principio institucional orientador —aunque con una relevancia jurídica menor que en los países recién mencionados— en Argentina (arts. 75 N° 17 y 19), Guatemala (arts. 58, 66-70), Honduras (art. 173), y Panamá (art. 86).

No cabe duda que el incorporar a la diversidad cultural como principio fundamental y rasgo definitorio de un país contribuye a canalizar y compatibilizar las demandas de pluralidad étnico-cultural con la aspiración de integración política al interior del territorio estatal⁵, aunque es evidente que para seguir avanzando en esta senda es conveniente apoyar lo que establece la norma constitucional mediante políticas públicas participativas, efectivas y que gocen de legitimidad social.

3. Libre determinación

El derecho internacional establece que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación o autodeterminación.⁶ En virtud de este derecho, los pueblos —incluidos los pueblos indígenas— tienen la libertad de determinar su propia condición política y de perseguir su desarrollo económico, social y cultural. El derecho humano colectivo a la libre determinación de los pueblos indígenas implica no sólo reconocer la libertad que éstos tienen para definir su propio estatuto jurídico y político, sino que es el fundamento del ejercicio de los demás derechos que les corresponden, tales como participar políticamente en la toma de decisión sobre asuntos que les interesen o afecten.⁷

La Constitución de Bolivia garantiza la *libre determinación* de los pueblos indígenas en el marco de la unidad estatal, consistente en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales (art. 2º, en relación con lo dispuesto en el art. 30.II.4). Asimismo, proclama que «la autonomía indígena originaria campesina es la expresión del derecho al autogobierno

⁵ Cf. HAMILTON, Cynthia (1997): «Multiculturalism as Political Strategy», en GORDON, Avery, NEWFIELD, Christopher (eds.): *Mapping Multiculturalism*. University of Minnesota Press, Minneapolis, pp. 167-177.

⁶ Art. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁷ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, 15 de noviembre de 2007, A/HRC/6/15: «Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente» (par. 36).

como ejercicio de la autodeterminación de las naciones y pueblos indígenas originarios» (art. 290.I).⁸ Por su parte, la constitución mexicana consagra expresamente el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (art. 2º), y establece la autonomía como la forma política y jurídica para el ejercicio de este derecho.

Otras cinco constituciones latinoamericanas reconocen el derecho a la *autonomía* de los pueblos indígenas⁹: Colombia (arts. 9º, 287 y 330), Ecuador (arts. 60 y 257), Nicaragua (arts. 5º y 181), Paraguay (art. 143 Nº 2). En el caso colombiano, los territorios indígenas constituyen una de las entidades territoriales del Estado y gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, incluyendo el derecho de gobernarse por sus propias autoridades y de administrar recursos. En Nicaragua se otorga el régimen de autonomía a las comunidades de la Costa Atlántica, que se componen de pueblos indígenas y otros grupos étnicos. Con ocasión de la regulación de sus relaciones internacionales, el constitucionalismo paraguayo declara ajustarse al principio internacional de la autodeterminación de los pueblos.

Por último, se puede desprender de las constituciones de Ecuador y Perú el reconocimiento de un cierto grado de autonomía a favor de los pueblos indígenas, aunque de manera menos explícita y extensa que en los casos anteriores: la Constitución de Ecuador se refiere a circunscripciones territoriales indígenas y afroamericanas, cuyos gobiernos son autónomos; mientras que la constitución peruana dispone que las comunidades campesinas y nativas son autónomas «en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo...».

4. Participación política

El derecho a la participación política de los pueblos indígenas es un derecho específico derivado de su derecho a la autodeterminación y se encuentra reconocido en varios instrumentos del Derecho Internacional.¹⁰ Su naturaleza jurídica es distinta al derecho de sufragio y a participar en elecciones periódicas que tienen todos los individuos. En ese sentido, no basta con reconocer un derecho de consulta, sino que es necesario un real y verdadero «derecho de participación», el que debe reunir tres características básicas: la participación deber ser libre, previa e informada. La demanda de participación política por parte de los pueblos indígenas también se traduce en el derecho a ser elegido y a figurar como actor político, lo cual requiere un completo reconocimiento en el ordenamiento jurídico de su personalidad jurídica.

Esto último se puede apreciar claramente en el caso de la Constitución colombiana, que en sus arts. 171 y 176 reserva cupos especiales, tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes, para asegurar la representación de los pueblos indígenas y grupos étnicos. Si de reconocimiento constitucional expreso se trata, la Constitución de Venezuela

⁸ Además véase lo dispuesto en los arts. 292 y 293 de la Constitución boliviana.

⁹ Cf. AGUILAR, Gonzalo (2007): *Dinámica internacional de la cuestión indígena*. Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 485-493 (sobre el contenido del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas).

¹⁰ Cf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio N° 169 de la OIT, y Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

reconoce lisa y llanamente el derecho a la participación política (art. 125). Ahora bien, la Constitución boliviana efectúa un reconocimiento expreso del derecho a la participación en su art. 30.II N° 15 y 18, al señalar que los pueblos tienen derecho a «ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles» y a «participar en los órganos del Estado». Además, la Constitución de Bolivia expresamente indica que las elecciones directas de los representantes de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos han de realizarse de acuerdo a sus propias normas y procedimientos (art. 26.I.4). Asimismo, la Constitución de Ecuador señala en su art. 57.16 que los pueblos indígenas tienen derecho a participar mediante sus representantes en los organismos oficiales.

En el caso de la Constitución de México se vincula el derecho a la libre determinación con la autonomía para «elegir de acuerdo con sus normas a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno», y «elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos» (art. 2°A III y VII). Dicha carta también establece en su art. 2°B.IX la obligación de las instituciones públicas, de consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del plan nacional de desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen. Nicaragua, por su parte, reconoce en el art. 49 de la Constitución la facultad de las comunidades de la Costa Atlántica de constituir organizaciones «con el fin de lograr la realización de sus aspiraciones según sus propios intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad». Por su parte, la Constitución de Paraguay garantiza el derecho a la participación política de los pueblos indígenas de acuerdo con sus usos consuetudinarios (art. 65). Finalmente, la carta constitucional de Panamá se refiere de manera indirecta al derecho de participación política en su art. 120, mientras que Argentina, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Perú no hacen mención a dicho derecho en sus respectivas cartas fundamentales.

5. Tierras, territorio y recursos naturales

Los derechos sobre las tierras, territorios y recursos naturales¹¹ —los cuales no pueden disociarse¹²— están en el centro de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, debido a la relación especial que ellos tienen con los espacios que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado.¹³ Considerados como derechos colectivos, estos derechos tratan de regular una variedad de situaciones jurídicas, a saber, la propiedad, posesión, ocupación,

¹¹ El concepto de recursos naturales abarca tanto los recursos renovables como los no renovables que se encuentran en el suelo —v.gr., aguas y bosques— y el subsuelo de las tierras y territorios tradicionales.

¹² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, 2 de febrero de 2002, N.U. Doc. E/CN.4/2002/97, par. 55.

¹³ Véase el art. 13.1 del Convenio N° 169 de la OIT.

control, administración, conservación, desarrollo, utilización y acceso a las tierras, territorios y recursos naturales.¹⁴

Cabe mencionar que existe una amplia heterogeneidad normativa en cuanto a la naturaleza, formulación y contenido de los derechos específicos sobre las tierras, territorios y recursos naturales, así como de las obligaciones del Estado en este ámbito. Sin embargo, se desprende de la mayoría de las constituciones el reconocimiento a los aspectos colectivos de la relación entre los pueblos indígenas y sus tierras. Las constituciones de Argentina (art. 75.17), Ecuador (art. 57.4), Nicaragua (art. 5°), Panamá (art. 123), Paraguay (art. 64), Perú (arts. 88 y 89) y Venezuela (art. 119), así como la Constitución de Bolivia (arts. 30.6 y 394.III), reconocen el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva de las tierras que tradicionalmente han ocupado, aunque algunas de ellas no usan expresamente el término «colectiva», sino «comunitaria» o «comunal». Varias constituciones otorgan una protección especial a las tierras indígenas y a los derechos sobre ellas, al establecer que son inalienables, imprescriptibles, indisponibles, intransferibles, inembargables e indivisibles.¹⁵ Entre otras obligaciones que incumben a los Estados, sólo dos constituciones contienen la obligación específica del Estado de demarcar las tierras indígenas, a saber, Brasil (art. 234) y Venezuela (art. 119). Finalmente, tanto la Constitución de Argentina (art. 75.17) como la de Guatemala (art. 64) y la de Bolivia (art. 395.I) prevén la posibilidad de entregar otro tipo de tierras no consideradas como tradicionales para el bienestar de los pueblos indígenas.

En términos generales, y por razones políticas y económicas evidentes, la protección constitucional de los recursos naturales para los pueblos indígenas es menor que la otorgada respecto a las tierras indígenas. Las normas constitucionales latinoamericanas consagran tres diferentes tipos de derechos sobre los recursos naturales: (1°) el derecho de uso y disfrute de los recursos naturales —constituciones de Bolivia (arts. 30.17 y 171.1), Brasil respecto de recursos de suelo, ríos y lagos (art. 231.2), México (art. 2°A.VI) y Nicaragua (arts.89 y 180)—; (2°) el derecho de participación en la explotación de estos recursos —constituciones de Argentina (art. 75.17), Bolivia para los recursos naturales no renovables (arts.30.16 y 402), Colombia (art. 330) y Ecuador respecto de recursos naturales renovables (art. 57.6)—; y el derecho de consulta —constituciones de Bolivia para los recursos naturales no renovables (art. 30.15), Brasil respecto de recursos hidráulicos o minerales (art. 231.3), Ecuador respecto de recursos naturales no renovables (art. 57.7) y Venezuela (art. 120). Cabe mencionar que las constituciones de Costa Rica, Honduras y El Salvador no tratan el tema de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas.

¹⁴ Al respecto véanse las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, de 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124, y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), de 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 214.

¹⁵ Es el caso de las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela. Por otro lado, las constituciones de Guatemala, Panamá, Paraguay y Perú no hacen referencia a los recursos naturales.

6. Lenguas indígenas

Considerada como un mecanismo de identidad y de dignidad, la protección de las lenguas indígenas es una de las aspiraciones y demandas fundamentales de los pueblos indígenas para poder salvaguardar su patrimonio.¹⁶ El reconocimiento de las lenguas indígenas en las constituciones latinoamericanas se ha caracterizado por una gran heterogeneidad. Sin embargo, a diferencia de otros derechos, la mayoría de las constituciones han integrado de alguna u otra forma, explícita o implícitamente, el reconocimiento de las lenguas indígenas, y en algunos casos sus derechos derivados.

Las constituciones de Bolivia, Nicaragua y Ecuador son las que ofrecen un reconocimiento más amplio en términos de lenguas indígenas, así como de los derechos lingüísticos derivados. El art. 1º de la Constitución de Bolivia consagra el carácter plural del Estado en materia lingüística. Además, en su art. 5º.I indica que la globalidad de las treinta y seis lenguas de los pueblos indígenas son reconocidas junto al castellano como idiomas oficiales del Estado. Al regular el gobierno plurinacional y departamental, dicha constitución menciona la utilización de al menos dos idiomas oficiales, suponiendo entonces que uno de ellos es indígena (art. 5º.II), lo cual constituye toda una novedad en el constitucionalismo latinoamericano. Por otro lado, el Estado boliviano se compromete a valorar respetar y promocionar los idiomas indígenas (art. 30.II.9). En Nicaragua, por su parte, el art. 11 de la Constitución reconoce que «las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley», y en los arts. 90 y 91 se precisa que «las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos», y que «el Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.» En el caso de Ecuador, el art. 2º de la Constitución se refiere explícitamente al uso y conservación de los idiomas indígenas, mientras que el art. 16.1 señala que todas las personas tienen derecho a comunicarse en su propia lengua y con sus propios símbolos.

Por otro lado, las constituciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Perú, México y Venezuela hacen referencia de manera explícita al derecho de uso y de conservación de las lenguas indígenas, aunque se aprecian diferencias terminológicas e importantes matices normativos. La Constitución colombiana señala que los idiomas indígenas serán considerados como oficiales en los territorios que habitan los grupos étnicos (art. 10); la Constitución de Costa Rica establece que el «Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales» (art. 76); en México se reconoce y garantiza la necesidad de preservar y enriquecer las lenguas indígenas (art. 2º.A.IV); en la Constitución de Guatemala se reconocen y preservan las lenguas y dialectos indígenas (arts. 58, 66 y 143); y, por último, las constituciones de Perú y Venezuela precisan que las lenguas

¹⁶ CEPAL (2007): *Panorama Social de América Latina 2006*. Santiago, Cap. III «Pueblos Indígenas de América Latina: Antiguas inequidades, realidades heterogéneas y nuevas obligaciones para las democracias del siglo xxi», p. 145, disponible en: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/27480/PSE2006_Cap3_PueblosIndigenas.pdf>.

indígenas serán preservadas, respetadas y de uso oficial en sus territorios (arts. 17 y 48, y 19 y 119, respectivamente). Brasil y Paraguay sólo reconocen la existencia de las lenguas indígenas como parte del patrimonio nacional (arts. 231 y 140 respectivamente).

7. Educación intercultural bilingüe

Para los pueblos indígenas el derecho a la educación constituye un elemento clave no sólo como un medio para salir de la exclusión y discriminación, sino también para el disfrute, mantenimiento y respeto de sus culturas, conocimientos, idiomas y tradiciones.¹⁷ El reconocimiento constitucional del derecho a recibir una educación mediante la utilización y aprendizaje de la propia lengua es considerado como un avance importante para el mantenimiento y protección de los idiomas y culturas indígenas, lo cual ha sido reconocido en diversos instrumentos que configuran el Derecho Internacional de los Pueblos Indígenas.¹⁸

Aunque numerosas constituciones latinoamericanas han hecho referencia, en mayor o menor medida, al derecho a la educación para los pueblos indígenas, notamos una variedad terminológica y de contenidos al referirse a este derecho en el ámbito constitucional. En términos de respeto, promoción, garantía y adecuación cultural, en cuanto al derecho a la educación para los pueblos indígenas, las constituciones de Bolivia, México y Ecuador son las que poseen un reconocimiento constitucional más amplio. No cabe duda que en materia de contenido normativo la Constitución de Bolivia constituye la más avanzada y progresista en el concierto latinoamericano. En su art. 78.I se establece la «educación intercultural, intracultural y plurilingüe en todo el sistema educativo», cualquiera sea su nivel. Para este efecto se prevén programas de educación culturalmente adecuados (art. 84), la capacitación de docentes y en particular en el nivel superior (art. 91), además, en el campo de las universidades públicas se establece la creación de centros interculturales de capacitación de los recursos humanos (art. 97.IV) y de programas destinados a «recuperar, preservar el desarrollo, el aprendizaje y la divulgación de las diferentes lenguas indígenas» (art. 96). En la Constitución de México, el derecho a una educación intercultural bilingüe figura en su art. 2º.B.II, detallándose la obligación del Estado mexicano de promoverla y de desarrollar un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. La Constitución de Ecuador afirma que la educación ha de ser intercultural, y obliga al Estado a garantizar que todas las personas puedan aprender en su propia lengua y ámbito cultural (arts. 27 y 29). Aún más importante es el art. 57.14 de dicha constitución, el cual reconoce el derecho colectivo de los pueblos indígenas de desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, a partir de la estimulación temprana y en todos los niveles educativos.

Mientras las constituciones de Argentina, Nicaragua, Perú, Venezuela emplean el término de educación intercultural bilingüe sin ningún otro derecho que la complementa (cf.

¹⁷ STAVENHAGEN, Rodolfo (2008): *Los pueblos indígenas y sus derechos*. UNESCO, México, D.F., p. 98.

¹⁸ Art. 26 del Convenio N° 169 de la OIT, art. 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 15 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

arts. 75.17, 121, 17 y 121, respectivamente), las de Colombia y de Guatemala hacen referencia a la enseñanza bilingüe (cf. arts. 10 y 76, respectivamente). Por su parte, la Constitución de Panamá hace mención a la alfabetización bilingüe de las comunidades indígenas (art. 76).¹⁹ De manera distinta, Brasil explicita el derecho a «utilizar los idiomas indígenas y su métodos de aprendizaje» en el ámbito educacional (art. 21.2). Aunque estas constituciones empleen términos diferentes al referirse a la educación para los pueblos indígenas, notamos que lo hacen de manera sintética y sin ninguna otra mención de la existencia de otro tipo de mecanismos que garanticen el ejercicio del derecho en comento.

8. Derecho consuetudinario indígena

Se entiende por «derecho consuetudinario indígena» al conjunto de usos, prácticas, costumbres, creencias y principios que regulan la convivencia interna y que han sido transmitidos principalmente en forma oral y aplicados de manera general y uniforme en el tiempo por los pueblos indígenas, en tanto obligatorios y susceptibles de control social por parte de sus integrantes, autoridades tradicionales y organizaciones. El derecho consuetudinario indígena se funda en el derecho de libre determinación y está íntimamente relacionado con la identidad cultural de los pueblos indígenas. El Derecho Internacional, al igual que diversas constituciones, reconoce el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y consagra el derecho de éstos a establecer sus propias normas jurídicas y a hacerlas valer en caso de incumplimiento (cf. arts. 8° a 10 del Convenio N° 169 de la OIT). En consideración de lo anterior, uno de los principales desafíos del «pluralismo jurídico» — i.e., la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos al interior de un mismo territorio—, consiste en fijar mecanismos que resuelvan eventuales conflictos normativos, v.gr., entre el derecho de creación estatal y el derecho consuetudinario indígena, trátense de situaciones en las que han intervenido personas indígenas como no indígenas.

En América Latina se constata una cada vez mayor aceptación de su pluralismo jurídico, y ello se aprecia con mayor nitidez en las reformas constitucionales recientes, toda vez que algunos países han dejado de considerar al derecho estatal como la única fuente del derecho, aceptándose otras expresiones normativas de carácter obligatorio como el derecho consuetudinario indígena. La Constitución de Bolivia ha pasado a ser la carta fundamental que mayor relevancia concede al derecho indígena, incluso por sobre los estándares internacionales, reconociendo a los pueblos indígenas el derecho «al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión», en un marco de pluralismo jurídico e interculturalidad y otorgando igual jerarquía tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena (cf. arts. 30.II.14, 179, 180.II y 191-193). Un segundo país que en el último tiempo también ha avanzado hacia un mayor reconocimiento del derecho indígena es Ecuador, que en el art. 57 N° 9 y 10 de su constitución establece el derecho de los pueblos indígenas a «conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral», y a «crear, desarrollar, aplicar y

practicar su derecho propio o consuetudinario».²⁰ Respecto de los demás países latinoamericanos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas se encuentra expresamente reconocido en las cartas fundamentales de Colombia (art. 246), México (art. 2º.II), Paraguay (art. 63), Perú (art. 149), Venezuela (arts. 119 y 260), y de manera indirecta en Nicaragua (arts. 89 y 180).²¹

Por último, cabe consignar que el constitucionalismo latinoamericano ha fijado dos importantes limitaciones al derecho consuetudinario indígena: (1º) en algunas constituciones se establece en forma expresa que el derecho estatal tiene mayor jerarquía que el derecho consuetudinario indígena —Colombia (art. 246), México (art. 2º.II), Paraguay (art. 63) y Venezuela (art. 260)—; mientras que en otras normas constitucionales se precisa que el derecho indígena está supeditado a los derechos humanos o fundamentales, tal como sucede en las constituciones de Bolivia (art. 191.II), Ecuador (arts. 57.10 y 171), México (art. 2º.II) y Perú (art. 149).

Síntesis y comentarios finales

Como se ha podido apreciar, en los últimos años el constitucionalismo latinoamericano ha consagrado un conjunto de derechos específicos a los pueblos indígenas. Si bien dicho reconocimiento se ha materializado de diversas maneras en los quince países analizados, es plausible consignar que los temas más importantes dicen relación con: la inclusión en la constitución de la expresión «pueblo indígena» —en desmedro de otras nociones como etnia o comunidad—; el respeto y la promoción de la «diversidad cultural» en cuanto principio general orientador del sistema jurídico-político; la mención del «derecho de libre determinación o autodeterminación» de los pueblos indígenas; además de la consagración de otros derechos referidos a sus «lenguas», «tierras, territorios, recursos naturales», «educación intercultural», «participación política», y «derecho consuetudinario indígena». Del análisis de las variables seleccionadas se desprende un abanico de posibilidades de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina y, precisamente por la actual heterogeneidad normativa existente —en cuanto al alcance, contenido y formulación de las normas de rango constitucional—, no es posible sugerir en la región la existencia de un único modelo de reconocimiento que pudiera ser replicable por los demás países.

Las reformas constitucionales que han sido aprobadas no sólo se explican por procesos políticos de carácter interno ni por los diálogos e influencias entre los distintos países de la región, sino que además el Derecho Internacional ha proporcionado valiosas orientaciones sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. En tal sentido, las normas constitucionales de reconocimiento de los pueblos indígenas han permitido la articulación

²⁰ Además véase el art. 171 de la Constitución de Ecuador, sobre el poder vinculante y las limitaciones de la jurisdicción indígena. En su parte final indica que corresponde a la ley establecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

²¹ A modo de complemento, véanse las normas constitucionales que se refieren a *los usos y costumbres indígenas*: Brasil (art. 231), Colombia (art. 330), Guatemala (arts. 58 y 66), México (art. 2º, I y III), Nicaragua (arts. 89 y 180), Paraguay (art. 65) y Venezuela (art. 119).

de la protección nacional de los derechos indígenas con la protección internacional de los derechos indígenas. De hecho, cada vez son más las sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos que se apoyan, en primera instancia, en las disposiciones constitucionales internas y, luego, en las normas internacionales establecidas para proteger los derechos de los pueblos indígenas. Lo anterior demuestra un enriquecimiento mutuo entre el ámbito constitucional y el ámbito internacional.

Más allá de la tendencia general del derecho constitucional latinoamericano de referirse a los pueblos indígenas, hay diferencias sustantivas entre las normas constitucionales de los países analizados. En la Tabla N° 1 se sintetiza la información comparada, distinguiendo por separado si cada constitución hace o no referencia a las ocho variables seleccionadas. El número de menciones mide el alcance del reconocimiento constitucional, lo que desde un punto de vista formal podría implicar que a mayor número de menciones pudiera darse un mayor nivel de protección. De esta manera, puede afirmarse que Bolivia, Ecuador, Colombia, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela son países en los que existe un «alto» reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y sus derechos, al incluir al menos siete de las variables analizadas. En un nivel «medio» se encuentran Argentina, Panamá, Perú, Guatemala y Brasil, cuyas constituciones se refieren al menos a cuatro de las variables que hemos identificado como prioritarias. En un nivel más «bajo» de reconocimiento constitucional se encuentran Costa Rica, El Salvador y Honduras.

TABLA N° 1: MATRIZ DE RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL COMPARADO DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA

País	Pueblo indígena	Diversidad cultural	Tierras y territorio	Recursos naturales	Derecho de libre determinación	Idiomas y lenguas indígenas	Educación bilingüe	Participación política	Derecho consuetudinario
Argentina	Sí	Sí	Sí	Sí	No	No	Sí	No	No
Bolivia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Brasil	No	Sí	Sí	Sí	No	Sí	No	No	No
Colombia	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (a)	Sí	Sí	Sí	Sí
Costa Rica	No	Sí	No	No	No	Sí	No	No	No
Ecuador	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (a)	Sí	Sí	Sí	Sí
El Salvador	No	Sí	No	No	No	Sí	No	No	No
Guatemala	No	Sí	Sí	No	No	Sí	Sí	No	No
Honduras	No	Sí	No	No	No	No	No	No	No
México	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Nicaragua	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí (a)	Sí	Sí	Sí	Sí
Panamá	No	Sí	Sí	No	No	Sí	Sí (b)	Sí	No
Paraguay	Sí	Sí	Sí	No	Sí (a)	Sí	Sí	Sí	Sí
Perú	No	Sí	Sí	No	Sí (a)	Sí	Sí	No	Sí
Venezuela	Sí	Sí	Sí	Sí	No	Sí	Sí	Sí	Sí

(a) Derecho de autonomía de los pueblos indígenas

(b) Alfabetización bilingüe

Esta simple lectura cuantitativa constituye un parámetro de comparación, pero no permite dar cuenta de la complejidad del panorama constitucional latinoamericano. En efecto, dentro de los mismos grupos existen diferencias formales y sustanciales, incluyendo la cantidad de artículos, la ubicación de éstos, la formulación y la terminología empleada, el contenido y el alcance de las normas constitucionales. Por último, cabe recordar que si bien el reconocimiento constitucional es un elemento de extrema relevancia, no es un factor clave para lograr la protección de los pueblos indígenas y sus derechos. En efecto, existe una brecha entre el reconocimiento constitucional en la letra y el cumplimiento efectivo de dichas disposiciones en términos reales. Es decir, además de un reconocimiento en la constitución, se requiere un *sustratum* fundamental manifestado en la opción definitiva por un firme Estado de Derecho y el compromiso decidido de todos los actores —estatales y privados— por la protección de los derechos humanos de todos, sin distinción alguna.

Bibliografía

Obras y artículos

- AGUILAR, Gonzalo (2007): *Dinámica internacional de la cuestión indígena*. Librotecnia, Santiago de Chile.
- AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo, STEWARD, Rébecca (2009): «Modelos de Reconocimiento Constitucional de los Pueblos Indígenas en América Latina», en *Serie Estudios*, Vol. III, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago de Chile.
- AGUILAR, Gonzalo, LAFOSSE, Sandra, ROJAS, Hugo, STEWARD, Rébecca (2010): «The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», en *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 2, N° 2, pp. 44-104.
- ANAYA, James (2005): *Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Ediciones Trotta, Madrid.
- CEPAL (2007): *Panorama Social de América Latina 2006*. Santiago de Chile.
- DAES, Erica-Irene A.: «Los pueblos indígenas y su relación con la tierra», Documento de trabajo final, 30 de junio de 2000, N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/2000/25.
- GORDON, Avery, NEWFIELD, Christopher (eds.) (1997): *Mapping Multiculturalism*. University of Minnesota Press, Minneapolis.
- MARTÍNEZ COBO, José (1986): «Estudio del problema de la discriminación en contra de las poblaciones indígenas», Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7.
- PASQUALUCCI, Jo M. (2006): «The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System», en *Human Rights Law Review*, pp. 281-322.
- STAVENHAGEN, Rodolfo (2008): *Los pueblos indígenas y sus derechos*. UNESCO, México, D.F.

Instrumentos internacionales

- Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO, 2005).
- Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989).
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007).
- Declaración Universal sobre Diversidad Cultural (UNESCO, 2001).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966).

Informes

- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, 2 de febrero de 2002, N.U. Doc. E/CN.4/2002/97.
- Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, 15 de noviembre de 2007, A/HRC/6/15.
- Informe sobre el sexto periodo de sesiones del Foro Permanente para las cuestiones indígenas, 14 al 25 de mayo de 2007, E/2007/43, E/C.19/2007/12.
- Informe de la Reunión del grupo internacional de expertos sobre lenguas indígenas, Foro Permanente de las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, séptima sesión, 21 de abril a 2 de mayo de 2008, E/C.19/2008/3.

Informe del Director General sobre los aspectos técnicos y jurídicos de un posible instrumento normativo internacional para la protección de las lenguas indígenas y lenguas en peligro de extinción, que comprenda un estudio de los resultados de los programas de la UNESCO ejecutados en este ámbito, Consejo Ejecutivo, 179ª reunión, marzo 2008, París, 179/EX 10.

Jurisprudencia internacional

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, de 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, de 15 de junio de 2005, Serie C, N° 124.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 28 de noviembre de 2007, Serie C, N° 172.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 24 de agosto de 2010, Serie C, N° 214.