



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS DE
IBEROAMÉRICA.**

Alumno: Jose Manuel Cruz Mero

Julio, 2015

RESUMEN

Este trabajo pretende ofrecer una visión general sobre los principales derechos constitucionalmente reconocidos a los pueblos indígenas iberoamericanos. Se repasará brevemente la historia, hasta situarnos en el estado actual de la cuestión. Ante lo inabarcable de la materia, se han escogido algunos de los derechos que he considerado más importantes.

Como derechos individuales veremos los siguientes: el derecho a la vida e integridad física, la igualdad y no discriminación; la salud y la educación. Dentro de los derechos de carácter colectivo: el territorio y sus recursos naturales, el derecho a la consulta previa, el respeto de sus tradiciones, lenguas y costumbres; el derecho a administrar justicia en sus territorios y el más genuino de los derechos colectivos: el derecho de autodeterminación.

Se analizarán después los instrumentos jurídicos internacionales más importantes, así como la incidencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la tutela judicial de los mismos. Se ha elegido Argentina como escenario para exponer los mecanismos de protección de estos derechos; nos referiremos a la llamada “acción de tutela”. Para concluir, se tratarán dos casos paradigmáticos sobre la tutela judicial de estos derechos fundamentales.

ABSTRACT

This work expects to offer a general perspective about the main rights constitutionally recognised by native Latin-American people. This document will go succinctly over their history until the current situation of this issue. Due to the big extension of this matter, only the most important parts had been selected.

Considering the individual rights, we will take care about: The right to life and physical integrity, the right to equality and no discrimination, and rights to public health and education. Focusing the collective rights we will examine: The territory rights and its resources, the right to prior consultation, the respect to their traditions, languages and habits, the right to administrate the law in their territories, and the most genuine of the collective rights; the self-determination's right.

Later we could analyze the main international legal instruments, as well as the influence of Latin-American human rights system. Argentina is the backdrop used to contend the protection's mechanisms of these rights: we refer to what is called “amparo procedure”. To conclude this work, two cases about the judicial responsibility over these inviolable rights will be exposed too.

PALABRAS CLAVE

*Derechos Fundamentales – Derechos Humanos –
Derechos Colectivos – Pueblos Indígenas –
Iberoamérica – Derecho constitucional*

KEYWORDS

*Constitutional rights – Human rights – indigenous
people – Collective rights – Constitutional law*

Abreviaturas y siglas.

- **Art./ arts.:** artículo / artículos.
- **C.E:** Constitución Española.
- **CADH:** Convención Americana de Derechos Humanos.
- **CIDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- **Cit. en:** Citado en
- **CorteIDH:** Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- **DDPI:** Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.
- **DUDH:** Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- **Ob. Cit:** Obra citada
- **OEA:** Organización de Estados Americanos.
- **OIT:** Organización Internacional del Trabajo.
- **ONU:** Organización de las Naciones Unidas.
- **p. (pp):** página/páginas
- **TFG:** Trabajo Fin de Grado.

INDICE

INTRODUCCIÓN.

- I) Una breve justificación sobre el tema escogido. 1
- II) Planteamiento general del presente Trabajo Fin de Grado y metodología utilizada. 2

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

- 1.1 La América precolombina. 4
- 1.2 El *descubrimiento* de América: conquista y colonización. 5
- 1.3 Consecuencias de la colonización en la población indígena. 7
- 1.4 La ilustración francesa y su visión del indio. 8
- 1.5 Las emancipaciones iberoamericanas y la cuestión indígena. 9

CAPÍTULO II. EL INICIO DE LOS DERECHOS DEL INDIO EN IBEROAMÉRICA.

- 2.1 Bartolomé de las Casas sobre la causa indígena. 12
- 2.2 La legislación española protectora del indio en el S-XVI. 14
 - 2.2.1 Las Leyes de Burgos de 1512. 14
 - 2.2.2 Las Leyes Nuevas de 1542. 16
 - 2.2.3 La Controversia de Valladolid (1550-1551). 17
- 2.3 La causa indígena en la Constitución Española de 1812. 18

CAPÍTULO III. EL ESTADO ACTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN IBEROAMÉRICA.

- 3.1 Notas preliminares: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y la justificación de la diferencia. 21
- 3.2 Derechos individuales.
 - 3.2.1 El derecho a la vida y a la integridad física. 24
 - 3.2.2 Igualdad y no discriminación. 25
 - 3.2.3 Derecho a la salud y a la educación. 27
- 3.3 Derechos colectivos.
 - 3.3.1 El territorio y sus recursos naturales. 31
 - 3.3.2 Participación en las decisiones del Estado: el derecho a la consulta previa. Breve referencia a las empresas extractivas de recursos. 34
 - 3.3.3 El respeto a sus tradiciones, lengua e identidad cultural. 39
- 3.4 El derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas. 40
- 3.5 El derecho a administrar justicia en sus territorios. 42

CAPÍTULO IV. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

- 4.1 Notas preliminares: sobre los instrumentos jurídicos internacionales. 44
- 4.2 Los sistemas de tutela nacionales: Argentina. 45
- 4.3 El sistema interamericano de derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 48

CAPÍTULO V. DOS CASOS CONCRETOS:

- 5.1 *Awas Tingni c. Nicaragua*. 51
- 5.2 *El pueblo Embera Katío c. Colombia*. 53

CONCLUSIONES. 56

BIBLIOGRAFÍA. 59

“¿Éstos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos?”

Fray Antonio de Montesinos.

Isla de La Española, 21 de diciembre de 1511.

INTRODUCCIÓN.

I) Una breve justificación sobre el tema escogido.

El término “Iberoamérica” presente en el título, ha sido escogido con intención de referirnos a los países que formaron parte del Reino de España y Portugal durante el período colonial.¹

¿Qué debemos de entender por indígena? A la llegada de Cristóbal Colón a América en 1492, estas tierras estaban habitadas por unas gentes oriundas de aquella región, que tenían una identidad, costumbres, lengua y cultura propia. Colón, creyó estar en una Isla cercana a la India, por lo que al llegar allí, bautizó a aquellas gentes con el término de *indios*. Evidentemente no era la India, pero el término perduraría hasta nuestros días.

En sentido amplio, indígena se usa para denominar a la persona que es originaria de la tierra en la que habita; sin embargo, en un sentido estricto, indígena quiere referirse a aquellas etnias originarias de América que conservan sus culturas y tradiciones ancestrales, tienen conciencia de su identidad indígena y “*conservan sus propias instituciones sociales, económicas y políticas, o parte de ellas*”.²

Según Naciones Unidas, existen 5.000 grupos indígenas en todo el mundo que agrupan a 370 millones de personas en 70 países diferentes. Rodolfo Stavenhagen, señala que sólo en Latinoamérica, existen unos 40 millones de personas indígenas, que representarían un 10% de la población total.³

Tradicionalmente marginados y excluidos en la toma de decisiones, explotados y sometidos, las organizaciones internacionales argumentan que son uno de los grupos que peor tratado ha sido por el devenir de la historia. No obstante, de manera paulatina, gobiernos y organismos internacionales han ido preocupándose por la cuestión de los pueblos indígenas. Recientemente, en 2007, se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la que hablaremos en este TFG. Aunque sin carácter vinculante, es inspiradora de un futuro que esperamos sea fructuoso.

¹ Si fuese mi intención la de referirme solo a aquellos que formaron parte de España, sería más correcto el término *Hispanoamérica*, tal y como aclara el Panhispánico de Dudas. Por otro lado, “Suramérica” es un concepto geográfico, lo que excluiría América central y México.

² Artículo 1 del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de 1989.

³ Stavenhagen, R. (2002). Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina. *Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades*, vol. 7, primer semestre, p. 6

El objeto, en última instancia, es también el de hacer una labor reivindicativa y de denuncia; pues, ante lo particular de este TFG, espero que suponga una buena oportunidad para dar a conocer esta cuestión tan poco tenida en cuenta por nosotros, y sin embargo, tan responsables de su origen.

II) Planteamiento general del presente Trabajo Fin de Grado y metodología utilizada.

Norberto Bobbio, dijo en 1964 que “*el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político*”⁴. Sin querer entrar a cuestionar esta sentencia, hay que reconocer que nos encontramos ante una realidad diferente, y por lo tanto, necesaria de justificación.

La práctica constitucional en Iberoamérica se ha mostrado celosa en reconocer, determinados derechos de los pueblos indígenas. ¿Por qué unos derechos fundamentales diferenciados para determinados sujetos, dentro de un mismo Estado? Resulta evidente que la realidad iberoamericana, ha transformado el Estado y la sociedad en su conjunto, por lo que se estima necesario el detenerse a indagar sobre la necesidad de unos derechos fundamentales específicos, sobre unos sujetos –individuales o colectivos– bien diferenciados.

En este trabajo se intentará mostrar una visión general sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en el contexto iberoamericano. Es cierto que el título acoge una casuística inabarcable para un límite de sesenta páginas, por lo que se han escogido algunos de los que a mi juicio tienen mayor relevancia.

En el Capítulo I de este TFG, se expondrán brevemente algunos de los acontecimientos históricos desencadenantes de la actual situación que vive la población indígena. Al margen del conocido suceso del descubrimiento de América, se verán otros aspectos como el trato que dieron las primeras constituciones a los pueblos y comunidades indígenas. En este capítulo se incluye un epígrafe curioso: ¿Qué visión tenían los ilustrados franceses del Siglo XVII sobre los indios?

En el Capítulo II, se entrará en el terreno de la historia del Derecho. Se verá someramente la legislación *de Indias* por parte de la Corona española, así como algunos personajes que tuvieron especial relevancia, como es el caso de Fray Bartolomé de las Casas. Finalmente se tratará la importancia que tuvo la causa indígena en la primera Constitución Española.

⁴ Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos* (p. 63). Madrid: Sistema.

El Capítulo III, constituye el núcleo esencial de este TFG. Primero se hablará de la diferencia entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, así como la problemática semántica y conceptual que entrañan cada uno. Este Capítulo ha sido dividido en dos: Derechos que tienen como titular a sujetos individuales y Derechos cuyos titulares son sujetos colectivos, como son los pueblos indígenas. El punto 3.4 y 3.5, por la importancia que tienen y, aunque considerados derechos colectivos, se ha optado por no incluirlos como subepígrafe, dentro de “Derechos Colectivos”

Los derechos, para su efectiva realización, exigen ser tutelados por órganos nacionales o supranacionales. Por ello, en el Capítulo IV se verán primero los instrumentos jurídicos internacionales más importantes, donde es sin duda el Convenio 169 de la OIT el protagonista. Después se ha escogido Argentina como escenario para hablar sobre su sistema de protección de derechos fundamentales. Por último, se verá el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde son relevantes dos instituciones: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el Capítulo V, se verá cómo se ha llevado a la práctica todo lo visto en este TFG. Para ello, se han escogido dos casos; el primero a nivel internacional, presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y el segundo, a nivel nacional ante la Corte Constitucional de Colombia.

Finalmente, se presentarán las conclusiones.

En cuanto a la metodología utilizada, he usado de la bibliografía que pone a disposición la Universidad de Jaén por medio de su servicio de biblioteca y de sus recursos electrónicos, aunque a veces haya tenido que acudir a bibliotecas de otras Universidades. También he usado de páginas webs especializadas en la materia, como son el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid; el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, que elabora unos cuadernos especializados sobre la materia; los informes de los anteriores relatores especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas, en el seno de la ONU; fuentes directas como la lectura de documentos y el análisis de las Constituciones iberoamericanas⁵; entrevistas a especialistas como el sevillano Bartolomé Clavero; contenido multimedia en forma de documental, así como jurisprudencia nacional e internacional.

⁵ Pueden consultarse todas las Constituciones iberoamericanas en: http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/catalogo_paises/

CAPITULO I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.1 La américa precolombina.

La teoría más aceptada, es que el hombre llegó a América cruzando por el estrecho de Bering, que conectó la actual Alaska con Siberia mediante un puente de hielo durante la última glaciación. Hordas de cazadores-recolectores procedentes de Asia cruzaron por él y fueron descendiendo sin rumbo hasta ir ocupando la mayor parte del continente en un proceso de miles de años⁶.

Antes del descubrimiento de América por parte de los españoles, cientos de sociedades más o menos organizadas, poblaban el continente americano de norte a sur y de este a oeste. Mayas, Aztecas, Incas, Mapuches y Guaraníes, por nombrar algunos, habían conseguido una sociedad relativamente avanzada. Lograron construir grandes ciudades, basando su economía fundamentalmente en la agricultura, llegando así a desarrollar una sociedad civil y militar muy organizada.

El número de tribus y culturas que habitaban América antes de la colonización, es tan numeroso que es imposible analizarlas todas en un solo trabajo. Por poner un ejemplo, la civilización Maya, que habitaba Mesoamérica, fue una de las más sobresalientes. Perduró más de 4.000 años (3.000 a.C - 1456 dC), siendo apodados “los griegos de América”. Esta sociedad, calificada de “Imperio”, adoptaba la monarquía hereditaria como forma de gobierno. Se organizaba socialmente en estratos divididos en nobleza, sacerdotes, pueblo y esclavos.⁷

Pero lo cierto es que la historia de la América precolombina tiene algunas lagunas. En realidad, la preocupación por la cultura aborígen precolombina sucederá con la llegada de funcionarios y clérigos españoles; y aún con esto, no es del todo clara la veracidad de sus crónicas. Si a ello sumamos que también hubo quien optó por la eliminación de numerosas fuentes directas –como hicieron los obispos Larra y Zumárraga destruyendo diversos escritos de la época–, concluimos que la información que se posee hoy de la América precolombina es notablemente escasa. Además, no hay que olvidar que las diversas sociedades precolombinas se muestran muy diversas y heterogéneas.⁸

⁶ Armas Anaya, E. (2010). *América precolombina* (p. 24 y ss.). Miami, FL: Firms Press.

⁷ Eggers-Brass, T. (2009). *Historia II. América indígena y la expansión europea* (pp. 26-28). Buenos Aires: Maipue.

⁸ López Sánchez, J. (1998). Las civilizaciones aborígenes en la América precolombina (I). *Revista De La Sociedad Española De Historia De Las Ciencias Y De Las Técnicas*, 21(40), 123. Disponible online: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=62205>

1.2 El descubrimiento⁹ de América: conquista y colonización.

Con el Renacimiento, se produce en Europa un resurgimiento sin parangón de las ciencias, el arte y la cultura, en el que el ser humano retoma la esencia grecolatina.

En 1474, el matemático y astrónomo italiano Paolo dal Pozzo Toscanelli, publica la llamada `Carta del Mundo`. En ella, detalla con asombrosa exactitud para la época, cómo imagina la Tierra en base a sus primitivos cálculos. La invención de la brújula y el astrolabio árabe, junto a mejores timones y velámenes contribuyeron al abandono del cabotaje y a un potente desarrollo de la navegación marítima.

En el otoño de 1469, Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla, contrajeron matrimonio en Valladolid, dando lugar a la unificación de la corona de Aragón y Castilla. Esta unión dinástica es el germen de lo que después sería considerado como el Imperio Español.

El desarrollo marítimo, sumado a la búsqueda de nuevos mercados y la competencia con Portugal por hacerse con el Atlántico, permitieron que en 1492, un genovés llamado Cristóbal Colón, llevase a cabo la misión de encontrar una nueva ruta a oriente. El 12 de Octubre del mismo año, de forma inesperada, llegaron a una pequeña isla del archipiélago de las Bahamas, para ir algunos días más tarde a la isla de Cuba.

La *Bula Inter caetera* (1493), una de las cuatro que fueron otorgadas por el Papa Alejandro VI a la Corona de Castilla, legitimaba a los españoles para llevar a cabo la conquista y dominio sobre los nuevos territorios, a cambio de evangelizar a las gentes que allí habitaban. Las bulas serían posteriormente cuestionadas como título jurídico capaz de otorgar a España derechos de soberanía, dominio y jurisdicción sobre las Indias (como el propio Francisco de Vitoria llegó a manifestar en sus *relectiones*¹⁰).

Por otro lado, los portugueses tenían excelentes navegantes e iniciaron sus propias conquistas y colonizaciones; se hicieron con parte del actual Brasil, un terreno inhóspito, habitado por indios araucos y guaraníes entre otros. Pedro Álvarez Cabral, reclamó los territorios para Portugal. Antes, el Tratado de Tordesillas (1494), con el objeto de evitar

⁹ Noam Chomsky dice que “(...) lo que descubrieron fue una América descubierta miles de años antes por sus habitantes. Se trataba, por ende, de la Invasión de América. La invasión de una cultura muy ajena” Chomsky, N. (1998). *Hablemos de terrorismo* (p. 31). Bilbao: Txalaparta. Roberto Retamar, comenta que “Llamar Descubrimiento a aquel arribo azaroso a nuestras tierras de un alborotado grupo de europeos implica rebajar a los millones de seres humanos que en 1492 vivían en América, a la condición de parte de la flora y fauna, y reservar para el europeo el carácter de hombre”. (citado en Eggers-Brass, T. *Historia II, op. cit.* (p. 105).

¹⁰ Torre Rangel, J. (1991). *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas* (pp. 61-67). Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, Programa de la Comisión Editorial.

disputas, había trazado una línea imaginaria que repartía el nuevo hallazgo entre los reinos de España y Portugal, dejando el este para los portugueses y el oeste para los españoles (después no sería respetado).

El Siglo XVI, supone por primera vez una confrontación entre la política, la sociedad, la economía y la religión de occidente, con una realidad totalmente diferente, – el Nuevo Mundo–, que algunos interesadamente, no dudaron en magnificar –como haría el propio Colón a la vuelta de su primer viaje–.

Es por eso que en los años de conquista y colonización de América, se resalta la ausencia de fuentes verdaderamente fiables –algunas exageradas y fantásticas y otras pobres e incompletas–. El catedrático mexicano Bartolomé Frías de Albornoz, en el Siglo XVI, definía así esta realidad: “*los que tuvieron letras, faltóles noticia del hecho; los que supieron del hecho, no tuvieron letras para disputarlo; y otros ni supieron del hecho ni de letras*”¹¹.

Las atrocidades llevadas a cabo por parte de algunos conquistadores, alimentaron la llamada “*Leyenda Negra Española*”, usada después por ingleses y holandeses para desprestigiar a la Monarquía Hispánica. Lo que comenzó como la búsqueda de nuevas rutas y mercados –idea meramente capitalista– a quienes vender los bienes procedentes de España y que se mostraba como un alegre, pacífico y fraternal encuentro¹², comenzaba a convertirse en una crónica de codicia, esclavitud, etnocidio y en definitiva un nulo respeto a la condición humana.

Para muestra, valga la lectura de un pasaje de una de esas excepciones que aparecen en la Historia, como fue Fray Bartolomé de las Casas. Las Casas, tuvo la capacidad de preocuparse y denunciar el trato al que estaba siendo sometida la población indígena por parte de las potencias europeas. En 1552 –ya en España–, Las Casas, escribe “*Brevísima relación de la destrucción de las Indias*”, una obra destinada a remover la conciencia del que después sería rey de España (Felipe II). En este documento puede leerse: “*Este gobernador y su gente inventó nuevas maneras de crueldades y de dar tormentos a los indios, porque descubriesen y les diesen oro. Capitán hubo suyo que en una entrada que hizo por mandado dél para robar y extirpar gentes, mató sobre cuarenta mil ánimas, (...) metiéndolos a espada, quemándolos vivos, y echándolos a perros bravos, y atormentándolos con diversos tormentos*”.

¹¹ Cit. en Pereña, L. & Baciero, C. (1988). *Carta Magna de los indios* (p. 3). Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

¹² Dumont, J. (2009). *El amanecer de los derechos del hombre: La controversia de Valladolid* (p. 41). Madrid: Encuentro.

1.3 Consecuencias de la colonización en la población indígena.

Las consecuencias para unos y para otros son de sobra conocidas. España, o como se denominó entonces, el Imperio Español, tuvo una expansión tremenda. Toneladas de metales preciosos llegaban a las maltrechas arcas de la Corona, cuyo fin era financiar las guerras que libraba en Europa y el pago de las deudas contraídas con bancos alemanes y genoveses.

El carácter de cruzada, hizo que la religión católica se propagase por el continente americano, salvando los territorios del norte. La lengua española se extendió a todos los territorios ocupados que se habían dividido en virreinos¹³ dependientes de la Corona española.

Algunos de los conquistadores fueron compensados con repartimientos de indios y encomiendas (con indígenas incluidos). En estas dos instituciones se sustentaría el modelo colonial hispanoamericano¹⁴. La encomienda fue una de las más lamentables instituciones socioeconómicas consecuencia de la conquista y colonización. En ellas, la población indígena explotaba una parcela de tierra en condiciones de práctica esclavitud, a cambio de protección espiritual, educación y alimento.

Muchos fueron desposeídos de sus tierras, obligados a abandonar sus territorios ancestrales y relegados a zonas específicas reservadas para ellos, que llamaban “repúblicas de indios”.¹⁵

En cuanto a la organización en las Indias durante la conquista y la colonización; cabe destacar que en 1503 se crea la Real Casa de la Contratación de Indias con objeto de regular el comercio y la navegación entre ambos mundos. Años más tarde se fundó el Consejo de Indias, encargado de asesorar al rey sobre los *asuntos de indias*¹⁶. El Derecho Indiano, destinado a regir las relaciones entre colonizador y colonizado, sustituyó al *derecho originario* y a las prácticas consuetudinarias de estos pueblos.¹⁷

En los territorios conquistados por España, se produjo una “fusión biológica” entre europeos y amerindios. En efecto, la población mestiza (término acuñado por el Imperio Español) como resultado de la colonización fue considerablemente superior al *Mixed-*

¹³ Los virreinos eran instituciones territoriales gobernadas por un virrey que facilitaban la administración de los territorios ocupados.

¹⁴ Chamocho, M. & Ramos, I. (2013). *Introducción jurídica a la historia de las relaciones de trabajo* (pp. 74-78). Madrid: Dykinson.

¹⁵ Martínez de Bringas, A. (2003). *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos* (pp. 21-25). Bilbao: Universidad de Deusto.

¹⁶ Armas Anaya, E. (2010). *América Virreinal* (pp. 115-134). Miami, FL: Firmas Press.

¹⁷ Martínez de Bringas, A. *Los pueblos, op cit.* (pp. 21-25).

race o *Mixed-blood* norteamericano. Epidemias como la viruela y la rubeola diezmaron a poblaciones enteras; la muerte de los indígenas se producía por agotamiento, por las propias enfermedades que habían importado los europeos y como es natural, por las consecuencias de la guerra de conquista. Ante la catástrofe demográfica, se optó por *importar* mano de obra procedente de África, algo que ya venía haciendo Portugal con los negros del Golfo de Guinea desde hacía casi un siglo. Este comercio de seres humanos procedentes de África se mantuvo durante más de cuatrocientos años.

Luciano Pereña defiende dos etapas desde el punto de vista del derecho: una primera en la que se trata la justificación de la ocupación por parte de los españoles y que se justificó con las Bulas alejandrinas y las teorías de algunos juristas como Francisco de Vitoria y los títulos legítimos (e ilegítimos); y una segunda etapa referente a la condición jurídica y el buen trato de sus habitantes, con gran influencia de la teología cristiana, liderada por Bartolomé de las Casas y sus sucesores.¹⁸

1.4 La ilustración francesa y su visión del indio.

En el S. XVIII, nuevas corrientes de pensamiento cambiarían la forma de ver el mundo. Pero, ¿tuvo la ilustración francesa alguna consideración con los indígenas? Lo cierto, es que no fue del todo benevolente. En efecto, a pesar de que el pensamiento ilustrado proclamaba la igualdad y la libertad, es conocido que consideraban abiertamente al indio como un salvaje, e inferior intelectualmente¹⁹. Hasta los más radicales y anticolonialistas como Diderot, denotaban una marcada ideología de superioridad, siendo el siglo de las luces el que, paradójicamente, sentaría las bases del racismo.²⁰

Voltaire, uno de los grandes exponentes de la ilustración, escribió: “*Nadie más que un ciego podría dudar de que los blancos, los negros, los albinos, los khoikhoi, los chinos y los americanos son razas completamente diferentes*”, y añade: “*están inmersos en la estupidez, y en ella se pudrirán durante mucho tiempo*”²¹.

El interés por el indígena, surge entonces de las ciencias antropológicas y la historia del ser humano, en el que para entonces el arquetipo de *sauvage*, ya había sido objeto de mitificación y era contemplado desde la superioridad del etnocentrismo europeo²². Para la mayoría de los ilustrados, el salvaje era el espejo en el que mirarse para

¹⁸ Pereña, L. & Baciero, C. (1988). *Carta Magna, op. cit.* p. 6.

¹⁹ Castilla Urbano, F. (2014). *Discursos legitimadores de la conquista y la colonización de América* (p. 150). Alcalá: Servicio de Publicaciones. Universidad de Alcalá.

²⁰ Castilla Urbano. *Discursos legitimadores*, Ob. Cit. p. 174

²¹ Castilla Urbano. *Discursos legitimadores*, Ob. Cit. p. 150

²² Castilla Urbano. *Discursos legitimadores*, Ob. Cit. pp. 153-155.

afirmar su racionalidad, para denunciar los males de su sociedad; o bien, ver en él la imagen del ser humano en el más puro estado natural.

Rousseau, por su parte, vio en ellos la imagen del *buen salvaje*. Este ilustrado ginebrino, en el *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, proyecta al hombre como un ser bueno por naturaleza.

A pesar de no haber estado nunca en América ni haber tratado con indígenas, conocía al indio a través de los escritos que leía de los navegantes, y puede que usase del indio como ese ser amoral que no distingue entre lo bueno y lo malo. Du Tertre, alude directamente a los indígenas centro y suramericanos y alaba su superioridad física²³ y moral al estimar que son felices en cuanto desprecian los bienes materiales.

Los excesos de los conquistadores españoles y portugueses fueron criticados por la amplia mayoría, algunos usando los escritos del propio Las Casas. En otros se observa un pensamiento extraño y contradictorio. Incluso en De Pauw, cuya imagen del salvaje es totalmente opuesta a la de Rousseau, escribe que se hubiera podido civilizar América “*sin asesinar a ni uno solo de sus estúpidos habitantes*”²⁴. En consecuencia, estas corrientes supremacistas sentarían las bases del actual racismo. Después vendrían las corrientes en contra del colonialismo y su consecuencia inmediata: los movimientos emancipadores que protagonizaron el siguiente siglo.

1.5 Las emancipaciones iberoamericanas y la cuestión indígena.

Los nuevos estados constitucionales, bebieron de la tradición hispánica y las recientes corrientes liberales europeas. En el largo, complejo y heterogéneo proceso de emancipación, la minoría criolla, llevó la iniciativa desde el primer momento, teniendo que decidir entre excluir a los pueblos indígenas o reconocer su “*autodeterminación*”.

Realmente, no fue ni una cosa ni la otra, sino una suerte de *integración forzada* con la consideración de sujetos individuales de derecho, pero nunca como pueblo²⁵. En realidad, las independencias americanas se limitaron a trasladar los valores europeos concernientes a la organización política del Estado, que se tradujo en una mera

²³ “*Los salvajes de la América septentrional no son menos célebres por su fuerza y destreza que los anteriores*” (refiriéndose a los hotentotes). Ver nota al pie en: Rousseau, J. (2000). *Discurso sobre el origen y fundamento de la igualdad entre los hombres* (p. 38). Quito: Libresa.

²⁴ Cit. en Gerbi, A. (1960). *La disputa del Nuovo Mundo. Historia de una polémica, 1750-1900* (p. 80). México: Fondo de Cultura Económica.

²⁵ Andrés Santos, F. & Amezúa Amezúa, L. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. *Revista De Derecho (Valparaíso), Segundo semestre* (341-358), p. 346.

continuación del modelo colonial, ahora al amparo de las nuevas Constituciones, en lo que se ha llamado *colonización interna*.²⁶

La población criolla, –que eran minoría, pero en la práctica ostentaban el poder–, siguieron utilizando los argumentos usados siglos antes (que eran incapaces, idiotas y carentes de aptitudes) para excluirlos en algunos casos de los derechos políticos de una mayoría que amenazaba su posición dominante. En efecto, fueron los intereses de una floreciente burguesía criolla, los que más se beneficiaron en los textos constitucionales, elaborados por y para ellos.

En cuanto a la repercusión de las Constituciones en la población indígena, éstas se concretaron fundamentalmente en la supresión del tributo indígena, de la mita y en las reparticiones de tierras (antes comunitarias). Fueron medidas de un marcado carácter liberal; algunas influidas por la Constitución de Cádiz²⁷.

La política con el indio, se manifestó en torno a cuatro planteamientos: política de exclusión, política paternalista, política de igualdad y política de asimilación:

La política de exclusión, podemos referirla a las Constituciones que ignoran al indígena (Apatzingán en 1814, la de Perú en 1826, Bolivia en 1826 y 1831 o Chile en 1823). No se hace referencia al indígena o cuando se hace, es para excluirlo. Los indios no fueron llamados a las asambleas constituyentes, ni se les censó como población del nuevo Estado. Algunas, como la del Estado libre mexicano de Occidente (1825) impedían el ejercicio de los derechos como ciudadano a “*los que tuviesen por costumbre de andar vergonzosamente desnudo*”, lo que era una clara alusión a la población indígena.

Refiriéndonos a las que optaron por una política paternalista; la literatura constitucional demuestra ser herencia del sistema colonial, en el que se había articulado un sistema protector del indio, iniciado con la legislación española de Indias del Siglo XVI. La Constitución chilena hace referencia a “*cuidar de la civilización de los indios del territorio*” como una de las facultades del Congreso²⁸. La de Ecuador de 1830, delega en los párrocos como “*tutores de los indios*”.²⁹

En las Constituciones que plasmaron políticas de igualdad, se observa una mayor influencia de la Constitución francesa de 1793. En algunas, se les reconocerá a los indios

²⁶ Andrés Santos, et al. El multiculturalismo, Ob. Cit, p. 348.

²⁷ Castillo Vegas, J. (2013). El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del período de la emancipación. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de Valparaíso*, (35), 431-459, p. 432. Disponible online en: <http://ref.scielo.org/gn5k3t>

²⁸ Artículo 47. 6º de la Constitución política de Chile de 30 de Octubre de 1822.

²⁹ Artículo 68 de la Constitución política de la República del Ecuador de 23 de septiembre de 1830.

derechos civiles, políticos y económicos. Fueron coherentes con las peticiones de los diputados americanos en Cádiz, donde se pedía igual representación de peninsulares y americanos. Así es el caso de la Constitución de la República de Tunja de 1811, en la que prohíbe la preferencia o distinción “*entre blancos, indios u otra clase de gente*” (sección 6, art. 3).

Pero en la mayoría se optó por políticas de asimilación³⁰, en las que se otorgaban derechos civiles a la población indígena y se suprimían los trabajos forzados para que pudiesen vender su mano de obra. Buen ejemplo, es la Constitución Venezolana de 1811, en la que se afirma la igualdad de todos los ciudadanos sin distinción de raza y lleva a cabo una política de educación al indio, con objeto de integrarlo en la sociedad a costa de hacerle abandonar su cultura y tradiciones ancestrales.

Hay que reconocer que se consiguieron algunos logros, como fue el fin del tributo indígena, de la mita y otros trabajos forzados; pero ¿cuánto cambió la situación del indio con las nuevas constituciones? En la mayoría de los casos, no solo no mejoró nada, sino que empeoró.

La élite criolla había hecho suya la independencia: dirigían cabildos y milicias, en la práctica eran quienes detentaban el poder y elaboraban las nuevas constituciones. La población natural era excluida, pues a menudo se requería de ciertos requisitos económicos para acceder a la ciudadanía o la necesaria aptitud de saber leer y escribir. Estos requisitos limitaban de una manera evidente la opción de que la población indígena representase algún tipo de cargo público.³¹

Los indios, al ser considerados iguales, verían más bien empeorada su situación al abolirse muchas de las “Leyes de Indias” que conformaban el *estatuto del indio*. El resultado, es que perdieron autonomía en cuanto a la forma de gobierno y control sobre sus tierras, al permitirse que cualquier ciudadano pudiese adquirirlas y residir en ellas.

La población criolla, siguiendo la corriente liberal, arrebató las tierras de las comunidades indígenas con el objeto de adquirirlas ellos mismos. A cambio, se les hizo algunos repartos, pero solo porciones de tierra que ellos mismos pudiesen trabajar (limitando la competencia con los criollos e impidiendo el arrendamiento de las mismas). En algunos casos, se prohibió a los indios vender los terrenos que les otorgaron por

³⁰ Castillo Vegas. El estatuto jurídico, Ob. Cit, p. 438.

³¹ Ferrer Muñoz, M. & Bono López, M. (1998). *Pueblos indígenas y estado nacional en México en el siglo XIX* (p. 50). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

periodos de hasta 20 años, con lo que se pretendía mantener al alza el precio de la tierra en beneficio de los nuevos terratenientes criollos.

En definitiva, la idea de igualdad que proclamaban las constituciones hispanoamericanas, instauró una política generalizada de asimilación que no hizo otra cosa que dejar desprotegido al indio, al hacer *tabula rasa* con los ya ineficaces mecanismos de carácter paternalista impuestos por la Monarquía española y la Iglesia desde el Siglo XVI con objeto de protegerlos.³²

CAPÍTULO II. EL INICIO DE LOS DERECHOS DEL INDIO EN IBEROAMÉRICA.

Entiendo que hablar de Derechos Humanos en el Siglo XVI, supone adoptar una postura anacrónica. Ciertamente, lo que existió fue una protección del indio en la que se pretendía garantizarle al menos, determinados derechos básicos. Sin embargo, algunos autores califican este pensamiento como el inicio de una *Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*, de corte cristiana y diferenciada de la Ilustración.

Fueron los dominicos los primeros en denunciar los actos de crueldad con el indígena. Por eso, tanto el pensamiento como las leyes, están influidas por la corriente teológica-cristiana de la época. Con este objeto, se verán algunos textos legislativos promulgados por la Corona en relación a la protección del indio.

2.1 Bartolomé de las Casas sobre la causa indígena.

De entre aquellos que durante la etapa de conquista americana defendieron los derechos de los indígenas (o *naturales*, como se les denominó entonces), fue Bartolomé de las Casas el más sobresaliente. Aunque hubo otros tantos como Antonio de Montesinos, Pedro de Córdoba, Alonso de Veracruz o Vasco de Quiroga, nadie lo hizo con una argumentación y una sensibilidad tan excelsa como la de este jurista, filósofo, teólogo y fraile dominico.

Fray Bartolomé de las Casas (1484 – 1566) partió con dieciocho años a las indias, ingresando en 1522 en la orden de los dominicos. Participó activamente en la colonización y evangelización de los indígenas, siendo encomendero en los primeros años de unos territorios que le fueron otorgados.

En los años que vivió en América, fue dándose cuenta de manera paulatina de las atrocidades que estaban desarrollándose en los territorios conquistados, y comenzó a

³² Castillo Vegas. El estatuto jurídico, Ob. Cit, p. 455-457.

preocuparse por la situación, cuestionando duramente el modelo de conquista.³³ Angustiado por la destrucción de los nativos, llegó a proponer la controvertida solución de *importar* negros procedentes de África, mucho más fuertes y preparados para ser explotados (después se arrepentirá).

Como él mismo indica en su “*Brevísima relación de la destrucción de las Indias*” (acusada de exagerada y de contribuir a forjar la *Leyenda Negra* española): “*hablo con verdad, por lo que sé y he visto todo dicho tiempo*”³⁴. Lo novedoso de Las Casas, es también su defensa por la libertad de pensamiento, en el sentido de la aceptación de la de cualquier creencia que no vaya en contra del bien común y el hecho de defenderla, comunicarla y expresarla. En definitiva como “libertad de conciencia y libertad de expresión” en la que los indios pueden abrazar la fe que quieran³⁵.

El jurista Las Casas.

El concepto “Derechos Humanos”, es un concepto moderno y como tal, no se encuentra presente en el discurso de Bartolomé de las Casas. No obstante, sí que existe un pensamiento o una conciencia en él, que daría lugar a un derecho en defensa de los indígenas americanos, usando de la filosofía aristotélico-tomista y de la teología cristiana.

Por eso, es aquí donde algunos autores hablan del nacimiento de una temprana tradición de Derechos Humanos diferenciada de la tradición francesa, inglesa y estadounidense. El teólogo y filósofo, Gustavo Gutiérrez, no duda en calificar estos derechos como verdaderos derechos humanos, asumiendo el punto de vista del otro.³⁶

En la primera encontraríamos unas ideas de marcado carácter comunitario o colectivo, destinado sobre todo a la protección de las culturas y costumbres de los indios americanos³⁷. La segunda corriente, posterior y que más ha calado en la sociedad occidental, estaría orientada a la protección del ser humano como individuo singular y

³³ En 1511 acude al sermón pronunciado por Antonio de montesinos; personaje que más influyó en Las Casas, y que llegaba a negar la absolución de los pecados a aquellos que maltratasen a la población indígena. *¿Estos no son hombres?* Preguntaba en sus sermones.

³⁴ Casas, B. & Martínez-Torrejón, J. (2006). *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Alicante: Universidad de Alicante.

³⁵ Beuchot, M. (1994). *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas* (p. 91). Barcelona: Antrpohos.

³⁶ Gutiérrez, G. (1992). *En busca de los pobres de Jesucristo, el pensamiento de Bartolomé de las Casas*. Lima, Perú: Instituto Bartolomé de las Casas.

³⁷ Dice Gutiérrez: “Un derecho para el pobre desde la perspectiva del pobre”. Gutiérrez. *En busca, Ob. Cit.*

libre –la nueva burguesía–, más ligada a la Revolución Francesa y a la Independencia de Estados Unidos.³⁸

Para la defensa de los derechos del indio, Las Casas usa de las ideas de Derecho Natural de Vitoria y la Escuela de Salamanca, y lo hace como se ha dicho, desde la perspectiva del pueblo indígena que era sistemáticamente sometido. Por eso, algunos autores hablan de *uso alternativo del derecho* a favor de los indígenas americanos³⁹.

Las Casas, defiende que “*la humanidad es una*”. Sus obras ahondan en la historia, cultura y singularidades del indígena para defender que son seres humanos, puesto que una de las controversias de entonces era qué categoría de seres eran los indios.

Beuchot comenta: “*Lo que apoya todas las luchas de Bartolomé de Las Casas por los indios, es el concepto antropológico-filosófico de personas humanas (...) esta noción de persona resulta de la utilización que hace de la filosofía aristotélico-tomista y del pensamiento cristiano. Tiene una idea de hombre compuesto de cuerpo y alma espiritual, de acuerdo con lo que resulta una naturaleza humana (...) que provocan deberes y derechos en el hombre*”.⁴⁰

2.2 La legislación española protectora del indio en el S-XVI.

El debate sobre la legitimación de la conquista, el modelo colonial y el trato al indígena, se inició a principios del siglo XVI con una legislación asistemática que continuaría hasta la promulgación de la Recopilación de las Leyes de Indias en 1680, con Carlos II.

Los puntos más fuertes del debate, se concentraron en la primera mitad del Siglo XVI, con las Leyes de Burgos de 1512 y las Leyes Nuevas de 1542. Especial importancia histórica tendrá la Controversia de Valladolid de 1550. En este capítulo, veremos además, cuál fue la importancia de la causa indígena en la Constitución de Cádiz de 1812.

2.2.1 Las Leyes de burgos de 1512.

Las Antillas fueron el primer campo de ensayo de la colonización, donde pronto se produjeron las primeras voces de indignación en relación con el trato al indígena⁴¹. El

³⁸ Rosillo Martínez, A. (2010): El fundamento de derechos humanos en el pensamiento de Bartolomé de las Casas. *Revista del Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, julio-septiembre*. Ed. Dignitas. pp. 28-30

³⁹ Torre Rangel. *El uso alternativo*, Ob. Cit. pp. 284-285.

⁴⁰ Beuchot, M. (1986). La actualidad de la antropología filosófica de Fray Bartolomé de Las Casas. *Cuadernos De Realidades Sociales. Instituto De Sociología Aplicada*, 27-28, pp. 255-256.

⁴¹ Sánchez Domingo, R. (2012). Las Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista. *Revista Jurídica De Castilla Y León*, 28, 7. Disponible online en:

fraile dominico Antonio de Montesinos había sido muy crítico con la actitud de los conquistadores desde los primeros años. Después de algunas disputas con los exploradores, a los que conminó en su famoso “Sermón de Adviento” a abandonar determinadas prácticas abusivas con el indio, se entrevistó con el Rey. Éste convocó más tarde la Junta de Burgos, compuesta por los grandes especialistas en Derecho y Teología de la época⁴². El resultado de esta Junta, fueron las Leyes de Burgos, en 1512.

Las Leyes de Burgos eran un cuerpo legal compuesto de 35 leyes, que pretendían fundamentalmente:

- 1) zanjar la controversia sobre la pertenencia de los territorios descubiertos y;
- 2) regular la relación entre los indígenas y sus encomenderos. Proponían alguna consideración con el nativo, como por ejemplo, obligarles a educarlos y evangelizarlos⁴³.

La reina Isabel I de Castilla, mediante una Cédula de 20 de junio de 1500, había dejado dicho que a los indios, había que tratarles igual que al resto de seres humanos, condenando la esclavitud indígena. En consonancia con lo anterior, estas leyes reconocían de manera expresa al indígena como un vasallo libre de la Corona, prohibiendo la esclavitud de los indios. Sin embargo, se mantenía la institución de la encomienda, que en la práctica era una verdadera esclavitud.

Con respecto a los indígenas, se disponía una minuciosa regulación del régimen de trabajo, jornal, alimentación, vivienda, higiene y cuidado. De esta regulación, tan solo la ley 24 se refería a los derechos de los indios. Más tarde, en 1513, se añadió la prohibición de trabajar a niños menores de 14 años y se excluyó a la mujer del duro trabajo en la mina.⁴⁴

Una de las novedades, a idea del jurista Juan López de Palacios Rubios, fue la instauración del *requerimiento*. Esto consistía en la obligación formal de informar a los indígenas sobre su sometimiento a la Corona Española y al cristianismo. La Corona basaba su derecho en las bulas alejandrinas y el Derecho Divino, como hemos visto. Este

<http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/889/790/Sanchez%20Domingo-Leyes%20de%20Burgos.pdf?blobheader=application%2Fpdf>

⁴² Flores Hernández, A. (2010). *La protectoría de indios durante el siglo XVI* (pp. 40-43). México: Plaza y Valdés.

⁴³ Dice así el prólogo: “*el conocimiento de nuestra fe que sería necesaria para su salvación porque de su natural son inclinados a ociosidad e malos vicios de que nuestro señor es deservido y no a ninguna manera de virtud ni doctrina*”. López de Gómara, F. (2008). *Historia general de las Indias (selección)* (p. 124). Barcelona: Linkgua Ediciones.

⁴⁴ Chamocho & Ramos. *Introducción jurídica*, Ob. Cit. p. 74-78.

deber de información, leído de viva voz en español (y que evidentemente no comprendían los nativos), se hacía bajo la amenaza de esclavizarlos o tomar aquellas tierras por la fuerza. En numerosas ocasiones fue usado con el pretexto de tomarlos como esclavos.

En conclusión, este primer cuerpo legal protector del indígena, supuso el primer paso para que más tarde, vinieran otras leyes más avanzadas. Pero en la práctica, seguía manteniendo el horrible modelo de conquista que se instauró durante los primeros años; más si tenemos en cuenta que las Ordenanzas Nuevas de la Junta de Valladolid de 1513, cedían a las críticas de los férreos detractores de considerar al indio como libre y terminaron suavizando la legislación de 1512 en relación al indio.

2.2.2 Las Leyes Nuevas de 1542.

Carlos I había incorporado oficialmente los nuevos territorios a la Corona en 1519. Los imperios Inca y Azteca fueron conquistados en 1521 y 1533 respectivamente. Las Leyes Nuevas de 1542 venían a completar la *legislación de Indias* de 1512, incorporando algunas de las sugerencias del propio Las Casas⁴⁵.

El Papa, sancionó en 1537 la bula *Sublimis Deus*, que venía a reconocer la naturaleza humana del indígena y por tanto la aplicación del Derecho natural. Esta Bula sería usada por Las Casas para fundamentar su tesis protectora del indio.

En 1539, Francisco de Vitoria publica *Relectio de indis*. En ella, toma como base la teología cristiana, el humanismo y el derecho natural. Dice que de acuerdo con Santo Tomás de Aquino, los hombres son todos libres, reconociendo al indio como hombre. Además, diferencia entre títulos legítimos e ilegítimos para la conquista de América, cuestionando el poder universal del Papa y del emperador.⁴⁶

García Gallo, dice sobre las Leyes Nuevas, que suponen “*una especie de constitución política del Nuevo Mundo, que en cuarenta capítulos establece las normas básicas de la organización del Consejo de Indias y del gobierno de América (...) proclama la libertad de los indios y suprime las encomiendas, y regula la forma de hacer los nuevos descubrimientos y de gratificar a los conquistadores.*”⁴⁷

Con las Leyes Nuevas se crean las Audiencias, que velarían por el buen trato al indígena. Para ello, contaban con colaboradores que visitaban directamente los pueblos,

⁴⁵ Flores Hernández. *La protectoria*, Ob. Cit Pp. 68-73.

⁴⁶ Pérez Amador, A. (2011). *De legitimatione imperii Indiae Occidentalis. La vindicación de la Empresa Americana en el discurso jurídico y teológico de las letras de los Siglos de Oro en España y los virreinos americanos* (pp. 48-51). Madrid: Editorial Iberoamericana.

⁴⁷ García-Gallo, A. (1987). *Génesis y desarrollo del derecho indiano, en Recopilación de Leyes de los Reynos de Las Indias*. México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa. Pp. 43

informando de la situación de los nativos. Pero lo más importante es que condenaba expresamente la esclavitud indígena, aunque la aplicación de estos preceptos sería residual y temporal: “(...) *por ninguna causa de guerra ni otra alguna, aunque sea so título de rebelión, ni por rescate ni otra manera, no se pueda hacer esclavo indio alguno*”⁴⁸. Es trascendental que salvo algunas regalías, se prohibían las encomiendas de trabajo. Con respecto a los repartimientos, se decía que debían terminar a la muerte de los conquistadores. Es decir, que no pudieran ser heredadas. Esta nueva legislación fue duramente rechazada por los encomenderos y tuvo una eficacia relativa.⁴⁹

Otras legislaciones vinieron después, hasta culminar en 1680 con una recopilación de carácter oficial, elaborada por Antonio León Pinelo: “*Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias de 1680*”. Se dividía en nueve libros, aglutinando más de seis mil leyes. Especial importancia tiene el Libro VI, referido a los indígenas.

En esta recopilación se encuentra una Cédula de Carlos V que prohíbe “*hacer entradas o rancherías en ninguna provincia o parte de las Indias, bajo pena de muerte*”. Del mismo modo incorpora otra cédula de 1543, en la que se conmina a usar de la “*paz y suavidad*” a los virreyes, gobernadores y audiencias sobre aquellos indios que mostrasen insurrección; se dice textualmente: “*sin guerras, robos ni muertes*”.

2.2.3 La Controversia de Valladolid (1550-1551).

El debate de Valladolid (1550-1551) fue convocado a petición del entonces Monarca Carlos I, con el objeto de justificar la presencia española en las Indias y el trato que había de darse al indígena. Es el mejor ejemplo del sentir político de la época. En ella se enfrentaron dos grandes juristas de entonces: Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda.

Las Casas, pronuncia su *Argumentum Apologiae*, donde expone sus ideas en contra de la tesis del jurista Juan Ginés de Sepúlveda. Este último ya había sido muy criticado por Vitoria en su posición legitimadora de la conquista y sometimiento de los pueblos originarios. Dice Las Casas que “*la guerra cristiana contra la naturaleza indiana es injusta y radicalmente contradictoria con la caridad cristiana*”.

⁴⁸ Barrios Pintado, F. (2002). *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano* (p. 512). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

⁴⁹ En 1545, se derogaron las disposiciones que pretendían extinguir la encomienda. No sería finalmente abolida hasta 1791.

La Junta no se pronunció oficialmente debido a las grandes controversias, con el agravio de la influencia religiosa existente⁵⁰. El debate quedó en empate, pero si es considerado por algunos como el “*arranque simbólico del reconocimiento de los derechos humanos*”.⁵¹

Con todo esto, a mediados del Siglo XVI, los colonizadores tienen la obligación de evangelizar los nuevos territorios, pero con el deber ético-moral de respetar la libertad individual del indio, así como la colectiva de su pueblo⁵².

Respecto a este propósito, es de destacar que nunca antes un Estado había hecho tal crítica hacia sí mismo, preguntándose sobre la justicia o injusticia de sus propios actos con tanta libertad como lo hicieron algunos pensadores. En este sentido, es ilustrativo que Las Casas pudiese publicar en España la *Brevísima* (una obra que relata los abusos de los conquistadores sobre la población indígena y reconocida por historiadores como exagerada), mientras que la obra de su detractor Sepúlveda, (*Apología pro libro de iustis belli causis*) en la que defendía el derecho a someter a los que consideraba inferiores, tuviese que editarla en Roma ante la negativa de las autoridades españolas.

2.3 La causa indígena en la Constitución Española de 1812.

Con el imperio español en descomposición y una España asediada por el ejército francés, se promulga en 1812 la primera Constitución Española. Considero que conviene dedicarle un epígrafe, en la medida que como escribió Armellada: “*la causa indígena americana ocupó muchas y muy apasionantes sesiones de aquella ilustre asamblea hispanoamericana (...) aún en medio de las angustias de la guerra de Independencia de España y de las guerras de secesión de la América española, dedicaron su atención fervorosa a muchas y graves cuestiones indígenas*”⁵³.

De entre las intenciones de los constituyentes, estaba –entre otras– la de apaciguar los levantamientos que comenzaban a producirse en Hispanoamérica. De hecho, algunas de las provincias levantadas no reconocieron la legitimidad de unas Cortes, en las que además, muchos de los representantes americanos eran suplentes. Solicitaban una especie de *plurimonarquía* que reconociera su autonomía al otro lado del Atlántico y se apartase de planteamientos uniformistas.

⁵⁰ Sainz Guerra, J. (2008). *Historia del derecho español* (p. 363). Madrid: Dykinson.

⁵¹ Asís Roig, R. Bondía, D. & Maza, E. (2007). *Los Desafíos de los derechos humanos hoy* (p. 23). Madrid: Dykinson.

⁵² Asís Roig, et al. *Los Desafíos*, Ob. Cit. p.38

⁵³ Armellada, C. (1979). *La causa indígena americana en las Cortes de Cádiz* (p. 6). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Las Cortes intentaron la unidad del Estado con una misma Constitución para dos realidades bien diferentes, sin reconocer las singularidades de la *otra España*⁵⁴. Por eso, para que unos y otros reconocieran la Constitución como suya, se redactó una Carta Magna ambigua, neutra y que dejaba sin resolver algunos aspectos⁵⁵. Hay que decir además, que la mayoría de las medidas que se adoptaron sobre la protección del indio, no están en el propio texto constitucional, sino en decretos precedentes.⁵⁶

Algunos diputados, como el de Nuevo México, ya advirtieron en 1812 que los indios se adherían a las insurrecciones por la hambruna y falta de medios para sobrevivir. Y pesar de que en 1811 se hicieron repartimientos de tierras y aguas para los indios por parte del Virrey de nueva España, ello no sirvió para calmar las ansias de independencia de las colonias españolas⁵⁷.

La CE de 1812, surgió en un contexto extraño y hostil. Proclamaba la unidad de una España más desunida que nunca y; paradójicamente, puso la primera piedra para las independencias que vendrían después, al acogerse como insuficiente por parte de los movimientos emancipadores. Sin embargo, se observa que se produjo una especie de simbiosis entre la metrópoli y las colonias⁵⁸.

Las Leyes de Indias ya habían reconocido a los indígenas como súbditos libres de la Corona, pero en la sociedad americana se había organizado un sistema social por estratos que diferenciaba entre criollos, indios, negros y castas. Precisamente en base a que ya se les había reconocido como súbditos del rey, se mantuvo esa idea para reconocer la ciudadanía a los indígenas. Los peninsulares se mostraban recelosos de incluir a los indígenas y a las castas como población, tal y como solicitaban los criollos, pues de ser así, el peso de los diputados americanos en las Cortes se dispararía en perjuicio de los europeos⁵⁹. A pesar de ello la Constitución de 1812, establecería una sociedad basada en

⁵⁴ En 1812, González Carvajal redactó un interrogatorio dirigido a las autoridades ultramarinas, con el objeto de realizar un informe etnográfico de la sociedad indígena. Constaba de 36 preguntas sobre diversas materias como las actividades económicas, la religión, sus culturas, etc. Bernabéu Albert, S. (2010). *Las Cortes de Cádiz y los indios: imágenes y contextos*. (p. 52). México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.

⁵⁵ Chamocho Cantudo, M. & Lozano Miralles, J. (2012). *Sobre un hito jurídico, la Constitución de 1812: reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos* (pp. 59-32). Jaén: Universidad de Jaén.

⁵⁶ Bernabéu Albert. *Las Cortes*, Ob. cit. p. 47.

⁵⁷ Chamocho Cantudo, M. et al, (2012). *Sobre un hito*, Ob. Cit. p. 63-67

⁵⁸ España reflejó algunas de las necesidades americanas y los americanos imitaron la CE de 1812 en la elaboración de las suyas, adaptándola a las especialidades de cada nuevo país. Algunos la juraron en tanto elaboraban la suya. Ramos Santana, A. (2011). *La constitución de Cádiz y su huella en América*. Cádiz: Universidad de Cádiz.

⁵⁹ Zarza Rondón, G. (2010). El largo camino hacia la ciudadanía: la población indígena en la Constitución Española de 1812. *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional* (p. 2643).

la libertad e igualdad individual, donde la población indígena pasaría de ser súbdita a ciudadana. Esto afectaba el estatuto del indígena durante el período colonial⁶⁰ y suponía en la práctica su desprotección por medio de la asimilación de su cultura.

Algunos diputados defendieron fervientemente la causa indígena; tal es el caso de Dionisio Inca Yupanqui (diputado por Perú y “*de celo filantrópico*”, como lo definió Argüelles). Dijo “*como inca, indio y americano*” que la conquista de América había sido una usurpación por parte de España y defendió el concepto *rousseauiano* de que todo hombre nace libre⁶¹. De esta actuación nació un decreto que se aprobó en Enero de 1811, dirigido a los virreyes y presidentes de las audiencias: “*(...) prohibir que, persona alguna constituida en autoridad eclesiástica, civil o militar, ni otra alguna de cualquier clase o condición que sea, aflija al indio en su persona, ni le ocasionase perjuicio a su propiedad*”. Sería considerada la primera disposición indigenista nacida en las Cortes⁶².

Aunque la causa indígena no fue tratada con toda la sensibilidad que requería, los diputados americanos se debatían entre reconocer una igualdad plena para el nativo –asumiendo el riesgo de abolir las leyes que los protegían hasta entonces– o mantener los derechos de los que gozaban, añadiendo las principales prerrogativas como ciudadanos que nacerían para ellos en las Cortes (propiedad, derecho a disponer de sí mismos, etc.). Esta última –con matices– sería la tendencia a seguir⁶³.

No obstante, ciertos diputados peninsulares se opondrían a reconocer la ciudadanía al indígena, alegando su “incapacidad natural y legal” y que su voto sería manipulado por los criollos⁶⁴. Los diputados americanos, defensores de reconocerles la ciudadanía, recurrieron a los argumentos expresados ya siglos antes por personalidades como el propio Las Casas y resaltaron la notoriedad de civilizaciones anteriores al Descubrimiento, que apenas comenzaban a estudiarse.

En realidad, la sociedad indígena era una sociedad heterogénea, en su mayoría inculta, algunos todavía no conocían el español, se sumían en una pobreza crónica y no les preocupaba la vida política de una Nación que los mantenía en una situación de

Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Centro interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto. Consejo Español de Estudios Iberoamericanos.

⁶⁰ Zarza Rondón. El largo camino, Ob. Cit. p 2641.

⁶¹ Moreno Alonso, M. (2011). *La Constitución de Cádiz* (p. 154). Sevilla: Alfar.

⁶² Rieu-Millan, M. (1990). Los Diputados Americanos en las Cortes de Cádiz. Igualdad o Independencia. (p. 110). Madrid: CSIC.

⁶³ Zarza Rondón. El largo camino, Ob. Cit. p 2644.

⁶⁴ “*Es tal la pequeñez de su espíritu, cortedad de ingenio, su propensión al ocio (...) que al cabo de tres siglos de oportunas y empeñadas providencias para entrarlos en las ideas comunes y regulares se muestran iguales a los del tiempo del descubrimiento de las Indias*”. Intervención de Juan Pablo Valiente y Bravo. *Diario de Sesiones de las Cortes*, (23-1-1811)

marginalidad. Feliú (diputado por Perú) expresó que reconocer los derechos civiles básicos a los indios era el mayor acto de integración posible.⁶⁵

La CE de Cádiz reconoce la ciudadanía a los indígenas, pero no les dedica ninguna referencia especial; salvo en el artículo 335, donde habla de la conversión de los indios al cristianismo y encarga a las Diputaciones la vigilancia de los posibles abusos. Las medidas de integración y reconocimiento de la igualdad en cuanto al caso de la concesión de la ciudadanía, se concretaron en: la abolición del tributo indígena, libertad personal, eliminando los castigos corporales y los trabajos forzados; derecho a elegir libremente su ocupación, reconociendo su derecho a la propiedad de la tierra y participando en la nueva economía liberal y en la preocupación por la educación del indio, enseñándole a leer y escribir el castellano; y por supuesto, educarlos en la doctrina cristiana.

La idea de conceder la ciudadanía al indio y mantener su arcaico sistema especial de protección, iniciado durante el Siglo XVI y mantenido hasta entonces, confrontaría con la idea de igualdad que proclamaba la Constitución⁶⁶. De todos modos, como es sabido, a la llegada de Fernando VII en 1814, la CE doceañista quedó en un relativo suspenso.

CAPITULO III. EL ESTADO ACTUAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN IBEROAMÉRICA.

Este capítulo constituye el núcleo esencial de este Trabajo. Evidentemente, es imposible analizar cada uno de los derechos fundamentales a modo de catálogo y de manera detallada, por lo que nos centraremos en algunos de los más importantes, así como en las previsiones internacionales sobre derechos humanos; además de hacer referencia a los textos constitucionales que han positivizado estos derechos.

3.1 Notas preliminares: Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y la justificación de la diferencia.

Gerhard Oestreich, en *“Die Idee der Menschenrechte in ihrer geschichtlichen Entwicklung”*⁶⁷ (1963), dice en las primeras líneas que los Derechos Humanos son

⁶⁵ “(...) necesitados los indios a reunirse para la elección de sus diputados, empezarán a gustar el placer de las grandes sociedades (...) se dedicarían con más gusto y universalidad a aprender el habla castellana, pues el saberla deberá ser una de los requisitos para ser representantes...” (1811) *Diario de las discusiones y actas de las Cortes, Volumen 4. España, Cortes de Cádiz: Imprenta Real Española*. P. 165 Zarza Rondón. El largo camino, Ob. Cit. p 2649.

⁶⁷ En español, *“La idea de los Derechos Humanos a través de la Historia”*.

aquellos derechos inalienables e imprescriptibles que pertenecen a la persona por el hecho de serlo, aunque no se reconozcan por parte del Estado. Sin embargo, la voz “derecho fundamental”, es referida a aquellos que han sido reconocidos por el Derecho Público y que aparecen formalmente en las Constituciones de los Estados. En consecuencia, puede decirse que los Derechos Fundamentales son aquellos Derechos Humanos positivizados en la Constitución⁶⁸. O, como dice Peces-Barba, –entendidos en un sentido más amplio– aquellos “*positivizados por las normas que crean Derecho en el ámbito interno y en el internacional, la Constitución, las leyes, la jurisprudencia ordinaria o constitucional, los tratados y convenios internacionales, y el Derecho internacional general*”.⁶⁹

El mismo autor, señala que el concepto “derecho fundamental” se presta en ocasiones a “*una aproximación retórica*”, aunque precisa que “*en la lucha por los derechos humanos prácticos, es bueno*”⁷⁰. Dice Peces-Barba, que la voz “derecho fundamental” es más específica que la expresión “derechos humanos”, pues “*carece del lastre de la ambigüedad que ésta supone*”.⁷¹

Ferrajoli, propone una definición formal de “derechos fundamentales” refiriendo que son “*aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa (...)*” dada “*por una norma jurídica positiva como presupuesto de idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicio de éstas*”.⁷²

Considero que ésta última definición es la que mejor encaja con los presupuestos u objetivos de este Trabajo, en la medida que supone abstraer el concepto y universalizarlo, sin limitarnos a la realidad de cada Estado.

Pero, ¿En que se justifican unos derechos fundamentales diferenciados? Desde que comenzasen las primeras denuncias por parte de los frailes dominicos en las Antillas a principios del Siglo XVI, el discurso sobre la causa indígena ha estado presidido sobre todo, por la idea de igualdad. Sin embargo, con la promulgación de las ya modernas

⁶⁸ Oestreich, G; Sommermann, K; Mikunda, E. (1990). *Pasado y presente de los derechos humanos* (p. 25). Madrid: Tecnos.

⁶⁹ Ansuátegui Roig, F. & López Calera, N. (2001). *Una discusión sobre derechos colectivos* (p. 72). Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de la Casas, Universidad Carlos III de Madrid.

⁷⁰ Peces-Barba, G. (2015). Conferencia de Apertura. En *Derechos Humanos* (pp. 9-10). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

⁷¹ Peces-Barba, G. & Asís, R. (1995). *Curso de derechos fundamentales* (p. 36). Madrid: Universidad Carlos III.

⁷² Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés y Andrea Greppi. Madrid, Ed: Trotta. 4a. ed. pp 37-38.

Constituciones iberoamericanas, se produce casi lo contrario. En efecto, ahora por lo que se clama, es por el reconocimiento de la diferencia que justifique una especial protección, apartándose de la política de asimilación seguida por casi todas las Constituciones iberoamericanas de la primera mitad del Siglo XX.

A este respecto, suscribo las palabras de William Kymlicka, que apunta que “*la justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les concedan derechos diferentes*”.⁷³ Por lo que hay que considerar que dar un trato diferente a personas, colectivos o pueblos diferentes, no solo no vulnera el principio de igualdad que proclaman muchos de los textos constitucionales, sino que además, lo hace realmente efectivo.

Las primeras Constituciones, como hemos visto, eran textos *monoétnicos*, en los que no tenía cabida lo que hoy llamados “*hecho diferencial*”. Será después de la Segunda Guerra Mundial cuando las modernas constituciones empiecen a reconocer los derechos de las *minorías étnicas*, cuyo desarrollo ha continuado hasta nuestros días⁷⁴. Este trato diferente, encuentra su justificación en que hoy, lo indígena tiene sustantividad jurídica propia y en que los pueblos originarios no han sido suficientemente protegidos en unas Constituciones que los mantenían marginados, discriminados y excluidos de la vida pública.

Rodolfo Stavenhagen, en un informe publicado por la UNESCO en el año 2008, señala que los principales problemas a los que se enfrentan los pueblos indígenas actualmente; son el derecho a la propiedad de la tierra-territorio; la educación y la cultura; sus sistemas de derecho consuetudinario; la pobreza y el desarrollo sostenible; su participación en la política del Estado y la autonomía y libre determinación como pueblo⁷⁵. Veamos algunos.

3.2 Derechos individuales.

A pesar de los “derechos colectivos”, que veremos después, los derechos fundamentales de carácter individual siguen siendo objeto de especial consideración con respecto a los pueblos indígenas. Aunque estos derechos se configuran *a priori* como

⁷³ Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural* (p. 76). Barcelona: Paidós.

⁷⁴ Ordoñez Cifuentes, J. (2005). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas* (p. 243). México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

⁷⁵ Stavenhagen, R. (2008). *Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. México (pp. 23-38). México D.F: Unesco-México. Disponible online en: <http://www.cinu.mx/>

derechos *de todos* y en principio no deberían ser objeto de discusión ni discriminación alguna, es cierto que en el marco de la cuestión indígena, precisará una particular atención y adaptación a las circunstancias. Ello porque, su inclusión en una determinada *posición social*, los sitúa en un lugar de especial vulnerabilidad.

3.2.1 El derecho a la vida y a la integridad física.

Poco sentido tendría hablar del reconocimiento de todos los derechos que se mencionan en este trabajo si no consideramos como base fundamental el derecho a la vida. Paradójicamente, en las Constituciones históricas no se ha considerado de forma expresa el derecho a la vida porque se entendía que sin éste no podrían ejercerse los demás.⁷⁶ Sin embargo, la experiencia ha demostrado que no es tan fútil el establecimiento de declaraciones constitucionales expresas del derecho a vivir. Es cierto que las Constituciones iberoamericanas, cuando se refieren a este derecho fundamental, hacen referencias sin ningún tipo de distinción ni atención a los pueblos indígenas. Las constituciones, en este sentido, no se refieren tanto al respeto a la vida tanto como al respeto a su *forma de vida*.

Durante las décadas de los años 80 y 90, el movimiento indigenista fue en algunas regiones de Iberoamérica, duramente contenido mediante el empleo de la violencia por parte del Estado sobre aquellos movimientos disidentes. Algunos de estos actos son calificados en los informes de organismos internacionales de auténticas masacres. Se dieron sobre todo en Guatemala y Perú entre los años 1970-1999.⁷⁷ Conviene recordar algún caso del pasado que sirva de muestra, como es el caso de la “Masacre de Caloto”, producida en 1991 en Colombia.

En diciembre de 1991, un grupo de Agentes de la Policía Nacional junto con algunos civiles armados, irrumpieron de noche en un territorio indígena, asesinando a veinte de ellos por una disputa sobre la propiedad de unas tierras. La justicia nacional colombiana reconoció los hechos y ante el fracaso de una solución amistosa propuesta en 1995, el caso llegó a la CIDH; que se pronunció por medio del “Informe N° 36/00 Caso 11.101 de 13 de abril de 2000”. En este informe, (incluido en el Informe Anual de la Asamblea General de la OEA) se reconoce por parte de la Comisión, la violación de los artículos: 4 (derecho a la vida), 5 (integridad personal), 7 (libertad personal), 8 (garantías

⁷⁶ Rodríguez Mourullo, G. (1986). El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura. En *Derechos Humanos*. (pp. 37-44) Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

⁷⁷ CIDH. (2000). *La situación de los Derechos Humanos de los indígenas en las Américas. Capítulo III, punto I*. OEA/Ser.L/VII. 108 Doc. 62. Disponible online en: <http://www.cidh.org/Indigenas/indice.htm>

judiciales), 25 (protección judicial) y 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.⁷⁸

3.2.2 Igualdad y no discriminación.

Tradicionalmente, el principio de igualdad ha estado relacionado con la religión, la política, el derecho, lo racial y lo socioeconómico.⁷⁹ Desde el punto de vista del Derecho, se ha visto siempre como la “igualdad ante la Ley”. Pero aparte de su consideración como derecho subjetivo, el derecho a la igualdad es tomado como un principio que ha de regir la vida democrática de los Estados. Igualmente, el derecho a la igualdad, que se relaciona con el derecho a la no discriminación, debe ser entendido dentro del reconocimiento de la diferencia.

Dice Ferrajoli que “*las diferencias –naturales o culturales– no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Las desigualdades, en cambio, son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales o por su posición de poder*”.⁸⁰

La mayoría de las modernas constituciones iberoamericanas tienen en cuenta el *status* del indígena. En atención a ello, establecen algunas medidas que permiten hacer efectivos los principios de igualdad y no discriminación. Las numerosas declaraciones y convenios internacionales⁸¹ así lo expresan. No solo se refieren a la prohibición de la discriminación como una formulación negativa, sino que de manera complementaria y correlativa establecen la adopción de medidas especiales que permitan una igualdad real entre los distintos grupos.⁸²

⁷⁸ En Bazán, V. (2003). Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, núm. 108, sept, dic, 759-838 (P. 816). Disponible online en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/108/art/art1.pdf>

⁷⁹ Pérez Luño, A (1981). El concepto de Igualdad como fundamento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. en *Anuario de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Madrid. P. 258.

⁸⁰ Ferrajoli. *Derechos y garantías*, Ob. Cit. pp 80-82.

⁸¹ Buen ejemplo es el artículo 4 del Convenio 169 OIT:

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.
2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.
3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

⁸² Jiménez Bartlett, L. (2009). *Diversidad cultural y pueblos indígenas*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos (p. 83). Bilbao: Universidad de Deusto.

Así, la DUDH de 1948 se refiere al derecho a la igualdad en los artículos 1 y 2, diciendo que “*los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” y que “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.*”

La CADH de 1969 se refiere en el artículo 24 a la igualdad ante la Ley, y en el artículo primero se expresa la obligación de los Estados de “*garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

Importante es el Convenio 169 OIT, como se verá después. El artículo 2 del Convenio 169 OIT, se refiere al deber de los Estados de tomar medidas que aseguren la igualdad de oportunidades de los indígenas, así como el ejercicio de sus derechos “*en pie de igualdad*” con “*los demás miembros de la población*”.

En cuanto a su plasmación constitucional, las recientes Constituciones iberoamericanas abandonan la idea de Estado-nación monocultural, para admitir al Estado como pluriétnico y multicultural. Esto en base a la reconocida diferencia de determinados grupos, como son los pueblos indígenas en cuanto vienen usando unas lenguas distintas, un derecho propio, unas costumbres diferenciadas y una cosmovisión en general diferente a la de la mayoría. En ello –y en más cosas– se va a encuadrar la justificación de un trato especial⁸³.

La mayoría de los estados, proclaman de manera general los principios de igualdad y no discriminación en los primeros preceptos constitucionales. En realidad, esto no tiene mayor interés, por ser una expresión abstracta y general sin especial particularidad con los pueblos indígenas. Si lo tendrá cuando se refiera al caso de los pueblos y comunidades indígenas. Algunos ejemplos son:

La Constitución de Argentina, en el artículo 75, inciso 17, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y en el inciso 19 del mismo artículo habla de la “*igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna*”.

⁸³ González Galván, J. (2002). *Constitución y derechos indígenas* (pp. 73-74). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

La Constitución del Estado plurinacional de Bolivia, se refiere explícitamente en su artículo 98 a la igualdad “entre los pueblos y naciones” y dice que “La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.”

El texto constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, reconoce en el artículo 100 que “Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas”.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su extenso artículo 2 garantiza “que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados”. Después dice que “La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos”.

Ecuador, en el capítulo cuarto, bajo el título “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, dice que las comunidades indígenas no serán “objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural”, así como la observancia del Estado en “El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación”.

Como último ejemplo, la Carta Magna colombiana, dice en el artículo 70 que “El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas (las culturas) las que conviven en el país”.

3.2.3 Derecho a la salud y a la educación.

Estos dos importantes derechos fundamentales escogidos, son un pilar fundamental del desarrollo para los pueblos indígenas. Se configuran dentro de los llamados derechos de segunda generación, donde el Estado abandona su papel pasivo para

adoptar una posición intervencionista en la prestación de determinados derechos económicos, sociales y culturales.⁸⁴

Cuando en Europa hablamos del derecho a la salud, relacionado con el derecho a la vida, lo hacemos desde el enfoque teórico-práctico de su regulación, aplicado sobre todo a la genética, el aborto y la eutanasia. Muy alejado de esto se encuentra el derecho a la salud que se precisa para los pueblos y comunidades indígenas, que es mucho más básico. En efecto, no se debaten –en este caso– estos extremos, sino lo esencial; esto es, no morir por las enfermedades que sufren y demandar del Estado determinados servicios de salud que hoy se estiman básicos.⁸⁵

Además, hay que tener en cuenta, que el derecho a la salud no se muestra como una mera prestación del *Estado Social* hacia el individuo en cuanto a la cura o el alivio de su enfermedad, sino que requiere también de políticas (o leyes, si se prefiere) que las prevengan. Por este motivo, tiene especial importancia el derecho a la salud en los pueblos indígenas. Muchas de las enfermedades que desarrollan tienen que ver con su *modo de vida* o con sus costumbres⁸⁶, pero además; las explotaciones mineras, forestales o de hidrocarburos, ponen en especial peligro el medio en el que desarrollan su vida.

Este importante derecho a la salud se encuentra presente en el Convenio 169 OIT. El artículo 7 habla del necesario desarrollo de los pueblos indígenas, diciendo en el punto segundo que “*el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación (...) deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan*”. Del mismo modo, en el artículo 25, se dice que “*los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios (...) a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental*”.

En cuanto al derecho a la educación. Diversos textos jurídicos internacionales reconocen con carácter general este derecho fundamental como un derecho de todos. Así

⁸⁴ Gómez Isa, F. (2003). *El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos (pp. 10-11), núm. 1. Bilbao: Universidad de Deusto.

⁸⁵ De Currea-Lugo, V. (2005). *La salud como derecho humano*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, p.13. núm. 32. Bilbao: Universidad de Deusto.

⁸⁶ Lo que plantearía igualmente una posible colisión con el respeto de sus culturas, tradiciones y autodeterminación como pueblo. La implementación de servicios de salud, provoca a veces cambios en sus modos de vida, ¿Podríamos decir que no se está respetando su derecho de autodeterminación? ¿Puede permitir el Estado, bajo un pretexto cultural, que mueran niños por falta de atención?

lo reconoce la Declaración Universal de las Naciones Unidas dice en el artículo 26⁸⁷. Sin embargo, “*el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho individual a la educación, pero aunque se aplique plenamente, no es suficiente para garantizar que se satisfacen las necesidades de las sociedades indígenas*”.⁸⁸ Por eso, el Convenio 169 OIT en el mencionado artículo 7 y 26 a 31; así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas de 2007 en los artículos 14, 15 y 21 reconocen ciertas especificidades como puede ser la impartición de la misma en su propio idioma, así como la enseñanza de sus “*culturas, tradiciones, historias y aspiraciones*”.⁸⁹

3.3 Derechos colectivos.

La historia de los derechos humanos, se ha articulado tradicionalmente en torno a la idea de Estado/individuo, es decir, como derechos individuales que nacen para proteger al sujeto como ser autónomo e individualmente –valga la redundancia– considerado. Pero, ¿Puede afirmarse la existencia de Derechos Humanos/Fundamentales colectivos? La conclusión es que la connotación político-ideológica de esta cuestión es bastante fuerte.

Son muchos quienes los consideran innecesarios, peligrosos y difusos⁹⁰. Pérez Royo, en un artículo publicado en El País, dijo: “*los derechos colectivos son, jurídicamente, un disparate. Políticamente, son la antesala de la barbarie*”⁹¹. Los detractores de los derechos colectivos, argumentan (entre otras cosas) que:

- Los sujetos no están claramente definidos o sus representantes son difusos.
- Estos derechos tienen cabida en la protección genérica de los derechos individuales y son, por tanto, inútiles.
- Los derechos colectivos, son un riesgo para los derechos individuales.
- Las demandas de determinados colectivos, no son verdaderos derechos.

⁸⁷ Dice este artículo que “toda persona tiene derecho a la educación”, que habrá de ser gratuita “en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental”. En un segundo inciso, añade que “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana (...)”.

⁸⁸ Henriksen, J. (2008). Research on Best Practices for the Implementation of the Principles of ILO Convention No. 169. OIT, Sitio web: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_118120.pdf P. 49-51 (consultado por última vez el 16/07/2015). P. 51. La traducción es mía.

⁸⁹ Artículo 15.1 de la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas de 2007.

⁹⁰ López Calera, N. (2000). *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos* (pp. 7-10). Barcelona: Editorial Ariel.

⁹¹ Pérez Royo, J. (1998). La antesala de la barbarie. *El País*. Disponible online en: http://elpais.com/diario/1998/12/17/opinion/913849203_850215.html

A pesar de esta posición, es manifiesto que los Derechos colectivos existen, tanto en textos internacionales como en el derecho interno. Así, la Carta de las Naciones Unidas, se refiere –aunque vagamente– en su preámbulo a “*derechos fundamentales (...) de naciones grandes y pequeñas*”, y en el artículo 55 se refiere a la “*libre determinación de los pueblos*”.

Además, en la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007 (aunque sin carácter vinculante), se refiere el artículo primero a que “*Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos*”.

También es cierto que el término “derechos colectivos”, se ha usado de una manera indiscriminada. Prueba de ello es que hoy se habla de derechos colectivos como los derechos de las minorías, de las mujeres y los niños, derechos del medioambiente, de los consumidores, etc. A pesar de ser derechos que se ejercen por individuos que pertenecen a una colectividad, no pueden considerarse todos sujetos colectivos. Como bien apunta Peces-Barba, los Derechos Fundamentales colectivos son “*solo aquellos derechos fundamentales que pueden tener como destinatario o como titular a sujetos colectivos*”⁹², añadiendo que los sujetos colectivos solo serán aquellos que estén regulados por el Derecho “*a efectos de poder ser titulares de derechos fundamentales*”.⁹³ Lo que excluye a los sujetos individuales, aunque pertenezcan a una colectividad.

Sin entrar al fondo de esta controvertida cuestión sobre derechos fundamentales colectivos (cuyo contenido daría para otro trabajo), hoy puede afirmarse la existencia de Derechos Humanos o Fundamentales de carácter colectivo⁹⁴. En efecto, tal y como entiende parte de la doctrina, hablar de derechos colectivos no puede considerarse un concepto carente de sentido, teniendo toda su justificación en la realidad nacional e internacional.⁹⁵

⁹² Ansuátegui Roig, et al. *Una discusión, Ob. Cit.* p. 68.

⁹³ Ansuátegui Roig, et al. *Una discusión, Ob. Cit.* p. 73

⁹⁴ López Calera, N. *¿Hay derechos, Ob. Cit.* p. 10

⁹⁵ Entre otras, se refieren a estos derechos, las Constituciones de: Bolivia (2009); en el artículo 30 reconoce la existencia de las *naciones* y pueblos indígenas originario campesinos como colectividad humana que comparte identidad cultural, idioma, tradiciones históricas, instituciones y cosmovisión. Alude explícitamente a su libre determinación y territorialidad. La de Ecuador (2008); en el artículo 57 reconoce derechos colectivos como su identidad, las tradiciones ancestrales y formas de organización social, la propiedad de sus tierras comunitarias que serán inalienables, inembargables e indivisibles y la posesión de sus tierras y territorios; y la de Venezuela (1999): En el artículo 119 reconoce la existencia de pueblos y comunidades indígenas, su hábitat y derechos originarios sobre las tierras y garantiza la propiedad colectiva de sus tierras.

3.3.1 El territorio y sus recursos naturales.

El derecho a las tierras-territorios o a la propiedad comunal y sus recursos naturales, se configura actualmente como uno de los más reivindicados por la población indígena. En efecto, tienen una visión del territorio y todo lo que lo rodea (sus recursos naturales) como algo configurador de su identidad, incluyendo los aspectos más esenciales de su desarrollo como sociedad⁹⁶. Es sin duda un planteamiento radicalmente diferente a la extendida visión occidental de la tierra como objeto meramente patrimonial y económico. A este respecto, Rodolfo Stavenhagen, indica que: “*el conjunto formado por la tierra, el territorio, y los recursos, constituye una cuestión de derechos humanos esencial para la supervivencia de los pueblos indígenas*”⁹⁷.

Esta consideración ha sido recogida en diversas *Observaciones* de Organizaciones Internacionales y en Tratados con verdadera fuerza vinculante. El máximo exponente de este reconocimiento internacional, lo constituye el Convenio n. 169 OIT. Este convenio, al que me referiré de manera reiterada, ha sido ratificado por 20 países⁹⁸, y encuentra su precedente en el Convenio n. 107 de la misma Organización.

Estos dos Convenios, constituyen el principal instrumento internacional de protección para los pueblos indígenas, aunque el Convenio 107 solo le reconozca derechos a los miembros de las poblaciones indígenas, no como pueblo.⁹⁹

En el artículo 13 y siguientes del Convenio 169, se refiere a esta cuestión: “*los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios*”. No obstante, el Convenio 169, hace una distinción entre el derecho a la propiedad de las tierras, y el subsuelo¹⁰⁰.

De la misma manera, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 (en adelante DDPI), dice en su artículo 25 que “*Los*

⁹⁶ En general, los pueblos indígenas tienen un concepto comunitario de la sociedad y del grupo. En este sentido, los derechos denominados individuales (*los tradicionales*), no son capaces de dar toda la protección que se precisa, sobre todo en la protección de sus intereses más esenciales. López Calera *¿Hay derechos*, Ob. Cit p. 102.

⁹⁷ Stavenhagen, R. (2002). Cuestiones Indígenas. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/97 de 4 de febrero. Punto 57.

⁹⁸ En orden cronológico de ratificación: Noruega y México (1990), Colombia y Bolivia (1991), Costa Rica y Paraguay (1993), Perú (1994), Honduras (1995), Dinamarca y Guatemala (1996), Ecuador, Fiji y Holanda (1998), Argentina (2000), Brasil, Dominica y Venezuela (2002), Nepal y España (2007), Chile (2008), República Centro Africana y Nicaragua (2010).

⁹⁹ Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional* (p. 89). Madrid: Editorial Trotta.

¹⁰⁰ Así parece desprenderse del artículo 15.2: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo (...)”.

pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado”. Como vemos, se lleva a cabo un enfoque más amplio.¹⁰¹

En ocasiones, el reconocimiento de la propiedad o posesión de sus tierras-territorios y recursos no va a depender del reconocimiento formal que haga el Estado¹⁰². En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, reconoce en el artículo 21, el derecho fundamental a la propiedad privada. Este instrumento se ha utilizado en alguna ocasión, ante la falta de un título formal de propiedad sobre un determinado territorio, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰³

En cuanto a la propiedad colectiva o comunal de la tierra-territorio, ha encontrado su reflejo en la mayoría de las Constituciones. Algunos ejemplos son:

- **Bolivia** (2009): El artículo 1, declara Bolivia como un Estado Plurinacional, basado en la diversidad de culturas.

El artículo 30, reconoce a los pueblos originario campesino que comparten identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. En el apartado II.6, se refiere a la titularidad colectiva de la tierra y territorios.

El artículo 331, dice que los recursos naturales serán propiedad del pueblo boliviano y serán administrados por el Estado, reconociendo y respetando la propiedad individual y colectiva.

Los artículos 349 y 393 reconocen la propiedad de la tierra individual y colectiva. El artículo 395 habla de dotar a los indígenas de tierras que “*no posean o posean insuficientemente*”. Prohíbe en el apartado II su enajenación, permuta o donación. Es decir, considera las tierras dotadas a los indígenas como *res extra commercium*.

El artículo 397, habla de la función económico-social de la tierra de los pueblos indígenas como fuente de subsistencia, bienestar y desarrollo.

¹⁰¹ La visión de la cuestión del territorio y sus recursos, difiere de la occidental. En efecto, en los países de cultura europea, se hace distinción entre suelo, subsuelo, costas, aguas, riberas, etc.; regulada cada una de ellas por el Derecho con ánimo de elaborar una ordenación que permita su explotación económica. Para los indígenas, la percepción del territorio-tierra supone un todo integrado diferente a la óptica del Derecho, fruto de la cosmovisión del mundo y de la naturaleza que tiene el indígena.

¹⁰² Desmet, E. (2014). *Conservación y pueblos indígenas: un análisis socio-jurídico*. Cuadernos Deusto de Derechos humanos (p. 77). Bilbao: Universidad de Deusto.

¹⁰³ Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2001).

El artículo 403 es importante, puesto que en él se reconoce la integralidad del territorio indígena y el uso y aprovechamiento de sus recursos naturales renovables. Respecto a los no renovables, garantiza la participación política y económica en la explotación de los que se hallen en su territorio¹⁰⁴.

- **Guatemala** (1985). Este texto constitucional, fue de los primeros en considerar la multiculturalidad del Estado. Aunque no tiene tantas consideraciones con los indígenas como el anterior. Aun así en el artículo 66 y siguientes, habla de las comunidades indígenas. En estos artículos se reconoce la diversidad étnica de Guatemala. Se refiere en el artículo 67 a una protección especial de la tierra comunal o colectiva; respetando las tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado de forma especial.

En los artículos siguientes se habla de programas que aseguren la provisión de tierras a las comunidades indígenas para su desarrollo.

- **Nicaragua** (1987). La Constitución política de la República de Nicaragua reconoce en el artículo 89 la forma comunal de la tierra, incluyendo el uso y disfrute de sus tierras y bosques. El artículo 107, *in fine*, remite a la Ley la regulación de la propiedad de las tierras de las comunidades indígenas.
- **Colombia** (1991). El artículo 63, declara inalienables, imprescriptibles e inembargables las tierras comunales de “*los grupos étnicos*”.
- **México** (1917). La vetusta Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, ha sido modificada en muchas ocasiones, la última en los años 2003 y 2004.

El artículo 2 reconoce que la Nación, tiene una composición pluricultural sustentada en los pueblos indígenas originarios. Reconoce y garantiza en el mismo artículo el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación, para lo que se compromete a conservar y mejorar la integridad de sus tierras, considerando el derecho al uso y disfrute preferente de sus recursos naturales (salvo los considerados estratégicos).

- **Ecuador** (2008). El artículo 57 obliga a conservar la propiedad de las comunidades indígenas, a las que exonera de pagar impuestos y tasas; a mantenerles en la posesión de sus tierras y adjudicarles de forma gratuita sus territorios ancestrales.

¹⁰⁴ En su apartado II, diferencia entre “*áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural*”.

Al final del mismo artículo, veda la actividad extractiva de recursos naturales en territorios de “*pueblos en aislamiento*”, adoptando medidas para garantizar sus vidas, su autodeterminación y la voluntad de permanecer aislados. Y observa que el incumplimiento de estos derechos, será considerado como etnocidio.

- **Venezuela** (1999). La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, trata la cuestión en los artículos 119 y siguientes. Se garantiza 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*”. Así como “*(...) el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley*”.
- **Brasil** (1988). La Constitución brasileña, dice que son bienes de la Unión las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios. En el Título VIII, Capítulo VIII, denominado “*Dos Índios*” se trata la cuestión del derecho al territorio de los indígenas. Se reconoce en el artículo 231 los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.

Reconoce el usufructo de las tierras, incluyendo suelo, ríos y lagos. Estas tierras tendrán el carácter de inalienables, indisponibles e imprescriptibles. Prohíbe el traslado de grupos indígenas, salvo casos de “*relevante interés público*”. En el artículo 232, les reconoce personalidad jurídica para actuar en juicio en defensa de sus derechos.

Otras Constituciones como la de Costa Rica, Honduras o el Salvador, ignoran el tema de las tierras-territorios y sus recursos en relación con los pueblos indígenas.¹⁰⁵

3.3.2 Participación en las decisiones del Estado: el derecho a la consulta previa. Breve referencia a las empresas extractivas de recursos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 21, así como en términos similares, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969 en el artículo 23; reconocen la participación política de todos los ciudadanos en la vida pública como Derecho Fundamental.

¹⁰⁵ Aguilar, G et al. (2009). South/North Exchange of 2009 - The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America. *Pace International Law Review Online Companion*. Disponible online en: <http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/16/> P. 71 (nota 103)

Frente a este Derecho de carácter individual a participar en la política mediante la elección de sus representantes, el derecho a la consulta previa se configura como un verdadero derecho colectivo en la medida que el sujeto titular es el pueblo o comunidad indígena y no los sujetos que la conforman.¹⁰⁶

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 6, incluye una disposición general referida a la obligación de los Estados de consultar a los pueblos interesados, cuando se prevean medidas legislativas o administrativas que les afecten. El artículo 7 del Convenio 169 OIT, dice que los pueblos tienen el derecho de participar en los programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. Además, al margen de esta disposición general, en el artículo 15 del Convenio 169¹⁰⁷, se refiere a la consulta previa cuando el objeto es llevar a cabo obras o proyectos destinados a la explotación de los recursos en sus tierras-territorios.

Pero, aunque la materia del territorio es la más importante, también se incluyen otras igualmente vitales. En particular, el artículo 22 del Convenio 169 OIT, indica el deber de consultar a los pueblos indígenas, cuando se vayan a llevar a cabo programas de formación profesional. También el artículo 27 trata la consulta en materia educativa.

La obligatoriedad, y por tanto el deber de observancia de los preceptos del Convenio 169 OIT, se deduce del principio *pacta sunt servanda* y del principio de buena fe, tal y como establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁰⁸

En efecto, la consulta debe ser previa, es decir, que se haga antes de llevar a cabo el proyecto legislativo o administrativo que les afecte, dando tiempo suficiente a la comunidad indígena para deliberar. Además, ha de proporcionárseles toda la información necesaria de una manera clara y comprensible.¹⁰⁹

No obstante, una cosa es la consulta, y otra el consentimiento u oposición que se derive de la misma. En este sentido, James Anaya sostiene que la importancia del

¹⁰⁶ Alva Arévalo, A. (2014). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, (p. 17-18), núm. 76.

¹⁰⁷ Art. 15, apartado 2: “*En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados*”.

¹⁰⁸ Art. 26: “*Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, dada en Viena, 23 de Mayo de 1969.

¹⁰⁹ El artículo 12 del Convenio 169 OIT, dice que “*(...) Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces*.”

consentimiento estriba en si la medida a tomar pone o no en peligro el bienestar del pueblo indígena y que si no es así, el Gobierno podrá proceder en base al interés público.¹¹⁰

En general, los Gobiernos son reticentes a reconocer el consentimiento necesario de la población indígena, optando por considerar únicamente el derecho a la consulta previa y no su necesario consentimiento previo, libre e informado¹¹¹. Esto, deja vacío de contenido a la consulta previa y les desprovee de una participación real. Y ello a pesar de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), considera que siempre debe obtenerse el consentimiento, sobre todo: 1. En planes y proyectos que se ejecuten en sus territorios, 2. En desplazamientos de población y 3. En asuntos relacionados con el almacenamiento de sustancias o productos tóxicos en sus territorios.¹¹²

En conclusión, la nota general del derecho a la consulta previa y si es obligatorio el consentimiento, está marcada por la deficiencia en el procedimiento, donde no es del todo posible asegurar de manera efectiva el ejercicio de este derecho fundamental.

En cuanto a la implementación de esta normativa de carácter internacional en el derecho interno de los Estados, no se ha llevado a cabo de una manera homogénea. Veamos algunos ejemplos:

- **Ecuador** incorporó este derecho a su Constitución en 1998, pero no significaba el carácter preceptivo del consentimiento de la población afectada. La Constitución de 2008 tampoco reconoce el carácter vinculante de la decisión de la consulta.
- **Colombia** se refiere a ella en sus artículos 1, 2, 7, 70, 329 y 330. Especial relevancia ha tenido la jurisprudencia constitucional de este país, concretando los requisitos e incluso suspendiendo proyectos extractivos ya puestos en marcha donde no había quedado acreditada la elaboración de una consulta previa.¹¹³

¹¹⁰ Anaya, J (2009). Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *ONU, Consejo de Derechos Humanos. DOC. A/AHR/12/34*, párrafo 47.

¹¹¹ En Chile, a pesar de haber suscrito el Convenio 169 OIT que garantiza el derecho a la consulta previa (art. 6 a) como el deber de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”. El Decreto 124 de 4 de septiembre de 2009, limitaba este derecho al establecerlo como “expresar su opinión acerca de la forma, momento y razón de determinadas medidas legislativas”. Lo que dejaba la consulta, vacía de contenido, puesto que igual daba el pronunciamiento de la misma (art. 12 del mismo reglamento). Este reglamento fue derogado en marzo de 2014.

¹¹² CIDH (2009). Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia de derechos humanos. *Organización de Estados Americanos, (OEA/Ser.LV/II. DOC. 56/09 de 30 de diciembre)*. Párrafos 281, 273, 285 y 334.

¹¹³ La Corte Constitucional colombiana el proyecto extractivo de la petrolera estadounidense OXY en el año 1997. Colombia. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia SU-037 de 1997.

- **México** incluye una breve referencia a la consulta en su extenso artículo 2 de la Constitución.
- **Brasil.** Es probablemente el país con más proyectos de explotación de recursos naturales de toda Iberoamérica. El artículo 231 se ocupa de esta cuestión. En él, se dice que las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas “*se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo¹¹⁴, de los ríos (...)*”, y dice después que la explotación de riquezas en tierras indígenas “*solo pueden efectuarse con autorización del Congreso Nacional, después de escuchar a las comunidades afectadas, asegurándoles la participación en los resultados (...)*”, lo que no parece decir que deba precisar consentimiento.

En cuanto a la incidencia de las empresas extractivas y el derecho a la consulta previa.

El rol desempeñado por la empresa transnacional dentro de un mundo global como el que vivimos y la falta de compromiso por parte de los Estados en la protección de los pueblos indígenas, transgrede la dimensión económica, afectando duramente la realidad social, política y cultural de estos pueblos.

Las empresas transnacionales extractivas de recursos, son la principal amenaza para el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de sus territorios ancestrales. Rodolfo Stavenhagen, (a quien se viene citando) Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, señaló hace casi 10 años que una de las principales amenazas para los territorios indígenas, era la incidencia de la globalización en la utilización de los recursos naturales en los territorios-tierras indígenas¹¹⁵. Además, tenemos que considerar que la tutela de los Derechos Fundamentales, corresponde esencialmente a los Estados, pero no podemos olvidar la responsabilidad de las empresas en la observancia de los mismos, en la medida que se configuran como derechos *erga omnes*¹¹⁶.

La aplicación de la consulta previa está caracterizada por la casuística y la falta de concreción normativa. No existe una forma única de llevar a cabo la consulta previa, en

¹¹⁴ Lo que excluye el subsuelo, (subrayado propio).

¹¹⁵ Stavenhagen, R. (2007). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. ONU, Consejo de Derechos Humanos, *DOC. ONU A/HRC/4/32*, párrafo 22.

¹¹⁶ Clavero, B. (2014). *Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A. pp 160-162.

la medida que la naturaleza del caso, los efectos sobre el derecho afectado y las características propias de cada pueblo son diferentes.¹¹⁷ Este conjunto de caracteres ha sido tenido en cuenta en el propio Convenio 169 en el art. 34, donde se refiere al “principio de flexibilidad”, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada país. Por ejemplo, no va a ser lo mismo un proceso en el que se pretenda reformar la Constitución, que la concesión de una licencia a una empresa para extraer recursos en un determinado territorio.

No obstante, James Anaya (actual Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en el seno de la ONU) resalta seis principios básicos para el proceso de consulta¹¹⁸:

- a) Debe ser previa
- b) Que sea informada
- c) Buena fe entre las partes
- d) Adecuación y participación de las instituciones representativas indígenas
- e) Transparencia
- f) Debe tener como fin lograr un acuerdo o el consentimiento

Al tenor de la empresa extractiva y la protección del derecho a la consulta, el Convenio 169 OIT tiene un importante primer efecto; esto es, rechazar que las empresas que quieran llevar a cabo actividades extractivas de recursos en territorio indígena, se relacionen directamente con la comunidad, sin pasar antes por el Estado (lo que evita corruptelas). La DDPI de 2007, aunque considerado un texto de derecho débil,¹¹⁹ sigue una línea similar al Convenio 169 OIT.

En ocasiones, los Gobiernos han derivado en las empresas el deber de consulta, encargándoles a ellas el rol perteneciente al Estado¹²⁰. Craso error, pues el deber de observancia de los Derechos Humanos corresponde a los Estados, no a las empresas, que incluso a veces desconocen el procedimiento. Ante este atropello, en ocasiones han sido las propias comunidades, quienes ante la dejadez de los Estados, han elaborado procesos consultivos con el fin de expresar su oposición.¹²¹

¹¹⁷ Alva Arévalo. *El derecho*, Ob. Cit. p. 74

¹¹⁸ Anaya, J (2011). *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. ONU, Consejo de Derechos Humanos. *DOC. A/AHR/18/35*. Apéndice A, párrafos 15-41.

¹¹⁹ Clavero. *Derecho global*, Ob. Cit. pp. 169.

¹²⁰ Alva Arévalo. *El derecho*, Ob. Cit. p. 85

¹²¹ Así es el caso de la consulta de K'iche' en 2010 en Guatemala; o la de los pueblos de Yanta y Segunda y Cajas contra el proyecto minero de Majaz en 2007 (Perú).

3.3.3 El respeto a sus tradiciones, lengua e identidad cultural.

El artículo 2.2 letra b del Convenio 169 OIT, se refiere a que las acciones de los Gobiernos, en el marco de su “*responsabilidad de desarrollar y proteger los derechos*” de estos pueblos, deberán incluir medidas “*que promuevan la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales*”, “*respetando su identidad social y cultural, costumbres, tradiciones e instituciones*”. Algunos ejemplos de su implementación en las Constituciones son:

- **México** se refiere en su artículo 4: “*el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social*”.
- **Guatemala** protege la “*identidad cultural*” en el artículo 58. Se refiere a la tutela de los grupos étnicos en el artículo 66. En el artículo 143 dice que el idioma oficial de Guatemala es el español y que “*las lenguas vernáculas, forman parte del patrimonio cultural de la Nación*”.
- **Colombia**. En el artículo 7 protege la “*diversidad étnica y cultural*”. En el artículo 10, se refiere a la tutela de las “*lenguas y dialectos de grupos étnicos*”.
- **Paraguay**. En el artículo 62 de su Carta Magna, reconoce la “*existencia de pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado paraguayo*”. En el artículo siguiente, protege a la “*identidad étnica*” desarrollándola dentro de “*su respectivo hábitat*”. En el artículo 65 se refiere al respeto de “*las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas*” y se termina refiriendo a sus lenguas en los artículos 66 y siguientes.
- **Perú**. La Constitución de Perú reconoce en su artículo 2 “*la pluralidad étnica y cultural de la Nación*”. Se refiere al castellano como lengua oficial y al “*quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes*” en el artículo 48.

Uno de los países que se ha mostrado siempre reticente es **Chile**. Nunca ha hecho un reconocimiento constitucional (sí legislativo) de la población indígena a pesar de los numerosos intentos y las disputas violentas entre el pueblo Mapuche y el Estado. En 2005 se pretendió reformar su Constitución. El proyecto pretendía incluir un inciso en el artículo 1 en los siguientes términos. “*Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional*”. No terminaron cediendo a las demandas del pueblo Mapuche y el asunto quedó en suspenso.

3.4 El derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas.

Aunque este epígrafe podría encuadrarse como el más genuino de los derechos colectivos, considero que por la importancia que tiene merece dedicarle un apartado en la medida en que engloba el conjunto de derechos colectivos vistos con anterioridad.

Marie Léger dice acertadamente que: “*el derecho a la libre determinación es el primer derecho colectivo que permite ejercer todos los demás*”.¹²²

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante, DDPI), dice en su artículo 3, que los pueblos indígenas “*tienen derecho a la libre determinación*” y que en virtud de este derecho “*determinan libremente su condición política y persiguen libremente el desarrollo económico, social y cultural*”. Además, en el artículo 4 de la DDPI expone que “*en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales*”.

Términos como “*libre determinación*”, “*autogobierno*”, “*autodeterminación*” y “*autonomía*” se vienen utilizando de manera indiferente. Sin embargo, son términos, cada uno con matices. A este respecto, conviene decir que los pueblos indígenas no buscan la secesión del Estado, sino que lo que pretenden, es más autonomía en cuanto a su autogobierno local y regional, así como el reconocimiento de sus instituciones y formas de tradicionales de organizarse dentro de una sociedad democrática multicultural, manteniéndose como culturas diferenciadas. Exigen ser denominados “*pueblos*”, pero sin la connotación nacionalista/secesionista que entiende el Derecho Internacional.¹²³ Dice Anaya que estos pueblos “*han rechazado, casi de manera universal, las aspiraciones a un Estado independiente, contemplando la autodeterminación, en su lugar, como la base para asegurar una existencia digna como grupos diferenciados en el contexto de las fronteras estatales existentes*”¹²⁴

Además, este derecho está caracterizado por la indeterminación, en la medida que resulta muy difícil conocer quiénes son sus titulares.¹²⁵ Kymlicka, usa el término “*minorías nacionales*”, para referirse a los grupos con una cultura diferenciada y que se

¹²² Léger, M. (2002). El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: ¿amenaza o ventaja? En *Seminario “Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas”*, p. 4.

¹²³ Stavenhagen, R. (2002). *Identidad indígena*, Ob. Cit. p. 10-12.

¹²⁴ Cita en Berraondo, M. (2006): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, p. 37

¹²⁵ López Calera *¿Hay derechos*, Ob. Cit p. 36-37

han incorporado a un Estado, cuando previamente disfrutaban de sus propias normas y formas de gobierno.¹²⁶

El derecho de autodeterminación, pasa por el reconocimiento previo de una cultura diferenciada de la *mayoría cultural*. Si reconocemos esta cultura como diferente y previa a la formación del Estado con unas instituciones y formas de gobierno propias, tenemos que hablar de derecho a la autodeterminación, entendido como capacidad de control y decisión sobre su presente y futuro, en la búsqueda de su desarrollo económico, social y cultural.

En el contexto iberoamericano, como hemos visto, las constituciones incluyen diversas referencias a los pueblos o comunidades indígenas, definiéndose como Estados pluriétnicos o multiculturales. En general, los Estados son bastante prudentes a la hora de reconocer este derecho. Así por ejemplo, Bolivia garantiza la libre determinación “*en el marco de la unidad estatal*”, consistente en su derecho a la autonomía, gobierno, instituciones, cultura y territorios (arts. 2 y 30). México trata el asunto en su artículo 2, diciendo: “(...) *aunque dentro de la unidad del Estado*”. Colombia (arts. 9, 287 y 330); Ecuador (arts. 60 y 257); Nicaragua (arts. 5 y 181) y Paraguay (art. 143); por ejemplo, también se refieren a esta cuestión. En esta ocasión, puede ser ilustrativa la siguiente tabla (tabla 1):

Tabla 1: "Reconocimiento constitucional comparado de los derechos de autodeterminación en Iberoamérica".

Pais	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

FUENTE: Conflict Prevention and Peace Forum (CPPF). Disponible online en: <http://www.ssrc.org/> Leyenda: a= autodeterminación. b=bilingüismo.

¹²⁶ Kymlicka. *Ciudadanía*, Ob. Cit. p. 25.

3.5 El derecho a administrar justicia en sus territorios.

La cuestión del pluralismo jurídico y en concreto la administración de justicia por parte de la propia comunidad indígena, es objeto de una amplia controversia, sobre todo a la hora de reconocer un sistema normativo consuetudinario y por tanto, ausente de positivación, como un verdadero sistema jurídico en el que se aseguren los derechos más fundamentales.¹²⁷ Para evitar esto último, Kymlicka sugiere que las propias comunidades deberían suscribir algún tipo de tratado que asegure el respeto de los Derechos Humanos.¹²⁸

Reconocer el derecho a las comunidades indígenas a administrar justicia dentro de su comunidad, implica algunos problemas en relación a los derechos humanos. Pero además, suelen surgir conflictos entre el sistema del Estado y el *subsistema* jurídico indígena. No obstante, si reconocemos el derecho de autodeterminación de los pueblos, hemos de hacerlo dentro de un marco que asegure un pluralismo jurídico dentro del Estado. Una competencia como es la administración de justicia –tradicionalmente estatal– choca frontalmente con la visión occidental de que el Estado es quien debe administrarla. Sin embargo, tanto el Convenio 169 OIT¹²⁹, la DDPI de 2007¹³⁰, así como diversas constituciones iberoamericanas, reconocen este derecho colectivo de las comunidades indígenas a administrar justicia dentro de su territorio. Así por ejemplo:

La Constitución de Colombia de 1991, reconoce en el artículo 246 que las autoridades de los pueblos indígenas podrán en su ámbito territorial, de consuno con sus normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la Ley,

¹²⁷ A este respecto, recomiendo la lectura de las siguientes obras: Rueda Carvajal, C. (2009). El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia: el debate de la coordinación. Colombia: *Red Revista Estudios Socio-Jurídicos*; Cabedo Mallo, V. (2005). *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Valencia: Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia; Sanchez Botero, E y Jaramillo Sierra, I. (2001). *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación- Procuraduría Delegada Para Minorías Étnicas y Martínez de Bringas, A. (2013). Los sistemas normativos indígenas en el marco del pluralismo jurídico. Un análisis desde los derechos indígenas. *Revista de Derecho Político*, Vol. 86, 411-444.

¹²⁸ Kymlicka, W. (2000). *Derechos humanos y justicia etnocultural*. Debats, N. 68, págs. 46-64. (p. 60 y ss)

¹²⁹ El artículo 8 del Convenio 169, dice que al aplicar la legislación nacional, deberá tenerse en cuenta sus costumbres y derecho consuetudinario. Así como respetar las costumbres e instituciones propias cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El artículo 9 es más concreto; dice que cuando sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos, deberá respetarse los métodos de los pueblos interesados que tradicionalmente han usado para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. En el apartado 2 del mismo artículo, indica que tanto autoridades como tribunales que tengan que pronunciarse sobre cuestiones penales, deberán tener en cuenta las costumbres de los pueblos sobre la materia.

¹³⁰ A ello se refiere el artículo 34 de la Declaración e Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

ejercer funciones jurisdiccionales. Se deduce por la sistemática constitucional donde se encuadra, que el valor que se da a la jurisdicción indígena es el de “jurisdicción especial”, como pueda ocurrir con la castrense, por ejemplo; pero no como una jurisdicción extra estatal¹³¹.

En similares términos se refiere la Constitución de Ecuador. En su artículo 171, dice que las autoridades de las comunidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, mediante la aplicación de normas y procedimientos propios y pone el mismo límite que la anterior, “*siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos (...)*”. En el párrafo segundo del mismo artículo, se refiere a la garantía por parte del Estado de respetar las decisiones.

La Constitución de Perú, en su artículo 149, se refiere igualmente a que las autoridades de las comunidades “*campesinas y nativas*”, podrán ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio mediante la aplicación del derecho consuetudinario. Y hace la misma salvedad que las anteriores: “*con respeto a los derechos fundamentales de la persona*”.

Yrigoyen Fajardo, dice que de este reconocimiento se desprenden tres contenidos mínimos: “*1. Un sistema de normas y procedimientos propios; 2. La potestad de administrar justicia y por tanto la validez y eficacia de sus resoluciones y 3. Asumir la potestad de autogobierno por medio de sus propias instituciones*”.¹³² Sin embargo, el reconocimiento a las comunidades a administrar justicia no es homogéneo en toda Iberoamérica. Algunas limitan las materias a asuntos meramente internos (como la de Ecuador¹³³) y otras subordinan la eficacia de las decisiones a la homologación por los

¹³¹ Ravest Ivarra, M. (2011). El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del Derecho Comparado. *Derecho y Humanidades*, N° 17, 2011, (pp. 91-118) p. 103.

¹³² En Berraondo. Pueblos indígenas, Ob. Cit. p. 558

¹³³ La Corte Constitucional ecuatoriana tuvo oportunidad de pronunciarse en el caso “*La Cocha*”, donde determinó que los delitos contra la vida, aun cometidos dentro de la comunidad, son objeto de la justicia ordinaria. El Tribunal Constitucional de Ecuador, denegó la competencia de la jurisdicción especial indígena en un caso de homicidio: “*la justicia indígena del Pueblo Kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad*”. (Sentencia N° 113-14-SEP-CC del Caso N° 0731-10-EP).

tribunales nacionales; como la de México, al decir que “*La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes*”¹³⁴

CAPÍTULO IV. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

4.1 Notas preliminares: sobre los instrumentos jurídicos internacionales.

Como vengo señalando reiteradamente, el Convenio 169 de la OIT desde que se redactase en 1989, se configura como el más importante instrumento específico de protección de los derechos de los pueblos indígenas. Aunque no es estrictamente un tratado de derechos humanos, sí lo es sobre derechos de los pueblos indígenas¹³⁵.

Pero sobre todo, hay que decir que su importancia se encuentra en el carácter vinculante del convenio, en la medida que los Estados que lo han ratificado tienen obligación de cumplirlo, sobre todo además, si consideramos que algunas Constituciones han reflejado los importantes derechos –ahora sí fundamentales– que en él se encuentran. En este importante instrumento, no sólo se reconocen derechos a los pueblos indígenas, sino que además, impone de manera correlativa deberes a los propios Estados en forma de principios u obligaciones.¹³⁶

Por otro lado, en 2007 se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este texto, más ambicioso, tiene carácter de *soft law*, pero hay que reconocerle su valor político, ético y moral. Aunque no genere obligaciones jurídicas tiene un carácter declarativo u orientativo innegable que compromete la política de los Estados e inspira las decisiones de la CIDH y la CorteIDH dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Además, no podemos pasar por alto que existen preceptos que suponen un llamamiento expreso a los Estados a tomar medidas legislativas que hagan posible los objetivos de la Declaración. Así, el artículo 38 de la DDPI dice que “*Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.*”

Adicionalmente pueden mencionarse otros instrumentos como la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas,

¹³⁴ Art. 2 A.II. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³⁵ Clavero. *Derecho global*, Ob. Cit. pp. 160-167.

¹³⁶ Ravest Ivarra. *El reconocimiento*, Ob. Cit. p. 109

religiosas y lingüísticas (1992), y La Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965.

Es verdad que ni la Carta de la OEA ni la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 ni la CADH, hacen referencia explícita a los pueblos indígenas. Estos textos, se encuentran anclados en la clásica concepción individualista de los Derechos Humanos. Pero también es cierto que han sido usados ante la CIDH y la CorteIDH en numerosos casos, entendiendo en ellos implícitamente los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas. Además, después de las incorporaciones de México y la República Dominicana, casi la totalidad de los Estados iberoamericanos han ratificado y aceptado la competencia contenciosa de la CorteIDH.¹³⁷ Otros como Estados Unidos o Canadá, han preferido no hacerlo.

4.2 Los sistemas de tutela nacionales: Argentina.

En el contexto internacional americano, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el artículo 8¹³⁸; la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 en su artículo 25¹³⁹; así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 en su artículo 18¹⁴⁰, establecen todas el deber de los Estados de proveer un sistema judicial efectivo que tutele los derechos fundamentales establecidos en la Constitución o en la Ley. En esta ocasión, vamos a analizar los instrumentos de tutela de los derechos fundamentales en Argentina en relación con los pueblos indígenas.

La Constitución Argentina de 1853 ha sido reformada en numerosas ocasiones; la última y más sustancial en 1994. Esta Constitución se refería en el artículo 67 inciso 15 a los indígenas en los siguientes términos: “(...) *conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo*”. Este anacrónico precepto

¹³⁷ Berraondo. *Pueblos indígenas*, Ob. Cit. pp. 156-159.

¹³⁸ Artículo 8 DUDH: “*Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*”.

¹³⁹ Artículo 25. 1 CADH: “*Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*”.

¹⁴⁰ Artículo 18: “*Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*”.

constitucional se mantuvo intacto hasta su supresión en la Convención Constituyente de 1949.¹⁴¹

La reforma del 94, incluyó en el artículo 75, numeral 17, una referencia a los derechos de los pueblos indígenas argentinos como una de las obligaciones del Congreso; bajo la titulación: “*reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos*”¹⁴². Bidart Campos, dice que por fin se termina de “*introducir el derecho a la diferencia*”, y que “*se expresa un verdadero reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas, (...) lo que invita a promover su herencia étnica y cultural*”¹⁴³.

Bazán, dice que al margen del hecho de incluirlo dentro del Capítulo Cuarto (atribuciones del Congreso), supone un mandato “*no solo para el legislador, sino también para los jueces, quienes pueden y deben suplir la desidia (...) de los restantes poderes estatales*”¹⁴⁴

En Argentina, la “acción de amparo” –como es denominada en este país–, toma su inspiración del modelo mexicano de 1857. Inicia de manera tímida en la Constitución de la provincia de Santa Fe de 1921, siendo después reconocida por las constituciones de otras provincias. En el ámbito nacional, la Corte Suprema terminó por asentarla jurisprudencialmente en el famoso *caso Ángel Siri*.¹⁴⁵, pero sería la reforma de 1994 la que terminó de consagrar el instrumento procesal más importante para la protección de los derechos fundamentales en la Constitución más antigua de Latinoamérica.¹⁴⁶

El artículo 43 de la Constitución argentina, bajo el título genérico de “acción de amparo”, incluye varios instrumentos genéricos de tutela, entre ellos, el referido al derecho de amparo constitucional en sentido estricto. Fix Zamudio, siguiendo a Bidart Campos, se refiere a “derecho de amparo” como la facultad de acudir a la jurisdicción

¹⁴¹ Carrasco, M. (2000). *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Vinciguerra, p. 26.

¹⁴² En él se incluyen el respeto a su identidad, el derecho a una educación a una educación bilingüe e intercultural, la personalidad jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad de sus tierras, participando en la gestión de sus recursos naturales e intereses que les afecten. Carrasco. *Los derechos*, Ob. Cit. pp 41-46.

¹⁴³ Bidart Campos, G. (1996). *Los derechos de los pueblos indígenas argentinos*. La Ley Argentina (sec. doctrina), pp. 1205-1210.

¹⁴⁴ Bazán. *Los Derechos*, Ob. Cit. p. 769.

¹⁴⁵ Fix Zamudio H. (2002). La protección procesal de los Derechos Humanos en la Reforma Constitucional Argentina de Agosto de 1944. *En Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (493-531). Lima, Perú: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. pp 499-505

¹⁴⁶ Fix Zamudio. *La protección*, Ob. Cit. p. 513

constitucional y lo diferencia del “proceso de amparo”, al que estima como el procedimiento en sí mismo.¹⁴⁷

Lo importante en cuanto nos ocupa, es que el artículo 43 se refiere al amparo como una “vía rápida y expedita”, admisible cuando no exista “otro medio judicial más idóneo” que afecte “derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”. Precisamente, esta última referencia a los Tratados, es una importante vía a considerar en relación con los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, pues dejará de considerarse solamente el reconocimiento constitucional para incluir además los tratados específicos que se hayan ratificado en relación al reconocimiento de sus derechos.

Se opta por establecer la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el que resulte del ámbito doméstico¹⁴⁸. El efecto principal es que los derechos reconocidos en estos textos jurídicos, podrán ser tutelados directamente por la acción de amparo. Además, esta acción no solo acoge las violaciones de los derechos fundamentales por parte de las autoridades públicas, sino también las que se produzcan por conductas de particulares.¹⁴⁹

Sin embargo, aunque se les hayan reconocido ciertos derechos fundamentales y puesto a disposición instrumentos como la mencionada acción de amparo, éstos no han tenido los efectos esperados. Poblaciones indígenas enteras, siguen siendo afectadas por parte de grandes empresas agroalimentarias y mineras, violando sistemáticamente sus derechos más fundamentales; como el derecho a la vida, la salud, la propiedad de sus tierras comunitarias, el derecho al medio ambiente y demás derechos económicos, sociales y culturales.¹⁵⁰

La acción de amparo ha sido utilizada en numerosas ocasiones para proteger los derechos fundamentales de estos pueblos. Así por ejemplo, puede verse el caso de la comunidad indígena Jujuy¹⁵¹ c. el Estado provincial en 2006; el caso de la comunidad

¹⁴⁷ Fix Zamudio. *La protección*, Ob. Cit. p. 515.

¹⁴⁸ El artículo 75, en el inciso 22 enumera específicamente una serie de Tratados y Convenciones internacionales, añadiendo al final que “*tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)*”, y al final añade la posibilidad de otorgarle la misma jerarquía a los “*demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso*”, siempre y cuando se haga con “*el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*”.

¹⁴⁹ Fix Zamudio. *La protección*, Ob. Cit. p. 518.

¹⁵⁰ Caro Zottola, L. (2014). *El Poder Judicial frente a los conflictos de los pueblos indígenas en Argentina: nuevos desafíos*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 74, pp 33-48 (p. 33-34).

¹⁵¹ En esta importante sentencia, la Corte provincial se basa en el Convenio 169 OIT y la jurisprudencia de la CorteIDH sobre la posesión y la propiedad de la tierra comunitaria. Dijo que “*se encuentran restringidos*

Wichi que interpuso una acción de amparo ante la Corte Suprema de la Nación contra la provincia de Salta en 2009 o el de la comunidad Toba de Chaco en cuya ocasión fue el Defensor del Pueblo el que dedujo acción de amparo contra la Provincia de Chaco y el Estado en 2007.¹⁵²

4.3 El sistema interamericano de derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), se genera en el marco de la Organización de Estados Americanos como una réplica al sistema europeo de protección de los Derechos Humanos¹⁵³. Cançado Trindade, dice que en este contexto, debemos entender por sistema “*el conjunto coherente de principios y normas, metódicamente organizados, formando el substratum de un pensamiento, dotado de un propósito común, y operando bajo una determinada forma de control ejercido por órganos propios de supervisión, constituyendo un todo integral y orgánico*”¹⁵⁴

Por lo que para hablar de Sistema Interamericano de Derechos Humanos, habrá de recalcar la existencia de dos aspectos fundamentales. Por un lado, la necesaria existencia de un *corpus iuris* que haga de base normativa (Tratados, Convenios, Declaraciones, Resoluciones, etc.); y por otro, un elemento institucional que lo supervise; en este caso, la CorteIDH y la CIDH.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, constituye el texto jurídico más importante dentro del SIDH, sobre todo al establecer los mecanismos procesales e institucionales tendentes a proteger los derechos de la CADH mediante la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la inclusión de la ya existente Comisión Interamericana de Derechos Humanos creada previamente en 1959 (en adelante CIDH)¹⁵⁵ como órgano encargado de la protección y promoción de los Derechos Humanos. Además, el artículo 2 de la CADH, dice que “*(...) los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las*

y vulnerados los derechos contemplados en la Constitución de la Nación (posesión y propiedad comunitarias de las tierras ocupadas, entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten)”. Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de la provincia de Jujuy, dada el 2 de mayo de 2006.

¹⁵² Caro Zottola. *El Poder Judicial*, Ob. Cit. p. 35.

¹⁵³ Dulitzky, A (2009). Una mirada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *América Latina Hoy*, vol 20. Disponible online en: <http://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/2622> p. 9

¹⁵⁴ Cançado Trindade, A (1998). Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en MÉNDEZ et COX (1998): El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, San José de Costa Rica: IIDH. P. 574.

¹⁵⁵ Butrón Solís, F. (2008). *La negación de los derechos humanos. El estado peruano ante la convención americana en la década de los noventa* (p. 24). Madrid: Plaza y Valdés.

disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

El SIDH, ha venido reconociendo en numerosas sentencias, los derechos fundamentales tanto colectivos como individuales de los Pueblos Indígenas.¹⁵⁶ Actualmente, el SIDH es un referente a nivel internacional en la protección de estos derechos. Ya no podemos decir que no haya un reconocimiento expreso dentro del SIDH, pero es cierto, que aún queda mucho camino por recorrer para hacer efectivos e implementar los derechos que se han venido reconociendo jurisprudencialmente.¹⁵⁷

a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (CIDH).

La CIDH, desempeñará dos funciones:

1. Respecto de los Estados miembro de la OEA que no son parte de CADH, usando como base la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en 1948 y la Carta de la OEA.
2. Respecto de los Estados parte de la CADH, usando los anteriores y adicionalmente el referenciado texto internacional (la propia CADH).

No hay que olvidar que la CIDH, es un órgano dependiente de la OEA con fuertes connotaciones políticas, mientras que la CorteIDH es un órgano jurisdiccional independiente. No obstante, la simbiosis entre ambos organismos ha sido importante para el desarrollo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en especial, la protección de los pueblos indígenas. Sobre todo, si tenemos en cuenta que los casos llegan a la CorteIDH a través de la CIDH.¹⁵⁸ Aunque hay que decir desde ya, que la misión del sistema interamericano no es establecer una instancia de apelación sobre las resoluciones de los tribunales nacionales, aunque por lo general, habrán de agotarse las vías judiciales domésticas.

Cuando un caso llega a la CIDH, esta puede emitir un informe final determinando la existencia de responsabilidad o no por parte del Estado. Esta resolución se publica y

¹⁵⁶ Además de todas las referidas en este Trabajo, pueden verse las siguientes: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Yakye Axa c. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad indígena Sawhohayamaya c. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo Saramaka c. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007 y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012.

¹⁵⁷ Berraondo. *Pueblos indígenas*, Ob. Cit. p. 200-201

¹⁵⁸ El artículo 44 de la CADH es como sigue: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.” El artículo 46 se refiere a los requisitos.

presenta dentro de la Asamblea General de la OEA, o bien, se manda el caso a la CorteIDH.

El procedimiento contencioso ante la CIDH, se inicia por denuncia a la Comisión, no pudiendo acudir a la CorteIDH directamente. En el caso de los pueblos indígenas, nada ha impedido que se acuda en nombre de toda la comunidad (el mejor ejemplo es el caso Awás Tingni, que veremos después). La petición debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Que se haya agotado la vía administrativa y judicial interna.
2. Que la acción se interponga en un plazo de 6 meses a contar desde el agotamiento de los recursos.
3. Que no exista litispendencia en otro procedimiento contencioso internacional.

En el procedimiento se intentará una solución amistosa. Si no se consigue, la CIDH se pronunciará sobre el fondo del asunto, declarando la violación de los derechos de la DADH, por medio de un informe (art. 50 CADH) que es remitido al Estado presuntamente infractor. Este informe incluye unas recomendaciones. Tras transcurrir el plazo otorgado al Estado para el cumplimiento de las recomendaciones, la CIDH puede emitir un informe final de evaluación.

Si la CIDH estima que el Estado no cumple, podrá interponer una demanda ante la CorteIDH, siempre que el Estado infractor haya ratificado la CADH y aceptado la jurisdicción de la Corte.

b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos. (CorteIDH).

Por su parte, la CorteIDH supone una verdadera novedad, configurándose como el más importante instrumento judicial de integración regional y homogeneización a la hora de la garantía de los Derechos Humanos reconocidos en la CADH. Tiene dos tipos de competencias fundamentales atribuidas: la contenciosa (que requiere su aceptación expresa en la ratificación) y la consultiva (que se plantea con un carácter más amplio, pues además de pronunciarse sobre la CADH puede hacerlo sobre otros Tratados).

Si la CorteIDH delibera que se ha producido una vulneración de los derechos contenidos en la CADH, dispondrá que se garantice el goce de los derechos lesionados, así como los mecanismos de reparación. Adicionalmente se suele establecer una indemnización.¹⁵⁹, siendo sus sentencias de obligado cumplimiento.

¹⁵⁹ Art. 63 CADH: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida

El artículo 67 CADH dice que las sentencias son definitivas e inapelables. Además, pueden solicitarse medidas cautelares y provisionales en el curso del procedimiento (también ante la Comisión) en casos de gravedad y urgencia. En un principio, las víctimas no intervenían en los procesos judiciales que se llevaban ante la CorteIDH, esto fue modificado en el año 2000, siendo a partir de entonces cuando se consolida un verdadero sistema que permite litigar a individuos demandantes contra Estados demandados en el momento de la reparación del daño, presentando pruebas y documentos.¹⁶⁰

CAPÍTULO V. DOS CASOS CONCRETOS:

5.1 Awas Tingni c. Nicaragua.

La Comunidad Awas Tingni, es una de las numerosas comunidades indígenas que habitan en Nicaragua. No es casualidad el ejemplo escogido, pues el caso que se va a exponer, supuso entonces un hito en el reconocimiento de los Derechos Humanos colectivos de los pueblos indígenas desde la óptica del Derecho Internacional.¹⁶¹

A pesar de que la Constitución y las leyes nicaragüenses reconocen en términos generales los derechos de los indígenas a la tierra que ocupan tradicionalmente, no se garantizó de manera efectiva el ejercicio de tal derecho. Además, no existía reconocimiento por parte del Estado, que se materializase en un título formal reconociendo la propiedad de la tierra, por lo que el Estado las consideró suyas, otorgando licencia de explotación a una empresa transnacional extranjera.

La sentencia vino dada por la CorteIDH, que se pronuncia de manera vinculante sobre los casos de vulneración de derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos. A la CorteIDH llegan los casos por dos vías, bien gracias a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), bien por parte de los Estados.

En este caso, fue la CIDH la que comenzó en el año 1998 las actuaciones judiciales. Previamente, la propia comunidad indígena había solicitado la investigación de los hechos.

o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

¹⁶⁰ Butrón Solís. *La negación de los derechos*, Ob. Cit. p. 26-27.

¹⁶¹ Para una información completa sobre el caso, recomiendo la lectura de la siguiente obra: Gómez Isa, F. (2003). *El caso Awas Tingni contra Nicaragua: nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto. Se hace un análisis jurídico completo del tema con la colaboración de los ex relatores especiales de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas (Rodolfo Stavenhagen y James Anaya).

En el año 1993, el Estado nicaragüense concedió licencia de explotación a una empresa maderera (MADENSA) para explotar unas 43.000 hectáreas de tierra, la mayoría de las cuales se encontraba en territorio de la Comunidad Awas Tingni. Después de las quejas de la comunidad, el Gobierno suspendió la concesión hasta que se alcanzase un acuerdo, llegando a éste en 1994. El Gobierno se comprometió a reconocer la titulación de las tierras a Awas Tingni. Sin embargo, en 1995 concedió nueva licencia a otra empresa (SOLCARSA) para explotar unos territorios adyacentes a los concedidos a la primera.

La comunidad Awas Tingni, entendió que le fueron conculcados sus derechos de propiedad sobre su territorio, por lo que decidieron emprender acciones judiciales mediante un recurso de amparo ante los Tribunales nacionales, que finalmente no tuvo éxito. Ante esto, presentaron demanda a la CIDH.

Mientras tanto, continuaron las conversaciones entre Gobierno y Comunidad, que terminó finalmente en otro recurso de amparo, esta vez con éxito y que obligó a revocar la concesión dada a SOLCARSA, al declararse dicha concesión inconstitucional.

A pesar de esta victoria, quedaba pendiente el tema de la titularidad de la tierra. Awas Tingni (como otras comunidades), no poseía una demarcación oficial o reconocimiento material de su territorio. Por eso, en 1998 la CIDH llevó el caso a la CorteIDH con objeto de que se pronunciase sobre los derechos de propiedad de su territorio comunitario. Por su parte, el Gobierno de Nicaragua arguyó que la comunidad Awas Tingni se situaba en ese territorio desde hacía solo 60 años; que reclamaban más área de la que les pertenecía y que esos territorios eran compartidos con otras comunidades indígenas vecinas.

La sentencia de la CorteIDH.

Se estimó que Nicaragua había violado la CADH al no hacer efectiva la protección de la propiedad de la tierra y sus recursos. Dijo que no existía un mecanismo estatal capaz de responder a las demandas de los indígenas en relación a la titularidad de la tierra. Además, refirió que los Tribunales del Estado nicaragüense, no habían sido capaces de responder en su debido tiempo a las acciones legales llevadas a cabo por la comunidad Awas Tingni, violando el derecho a una “protección judicial efectiva”, protegida en el artículo 25 de la CADH y los arts. 1 y 2 de la misma Convención, que se refieren al deber de los Estados de llevar a cabo las medidas necesarias que garanticen la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la CADH.

En relación a las tierras, el Estado había violado el artículo 21 de la CADH en el que se reconoce el derecho a la propiedad¹⁶². Esta decisión es la más significativa, al entender que el concepto de propiedad privada incluye el de “*propiedad comunal de los pueblos indígenas*”, definida como la forma tradicional de tenencia de la tierra.

En este sentido la CorteIDH, se pronunció diciendo que (punto 151): “*El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas (...) debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real¹⁶³ sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro*”. Para esto, la Corte hace una interpretación evolutiva del art. 21, que tiene en cuenta los recientes desarrollos normativos de carácter internacional, aludiendo directamente al Convenio 169 OIT, tan referido en este trabajo.

El fallo se tradujo en la obligación del Estado de demarcar y titular las tierras de la comunidad de Awas Tingni y otras comunidades indígenas “*acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas*”.

En resumen, esta sentencia de la CorteIDH, obliga a los Estados a reconocer y adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en relación a sus tierras y recursos de acuerdo con los propios usos consuetudinarios. Supone por tanto, una interpretación más amplia del derecho a la propiedad privada reflejado en las distintas Constituciones y textos internacionales, incluyendo a las tierras comunales indígenas dentro del concepto de propiedad privada y que incluso cuando se carezca de un título formal por parte del Estado reconociendo la titularidad de la tierra, debe operar la protección del artículo 21 CADH. Esto último, tiene como consecuencia inmediata, que no será preciso reconocer explícitamente en la Constitución o en la Ley la propiedad de las tierras-territorios indígenas, sino que basta que hayan ratificado la Convención para darle protección a este derecho.

5.2 El pueblo Embera Katío c. Colombia.

A diferencia del anterior caso, en el que se pronuncia la CorteIDH, en este, será la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁶² El artículo 21 CADH es como sigue:

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

¹⁶³ El subrayado es mío.

La Constitución colombiana de 1991 reconoce los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, garantizando el carácter pluricultural y multiétnico del Estado, considerando a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos¹⁶⁴. Esta sentencia que unifica jurisprudencia, es importante en la medida que concreta las bases del derecho a la consulta previa en relación con sus territorios y supervivencia.

En esencia, los hechos fueron los siguientes:

El gobierno colombiano declaró de utilidad pública, mediante sucesivas resoluciones entre los años 1989 y 1992, un territorio en el que se asentaba la comunidad de los Embera-Katio, en el departamento de Córdoba (Colombia). El objeto era la concesión posterior de licencias ambientales a la empresa “Urrá S.A” para la construcción de un macroproyecto hidroeléctrico que desviaba el río Sinú, anegando los territorios comunitarios reconocidos como resguardo de los Embera-Katio. En el año 1993, se otorga licencia ambiental a la empresa Urrá S.A, sin constancia de haber celebrado una consulta previa.

Después de varias instancias, el asunto llegó a la Corte Constitucional por medio de una acción de tutela, que se pronunció en Sentencia T-652/98 de 10 de noviembre de 1998, afirmando los derechos fundamentales de la comunidad de Embera-Katio en los siguientes términos, que resumo seguidamente:

- Reitera el *“carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre su territorio”*, que es *“sustrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características”*.
- Que *“se violó el art. 330 de la Constitución”* colombiana y *“se dejó de aplicar el Convenio 169 de la OIT”*, que forma parte del bloque de constitucionalidad de Colombia.
- Reconoce que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales y que el estado debe garantizar *“el derecho a la subsistencia”*; si no lo hace, *“tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica”*.
- Que el derecho a ser previamente consultados, tiene carácter fundamental en la medida en que *“está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos”*¹⁶⁵. Y que en este caso,

¹⁶⁴ Ver págs. 27, 33, 36, 39, 41 y 42 de este TFG.

¹⁶⁵ SU-039/97. Corte Constitucional de Colombia.

el procedimiento se hizo de forma irregular, con violación de derechos fundamentales al omitirse la consulta “*que formal y sustancialmente debió hacerse*”.

- Que en base a esto último, se lesionan los derechos de participación (art. 40.2 y 330); el derecho al debido proceso (art. 29); el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana (art. 7) y el derecho a la subsistencia de los Embera (art. 11)¹⁶⁶. Además de “*los compromisos adquiridos internacionalmente en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas*” (se refiere al Convenio 169 OIT).
- Por último, dice que puesto que los daños son ya irreversibles –aunque se cumpla después con el requisito de la consulta–³ se ordena la indemnización “*en la cuantía que garantice su supervivencia física*”.

¹⁶⁶ Todos de la Constitución Política de Colombia de 1991.

CONCLUSIONES.

- 1) Históricamente, la relación indígenas-Estado ha estado basada fundamentalmente en una política asimilacionista que buscaba homogeneizar un mosaico étnico difícilmente reconciliable. La preocupación no surgió *motu proprio* de los Estados, sino de organizaciones internacionales como la OIT, la ONU o entidades supranacionales dentro del SIDH. Abandonados los reclamos por la vía de la violencia, las recientes constituciones comienzan a reconocer de manera tímida, la innegable diferencia de lo indígena. Se produce en los últimos años, la positivización de determinados e importantes derechos fundamentales de estas minorías étnicas, rechazando la asimilación de su cultura para afirmar su identidad y reclamar sus derechos individuales y colectivos.
- 2) Por regla general, las Constituciones iberoamericanas –unas más y otras menos–, reconocen los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas. No obstante, la cuestión no ha sido fruto del desarrollo legislativo deseable. También es cierto que aunque se atisben pronunciamientos regresivos en la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, hay que reconocer que la cuestión se encuentra en una fase predominantemente expansiva. El año pasado fue testigo de la primera Conferencia Mundial sobre Pueblos Indígenas, por lo que el tema comienza a ser preocupación importante en los foros internacionales.
- 3) Existe un fuerte problema de divergencia de conceptos; aunque el Sistema Interamericano de Derechos Humanos intente uniformizar una realidad que cada Estado ha reflejado de una manera muy diferente. Por eso podría ser oportuno la reforma de algunos de estos textos constitucionales, con objeto de establecer unos estándares mínimos y similares de protección, siempre asegurando las diferentes particularidades culturales y étnicas de los distintos pueblos.

- 4) El derecho a sus tierras y recursos naturales es probablemente el más importante para el desarrollo de su vida en comunidad. En general, tienen una cosmovisión totalmente opuesta a la del hombre occidental, que observa la tierra como mero objeto patrimonial. Los indígenas, se hayan conectados de alguna manera a ella, a la que denominan *Madre Tierra*. También se observa la preocupación por el derecho a la no discriminación, al desarrollo, a la salud, a mantener su cultura, idiomas y costumbres; a la educación, a un medio ambiente adecuado y a la libre determinación como pueblo.
- 5) La imparable fuerza de la economía global, supone en este momento el mayor riesgo al que se enfrentan los pueblos indígenas. Conviene que el discurso sobre la tutela de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas se aparte de la mera dialéctica, para optar por vías efectivas y reales que consagren y terminen de implementar estos importantes derechos. En este sentido, conviene mantener una línea de diálogo tripartita Estado-Pueblos indígenas-Organizaciones Internacionales, que elaboren un verdadero cuerpo jurídico, garantizando igualmente el acceso a la tutela judicial efectiva cuando se produzca la violación de estos derechos. Sería deseable concretar procedimientos que no tienen el desarrollo preciso, como sucede con el derecho a la consulta previa.
- 6) Del análisis comparado del reconocimiento de estos derechos¹⁶⁷, se observa una clasificación respecto del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Podemos organizarlos en torno a tres niveles: en una posición avanzada estarían las constituciones de Bolivia, Ecuador, Colombia, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela; en un nivel intermedio se situarían las Constituciones de Argentina, Panamá, Perú, Guatemala y Brasil y en un nivel bajo o nulo Costa Rica, El Salvador, Chile y Honduras.
- 7) El reconocimiento de unos derechos fundamentales diferenciados, plantea a veces ciertos problemas. Aunque las aspiraciones indígenas no tienen carácter secesionista, es cierto que crean un *microclima* jurídico que a veces es difícil de conciliar con el derecho del Estado. A esta problemática, cabría añadir la controversia sobre el reconocimiento de los derechos colectivos y su incidencia sobre los de carácter individual, en cuanto a dónde se sitúan los límites de cada uno con respecto de los otros.

- 8) Después de veinticinco años, el Convenio número 169 de la OIT sigue siendo el instrumento jurídico más importante para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Sobre todo si se entiende –como han hecho algunas cortes constitucionales– que forma parte del “bloque de constitucionalidad” de los Estados. Otro problema al que se enfrentan, es precisamente el del acceso a la justicia nacional, puesto que constituye uno de los principales obstáculos en la tutela de sus derechos.

- 9) ¿Cuál es el desafío al que se enfrentan los pueblos indígenas? Como se viene apuntando, el reto actual es la implementación de los derechos reconocidos internacionalmente. Apenas han pasado ocho años de la Declaración de la ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y aunque algunos Estados han reformado sus constituciones reconociendo en ellas los derechos y principios de la Declaración, otras no han tomado ninguna medida. La han ratificado, sí, pero no implementado.

Una reflexión final...

Los mapuches de Chile, resistieron con lanzas y flechas a la pólvora de la colonización española. Hoy son las empresas transnacionales, los gobiernos, la negación de sus derechos, la exclusión y la pobreza crónica en la que están inmersos, las principales razones de la desaparición de su pueblo. El Derecho es el único instrumento que nos queda para evitar el desastre antes de que sea demasiado tarde.

BIBLIOGRAFÍA.

- Aguilar, G et al. (2009). South/North Exchange of 2009 - The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America. *Pace International Law Review Online Companion*. Disponible online en: <http://digitalcommons.pace.edu/pilronline/16/>
- Alva Arévalo, A. (2014). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Derecho Internacional*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 76.
- Anaya, J (2009). Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *ONU, Consejo de Derechos Humanos. DOC. A/AHR/12/34*.
- Anaya, J (2011). *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*. Informe Anual del Relator sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. ONU, Consejo de Derechos Humanos. *DOC. A/AHR/18/35*. Apéndice A.
- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Editorial Trotta.
- Andrés Santos, F. & Amezúa Amezúa, L. (2013). El multiculturalismo y los derechos colectivos en el primer constitucionalismo iberoamericano. *Revista De Derecho (Valparaíso), Segundo semestre* (341-358).
- Ansuátegui Roig, F. & López Calera, N. (2001). *Una discusión sobre derechos colectivos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de la Casas, Universidad Carlos III de Madrid.
- Armas Anaya, E. (2010). *América precolombina*. Miami, FL: Firmas Press.
- Armas Anaya, E. (2010). *América Virreinal*. Miami, FL: Firmas Press.
- Armellada, C. (1979). *La causa indígena americana en las Cortes de Cádiz*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Asís Roig, R; Bondía, D; & Maza, E. (2007). *Los Desafíos de los derechos humanos hoy*. Madrid: Dykinson.
- Barrios Pintado, F. (2002). *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Bazán, V. (2003). Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, núm. 108, sept, dic, 759-838. Disponible online en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/108/art/art1.pdf>
- Bernabéu Albert, S. (2010). *Las Cortes de Cádiz y los indios: imágenes y contextos*. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Berraondo, M. (2006): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos Humanos. Bilbao: Universidad de Deusto.

- Beuchot, M. (1986). La actualidad de la antropología filosófica de Fray Bartolomé de Las Casas. *Cuadernos De Realidades Sociales. Instituto De Sociología Aplicada*, núm. 27-28.
- Beuchot, M. (1994). *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*. Barcelona: Antrophos.
- Bidart Campos, G. (1996). *Los derechos de los pueblos indígenas argentinos*. Argentina: La Ley Argentina, (sec. doctrina).
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Butrón Solís, F. (2008). *La negación de los derechos humanos. El estado peruano ante la convención americana en la década de los noventa*. Madrid: Plaza y Valdés.
- Cançado Trindade, A (1998). Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en MÉNDEZ et COX: El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, San José de Costa Rica: IIDH.
- Caro Zottola, L. (2014). *El Poder Judicial frente a los conflictos de los pueblos indígenas en Argentina: nuevos desafíos*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 74.
- Carrasco, M. (2000). *Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Vinciguerra.
- Castilla Urbano, F. (2014). *Discursos legitimadores de la conquista y la colonización de América*. Alcalá: Servicio de Publicaciones. Universidad de Alcalá.
- Castillo Vegas, J. (2013). El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del período de la emancipación. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de Valparaíso*, (35), 431-459. Disponible online en: <http://ref.scielo.org/gn5k3t>
- Chamocho Cantudo, M. & Lozano Miralles, J. (2012). *Sobre un hito jurídico, la Constitución de 1812: reflexiones actuales, estados de la cuestión, debates historiográficos*. Jaén: Universidad de Jaén.
- Chamocho, M. & Ramos, I. (2013). *Introducción jurídica a la historia de las relaciones de trabajo*. Madrid: Dykinson.
- Chomsky, N. (1998). *Hablemos de terrorismo*. Bilbao: Txalaparta.
- CIDH (2009). Derechos de los Pueblos Indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia de derechos humanos. *Organización de Estados Americanos, (OEA/Ser.L/V/II. DOC. 56/09 de 30 de diciembre)*.
- CIDH. (2000). *La situación de los Derechos Humanos de los indígenas en las Américas. Capítulo III, punto I*. OEA/Ser.L/VII. 108 Doc. 62. Disponible online en: <http://www.cidh.org/Indigenas/indice.htm>
- Clavero, B. (2014). *Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- De Currea-Lugo, V. (2005). *La salud como derecho humano*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 32. Bilbao: Universidad de Deusto.

- De Las Casas, B. & Martínez-Torrejón, J. (2006). *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Alicante: Universidad de Alicante.
- Desmet, E. (2014). *Conservación y pueblos indígenas: un análisis socio-jurídico*. Cuadernos Deusto de Derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Diario de las discusiones y actas de las Cortes, Volumen 4. España, Cortes de Cádiz*: Imprenta Real Española.
- Dulitzky, A (2009). Una mirada al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *América Latina Hoy*, vol 20. Disponible online en: <http://revistas.usal.es/index.php/1130-2887/article/view/2622>
- Dumont, J. (2009). *El amanecer de los derechos del hombre: La controversia de Valladolid*. Madrid: Encuentro.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Traducción de Perfecto Andrés y Andrea Greppi. Madrid, Ed: Trotta. 4a. ed.
- Ferrer Muñoz, M. & Bono López, M. (1998). *Pueblos indígenas y estado nacional en México en el siglo XIX*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fix Zamudio H. (2002). La protección procesal de los Derechos Humanos en la Reforma Constitucional Argentina de Agosto de 1944. *En Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (493-531). Lima, Perú: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Flores Hernández, A. (2010). *La protectoria de indios durante el siglo XVI*. México: Plaza y Valdés.
- García-Gallo, A. (1987). *Génesis y desarrollo del derecho indiano, en Recopilación de Leyes de los Reynos de Las Indias*. México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa.
- Gerbi, A. (1960). *La disputa del Nuovo Mundo. Historia de una polémica, 1750-1900*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gómez Isa, F. (2003). *El derecho al desarrollo: entre la justicia y la solidaridad*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 1. Bilbao: Universidad de Deusto.
- González Galván, J. (2002). *Constitución y derechos indígenas*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gutiérrez, G. (1992). *En busca de los pobres de Jesucristo, el pensamiento de Bartolomé de las Casas*. Lima, Perú: Instituto Bartolomé de las Casas.
- Henriksen, J. (2008). Research on Best Practices for the Implementation of the Principles of ILO Convention No. 169. OIT, Sitio web: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_118120.pdf P. 49-51
- Jiménez Bartlett, L. (2009). *Diversidad cultural y pueblos indígenas*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.

- Kymlicka, W. (2000). *Derechos humanos y justicia etnocultural*. Debats, N. 68.
- Léger, M. (2002). El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas: ¿amenaza o ventaja? En *Seminario "Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas"*.
- López Calera, N. (2000). *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Editorial Ariel.
- López de Gómara, F. (2008). *Historia general de las Indias (selección)*. Barcelona: Linkgua Ediciones.
- López Sánchez, J. (1998). Las civilizaciones aborígenes en la América precolombina (I). *Revista De La Sociedad Española De Historia De Las Ciencias Y De Las Técnicas*, 21(40), 123. Disponible online: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=62205>
- Martínez de Bringas, A. (2003). *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Moreno Alonso, M. (2011). *La Constitución de Cádiz*. Sevilla: Alfar.
- Oestreich, G; Sommermann, K; Mikunda, E. (1990). *Pasado y presente de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos.
- Ordoñez Cifuentes, J. (2005). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Peces-Barba, G. (2015). Conferencia de Apertura. En *Derechos Humanos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Peces-Barba, G. & Asís, R. (1995). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Pereña, L. & Baciero, C. (1988). *Carta Magna de los indios*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Pérez Amador, A. (2011). *De legitimatione imperii Indiae Occidentalis. La vindicación de la Empresa Americana en el discurso jurídico y teológico de las letras de los Siglos de Oro en España y los virreinos americanos*. Madrid: Editorial Iberoamericana.
- Pérez Luño, A (1981). El concepto de Igualdad como fundamento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. en *Anuario de Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos, Madrid.
- Pérez Royo, J. (1998). La antesala de la barbarie. *El País*. Disponible online en: http://elpais.com/diario/1998/12/17/opinion/913849203_850215.html
- Ramos Santana, A. (2011). *La constitución de Cádiz y su huella en América*. Cádiz: Universidad de Cádiz.
- Ravest Ivarra, M. (2011). El reconocimiento de los pueblos indígenas en los textos constitucionales. Breve análisis del Derecho Comparado. *Derecho y Humanidades*, N° 17, 2011, (pp. 91-118).

- Rieu-Millan, M. (1990). *Los Diputados Americanos en las Cortes de Cádiz. Igualdad o Independencia*. Madrid: CSIC.
- Rodríguez Mourullo, G. (1986). El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura. En *Derechos Humanos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Rosillo Martínez, A. (2010): El fundamento de derechos humanos en el pensamiento de Bartolomé de las Casas. *Revista del Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, julio-septiembre*. Ed. Dignitas.
- Rousseau, J. (2000). *Discurso sobre el origen y fundamento de la igualdad entre los hombres*. Quito: Libresa.
- Sainz Guerra, J. (2008). *Historia del derecho español*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez Domingo, R. (2012). Las Leyes de Burgos de 1512 y la doctrina jurídica de la conquista. *Revista Jurídica De Castilla Y León*, 28, 7.
- Stavenhagen, R. (2002). Cuestiones Indígenas. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2002/97 de 4 de febrero.
- Stavenhagen, R. (2002). Identidad indígena y multiculturalidad en América Latina. *Revista Iberoamericana de Filosofía Política y Humanidades*, vol. 7, primer semestre.
- Stavenhagen, R. (2007). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. ONU, Consejo de Derechos Humanos, *DOC. ONU A/HRC/4/32*.
- Stavenhagen, R. (2008). *Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas-México*. México D.F: Unesco-México. Disponible online en: <http://www.cinu.mx/>
- Torre Rangel, J. (1991). *El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas*. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, Programa de la Comisión Editorial.
- Zarza Rondón, G. (2010). El largo camino hacia la ciudadanía: la población indígena en la Constitución Española de 1812. *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: congreso internacional*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Centro interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto. Consejo Español de Estudios Iberoamericanos.