



Revista de Antropología Social

ISSN: 1131-558X

ras@cps.ucm.es

Universidad Complutense de Madrid

España

APARICIO WILHELCI, Marco
Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas
Revista de Antropología Social, vol. 24, 2015, pp. 127-147
Universidad Complutense de Madrid
Madrid, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83842545006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas

Rights and indigenous peoples: objective advances, subjective weaknesses

Marco APARICIO WILHELCMI

Universitat de Girona

marco.aparicio@udg.edu

Recibido: 17 de febrero de 2015

Aceptado: 18 de marzo de 2015

Resumen

Tras décadas de invisibilización, los pueblos indígenas han logrado reforzar su protagonismo, aunque con enormes diferencias según los casos, en el escenario político latinoamericano. Dicha emergencia ha ido acompañada de distintos procesos de reconocimiento, tanto internacional como constitucional, de derechos colectivos. Años después de la aprobación de los dos textos que recogen los mayores avances en la cuestión, la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (2007) y la Constitución Política de Bolivia (2009), nos hallamos ante la necesidad de hacer un balance: tales avances normativos, ¿deben ser vistos desde la esperanza o desde el desencanto? El presente texto trata de aportar elementos que puedan ser útiles en dicho balance. Para ello, se realiza un breve recorrido por los textos citados para, a continuación, centrarse en la significación del derecho a la consulta, previa libre e informada. Finalmente, se aborda una reflexión sobre el sentido mismo de los derechos, pues se considera imprescindible para la comprensión de la relación entre pueblos indígenas, Estado y sociedad dominante.

Palabras clave: Pueblos indígenas; derechos colectivos; derecho a la consulta previa libre e informada; diversidad cultural.

Abstract

After decades of invisibility, indigenous peoples have managed to strengthen its role, with enormous differences depending on the case, in the Latin American political scene. This emergency has been accompanied by various processes of recognition, both international and constitutional collective rights. Years after the adoption of the two texts containing the most progress on the issue, the United Nations Declaration on Rights of Indigenous Peoples (2007) and the Constitution of Bolivia (2009), we are facing the need to make a balance: these regulatory developments, should be viewed from the hope or the disappointment? This article tries to provide useful elements in such an evaluation. In first place, a brief review is made of the legal texts cited; after that, we focus on the significance of the right to free, prior and informed consent. Finally, a reflection on the very meaning of the rights, as it is considered essential to the understanding of the relationship between indigenous peoples, state and mainstream society.

Keywords: Indigenous peoples; collective rights; right to free, prior and informed consent; cultural diversity.

Referencia normalizada: Wilhelmi, M.A. (2015) Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas, en *Revista de Antropología Social* 24, 127-147.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve exemplificación de los avances normativos en materia de derechos indígenas. 2.1. La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas como constatación de la continuidad colonial. 2.2. Bolivia y el Estado plurinacional comunitario como nuevo paradigma constitucional. 3. El derecho a la consulta previa, libre e informada: un derecho no indígena. 3.1. El contenido del derecho. 3.2. La consulta previa como mecanismo de despojo: un derecho no indígena; un no-derecho. 4. Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas. 4.1. El sentido de los derechos: del “deber ser” jurídico al “querer ser” social. 5. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

En las últimas décadas, la lucha de los pueblos indígenas por su supervivencia ha generado una ola de reconocimientos de derechos tanto en el terreno del derecho internacional como en los distintos ordenamientos estatales, y de manera especial, con mayor o menor amplitud, en la práctica totalidad de los textos constitucionales latinoamericanos.

En el plano internacional¹, deben destacarse avances como la aprobación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (septiembre de 2007); la instauración del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas; la creación de la Relatoría Especial sobre derechos indígenas; o la adopción en 1989 del Convenio núm. 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

En el continente americano, pese a no contar con previsiones normativas específicas de ámbito regional, en los últimos años la Comisión y la Corte Interamericana han desarrollado una labor muy relevante. Una etapa que se abre con la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Awas Tingni*, de 31 de agosto de 2001, primer pronunciamiento de un tribunal internacional de derechos humanos que reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales².

En el ámbito interno, deben destacarse las reformas emprendidas por buena parte de los países latinoamericanos. Solamente en cinco de los veintiún textos constitucionales no aparece mención alguna a los derechos de los pueblos indígenas. Es cierto que en algunos casos las previsiones se limitan a enunciados generales de tipo más bien simbólico o a lo sumo programático, pero en otros se reconocen auténticos derechos, de manera incluso pormenorizada, como en los casos de Colombia (1991), Venezuela (1999), Bolivia (reforma de 1994 y Constitución de 2009) y Ecuador (1998 y 2008)³.

¹ Para esta cuestión, puede consultarse James Anaya (2004).

² Puede consultarse Felipe Gómez (2003) y Luis Rodríguez-Piñero (2004).

³ Un desarrollo de estas cuestiones se halla en Cletus Gregor Barié (2003) y también en Marco Aparicio Wilhelmi (2001).

Tras los últimos procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia, hay quienes consideran que se habría ya terminado el período de avances en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas y reformas en América Latina. Existirían una serie de síntomas del mencionado fin de ciclo. Entre ellos se podría destacar la palmaria debilidad y escasa ejecutividad de los reconocimientos, que quedarían en evidencia, por ejemplo, al confrontarse con las regulaciones en materia de libre comercio y propiedad intelectual, muy condicionadas por una normativa internacional que desconoce salvaguardas —o si las hay son de extrema debilidad— que aseguren el respeto de los derechos indígenas en materia de acceso y control de recursos, biodiversidad o conocimientos tradicionales.

En este contexto aparece la hábil distinción entre *hard law* y *soft law* (Derecho “duro,” dotado de mecanismos de exigibilidad, y Derecho “blando”, a expensas de la voluntad del aplicador), y de las lógicas de la *governance*, esto es, de la gestión de los asuntos públicos a través de mediaciones en las que a menudo se significan y se da reforzada cobertura a intereses privados (y privativos). Con tal distinción, la sumatoria tanto del Derecho internacional como del interno sitúa los avances en el amparo de los intereses y necesidades de los pueblos indígenas muy por detrás de la ofensiva privatizadora que da continuidad e intensifica el genocidio material y espiritual.

El propio Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su evaluación del Decenio de los derechos de los pueblos indígenas (1994-2004), concluyó que “con respecto a los pueblos indígenas, los valores básicos y los principios que son la base de los sistemas legales nacionales e internacionales, no están siendo aplicados en forma justa ni de manera no-discriminatoria. La impunidad por violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas es tolerada ampliamente”⁴.

La reflexión crítica debe situarse más allá de las concretas normas para referirse en su conjunto a las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural englobadas en el llamado multiculturalismo. A estas alturas, son muchas las voces que señalan cómo este tipo de respuestas habrían operado fundamentalmente como factor de corrección superficial, estética, de la profunda —y consciente— ceguera respecto de las diferencias culturales existentes en las sociedades latinoamericanas. Las políticas multiculturales del liberalismo habrían dejado intacto el carácter etnocéntrico de un modelo desarrollado como continuidad colonial que reproduce una profunda disociación entre la realidad formal, la unidad institucional y jurídica, y la realidad fáctica, preñada de diversidad.

En la actualidad, muchas organizaciones vienen denunciando un cierto agotamiento de la lucha por los derechos. Respecto de los derechos indígenas, se constata su limitado alcance y la enorme “brecha de implementación”, esto es, la distancia entre lo predicado por la normativa internacional o constitucional y lo efectivamente

⁴ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, “Evaluación del decenio internacional. Urgente necesidad de renovación de mandato y mejora del proceso de elaboración de normas de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas”, Ginebra-Nueva York, Mayo, 2004.

desarrollado por la legislación ordinaria, el desarrollo reglamentario, la actividad judicial, la ejecución de las resoluciones, etc.

Frente a tal situación, una opción sería propugnar el fortalecimiento de los sujetos antes que los derechos, al menos mientras éstos sean entendidos desde los patrones que marca la estatalidad. La duda es si este fortalecimiento debe apoyarse o no en discursos jurídicos o si es preferible acudir exclusivamente al terreno de prácticas alejadas de los espacios pre-conformados por la normatividad.

Debe señalarse que no todos los pueblos indígenas se hallan en idéntica posición ni optan por iguales estrategias y recursos tácticos. Tanto es así que incluso, en función de cuál sea el ámbito de nuestra reflexión, podríamos llegar a cuestionar la propia categoría de “pueblos indígenas”. Las diferencias más notables se pueden ver en los países andinos, donde las condiciones en las que se desarrollan las vidas de los pueblos del altiplano distan mucho de las que envuelven a los pueblos de las zonas bajas. La diferencia se cifra a partir de distintos modos de inserción en el mercado, sus formas de relación con el Estado, sus patrones organizativos, etc. Ello ha llevado desde tiempos remotos a numerosos momentos de contradicción de intereses, y hoy existen no pocas situaciones en las que hay disputa por el acceso a recursos y a espacios de participación, en el marco de condicionantes impuestos por el Estado y el modelo económico capitalista⁵.

No obstante, y pese a los matices que deben incorporarse en función de cada caso, en el presente texto se va a defender la utilidad de la categoría “pueblos indígenas” como sujetos colectivos en los que convergen dinámicas de dominación social y cultural, esto es, líneas de continuidad colonial, en los términos que más adelante serán referidos.

La cuestión alrededor de la cual va a orbitar el presente escrito es la siguiente: más allá de una valoración general y abstracta sobre los avances en el reconocimiento de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, ¿qué alcance práctico, conformador de nuevas realidades, pueden llegar a tener? A partir de los distintos reconocimientos jurídicos, ¿se ha logrado reforzar la subjetividad política colectiva de los pueblos indígenas y con ella la transformación de su relación o su inserción en las realidades estatales? ¿Se han llegado a transformar las estructuras de los Estados?

Con este objetivo, situaremos a continuación el punto de partida en dos hitos normativos que nos permiten subrayar la trascendencia teórica de los avances referidos: en primer lugar, la Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas, y específicamente en el reconocimiento del derecho a la libre determinación que en ella se consagra; en segundo término, el cambio de paradigma normativo que representa la Constitución boliviana de 2009 en el marco del reconocimiento de la plurinacionalidad de raíz comunitaria.

⁵ Un buen ejemplo lo hallamos en la polémica construcción de la carretera que atraviesa el TIPNIS (Territorio indígena Parque nacional Isiboro-Sécure), en Bolivia. Se trata de una gran infraestructura pensada para permitir la conexión interoceánica, en el marco de la Iniciativa para la Integración Regional de Suramérica (IIRSA). La organización de defensa de los derechos humanos FIDH, ha realizado un informe al respecto: http://www.defensoria.gob.bo/archivos/Informe_del_consulta_en_el_TIPNIS_APDHB_FIDH.pdf

Tras ello, y desde una perspectiva menos descriptiva, nos referiremos a la naturaleza y alcance de uno de los derechos más reclamados por los pueblos indígenas, y al mismo tiempo seguramente el derecho que mejor representa o ejemplifica los límites del reconocimiento liberal de derechos colectivos si de lo que se trata es de avanzar en la igualación material (social y cultural). Se trata del derecho a la consulta previa, libre e informada.

Por último, abriremos un espacio que podríamos calificar de “agitación de dudas”: por un lado, las referidas a la naturaleza del enfoque, del tipo de aproximación teórica posible a cuestiones que ponen en relación realidades socio-culturales diversas, dispares y enormemente complejas. Ello nos conducirá a interrogantes epistémicos, precauciones sobre las maneras de ver y de contar; en segundo lugar, abordaremos dudas sobre el papel de los derechos, en términos generales —dudas referidas a su función en el marco de los Estados de conformación liberal-capitalista, y también en lo respectivo de modo específico a los derechos de los pueblos indígenas o, mejor dicho, derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

Finalmente, las dudas nos llevan a la propia naturaleza del Estado, tal y como está hoy configurado: ¿hasta qué punto el Estado y el orden jurídico y político internacional son capaces de incorporar en su estructura el pluralismo social y cultural realmente existente? ¿La estructura institucional y jurídica del Estado puede llegar a permitir una ruptura de la lógica unitaria? ¿Puede pensarse en una transformación pluralista profunda, verdaderamente incluyente, de las estructuras institucionales y de los modos de producción normativa estatales? ¿Puede llegar a descolonizarse el Estado?

2. Breve exemplificación de los avances normativos en materia de derechos indígenas

Como ha sido avanzado, el presente apartado tiene por objeto constatar los avances logrados en los dos principales hitos en el reconocimiento de derechos indígenas: la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas (2007, en adelante DDPI) y la Constitución Política boliviana (2009). Ambos textos serán abordados desde una perspectiva general, abstracta, como mera descripción de algunos de sus posibles alcances teóricos, sin atender, por el momento, a los terrenos concretos, actuados, en los que se disputan de manera violenta las condiciones de la relación entre sujetos con más poder y sujetos con menos poder.

2.1. La Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de Naciones Unidas como constatación de la continuidad colonial

En septiembre de 2007, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobaba, tras más de veinte años de trabajos, la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. En su artículo 3, seguramente el más debatido y una de las principales razones de la mencionada demora, se establece que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Salta a la vista que se trata de una reiteración, con el mero añadido del adjetivo “indígenas” al sujeto del derecho, los “pueblos”, del artículo primero de los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales (1966). Como es sabido, se trata de los dos principales pactos de derechos humanos, encargados de trasladar a convenios internacionales los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La importancia de que la DDPI recoja en términos idénticos el derecho a la libre determinación es enorme. Como es sabido, tras la aprobación de los pactos de 1966, se quiso restringir el sujeto titular a aquellos pueblos aún sometidos a una relación de dominación colonial (a partir de una doctrina conocida por el nombre de “blue water” o *agua salada*). Se consideraba de este modo que el reconocimiento de derechos humanos individuales debía fundamentarse en un requisito previo, la eliminación de la relación colonial, como forma de dominación colectiva. El presupuesto es claro: la efectividad de los derechos humanos sólo puede llegar a asentarse en sociedades no sometidas por relaciones coloniales.

La doctrina del agua salada tuvo que enfrentarse a diferentes cuestionamientos y aunque sufriera algunas matizaciones, en general se puede decir que se mantuvo con firmeza. Por esta razón, el hecho de que la Declaración de 2007 opte por recoger el mismo derecho implica su actualización al contexto en que subsisten pueblos indígenas. Más allá de las precauciones que la misma Declaración incorpora para limitar el alcance de la libre determinación indígena⁶, no cabe duda que tras ella queda reforzada la comprensión de los derechos humanos a partir de la relación entre lo colectivo y lo individual reafirmando que, mientras se den situaciones de dominación de unos pueblos sobre otros, la vigencia de los derechos, tanto colectivos como individuales, se hallará en permanente cuestión.

En otras palabras: la conclusión que ser deriva de cualquier razonamiento jurídico, y más aún, del mismo sentido común, es la siguiente: si tras cuarenta años de insistencia en el sentido descolonizador —y sólo descolonizador— del derecho de libre determinación, su mimético reconocimiento para las realidades indígenas significa que los Estados que firmaron la DDPI, y las NNUU en su conjunto, reconocen que en la actualidad, los pueblos indígenas están sometidos a una situación de dominación colonial, *interna* si se quiere.

Las Naciones Unidas sitúan pues —consciente o inconscientemente— el punto de partida de la relación entre los pueblos indígenas y los Estados en la continuidad del colonialismo. Esa continuidad colonial ha sido denunciada por autores como González Casanova (1969), quien en su *Sociología de la explotación* hablaba ya en 1969 de “colonialismo interno”, o Rivera Cusicanqui (2010), que recoge y desarrolla la propuesta para analizar la realidad boliviana. Y se trata de voces pertenecientes

⁶ Ya desde el art. 4 se insiste en la dimensión interna y limitada de la libre determinación como “autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos *internos y locales*”. Asimismo, como cierre de la Declaración, y a consecuencia de las presiones de Estados Unidos, se incluyó el siguiente redactado (art. 46.1): “nada de lo señalado en la presente Declaración [...] se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la *integridad territorial o la unidad política* de Estados soberanos e independientes”.

a la reflexión más crítica del continente americano, las que con mayor profundidad han denunciado el modo en que los Estados han mantenido una estructura de dominación colonial consustancial al sistema económico capitalista.

2.2. Bolivia y el Estado plurinacional comunitario como nuevo paradigma constitucional

Para entender el alcance de la propuesta constitucional boliviana, debemos referirnos brevemente al contexto en que toma forma. En el cambio de siglo se inicia en Bolivia el llamado “ciclo rebelde”, que acumula episodios y fuerzas de impugnación frontal, radical, del modelo neoliberal implantado a lo largo de la década de los noventa, y del sistema de partidos que lo sostuvo. Durante el gobierno del general y ex dictador Hugo Bánzer (1997-2001) se entregó a la empresa norteamericana Bechtel la gestión de las aguas de buena parte del valle de Cochabamaba. La práctica totalidad de sectores sociales respondieron de manera unitaria en la Coordinadora de Defensa del Agua y la Vida. Otro de los episodios del ciclo de movilizaciones es la “Guerra del Gas”, que se produce a partir de la reacción popular generada por el anuncio del presidente Sánchez de Lozada de que un consorcio de empresas transnacionales (*British Gas, British Petroleum* y *Repsol-YPF*) iba a encargarse de llevar gas licuado a México y Estados Unidos a través de un puerto chileno.

La capacidad destituyente de las fuerzas sociales movilizadas frente al expolio de bienes comunes lograría dar forma a un proceso constituyente, de 2006 a 2008, de gran capacidad transformadora. Dicho proceso fue impulsado por el llamado Pacto de Unidad, que reunía a organizaciones sociales diversas entre las que destacó el papel de las organizaciones indígenas: CONAMAQ —para los pueblos del altiplano— y CIDOB —para los del Oriente o tierras bajas. En efecto, el empuje indígena del proceso constituyente resulta evidente en el texto aprobado (enero de 2009).

Veamos en qué se concreta: la Constitución boliviana dibuja los elementos de un nuevo paradigma constitucional basado en la definición del Estado como “Estado plurinacional comunitario” (art. 1). La *plurinacionalidad* es el concepto que sirve para superar la referencia, común en los textos constitucionales reformados a lo largo de los 90’, a la *pluriculturalidad*. Con ello, se pretende asentar la dimensión política y prescriptiva del reconocimiento de la existencia de distintas culturas o grupos culturales. Frente a la comprensión descriptiva de la existencia de distintas culturas, la plurinacionalidad empujaría a transformaciones de las estructuras institucionales y jurídicas del Estado.

Su artículo segundo precisa cuál es el sustento de la plurinacionalidad: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”. Más adelante, en el art. 9.1, se establece entre los fines y funciones esenciales del Estado “constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales”.

Prevé asimismo un capítulo específico de derechos indígenas (“de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”, según el enunciado constitucional), donde quedan recogidos los derechos vertebradores de su existencia y desarrollo como tales, en sintonía con los contenidos de la DDPI. A modo de ejemplo, aparecen derechos como, sin más, “a existir libremente” (art. 30.II.1), “a su identidad cultural” (30.II.2), “a la libre determinación y territorialidad” (30.II.4). A la consulta previa “mediante procedimientos adecuados y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles” (30.II.15), o “a la gestión territorial indígena autónoma” (30.II.17).

Otro de los aspectos centrales es el de la concreción del derecho de los pueblos indígenas a libre determinación que, según el texto constitucional, consiste “en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias” (art. 289).

Pero seguramente no sea el derecho a la libre determinación el elemento que define un cambio o tránsito paradigmático. Hay que tener en cuenta que pese a su teórico alcance, se trata de un derecho que ha logrado ser encajado con cierta comodidad en la estructura monocorde del Estado liberal, a partir de su comprensión limitada al plano de la autonomía local sin afectación de la lógica territorial de raíz colonial.

El derecho que vendría a anunciar un horizonte distinto es el referido “a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado” (artículo 30.II.5). Se trata de una previsión novedosa, trascendente por cuanto modifica la lógica de la contraposición Estado versus pueblos indígenas. Esta es la lógica en la que se mueve la dimensión garantista de los derechos, vistos como herramientas contramayoritarias, barreras en manos de los pueblos indígenas frente al poder de la sociedad dominante, articulado en el Estado y el Derecho estatal. Entendidos los pueblos indígenas, sus instituciones, como parte del Estado, forzosamente se reconfigura la organización política que debe dar cabida a los distintos sujetos colectivos, llámese Estado si se quiere.

Desde dicho punto de partida se proyecta la reformulación del edificio estatal en su conjunto, puesto que una vez incorporadas como propias instituciones indígenas, el siguiente paso consiste en la articulación de instituciones comunes llamadas a encajar la participación de las distintas colectividades. Concretamente, se configuran la Asamblea Legislativa Plurinacional⁷ y el Tribunal Constitucional Plurinacional⁸.

⁷ La regulación constitucional de la Asamblea Legislativa Plurinacional exige para la elección de sus integrantes la existencia de circunscripciones especiales indígenas (indígena originario campesinas, de acuerdo con la terminología constitucional), derivando su desarrollo a la legislación posterior, con el límite que no trasciendan las fronteras departamentales y que “se establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional” (art. 146 VII).

⁸ Respecto del Tribunal Constitucional su carácter plurinacional se establece constitucionalmente de modo muy escueto. Se marca que sus miembros estarán “elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” (art. 197 I), mediante sufragio universal (art. 198). Se establece, asimismo, que las

Es evidente que el horizonte plurinacional se halla, con mayor o menor intensidad, apuntado. Pero también lo es que se da una mezcla compleja de aspectos enraizados en la más pura tradición constitucional liberal con elementos de un constitucionalismo *dialógico* (Agustín Grijalva, 2008: 49-62), esto es, orientado a la consecución de condiciones de diálogo, de igualdad, entre distintos sujetos colectivos. Se ofrece así un panorama de intensa promiscuidad: una amalgama de factores en tensión, que podría permitir —como siempre en función del equilibrio de fuerzas existente— dar un uso contra-hegemónico de instrumentos políticos y conceptuales hegemónicos que, siguiendo a Boaventura de Sousa Santos (2010: 60) implica “la apropiación creativa de las clases populares para sí de esos instrumentos a fin de hacer avanzar sus agendas políticas más allá del marco político-económico del Estado liberal y de la economía capitalista”. Podríamos hablar entonces, siguiendo con el mismo autor, de un constitucionalismo experimental y, seguramente, transicional.

3. El derecho a la consulta previa, libre e informada: un derecho no indígena

3.1. *El contenido del derecho*

Desde que en 1989 se aprobara el Convenio núm. 169 de la OIT y la mayor parte de los países latinoamericanos lo firmaran y ratificaran (a lo largo de la década de los noventa), el derecho a la consulta previa, libre e informada pasó, casi de inmediato, al primer lugar de las agendas de los espacios de movilización indígena.

Concretamente, se trata de la previsión contenida en el art. 6 del citado convenio⁹:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...]
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

candidaturas podrán ser propuestas “por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (art. 199 II).

⁹ De manera general, en el art. 6.1 a) que establece como obligación de los gobiernos “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, exigiendo que las consultas se efectúen “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (art. 6.2). Más adelante especifica el derecho de consulta en ámbitos concretos, como la afectación de recursos naturales (art. 15.2), la enajenación de tierras (art. 17.2), la implementación de formación profesional (art. 22.1), en el ámbito educativo (art. 27.3).

De manera muy parecida recoge la misma institución la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (art. 19). Concretamente, prevé que:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Vemos cómo no hay importantes diferencias respecto del art. 6 del Convenio núm. 169, que ya hablaba de consulta “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. El art. 19 es algo más exigente al marcarse como objetivo la consecución de un “consentimiento previo, libre e informado”, aunque el derecho de los pueblos sigue siendo el mismo: ser consultados de buena fe y de manera previa.

Merece la pena apuntar que el derecho de consulta previa debe necesariamente situarse en el escenario más general de los derechos políticos reconocidos por la Declaración y, entre ellos, el derecho de libre determinación del art. 3. La idea de fondo es que la Declaración situaría las bases de una cierta reformulación de las relaciones entre los Estados, las sociedades dominantes, y los pueblos indígenas. Se parte del reconocimiento del derecho a la libre determinación pero sin buscar el aislamiento de los pueblos sino un replanteamiento del patrón de las relaciones. Por esta razón, adquiere una importancia central el establecimiento de procedimientos llamados a encauzar el diálogo en los casos en que pueda darse una contradicción de intereses.

El debate, como lo ejemplifica el proceso constituyente ecuatoriano de 2008, se ha centrado en si a partir del art. 19 de la Declaración, los pueblos indígenas gozan o no de un derecho de veto que podría ser utilizado frente a planes de desarrollo, como por ejemplo los referidos a la extracción de hidrocarburos y minerales.

En el plano teórico, se podría decir que el planteamiento de la Declaración es avanzar en los espacios de participación de los pueblos indígenas en la vida política del Estado, y en tal contexto no cabría interpretar sin más el art. 19 como derecho de veto. Más bien, consulta y consentimiento serían dispositivos que tratarían de evitar la imposición de una parte sobre la otra en busca de espacios de entendimiento mutuo y el consenso en la toma de decisiones.

Ahora bien, por la misma razón, si se constata la continuidad de la exclusión de los pueblos indígenas de los procesos de toma de decisiones, debería poder reivindicarse el derecho de consulta como derecho que legitimaría la oposición a la imposición de decisiones estatales, especialmente en aquellos casos en los que se pusieran en peligro sus derechos más elementales o su propia pervivencia como pueblos.

Se podría establecer un criterio de interpretación sobre el alcance del derecho de acuerdo a su naturaleza, a su razón de ser. El punto de partida es que se trata de un dispositivo por medio del cual respecto de los pueblos indígenas el Estado reconoce la insuficiencia de los mecanismos institucionales de participación en las decisiones. Por tanto, cuanto mayor sea dicha insuficiencia, esto es, cuanto mayor

sea la exclusión de los pueblos en la toma de decisiones estatales mayor capacidad debe otorgar a los pueblos indígenas el derecho de consulta para oponerse a tales decisiones, para vetarlas. Pero también en sentido opuesto: cuanto mayor sea la capacidad de las comunidades afectadas de incidir en las decisiones estatales (por su situación geográfica, capacidad organizativa, inserción en los dispositivos de poder institucional, interlocución social, etc.), menor centralidad jurídica deberá otorgarse a la consulta previa.

Este criterio de interpretación debería modularse además de acuerdo con el nivel de impacto de las decisiones en juego. Esto es, si se trata de llevar a cabo un proyecto energético o de infraestructura viaria que conlleve una sustancial modificación de las condiciones de vida y desarrollo de las comunidades, la centralidad deberá ser mayor. Y así deberá exigirse tanto en fase de decisión administrativa como, en su caso, judicialmente: estará en manos de los tribunales la posibilidad de anular toda decisión que no pondere de manera suficiente los criterios planteados.

Pese a las resistencias y lo errático de las decisiones judiciales al respecto, se puede decir que hay elementos de los criterios planteados en el modo en que se ha desplegado el derecho de consulta recogido en el Convenio 169 de la OIT. Así se constata en diversos casos: concretamente en una reclamación contra el Estado de Ecuador relativa a la firma de un convenio de explotación petrolera en el territorio del pueblo Shuar, se designó un comité tripartito del Consejo de Administración de la OIT que resolvió que una “reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto en el Convenio”¹⁰, y que las consultas debían incorporar a “organizaciones, instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas”. Con ello llegó a concluir que la exclusión de la principal organización del pueblo Shuar en la firma del convenio supuso una vulneración del derecho de consulta previsto por el Convenio¹¹.

En el supuesto que el Estado respete las exigencias del procedimiento de consulta al que hace referencia el art. 19 y, aun así, el pueblo afectado se negare a prestar su consentimiento, ¿podría el Estado acabar imponiendo su decisión? No puede darse una respuesta cerrada. Dejando al margen consideraciones políticas, desde un punto de vista jurídico pueden servir los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Saramaka v. Suriname*¹², donde responde a situaciones en que la medida podría llegar a poner en peligro de manera sustancial el bienestar físico o cultural básico de la comunidad indígena.

Esta línea interpretativa es confirmada por la propia Declaración cuando en su art. 10 impide el traslado de pueblos indígenas de sus tierras o territorios “sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un

¹⁰ Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), GB.282/14/2 (14 de noviembre de 2001), párr. 38.

¹¹ Ibídem, párr. 44.

¹² *Saramaka v. Suriname*, Corte I.D.H., sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrs. 133-137.

acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa...”. Y de igual modo, en el art. 29.2, en el que establece que

Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

En definitiva: como cualquier otro derecho, la consulta previa debería funcionar como herramienta contramayoritaria, como contrapoder. Es decir, se parte de la constatación de que existe una sociedad mayoritaria, una cultura dominante, con más poder, capaz de articular los espacios de decisión conforme a sus propias pautas de comprensión y a sus propios intereses. Frente a tal sociedad, el compendio de derechos recogidos por la DDPI tendría como objetivo facilitar la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad estatal, pero a una sociedad que, idealmente, dejaría de ser nítidamente homogénea, monocultural. Dicho horizonte normativo se dibujaría a través del reconocimiento de las diferentes subjetividades colectivas concretado precisamente en la existencia de derechos especiales, entre los que sobresale por su trascendencia el referido a la consulta previa.

Los escenarios de llegada apuntados por la Declaración dibujarían espacios de diálogo entre intereses diversos, en los que no encajaría la imposición o veto de ninguna de las partes. Pero, estando lejos aún tales objetivos, lo importante de la DDPI es que traza caminos para su consecución, en el marco de un proceso que se debe ir construyendo. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas son, como cualquier derecho, medio y fin: su efectiva realización es el objetivo, y su reivindicación y ejercicio un modo de avanzar hacia el mismo.

3.2. La consulta previa como mecanismo de despojo: un derecho no indígena; un no-derecho

Acabamos de señalar cómo los derechos tienen una doble naturaleza: son objetivo y medio o mecanismo al mismo tiempo. Se puede añadir que, en realidad, su objetivo es la desaparición de la necesidad misma de su existencia. Es decir, los derechos actúan en contextos en los que la desigualdad de poder aconseja que la parte más vulnerable de la relación se dote de significantes que escenifiquen el conflicto, la disputa. Dicha escenificación busca que sea posible forzar, llegado el caso, la activación de mecanismos de freno del poder (la garantía de los derechos contra la voluntad de los sujetos con más poder). Que realmente se puedan activar o no los mecanismos de garantía, y hasta qué punto se haga, dependerá, de nuevo, de la relación de poder, de la capacidad de amenaza de los sujetos en situación de mayor vulnerabilidad. Pero la existencia misma del derecho implica el reconocimiento de la desigualdad, el reconocimiento de que un conjunto de sujetos, por su posición de menor poder, pueden ver amenazada la realización de necesidades legítimas.

¿Qué implica el derecho a la consulta previa? Significaría una respuesta a la continuidad colonial a partir de una herramienta pensada para enfrentar las condiciones

excluyentes de la participación en comunidades políticas profundamente diversas que, sin embargo, se hallan estructuradas de modo etnocéntrico.

En otras palabras: articular un procedimiento de consulta previa implica el reconocimiento por parte del Estado de que los pueblos indígenas se hallan en una posición de sub-representación, que su relación con las instituciones y los cauces representativos de la democracia liberal los sitúan en inferioridad de condiciones (en ocasiones hasta la más llana exclusión) para hacer oír su voz en los mecanismos llamados a la conformación de la “voluntad general”.

Como es sabido, históricamente las aportaciones llamadas a legitimar el Estado liberal han gravitado alrededor de la fundamentación del modo en que se formula la “voluntad general”. Las aproximaciones contractualistas han buscado apuntalar la legitimidad del poder a partir de la traslación del acuerdo entre individuos libres a la decisión política de sus representantes, que por ello estaría dotada de efectos generales e imperativos.

Pues bien, si la ficción de la igualdad entre individuos (a consecuencia de las profundas desigualdades materiales) ha puesto en cuestión dichos intentos legitimadores desde sus inicios, la desigualdad entre sujetos colectivos convierten en farsa la ficción de la igualdad. Es en este marco en el que deben leerse los derechos indígenas y muy especialmente el derecho a la consulta previa.

En efecto, los derechos colectivos, y entre ellos los de los pueblos indígenas, surgen como respuesta a la desigualdad entre grupos. El problema en el caso de los derechos indígenas es que dicha igualdad llega en la mayor parte de los casos a extremos que desactivan radicalmente sus posibilidades de incidencia. El ejemplo de la consulta previa es paradigmático: su configuración y, sobre todo, su materialización práctica está llevando a desactivar incluso su mera dimensión simbólica. Veamos por qué.

Como es conocido, a partir de los años noventa del pasado siglo, América Latina (y tantas otras regiones) asistió a un desbocado despojo de recursos naturales (industrias extractivas, expansión del modelo agroindustrial y especialmente plantaciones transgénicas, apropiación de biodiversidad y conocimiento tradicional). Se trata de lo que David Harvey (2004:127) ha denominado “acumulación por desposesión”¹³,

¹³ Consistiría en un proyecto de privatización y mercantilización universal, fase actual del desarrollo del modelo capitalista, que trata de hacer frente al problema de sobreacumulación experimentado desde 1973. Una de las vías es aportar al sistema materias primas baratas y otra es la devaluación de los activos existentes de capital y fuerza de trabajo. El capital sobreacumulado puede entonces comprar a precios de saldo los bienes de capital devaluados y reciclarlos rentablemente. La explicación resulta de actualidad *rabiosa*: como señala el autor, para que exista beneficio “es necesaria una devaluación previa, lo que significa una crisis de cierta amplitud”. Se refiere el autor a los casos de las crisis financieras asiática y mexicana, que, como vemos hoy en Grecia (y también Portugal, España e Italia) se convierten en “mecanismos para provocar transferencias de propiedad y poder a quienes mantienen intactos sus propios activos en condiciones de ofrecer crédito”. En este sentido, “la empresarización y privatización de instituciones hasta ahora públicas (como las universidades), el agua y otros bienes públicos [...], supone una reedición a escala gigantesca del cercado de las tierras comunales en la Europa de los siglos XV y XVI” (Harvey, 2004: 118-120).

que no es más que la actualización de los mecanismos de acumulación capitalista ya descritos por Karl Marx (1987: 607-658): acumulación originaria o primitiva y acumulación ampliada. Recordemos que según sus tesis, el proceso que engendra el capitalismo es el de la “disociación entre el obrero y la propiedad sobre las condiciones de su trabajo”, siendo la base de ese proceso “la expropiación que priva de su tierra al productor rural”. Así es: la categoría de acumulación originaria es en Marx el punto de partida del régimen capitalista de producción, y sería a la economía política lo que a la teología es el “pecado original”: el momento en el que arranca la pobreza de las mayorías¹⁴.

La vigencia de estos mecanismos la podemos encontrar, sin duda, en los procesos de privatización, que, según Roy, consisten esencialmente en “la transferencia de activos públicos productivos a empresas privadas. Entre estos activos productivos se encuentran los recursos naturales: tierras, bosques agua, aire. Éstos son activos que el Estado posee en nombre del pueblo al que representa [...]. Arrebatárselos para venderlos a empresas privadas representa un proceso de desposesión bárbaro, a una escala sin precedentes en la historia” (Citado en Harvey, 2004: 127).

Pues bien, ante dicho proceso, es posible plantear dos perspectivas de análisis sobre el alcance de los cambios normativos en materia de derechos indígenas. Por un lado, se podría defender que los avances constitucionales, y en especial la puesta en práctica de los procesos de consulta previa, han servido de freno, aunque limitado, a la explotación indiscriminada de recursos. Según esta visión, el hecho de tener que pasar por la consulta previa con las comunidades implicadas por proyectos de inversión privados o públicos, habría llevado a evitar, ralentizar o matizar los impactos negativos de tales proyectos. Al mismo tiempo, habría servido como espacio de inserción de los pueblos indígenas en las decisiones administrativas y con ello una cierta reconfiguración del Estado más acorde con la pluralidad cultural que alberga.

Otra lectura subrayaría, más allá de puntuales casos en los que puede haber tenido un efecto movilizador de resistencias, la coincidencia del reconocimiento del derecho a la consulta previa, y del conjunto de reformas constitucionales en la materia, con el despliegue de políticas neoliberales. Esa constatación, se señala, debería llevarnos a pensar que el objetivo de tales reformas fue ya desde un inicio la re-legitimación de un régimen político que pretendía profundizar el vaciamiento del Estado que exige el desarrollo del modelo económico que impone la globalización neoliberal.

En efecto, aunque la OIT, así como distintos pronunciamientos jurisprudenciales, han insistido en que la consulta debe ser realizada por el Estado, y no por las empresas, en muchas ocasiones han sido éstas directamente las que han realizado o conducido el proceso de la consulta, con una certificación final del Estado. Este protagonismo empresarial fue claro al inicio del despliegue de los procedimientos

¹⁴ La acumulación originaria consiste, como nos recuerda de Boaventura de Sousa Santos, en la apropiación “con recurso a mecanismos extra-económicos (políticos, coercitivos), de la tierra, de los recursos naturales y de la fuerza de trabajo necesarios para sostener la reproducción ampliada”, que sería la que, dicho de manera rápida, operaría por mecanismos de tipo económico (De Sousa, 2010: 79-80).

de consulta aunque ha sido posteriormente matizado. De todas formas, debe señalarse que aunque formalmente sea el Estado el responsable último del impulso y desarrollo de la consulta, materialmente la capacidad de las empresas inversoras para condicionar su efectiva puesta en práctica es muy grande.

De este modo, podría verse en el reconocimiento del derecho a la consulta previa una manifestación del sentido privatizador que las reformas neoliberales han tenido en el Derecho. Es decir, el Derecho aparecería cada vez más no como expresión de la decisión de entes públicos sino como espacio de proceduralización de acuerdos entre particulares, cuya relación no es precisamente igualitaria. Se trata de lo que algunos autores han denominado “procedimentalización privatizadora”, que como recoge Estévez Araujo sería aquélla que “supone la transferencia en mayor o menor grado de la facultad de determinar el contenido de las normas jurídicas a los representantes de los grupos de intereses afectados. En esta modalidad, el Estado puede reservarse más o menos poderes de regulación del proceso de decisión y aplicación: puede estar en condiciones de dictar las reglas del proceso de negociación, o puede dejar que los grupos de interés se auto-regulen y, luego, limitarse a poner el marchamo oficial a sus decisiones”. Este tipo de proceduralización sería distinta a la de carácter “democratizador”, que supone un incremento del poder de participación en el proceso de producción de las normas jurídicas de las personas en cuanto ciudadanos (Estévez Araujo, 2006: 61).

Lo que se quiere señalar, como a continuación veremos, es que los derechos no deberían limitarse a establecer meros procedimientos, instrucciones de uso para la gestión de un espacio de pluriculturalidad domesticada donde todo es negociable en nombre de la “gobernanza”.

Tomemos como ejemplo el caso colombiano, en el que el derecho a la consulta previa se despliega a partir de una pormenorizada regulación estatal y de acuerdo con distintas decisiones jurisprudenciales. En la actualidad, además del Convenio núm. 169 y el marco constitucional, hay en Colombia al menos ocho textos normativos vigentes que regulan la consulta previa. Además, existe un proyecto de Ley Estatutaria al respecto. Lo primero que llama la atención es que el Ministerio encargado del garantizar el procedimiento es el Ministerio del Interior, concretamente la Dirección de Consulta Previa que, a su vez, está dividida en cuatro áreas: la de certificaciones (encargada de acreditar la presencia de pueblos con derecho a la consulta previa); de gestión (responsable del desarrollo del proceso); área jurídica y área de recursos (financieros y administrativos). De acuerdo con el conjunto de reglas vigentes, el proceso de consulta cuenta con diversas fases: a) pre-consulta; b) apertura; análisis y concertación de impactos y medidas; c) protocolización de acuerdos; d) sistematización y seguimiento; e) cierre.

Lo que se quiere poner de manifiesto, sin entrar en el detalle casuístico de los procedimientos concretos que se han llevado a cabo, es que el alto grado de formalización jurídica de la consulta previa no ha logrado garantizar un elemento previo para que ésta pueda realmente ser expresión de un mecanismo de diálogo intercultural. Ese elemento previo no es otro que el de la relación de poder entre las partes interesadas en la consulta. En efecto, más allá de las mediaciones procedimentales

que el derecho de consulta implica, no existen garantías mínimas referidas a las condiciones materiales en que se produce. Por ello, aunque se puedan detectar avances en la implementación de los aspectos formales del proceso, gracias a la presión de las organizaciones indígenas y a distintos pronunciamientos jurisprudenciales, en realidad dichos aspectos formales vendrían a camuflar la desigualdad material en las condiciones del diálogo o posible concertación de intereses.

Dicho de manera más nítida: mientras las carencias vitales de los pueblos indígenas no sean drásticamente reducidas, los procesos de consulta no pueden asegurar la protección de sus intereses o necesidades puesto que al no estar en condiciones materiales de negociar se ven abocados en la mayor parte de los casos a aceptar las compensaciones que la empresa esté dispuesta a conceder. Se trata, en definitiva, de una versión algo más elegante de algunos de los mecanismos empleados por el invasor colonial para la satisfacción de la voracidad sobre los recursos naturales.

Según Asier Martínez de Bringas nos hallaríamos ante una expresión del “tránsito de un proceso político de intensa represión (exclusión), a otro más liviano, al menos en la intensidad de la violencia, aunque no en las consecuencias a largo plazo (desigualdad)...”. Este tránsito tendría que ver “con el valor (de uso) de la biodiversidad que los pueblos indígenas ocupan y tienen, y con la fertilidad que los conocimientos ancestrales indígenas poseen para la lógica del capitalismo en el nuevo escenario global”. Por ello, advierte, “debemos apercibir los peligros que encierra esta *multiculturalidad negociada*, que permite ser a los pueblos indígenas interlocutores en dicha negociación, pero sólo de una manera estratégica, es decir, por el hecho de que los espacios que ocupan y habitan, así como por los recursos que encierran, poseen una utilidad y un potencial inaudito para las dinámicas del capitalismo multinacional” (Martínez de Bringas, 2006: 103).

Por tanto, si entendemos que tal y como está configurada la consulta previa no sirve como mecanismo de protección de las necesidades de los pueblos indígenas, en realidad lo que hay que rechazar es que se trate de un derecho indígena, e incluso de que se trate de un derecho. Sería más bien un trámite administrativo dirigido a asegurar una cierta participación de comunidades afectadas en la ejecución de prioridades de inversión previamente decididas por parte de un Estado escasamente reconfigurado por el predicado de la interculturalidad.

4. Derechos y pueblos indígenas: avances objetivos, debilidades subjetivas

En el anterior apartado se han querido ejemplificar, a partir de un derecho concreto, los límites del discurso jurídico cuando las relaciones de poder son abismalmente desiguales. Recogiendo la distinción entre normalidad y normatividad que planteara Hermann Heller ya en el periodo de entreguerras, diríamos que la norma difícilmente puede incidir en las relaciones de poder si la realidad alberga desigualdades insalvables. Esa es sin duda la situación que se da prácticamente siempre cuando una norma se plantea “concertar” los intereses de empresas transnacionales con la de comunidades indígenas.

En realidad, cualquier norma jurídica que como consecuencia de procesos de movilización colectiva recoja mejoras en la posición de determinados sujetos,

implica en sí misma avances pero al mismo tiempo supone cierres, frenos al desarrollo de una fuerza colectiva de ruptura y de transformación más profunda.

El uso del discurso jurídico, la articulación de demandas para la consecución de derechos deben entenderse como opciones derivadas de un cálculo estratégico que no sólo depende de lo que los textos normativos establezcan o puedan llegar a plasmar, sino de la fuerza acumulada para hacerlos efectivos y afectar verdaderamente las relaciones de poder. De ello no son excepción, ni mucho menos, los distintos reconocimientos de derechos indígenas, ni Constituciones como la ecuatoriana y boliviana.

El tema es cómo nos situamos desde el análisis teórico: ¿invalidamos los resultados y los procesos o tratamos de reforzar esos nuevos sentidos normativos como líneas de legitimación para la acción colectiva que debe seguir empujando para cambiar las relaciones de poder?

Por esta razón entendemos que resulta especialmente interesante el ejemplo de la Constitución boliviana: según hemos podido mencionar, resulta indudable la trascendencia de sus avances y su importancia es evidente en términos de construcción de *sentido común* (Gramsci, 2003), esto es, de creencias, intuiciones incluso, que conforman un determinado imaginario social. Se trata, a juicio de muchos, de un avance normativo que plasma una nueva hegemonía discursiva en construcción. En cualquier caso, tiene efectos importantes en términos de debilitamiento de la concepción hegemónica liberal del Estado y del Derecho como parámetros de uniformidad y de los derechos como atributo de la individualidad. No es un tema menor: estamos hablando de factores que abren procesos de transformación culturales.

Sucedería que, incluso en el caso donde mayores son los avances jurídicos, el boliviano, el alcance real de la transformación en el sentido común llegaría, al menos por el momento, más a la apariencia que a la esencia, por emplear términos hegelianos.

La esencia, seguramente, es otra: mientras se amplía el abanico de derechos, individuales y colectivos, el avance de la lógica de despojo/acumulación sigue su curso e incide de manera cada vez más intensa e irreparable en las condiciones mismas de existencia, de supervivencia de los pueblos indígenas. En realidad, lo que está en juego es la continuidad misma de la vida, y los pueblos indígenas no son los únicos afectados, aunque lo ejemplifican con claridad, pues frente a ellos la lógica de la acumulación capitalista libra hoy una de sus principales batallas.

Ahora bien, resultaría bastante improductivo tratar de analizar hasta qué punto los avances en el terreno del reconocimiento de los derechos indígenas han frenado o suavizado los efectos negativos de las políticas económicas de corte productivista y extractiva desplegadas de manera especialmente intensa en las últimas décadas en toda América Latina. En primer lugar porque partiríamos de un supuesto contrafáctico, del que no se suelen extraer excesivas certezas, y en segundo término porque seguramente sea necesaria una perspectiva temporal más amplia para poder valorar procesos de resignificación política colectiva como el que se vive en el caso de Bolivia.

Si se entiende que la disputa de poder, y de sentidos, va más allá de los textos jurídicos y de las proclamas, será más factible defender un proceso que apunte a la

transformación de las condiciones materiales de existencia, de la subjetividad política de los colectivos en presencia.

Nótese lo que se plantea: la necesidad de enfatizar la dimensión política de los derechos y su vinculación con los sujetos y sus prácticas.

4.1. El sentido de los derechos: del “deber ser” jurídico al “querer ser” social

En el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas se hizo célebre el concepto antes mencionado de “brecha de implementación” (*implementation gap*, en inglés), utilizado en diversos informes por Rodolfo Stavenhagen, en su etapa como Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Con dicho término se quería poner de manifiesto que pese a los avances en la normativa de derechos humanos, en lo referido a los derechos indígenas el principal escollo se encontraba en la falta de desarrollo y aplicación de las previsiones tanto internacionales como constitucionales.

Sucede que el hecho de identificar el problema en el momento de la implementación puede llevar a apuntar fundamentalmente a la falta de voluntad política de gobernantes locales, y con ello se omite un terreno de análisis previo no menos relevante: la función y alcance de los derechos en contextos de profundas desigualdades socio-económicas y culturales.

Por mucho que se pueda hacer un uso contra-hegemónico de los derechos, no puede olvidarse que éstos tienden a garantizar la *seguridad jurídica* a través de la individualización de los sujetos, que pueden reivindicar su estatus jurídico en función de precisas circunstancias que el Derecho se encarga de recoger y categorizar. De hecho, ese efecto individualizador choca con, o quizás sea consecuencia de, una especie de tensión ontológica de los derechos en el Estado liberal, y que Bauman ha recogido de la siguiente forma: “está en la naturaleza de los ‘derechos humanos’ el hecho de que aunque se hayan formulado para ser disfrutados de forma *individual* [...] sea preciso luchar por ellos y conquistarlos de forma *colectiva*” (Bauman, 2003: 91).

Sin duda, la irrupción de los derechos colectivos, de titularidad y ejercicio colectivos, supone un cuestionamiento radical de ese efecto (o función) por lo que a la dimensión individual se refiere, de ahí el airado rechazo que han generado en la doctrina jurídica convencional. Como sabemos, entre tales derechos ocupan un lugar destacado los derechos de los pueblos indígenas. Ahora bien, incluso los derechos colectivos no dejan de suponer una segmentación de sujetos que puede provocar una tendencia hacia la separación, hacia la construcción de *trincheras identitarias*¹⁵

¹⁵ Bauman ha querido explicar la implicación entre la lucha por los derechos y el reforzamiento de la identidad grupal: para convertirse en un derecho, “es preciso que la diferencia sea compartida por un grupo o una categoría de individuos lo suficientemente numerosos y decididos como para que sea preciso contar con ellos [...]. (Ello) tiene como resultado una intensa construcción de comunidades [...], el cavar trinchera, el entrenar y armar unidades de asalto: impidiendo la entrada a los intrusos, pero también la salida a quienes están dentro [...]. Es por ello que el principio de derechos humanos actúa como un catalizador que desencadena la producción y autoperpetuación de la diferencia y los esfuerzos para construir una comunidad en torno a ella” (Bauman, 2003: 93).

que buscan reforzar los elementos distintivos entre los grupos, antes que los compartidos. Esa separación, junto con la que generan los derechos individuales, en lugar de reforzar, puede llegar a debilitar la capacidad de impugnación global de las condiciones (económicas, sociales, culturales) que generan exclusión y desigualdad entre grupos e individuos. Pero que no se malinterprete esta afirmación: no son las identidades las que generan la exclusión; es la exclusión la que refuerza la tendencia a subrayar las diferencias antes que las semejanzas, de acuerdo con las reglas de juego que el Estado impone a través de su Derecho y de sus políticas públicas.

Los derechos, desde esta perspectiva, serían vistos como herramientas de distinción, de separación, que podrían acabar socavando las posibilidades de aunar fuerzas por parte de los colectivos en posición de menor poder frente a los sujetos con más poder. Ahora bien, lo anterior no nos debería llevar necesariamente a creer que en ningún caso puedan servir como herramienta de confrontación y cambio. Más bien, habría que entenderlos como elementos que si bien por sí solos no van a generar una transformación de las relaciones de dominación, sí pueden ser vistos como piezas útiles, en interrelación con otros mecanismos (movilización, interlocución con otros actores), para equilibrar las posiciones de negociación en que se hallan los distintos sujetos. Se trataría, en consecuencia, de remarcar por encima de otras consideraciones la dimensión política del conflicto, y ello implica no dejarnos deslumbrar por el alcance del “deber ser” jurídico, del “deber ser” de los derechos aisladamente considerados.

Los derechos sirven en buena medida para cubrir las vergüenzas de la desigualdad, para hacerla menos obscena; hablar de derechos es hablar de debilidad, de subrepresentación. Su naturaleza parte de una contradicción insoslayable: su eficacia depende de la fuerza real que tengan sus destinatarios, y cuanto mayor sea dicha fuerza (o capacidad de amenaza) menos necesarios son.

Por esta razón, la proliferación de textos jurídicos, estatales e internacionales, que reconocen derechos no redonda necesariamente en una mayor trascendencia de los mismos (en general escasa), situación que empeora a medida que las desigualdades aumentan.

Ahora bien, cuando la posición del sujeto titular de los derechos no es de exclusión o profunda desigualdad, esto es, cuando alcanzan cierta posición de fuerza, pueden abrirse ciertos resquicios que permitan a los derechos desarrollar un efecto catalizador, servir de palanca movilizadora. En efecto, los derechos pueden verse como ficciones performativas, capaces de generar imaginarios, reforzar sentidos compartidos, abrir espacios de interlocución entre distintos actores sociales. A partir de ahí pueden derivarse momentos de organización y acción colectiva, es entonces cuando el “deber ser” jurídico abandona su plano meramente discursivo para ser realizado por el “querer ser” social.

Esa es la dimensión política del conflicto en el que se insertan los derechos, de imprescindible identificación si se pretende entender su alcance y potencialidades. En función de la acumulación de fuerza de los sujetos, los derechos podrán desplegar efectos movilizadores o, por el contrario, conllevarán más bien consecuencias

paralizantes, disgradoras, e incluso legitimadoras de estructuras profundamente desiguales.

Las anteriores reflexiones no son privativas del contexto en el que se desarrollan las reivindicaciones de los pueblos indígenas, sino que se hallan referidas a cualquier contexto de desigualdad y especialmente cuando ésta no deriva sólo de la injusticia social sino también, y de manera profundamente relacionada, de injusticias culturales. Ahora bien, la atención que le prestamos a sus luchas estaría justificada, además de otros motivos, porque nos enseñan que las demandas y las prácticas de descolonización son capaces de develar y debilitar el paradigma de la modernidad colonial, con su dogma desarrollista y de crecimiento material ilimitado y su retórica de la igualdad liberal en democracias formalmente representativas y sustancialmente excluyentes.

En esa lucha, que es una disputa de legitimidades y sentidos, los pueblos indígenas han apuntado no sólo a la sustancia de las democracias liberales *realmente existentes* sino también a la misma idea de Estado y, sobretodo, han logrado rechazar “la politización del Estado, como único espacio público posible en el que construir y concebir los procesos culturales”. Ello nos impulsaría a interrogarnos “sobre si es posible construir *otra historia* en la que sea factible eliminar esa suerte de ideología que considera la vida del Estado como el elemento central para construir y entender *la Historia*”¹⁶.

Si este texto ha logrado su principal objetivo, lo estaríamos cerrando con más inquietudes de las que teníamos al iniciar su lectura. Escobar (2010: 45) lo ha recogido de la siguiente manera: “¿es posible pensar y llegar más allá del capital como expresión dominante de la economía, de la euromodernidad como construcción cultural dominante de la vida socio-natural, y del Estado como expresión central de la institucionalización de lo social?”.

5. Referencias bibliográficas

ANAYA, James.

2004 *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid: Trotta.

APARICIO WILHELM, Marco.

2001 *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Barcelona: CEDECS.

BARIÉ, Cletus Gregor.

2003 *Pueblos indígenas y Derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Bolivia: Abya-Yala (también en web: <http://www.cdi.gob.mx/conadepi/iii/cletus/>).

BAUMAN, Zygmund.

2003 *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Buenos Aires: Siglo XXI editores.

¹⁶ Reflexión de Martínez de Bringas (2006: 94) apoyada en Guha (1996: 1-12).

ESCOBAR, Arturo.

- 2010 “América Latina en una encrucijada: ¿modernizaciones alternativas, posliberalismo o posdesarrollo?, en Bretón, V., *Saturno devora a sus hijos. Miradas críticas sobre el desarrollo y sus promesas*, Barcelona: Icaria.

ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio.

- 2006 *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá: Universidad del Externado.

GÓMEZ, Felipe (comp.).

- 2003 *El caso Awá Tingni: nuevos horizontes para los derechos de los pueblos indígenas*, Bilbao: Universidad de Deusto.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo.

- 1969 *Sociología de la explotación*, México: Grijalbo.

GRAMSCI, Antonio.

- 2003 *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Buenos Aires: Nueva Visión.

GRIJALVA, Agustín.

- 2008 “El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008”, *Ecuador Debate*, núm. 75: 49-62.

GUHA, Ranajit.

- 1996 “The Small Voice of History”, *Subaltern Studies*, VI, Delhi: Oxford University Press.

HARVEY, David.

- 2004 *El nuevo imperialismo*, Madrid: Akal.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier.

- 2006 “Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad”, en Berraondo, M. (Coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao: Deusto.

MARX, Karl.

- 1987 *El Capital. Crítica de la Economía Política*, Libro I, capítulos XXIV y XXV, traducción de Wenceslao Roces, México: Fondo de Cultura Económica.

RIVERA CUSICANQUI, Silvia.

- 2010 *Violencias (re) encubiertas en Bolivia*, La Paz: Piedra Rota.

RODRÍGUEZ-PÍÑERO, Luis.

- 2004 “El caso Awá Tingni y la norma internacional de derecho de propiedad indígena”, en Mariño, F., Oliva, D., *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Madrid: Dykinson.

SOUSA SANTOS, Boaventura.

- 2010 *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Quito: Abya Yala.