EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Por Sofía Klot¹

1. Introducción

La construcción del núcleo social de América Latina es un proceso histórico de transculturación que se inicia con la colonización europea de estas tierras y continúa hasta nuestros días. El resultado: una sociedad heterogénea en grado sumo, un singular compuesto de raíces históricas, culturas y etnias. El gran caudillo latinoamericano Simón Bolívar, en su *Discurso de Angostura (1819)*, señaló la heterogeneidad de Hispanoamérica cuando al referirse al origen de estos pueblos sentenció, «Es imposible asignar con propiedad a qué familia humana pertenecemos... el europeo se ha mezclado con el americano y con el africano, y éste se ha mezclado con el indio y con el europeo. Nacidos todos en el seno de una misma madre, nuestros padres difieren en origen y en sangre...».²

La América de la post-colonización engendró el mestizaje más grande de la historia, una aleación intercultural e interétnica que, lejos de alimentar el sentimiento de discriminación hacia los indios, supuso la aceptación de un fenómeno visto como natural. De ahí que la población latinoamericana fuera mayormente criolla - mestiza y que aún hoy los grupos indígenas sean porcentualmente minoritarios dentro del conjunto de la población latinoamericana. Esto sirve para echar por tierra desde el inicio las posiciones que reivindican los derechos indígenas apoyándose en su peso demográfico y una pretendida «superioridad numérica» que no se condice con la realidad.³

De lo expuesto hasta ahora se deduce fácilmente que los derechos de los indígenas no son un tema nuevo. Podemos citar como ejemplo a Francisco de Vitoria (1485-1546), fundador de la Escuela de Salamanca, quien marcó un quiebre por la precocidad de sus ideas acerca del universalismo, adelantándose a las principales formulaciones de Derechos Humanos. Vitoria observaba al mundo como una gran comunidad, la *communitas orbis*, en la cual rige el principio de igualdad de las distintas comunidades (deriva de la idea preexistente de que todos los hombres son iguales y sujetos de derechos), concepto ciertamente revolucionario para la época. Vitoria es un universalista; afirma con toda propiedad que las comunidades indígenas poseen exactamente los mismos derechos naturales que sus colonizadores; consecuentemente, no cabe otra posibilidad que respetarlos.⁴

En las misma línea se encuentran las Leyes de Indias,⁵ que de alguna manera reflejan el pensamiento de Francisco Suárez y la Segunda Escolástica Española (siglo XVII), en donde se reconoce a los indios su dignidad común a todos los hombres y se les protege como tales.

Todavía hoy subsisten comunidades indígenas, verdaderas sobrevivientes de asimilacionismo forzado y aún del exterminio que aplicaron españoles y en menor medida los criollos,⁶ y del mestizaje. Al decir de

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad de Montevideo. Aprovecho para agradecer al Prof. J. Ramiro Podetti por sus valiosos aportes.

² BOLÍVAR, Simón, Escritos políticos, citado en PODETTI, Ramiro, Mestizaje y transculturación: la propuesta latinoamericana de globalización, Comunicación presentada en el VI Corredor de las Ideas del Cono Sur, Universidad de Montevideo, 11 al 13 de Marzo de 2004, Montevideo, Uruguay.

³ Discrepamos con Darcy Ribeiro en este punto. Véase, RIBEIRO, Darcy, Indianidades y Venutopías, Ediciones del Sol, Buenos Aires, 1992, p. 28, p.31.

⁴ Al respecto puede verse toda la obra de DÍAZ, Bárbara, El Internacionalismo de Vitoria en la era de la globalización, Universidad de Navarra, Pamplona, 2005.

⁵ La Recopilación de las Leyes de las Indias fue publicada en 1680 bajo el reinado de Carlos II de España (1665 - 1700).

⁶ En Uruguay, durante la presidencia de Fructuoso Rivera (1830 - 1835) ocurrió la «Matanza de Salsipuedes», episodio que suele citarse como ejemplo de exterminio de indígenas llevado a cabo por el gobierno. EL presidente fue el artífice de una emboscada en donde se asesinaron unos 40 charrúas y 300 fueron tomados prisioneros. En la historiografía uruguaya hay autores hablan de un verdadero genocidio; no obstante, el

Esther Sánchez Botero, «Estos grupos han vivido años marcando diferencias por medio del uso de una lengua distinta, de creencias diferentes, de sistemas de organización y parentesco, y de derechos propios...».⁷ Según informe de la OEA, existen en las Américas alrededor de 400 grupos étnicos aborígenes que constituyen una población aproximada que supera los 30 millones, el 10% del total de habitantes del continente.⁸ La realidad demuestra que en materia de derechos humanos la situación latinoamericana es, en mayor o menor grado, de una precariedad alarmante: tentativas de genocidio, atentados contra la vida de los indios, desconocimiento de sus instituciones, prácticas tradicionales, sistemas normativos y formas de organización política, expropiación de sus tierras, deficiencias educativas y sanitarias, etc. Estas violaciones a sus derechos más básicos son el resultado de la negligencia de los respectivos gobiernos y su falta de voluntad política para aplicar un sistema normativo existente.⁹

El problema aparece marcado por la puja entre organizaciones defensoras de los derechos indígenas quienes acometen contra las «culturas dominantes» en cada estado. El conflicto se polariza al enfrentar al multiculturalismo relativista, que insta al respeto a la identidad cultural y la igualdad material (derechos económicos y sociales) a toda costa, con el asimilacionismo que pretende suprimir las diferencias culturales. Ante este panorama, la pregunta que nos formulamos es la siguiente: ¿cómo conjugar el respeto a la identidad cultural de las comunidades indígenas con la eficacia universal de los derechos humanos? Y, en el mismo orden, ¿qué recursos emplea el ordenamiento jurídico y el gobierno de cada estado para afrontar los reclamos indígenas, y a la vez cumplir con su función de atender los intereses de una nación entera (y no los intereses sectoriales aisladamente)?

Nos proponemos dar respuesta a estas interrogantes observando qué es lo que dicen las distintas constituciones latinoamericanas sobre la materia, para luego presentar una solución propia.

2. LOS DERECHOS INDÍGENAS Y SU TUTELA CONSTITUCIONAL

2.1. Concepto de comunidad indígena

Como preámbulo al análisis constitucional, primeramente queremos hacer alusión al concepto de comunidad indígena. Es un concepto resbaladizo, que puede enfocarse desde ópticas diversas: sociológica, biológica, genética, cultural. Evitaremos la discusión terminológica y nos atendremos a citar la definición que proporciona el Convenio 169 de la OIT en su artículo 1°:

«Artículo 1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas» .¹⁰

tema es discutible. Hay quienes sostienen que no puede emplearse el término «genocidio» para la matanza de 40 personas, aunque de hecho significó prácticamente la aniquilación de la tribu de los charrúas.

Sobre la Matanza de Salsipuedes recomendamos MAIZTEGUI CASAS, Lincoln R., *Orientales: una historia política del Uruguay*, Tomo I, Editorial Planeta, Buenos Aires, 2005.

⁷ SÁNCHEZ BOTERO, Esther, Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador, trabajo recogido en GONZÁLES GALVÁN, Jorge Alberto, *Constitución y derechos indígenas* [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 92, Formato PDF, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/278/6.pdf>, ISBN 968-36-90-9953-7, p. 74.

⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OEA, La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas [documento en línea], 2000, original en Español, Formato html, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/indice.htm>, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62.

⁹ Cfr. *Ibidem*.

¹⁰ Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Adoptado el 27 de junio de 1989 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su septuagésima sexta reunión. Entrada en vigor: 5 de septiembre de 1991. Fuente: página web de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Versión html disponible en: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/62_sp.htm.

A continuación, recogemos una descripción de la normativa de las constituciones de Argentina, México, Brasil y Colombia como exponentes representativos del régimen constitucional de la cuestión indígena en Latinoamérica.

2.2. La Constitución Argentina

La República Argentina es, junto con Uruguay, uno de los países con menor índice de población indígena. No obstante, mientras sus hermanos uruguayos carecen de tutela constitucional alguna para los derechos de grupos indígenas, el legislador argentino sí trató la cuestión indígena en el Art. 75 de la Norma Fundamental.

El mencionado artículo es clave a la hora de analizar el tema que nos ocupa. Dice la Constitución Argentina en su Art. 75 ordinal 17:

«Artículo 75.- Corresponde al Congreso:

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.

Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones».

El citado artículo introduce una de las grandes innovaciones en cuanto a protección de los derechos indígenas: la noción de preexistencia, nuevo paradigma a nivel latinoamericano.

La «preexistencia étnica y cultural» de los pueblos originarios es el reconocimiento y constatación de su presencia en territorio argentino con anterioridad a la conformación del Estado nacional más reciente que los contiene. Como veremos a continuación, la preexistencia es algo más que un simple reconocimiento, derivando en una serie de consecuencias prácticas y la creación de un marco jurídico particular de aplicación a las comunidades indígenas.

En primer lugar, la preexistencia crea una excepción al principio de igualdad de la ley, siempre que entendamos esta igualdad como criterio estatal de homogeneidad absoluta, como supresión de las diferencias en el trato jurídico de sus habitantes. De hecho, por el Art. 75 inciso 17 no puede imponerse a las etnias indígenas esta igualdad ante la ley sino que, por el contrario, nace la obligación del Estado de impulsar e implementar una verdadera «discriminación positiva», como muchos autores la llaman.¹¹ Expliquemos estos conceptos.

En la opinión de muchos el principio de igualdad ante la ley no goza de jerarquía superior al resto de los preceptos constitucionales y tiene la misma fuerza normativa que el Art. 75 que consagra la preexistencia, suprimiendo así cualquier posibilidad de resolución del aparente conflicto por primacía de una norma sobre la otra.¹² Decimos que el conflicto es «aparente», porque, una igualdad bien entendida no significa tratar de igual forma a aquellos que se encuentran en situaciones distintas, sino precisamente lo contrario. Dice la Dra. Rossi al respecto que «la ley debe ser igual para los iguales en las mismas circunstancias», y destaca además que «la igualdad requiere un análisis de razonabilidad más intenso para establecer cuáles son las pautas sobre las que se construyeron las categorías».¹³ En consonancia con el pensamiento del Dr. Germán Bidart Campos, resalta que el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, más que excepciones a la igualdad, son dimensiones propias de la misma. En este sentido, el desconocimiento de las diferencias propias que configuran la identidad cultural de las etnias sería un acto lesivo de la igualdad; igualdad que para concretarse en una realidad necesita de acciones concretas y de la dimensión prestacional del Estado para tratar a las variadas culturas ancestrales según sus características particulares. Esta es la discriminación positiva a la que nos referimos con anterioridad, como expresión de un personalismo humanista.¹⁴

¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ DUCH, Darío, El Derecho de las comunidades originarias en las decisiones jurisprudenciales, Seminario Judicial Patagónico sobre Derecho de las Comunidades Originarias, Centro Municipal de Cultura, octubre de 2004.

¹² Cfr. ROSSI, Graciela B., Derecho Constitucional de la reforma de 1994 (documento en línea), Curso en línea «Derecho, Economía y Sociedad», Dirección de la Dra. Teodora Zamudio (Universidad de Buenos Aires), versión html, disponible en: <http://www.indigenas.bioetica.org/nota17.htm>.

¹³ Ídem.

¹⁴ Cfr. Ibidem.

La preexistencia supone conjuntamente la prohibición al Estado de imponer arbitrariamente cualesquiera formas de organización política a las comunidades indígenas; queda este constreñido a respetar las costumbres originales de las propias comunidades.

De la misma forma, la preexistencia tiene injerencia en cuanto al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades de manera automática y con la simple constatación de su existencia. Se las concibe como sujeto de derecho colectivo *ipso iure* sin necesidad de recurrir a procedimientos administrativos para el reconocimiento.

También en cuanto al reconocimiento de la propiedad de las tierras que habitan los grupos indígenas, la preexistencia coloca a dichos grupos étnicos en igualdad de condiciones como propietarios, justamente en virtud de que existen y habitan esas tierras desde tiempos inmemoriales y con anterioridad al proceso de colonización. Esta posesión ancestral determina la propiedad de la tierra con prescindencia de títulos y escrituración notarial, así como la imposibilidad de aplicarle embargo o gravamen de cualquier clase¹⁵. La prohibición de aplicación de embargo y otros gravámenes parecería colisionar con el 17 de la Constitución, que otorga al Estado la facultad de expropiación mediante dictamen judicial, en aplicación de la ley, y conforme al interés general. No obstante, si tenemos en cuenta que la Constitución es una unidad normativa podemos concebir al art. 17 como norma general respecto de la cual el art. 75 inciso 17 constituye una excepción, una norma especial.¹⁶

Continuando con el análisis del art. 75 ordinal 17, hay que mencionar además que concede a las comunidades el derecho a gestionar sus propios recursos naturales y el derecho a recibir una educación bilingüe e intercultural.

Por otra parte, en los incisos 5, 18, 19 del art. 75 y en el art. 125 establece la posibilidad del Estado de entregar tierras a los indígenas, amén de las que ya habitan atávicamente, y fomentar su desarrollo humano.¹⁷

Respecto del constitucionalismo argentino únicamente nos resta señalar la consagración de la suprallegalidad de los convenios internacionales a texto expreso en el art. 75 inciso 22. Esto determina que los convenios internacionales 107 y 169 de la OIT sobre derechos indígenas, suscriptos y ratificados por el Estado Argentino se colocan por encima de la propia constitución y en teoría no podrían desconocerse.¹⁸

2.3. La Constitución brasileña

La Constitución brasileña de 1988 dedica todo un capítulo entero al tratamiento de los derechos de las poblaciones indígenas. En los hechos, es una de las constituciones latinoamericanas pioneras en cuanto a la superación de asimilacionismo y el reconocimiento de derechos inherentes de los pueblos indígenas, por su condición de ocupantes iniciales de sus tierras: la denominada «originareidad». La originareidad encuentra su razón de ser, no sólo desde la perspectiva histórica, sino que posee una faceta jurídica que emana de la aplicación del principio *prior in tempore, potest in iure*.

Uno de los puntos clave del reclamo indígena es el relativo al territorio. La OEA en su informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, afirma que el 50% de los indígenas brasileños habitan en la región de Amazonia.¹⁹

El artículo 231, además aceptar manifiestamente a las propias formas de organización política, creencias, lenguas y demás expresiones culturales, consagra asimismo el reconocimiento de las tierras que dichas poblaciones indígenas ocupan de forma permanente para su explotación integral. El Estado queda obligado a demarcar estos territorios (art. 67) y protegerlos ante cualquier violación externa, declarándolos inalienables,

¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ DUCH, Darío, El Derecho de las comunidades originarias en las decisiones jurisprudenciales, Seminario Judicial Patagónico sobre Derecho de las Comunidades Originarias, Centro Municipal de Cultura, octubre de 2004.

¹⁶ ROSSI, Graciela B., Derecho Constitucional de la reforma de 1994 (documento en línea), Curso en línea «Derecho, Economía y Sociedad», Dirección de la Dra. Teodora Zamudio (Universidad de Buenos Aires), versión html, disponible en: <http://www.indigenas.bioetica.org/nota17.htm>.

¹⁷ Véase anexo de referencias constitucionales.

¹⁸ Idem.

¹⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, OEA, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, [documento en línea], 1997, original en Portugués, Formato html, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/indice.htm>, OEA/Ser.L/V/II.97, Doc. 29 rev.1.

indisponibles e imprescriptibles. Observamos cómo se otorga la propiedad en virtud de la preexistencia de las poblaciones indígenas, propiedad estrechamente protegida por la misma norma constitucional y amplia en cuanto las facultades de explotación que se concede a las comunidades.²⁰

Quedan exceptuados de dicho aprovechamiento los recursos hídricos y minerales localizados en territorios indios (inciso 3°), para cuya explotación es preciso solicitar la aprobación del Congreso, reportándose a las comunidades autóctonas la debida participación del producto económico obtenido. Tal distinción responde a la obligación de armonizar el justo derecho de las comunidades autóctonas al usufructo de ciertos recursos, con los fundados intereses del Estado, quien inevitablemente debe administrar aquellos que son estratégicos para la economía nacional.²¹

Por el artículo 232 la Constitución estableció que el Ministerio Público Federal debe defender los derechos de los indígenas ante los Tribunales, y que los grupos indígenas pueden, por sí mismos, promover acciones judiciales.²²

En cuanto a los derechos culturales, el artículo 215 asegura su pleno ejercicio y protege manifestaciones de las culturales populares, indígenas y afro-brasileñas²³. Señala el artículo 210 (inciso 2°) que en materia educativa se garantiza a las comunidades indígenas el uso de sus lenguas maternas y métodos propios de aprendizaje, sin perjuicio de que el idioma oficial es el portugués.²⁴

2.4. La Constitución mexicana

La tierra para los indígenas es un elemento coadyuvante en el forjamiento de la identidad; se dice con razón de que las tierras que ocupan no son de ellos, sino al revés, ellos son de la tierra. En palabras de López Bárcenas, «la tierra es el lugar de origen, fuente de creencias, sustento de una cosmovisión donde se tienen prácticas socioculturales peculiares y asiento de un pasado común».²⁵

Subrayada la relevancia del elemento territorial, llama poderosamente la atención que la constitución mexicana no haga alusión al reconocimiento de los territorios indígenas. De hecho, el artículo 4° de la Constitución Federal, solamente enfatiza la composición pluricultural de la nación mexicana, y se refiere al desarrollo de las lenguas, culturas, usos, costumbres, además del manejo de los recursos naturales, la protección de formas de organización social y el acceso a la jurisdicción estatal²⁶. La Constitución Federal mexicana incurre de este modo en un desconocimiento de las pautas fijadas por el Convenio 169 de la OIT que en su artículo 13 impone a los gobiernos la observación de la relevancia que revisten las tierras en relación a las culturas y valores espirituales de las poblaciones indígenas.²⁷

Conviene recordar que, por el artículo 133 de la Constitución objeto de nuestro análisis, el Convenio 169 del OIT se convirtió en ley suprema y no puede invocarse falta de validez en su aplicación, al haberse cumplido los requisitos de ratificación y entrada en vigencia, lineamientos que prescribe el Derecho Internacional en instrumentos como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.²⁸

Apenas se vislumbra una tenue mención al problema de la tierra en el artículo 27 inciso 2°, cuando la Constitución establece que «La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas».²⁹ Viene así a complementar al art. 4° que se limita a reconocer la existencia de pueblos indígenas pero falla a la hora de considerar la totalidad de sus derechos, en particular los territoriales.

El art. 27 en si inciso 1° prescribe que las tierras y las aguas que se encuentran en territorio mexicano pertenecen de manera originaria a la nación, la cual puede entregar su dominio a particulares para integrar la propiedad pública, privada y social.³⁰ Se expedirá e estos efectos una ley reglamentaria, ley que, hasta el día

²⁰ Véase anexo de referencias constitucionales.

²¹ Idem.

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, Territorios, tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en México, trabajo recogido en GONZÁLES GALVÁN, Jorge Alberto, Constitución y derechos indígenas [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 92, Formato PDF, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/278/10.pdf>, ISBN 968-36-90-9953-7, p.126.

²⁶ Ver anexo de referencias constitucionales.

²⁷ Convenio (N. 169) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

²⁸ Cfr. LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, Op. Cit., p. 130.

²⁹ Véase anexo de referencias constitucionales.

³⁰ Idem.

de hoy, brilla por su ausencia. La norma a aplicarse sería la Ley Agraria que en la práctica no establece ninguna forma de regulación del artículo 27 y se remite nuevamente a la Constitución, en un sentido claramente tautológico.³¹

Este inciso primero ha sido causa de impugnación por parte de defensores de los pueblos indígenas, frente a quienes lo presentan como un argumento constitucional sólido para negar el reconocimiento de la propiedad de los territorios que ocupan las poblaciones autóctonas. Adherimos en este sentido a la posición de López Bárcenas, quien pone fin a la discusión en base a la distinción de los conceptos de territorio como ámbito de validez de actos jurídicos emitidos por el Estado, como espacio del imperio del poder estatal, del territorio razonado como un bien susceptible de apropiación, como bien del dominio público o privado. Consecuentemente, el territorio no sólo es elemento del estado, sino bien de propiedad de diversos sujetos, sin que esto entrañe vulneración alguna a la unidad e integridad del Estado ni a su soberanía.³² Sólo así se entiende el derecho de los pueblos indígenas a tener su propio territorio; de otro modo, se estaría atentando directamente contra la pluriculturalidad y desarrollo recogidos en el artículo 4°.

2.5. La Constitución colombiana

La Constitución Colombiana actual fue aprobada en el año 1991. Allí han quedado reconocidos una serie de derechos de las comunidades indígenas. Ya desde los artículos 7 y 8, por ejemplo, se reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación y el Estado se obliga a proteger esas riquezas culturales.³³

En los artículos 10 y 68 se corrobora la enseñanza bilingüe en las comunidades indígenas y la oficialidad de sus dialectos en los territorios donde habitan.³⁴

La nacionalidad de los indígenas colombianos aparece en el artículo 96. En cuanto a los derechos civiles, otorga a los miembros de etnias indígenas la plena ciudadanía y el goce de los derechos civiles correlativos. Concretamente, esto se plasma en la representación de los indígenas en el Congreso, garantía constitucional, de conformidad con el artículo 171 de la Constitución que prevé la elección de dos miembros al Senado en las circunscripciones especiales por las comunidades indígenas. En la integración de la Cámara de Representantes se aplica lo que dispone el artículo 176:

«Artículo 176- La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y especiales (...)

La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco (5) Representantes».

El artículo 246 faculta a las comunidades a ejercer de forma autónoma la función jurisdiccional de acuerdo a sus propios cánones, pero siempre en coordinación con el sistema jurídico nacional.³⁵

Los indígenas colombianos gozan, además de la autonomía de jurisdicción, la autonomía territorial otorgada en el artículo 286. Por el 286 se constata que las comunidades indígenas revisten el carácter de «entidades»; si proseguimos a la lectura del artículo siguiente, el 287, comprobamos cómo se patentiza la autonomía de dichas entidades: autogobierno, ejercicio de competencias, administración de recursos naturales y participación en las rentas nacionales. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley de ordenamiento territorial, como lo señala el artículo 329, y en su delimitación cooperarán representantes de las comunidades indígenas con autoridades del gobierno nacional. Las tierras de las entidades indígenas son de propiedad colectiva.³⁶

Finalmente, como corolario de la potestad de autogobierno, el artículo 330 determina que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de las comunidades, y ejercerán una variedad de funciones que van desde la ingerencia en decisiones sobre administración de recursos, inversiones de capitales privados, el diseño de planes de desarrollo económico y social, hasta la colaboración en el mantenimiento de orden público, entre otras varias.³⁷

³¹ Cfr. LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, Op. Cit., pp.132 - 133.

³² Cfr. LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, Op. Cit., pp.126 - 130.

³³ Véase anexo de referencias constitucionales.

³⁴ Ídem.

³⁵ Véase anexo de referencias constitucionales.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

Colombia constituye un caso aparte en cuanto a las violaciones de derechos humanos particularmente tratándose de poblaciones indígenas, lo cual contrasta con la amplitud de derechos reconocidos y el marco legal progresista se les ha otorgado. Las acostumbradas violaciones que, con diversidad de grados, se repiten en el contexto latinoamericano, aparecen potenciadas cuando se combinan con una situación política inestable, marcada por los desmanes de grupos paramilitares y guerrilleros. De hecho, la situación política y social colombiana es bastante crítica: un país que vive bajo la amenaza constante del terrorismo llevado a cabo por grupos como las FARC y el ELN, quienes realizan violentas incursiones en territorios indígenas. Estos territorios se ubican en zonas de gran confrontación, y son cooptados por los grupos armados para la guerra. No hay que esforzarse mucho para ver las consecuencias nefastas que esto trae: líderes comunitarios asesinados como forma de atemorizar y lograr la sumisión de las poblaciones indígenas, desplazamientos, escasez de medicamentos, alimentos y otros suministros de primera necesidad, con la evidente pretensión de expropiar y ocupar territorios que resultan de gran valor estratégico para la guerra.

3. UN ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA

3.1. La síntesis constitucional: un catálogo común de derechos

Teniendo esta visión general de la normativa constitucional indígena en estos cuatro países, podemos extraer un listado de derechos que aparecen protegidos en los textos, creando así una suerte de catálogo de derechos indígenas reconocidos. Ellos son:

- Derecho a la preservación del hábitat natural y gestión de recursos naturales.
- Derecho a la propiedad colectiva de la tierra.
- Reconocimiento del propio espacio territorial, derecho a tener cada comunidad su propio territorio.
- Derecho a tener una organización política particular e instituciones propias, reconocidas por el Estado (autonomía política)
- Derecho a tener sus propias normas y administrar justicia (autonomía normativa-judicial).
- Reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas.
- Derecho a la educación bilingüe y multiétnica.
- Libertad de culto y respeto a la sacralidad de sus prácticas religiosas.
- Derecho a la igualdad material.
- Derecho a tener sus prácticas médicas tradicionales.
- En algunos casos (Colombia), derecho a tener representantes en el parlamento.

Desde la perspectiva tradicional de las generaciones de derechos, podemos identificar, dentro de esta suerte de catálogo trazado, derechos tanto de primera, segunda como de tercera generación. Igualmente creemos que dicha tipología tiene poca utilidad y aún menor exactitud a la hora de realizar un estudio desde la óptica del Derecho. A su vez, la consagración constitucional de unos u otros derechos está en simbiosis directa con las vicisitudes y peculiaridades de la cuestión indígena en cada país. Cada estado se enfrenta a dilemas de diversa índole, frente las reclamaciones de grupos de indios y organizaciones indigenistas en su territorio.

3.2 La normativa internacional e iberoamericana: principales instrumentos internacionales de tutela

El tratamiento los derechos indígenas se extiende más allá de las constituciones nacionales y encuentra una fuerte regulación en los pactos y convenios internacionales. En este sentido, organizaciones como la OIT, la OEA e incluso y la propia Organización de Naciones Unidas han manifestado especial interés en proveer soluciones de Derecho Internacional para los temas indígenas. Tratándose de derechos humanos, la vía del Derecho Internacional ha tenido un protagonismo absoluto, fundamentalmente a partir de la creación de la ONU. La ventaja capital que presenta esta vía, es la superioridad jurídica que revisten los acuerdos internacionales por sobre el Derecho nacional, superioridad que las propias constituciones confirman a texto expreso

en la mayoría de los sistemas de Latinoamérica. Hipotéticamente, esto conduciría a la autoejecutabilidad de los acuerdos internacionales ratificados; y lo más importante, por el efecto irradiación sirven como criterios interpretativos y pautas de homogenización jurídica entre estados. Las normas internacionales sobre el tema son verdaderamente escasas; evidentemente falta avanzar mucho en el campo de protección internacional, que se encuentra aún en estado embrionario.

No es el objeto principal de este trabajo hacer una descripción detallada de los instrumentos internacionales de tutela de los derechos indígenas, no obstante, por la importancia que revisten, no podemos dejar de mencionar brevemente algunos de los principales tratados y convenios.

- *El Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966)*, reconoce en su art. 27 el derecho personas pertenecientes minorías étnicas «a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su religión y emplear su propio idioma». El indigenismo ha criticado fuertemente a este artículo por poseer un marcado sesgo individualista: no se reconocen los derechos de minorías como tales, sino por el contrario, el artículo se refiere exclusivamente a las «personas que pertenezcan a dichas minorías».

- *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes*, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (27 de junio e 1989). Es sin lugar a dudas el instrumento internacional específico de mayor trascendencia por ser el único con gran índice de ratificaciones. Tiene relevancia en cuanto a que introduce en la discusión doctrinaria internacional la «manzana de la discordia» que es la categorización de los grupos indígenas como «pueblos»³⁸. Sobre este punto nos extenderemos más adelante.

- Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales (1957), en el marco de la OIT.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), los principales instrumentos normativos del sistema de DD. HH en Latinoamérica, establecen una serie de derechos individuales pero sin referencia expresa a indígenas, sino basándose en igualdad y dignidad humanas.

Actualmente se proyecta la concreción de nuevas declaraciones a nivel interamericano, ya sea en el seno de la ONU, en donde desde 1982 se prepara un proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos indígenas, o de la OEA (proyecto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA). Por el momento, estos proyectos se encuentran estancados en virtud del desacuerdo entre los diversos actores sobre el tema de la libre determinación.

Hay que destacar que dentro de la OEA funciona el Instituto Interamericano Indigenista, organismo, integrado por 17 países americanos y con sede en México. Su consejo directivo está formado por los institutos indigenistas gubernamentales de los países miembros.

No estaría completa esta brevísima revisión de la normativa internacional sin citar al órgano que, en aplicación de las mismas, ejerce jurisdicción en materia de derechos humanos. Nos referimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A diferencia de lo que sucede con los Tribunales de Derechos Humanos en Europa, para comparecer ante la Corte Interamericana un individuo, organización o grupo debe efectuar su reclamo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que esta lo eleve a la Corte (individuos carecen de legitimación activa).

La Corte ejerce funciones jurisdiccionales obligatorias frente a los estados sólo cuando estos han aceptado su jurisdicción. Además de la señalada función jurisdiccional, la Corte cuenta también con competencia consultiva respecto a las interrogantes que países miembros de la OEA o la CIDH le sometan, a efectos de dilucidar cuestiones interpretativas - normativas. La efectividad de los fallos de la Corte se ve menoscabada porque, en definitiva, es sobre los estados que recae la etapa de ejecución, dejando enteramente en manos de los estados la decisión de aplicar los dictámenes de la Corte o no. En otras palabras, esto equivale decir que la función sancionatoria dependerá de la buena voluntad de los estados, quienes son protagonistas de dichas infracciones en reiteradas ocasiones. Si los estados deciden desconocer las sentencias de la Corte y no adecuan sus normas de Derecho Interno, no puede hablarse de una plena vigencia de los derechos humanos; lo que pretende ser Derecho se transforma en verdadera impunidad. He aquí la principal falencia del sistema.³⁹

³⁹ Cfr. LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina, La eficacia de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Universidad de La Sabana, p.1, p.6, p.8.

3.3. El ejercicio de los derechos colectivos y la libre determinación

La descripción de la normativa internacional en materia de derechos indígenas nos lleva directamente a la discusión doctrinaria cardinal, el *quid* de la cuestión indígena que enfrenta al multiculturalismo relativista y al constitucionalismo liberal: el tema de la libre determinación y la titularidad colectiva de los derechos de los indígenas. Veamos qué propone cada una de estas corrientes.

3.3.1. Multiculturalismo relativista

El multiculturalismo relativista, defensor de la identidad de los grupos indígenas, reclama, además del respeto irrestricto a la mencionada identidad cultural, el reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho colectivo: la categoría de «pueblo» indígena que se interponga entre el Estado y los indígenas como titular de derechos colectivos. Enfrentados a posiciones de cuño liberal que prefieren mantener una titularidad estrictamente individual de los derechos, el multiculturalismo sostiene la interposición del colectivo «pueblo» para lograr una eficacia mayor de los derechos de los individuos que lo integran; para esta postura, la aceptación de un sujeto de derecho individual no es más que una mera opción cultural que bajo ningún término puede imponerse a otras órbitas culturales. Los indígenas, a través de organizaciones afines, exigen ser «pueblos» y no minorías étnicas.⁴⁰

En el Derecho Internacional tal denominación no es para nada irrelevante; de hecho, el orden jurídico internacional atribuye a la categoría «pueblo» el derecho a la libre determinación,⁴¹ la potestad de elegir la soberanía bajo la cual se quiere vivir, y las formas propias de resolución de conflictos. Con todo, el Convenio 169 de la OIT niega los efectos que da el Derecho Internacional al término «pueblo» aplicado a las poblaciones indígenas, rechazando la libre determinación, asimilándolo más bien a la noción de autonomía.⁴²

Quienes defienden la identidad de las etnias autóctonas proponen la conformación de estados plurinacionales, y se erigen en pos de guerra contra la idea de Estado - Nación que nace con la Revolución Francesa. Si a cada nación le corresponde por derecho un Estado propio, consecuentemente debe existir también una única «soberanía nacional», en desconocimiento de la existencia de diversas nacionalidades.⁴³

3.3.2. Constitucionalismo liberal

Nos referiremos básicamente a las ideas de Lucas Sierra como exponente de las posiciones que refutan el relativismo propulsor de la colectividad de los derechos. Según Lucas Sierra, hay dos formas de consagrar el derecho a la identidad a través de la acción del Estado. Estos son: el reconocimiento y la discriminación positiva.

Para este autor, el reconocimiento constitucional de los indígenas como «pueblos» -como sujetos de derecho colectivo- implica una serie de riesgos innecesarios. Por un lado, por el efecto irradiación se implanta en el orden jurídico un concepto colectivo y no individual de los derechos humanos. Dice Sierra que los términos «Derechos» y «colectivos» son refractarios entre sí. La constitucionalización de los derechos humanos tiene justamente, como función primordial, la creación de herramientas destinadas a proteger a los individuos del poder del Estado (Estado de Derecho). Al pensarlos colectivamente, lo que se hace es concentrar poder frente a terceros individuos mediante la creación de cuerpos intermedios; se pone en riesgo la propia efectividad de los derechos de los indígenas al someterlos a las presiones del colectivo. Por otra parte,

⁴⁰ Ejemplo de esta postura puede verse en, Lillo Vera, Rodrigo, Situación de los derechos indígenas en Chile, Revista Liwen N° 6 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, Chile, 2001, también disponible en línea, versión html en: <http://www.geocities.com/alertanet2/f2b-RLillo.htm>.

⁴¹ El Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 1° inciso 1 establece: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural».

⁴² Dice el Convenio 169 en su artículo 1°, ordinal 3°:

«La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional».

⁴³ Lillo Vera, Rodrigo, Situación de los derechos indígenas en Chile, Revista Liwen N° 6 del Centro de Estudios y Documentación Mapuche Liwen, Temuco, Chile, 2001, también disponible en línea, versión html en: <http://www.geocities.com/alertanet2/f2b-RLillo.htm>.

Lucas Sierra recalca que no hay necesidad de un reconocimiento colectivo cuando las mismas funciones igualmente pueden cumplirse mediante la vía individual (función interpretativa, discriminación positiva). Finalmente apunta, con acierto, a nuestro juicio, que la definición de pueblos y fronteras es siempre arbitraria, y no respeta el desarrollo lógico del proceso en la construcción de las comunidades indígenas «de abajo hacia arriba». Siguiendo un esquema lógico, los grupos indígenas deberían primero forjar una identidad de «pueblo» para luego recién solicitar su reconocimiento, y no viceversa. En definitiva, el Estado no puede crear por sí el sentido nacional, la identidad y la alteridad solamente trazando límites geográficos.⁴⁴

A nuestro juicio, ambas tesis tienen una parte de razón y en otra parte son completamente falsas. El constitucionalismo liberal se equivoca cuando niega la existencia de sujetos colectivos con derechos de igual naturaleza. El error del multiculturalismo es la identificación de «sujeto colectivo de derecho» con la categoría de «pueblo», a la que correspondería la libre determinación.

En nuestra opinión, la presencia de derechos colectivos, esto es, derechos que tienen su titularidad en un grupo humano, es una realidad insoslayable. No puede negarse la existencia de ciertos derechos que sólo consiguen ejercerse a través de la colectividad, aunque sus beneficios se reportan a cada uno de los integrantes del colectivo. Los derechos colectivos existen en ordenación a la mayor plenitud y eficacia de los derechos individuales (*por* y *para* la vigencia de los mismos). Desde esta perspectiva, derecho individual y derecho colectivo no se oponen sino que se complementan para el goce pleno y efectivo de los derechos humanos. En última instancia, la titularidad que se reconoce y otorga a las comunidades tiene como último titular a cada uno de los individuos que la integran; a nuestro juicio, no puede concebirse la titularidad colectiva de otra manera que no sea esta.

Omitiremos la controversia sobre la pluralidad de nacionalidades versus la unidad nacional, que requeriría todo un tratamiento de por sí en un trabajo aparte. Creemos que una posible respuesta se consigue acudiendo al concepto de autonomía, concepto citado en numerosas oportunidades en los textos constitucionales. La autonomía, también llamada «autogobierno», es la capacidad o facultad de dictar normas propias. En efecto, los gobiernos y ordenamientos jurídicos deben conceder a las comunidades el mayor grado de autonomía posible (esto es una exigencia básica del respeto a la identidad cultural), sin alentar pretensiones secesionistas ni llegar al punto de considerarlos «pueblos», nacionalidades separadas merecedoras de la libre determinación. Esto demanda por supuesto la astucia y habilidad de los gobiernos para alcanzar el delicado equilibrio entre autonomía y soberanía.⁴⁵

4. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA: EL CASO ALOEBOETOE VS. SURINAME

4.1 El contexto normativo - social: los derechos indígenas en Suriname

A fines de obtener una visión global de la problemática del caso citado, conviene previamente esbozar el cuadro de la situación de los derechos indígenas en Suriname, una de las partes en esta contienda.

Suriname, la antigua Guyana Neerlandesa que obtuvo su independencia en 1975, es uno de los estados americanos que ofrece menores garantías constitucionales a sus habitantes indígenas. La población indígena representa casi el 6% del total de habitantes del país y su composición es sumamente compleja. La Constitución surinamesa contemporánea está vigente desde 1987 con varias enmiendas sucesivas. Si bien algunos derechos de primera generación como la igualdad de las personas, la no - discriminación y la protección de la integridad física (art. 8) son reconocidos, la Carta omite cualquier reconocimiento de derechos culturales (lenguas indígenas, educación bilingüe, etc) o territoriales, (propiedad originaria, usufructo del suelo, patrimonio cultural, protección de recursos naturales, etc). Tampoco se constituye ninguna forma de autonomía para los pueblos indígenas: ni jurisdiccional ni política. En el art. 7 hay una referencia expresa a la autodeterminación de las naciones, pero este concepto históricamente se ha aplicado a las ex colonias europeas.

⁴⁴ Cfr. SIERRA, LUCAS, La Constitución y los indígenas en Chile: reconocimiento individual y no colectivo, [documento en línea], texto leído el Primer Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, Universidad de Chile, Santiago, 2003, versión PDF disponible en: www.cepchile.cl/dms/archivo_3226_1573/rev92_sierra.pdf. pp. 20 - 26.

⁴⁵ Acerca de autonomía y soberanía véase VALADÉS, Diego, Los derechos de los indígenas y la renovación constitucional en México, trabajo recogido en GONZÁLES GALVÁN, Jorge Alberto, Constitución y derechos indígenas [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 92, Formato PDF, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/278/6.pdf>, ISBN 968-36-90-9953-7, pp. 13 - 16.

Suriname nunca ha ratificado ninguno de los Convenios Internacionales referidos a la tutela internacional de los derechos de las comunidades indígenas (Convenios 169 y 107 de la OIT), y, en cuanto a la jerarquía normativa de los instrumentos internacionales a los que adhiere, estos no aparecen claramente situados por encima de la legislación interna y mucho menos de la propia Constitución.⁴⁶

A este desalentador panorama normativo hay que sumarle una coyuntura política de permanente inestabilidad. En las últimas décadas, los militares han ostentado el poder político y consecuentemente varios grupos guerrilleros, como el Movimiento de Liberación de Mandela, y el Comando de la Selva, han aparecido en escena. En 1992 el Gobierno firmó con la resistencia armada un Acuerdo para la Reconciliación y el Desarrollo Nacional con ánimo de pacificar el país.⁴⁷

4.2. La contienda

4.2.1. Generalidades

El caso Aloboetoe vs. Suriname es uno de los primeros casos sometidos a la jurisdicción de la Corte en materia de violación de derechos de personas indígenas. Dicha disputa resulta ilustrativa a efectos de observar el proceder de la Corte, su razonamiento jurídico y su postura cuando los propios estados lesionan los bienes humanos básicos. Más relevantemente, el caso Aloboetoe vs. Suriname permite traslucir, a partir de la actuación de la Corte, el reconocimiento de los derechos culturales de las etnias indígenas en el continente. Si bien el Estado de Suriname no reconoce tales derechos, resulta interesante ver cómo la Corte recurre a la propia cultura indígena para resolver la contienda, procurando adaptar las normas de derecho internacional a la realidad cultural y a las costumbres propias de una tribu. A mi juicio, el conflicto se presenta a la hora de intentar conciliar el derecho de gentes con normas consuetudinarias indígenas de dudosa admisibilidad, como puede ser la práctica poligamia. Sobre esto abundaremos más adelante.

La sentencia serie C No. 11, es del 4 de diciembre de 1991. Dicha contienda enfrenta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la entidad latinoamericana de patrocinio y defensa de los derechos humanos por antonomasia (que funciona en el marco de la OEA), como la parte denunciante, y la República de Suriname, como estado acusado de profanar los derechos elementales de un grupo de habitantes de ese país.

La Comisión Interamericana inicia acción contra la República de Suriname, con motivo de denuncia efectuada ante su Secretaría en enero de 1988,⁴⁸ exigiendo que se castiguen las acciones perpetradas por agentes militares que lesionaron gravemente los derechos de siete «cimarrones», (también conocidos «maroons» o «bushnegroes»), población de nativos descendientes de africanos.

A efectos de lograr una concepción acabada de la problemática que presenta este caso, comenzaremos relatando sumariamente los hechos que le dieron motivo para enseguida exponer los argumentos y defensas de cada una de las partes. En una última instancia, se explicará el fallo final de la Corte con el oportuno análisis y reflexiones personales.

4.2.2. Hechos

Los hechos en cuestión sucedieron el 31 de diciembre de 1987 en Atjoni y en Tjongalangapassi, dos aldeas donde viven cimarrones pertenecientes a la tribu de los saramacas. Un grupo de militares toma por asalto estas dos poblaciones atacando, hiriendo y vejando con cuchillas y bayonetas a 20 personas, bajo la sospecha de que pertenecían al grupo subversivo «Comando de la Selva»⁴⁹, sospecha que luego resultó equivocada al comprobarse que eran civiles.

⁴⁶ The World Bank Group, base de datos on-line, <http://wbIn018.worldbank.org/LAC/LACInfoClient.nsf>.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ La Secretaría de la CIDH recibe la denuncia N° 10.150 en 15 de enero de 1988 en virtud de la cual emprende esta petición ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Suriname el 27 de agosto de 1990.

⁴⁹ No pueden escindirse los hechos aquí relatados del contexto político del momento: el gobierno militar de facto que detentaba el poder en Suriname realizaba acciones militares contra un grupo insurgente denominado «Comando de la Selva». De ahí los «ataques» a poblaciones para localizar sus integrantes.

Siete de las 20 personas agredidas fueron retenidos por los militares, dejando ir al resto. Los siete cimarrones, uno de ellos de tan solo 15 años de edad, fueron trasladados desde Atjoni hacia Tjongalangapassi con los ojos vendados. Luego de recorridos 30 Km., los agentes militares procedieron a sacarlos agresivamente del vehículo donde viajaban; se les entregó una pala a cada uno y acto seguido se les dio orden de comenzar a cavar una fosa; allí yacerían después de morir fusilados. Sólo uno de los cimarrones, Richenel Voola (alias Aside o Ameikanabuka) sobrevivió al asesinato y escapó, aunque con heridas de gravedad. Unos días después Aside fue hallado en el Km. 30 junto a los cadáveres de las 6 restantes víctimas. Aside tenía una cortada profunda en la espalda y una herida de bala en el muslo, que se hallaba infectada de gusanos. Los cadáveres de las víctimas habían sido en parte consumidos por buitres, y sus familiares no obtuvieron autorización de la Policía Militar para enterrarlos hasta 4 días después. Aside fue asistido por personal de la Cruz Roja y trasladado a un hospital en Paramaribo, donde no pudo recibir visitas de sus familiares por expresa prohibición de la Policía Militar. Falleció tiempo después, pese a los cuidados médicos recibidos, no sin antes hablar dos veces con el denunciante original, Stanley Rench. Su relato es concordante con el recogido de otras 15 personas, testigos y participantes en la búsqueda de los fusilados.⁵⁰

Realizada la denuncia ante la Comisión (N° 10.150), esta acepta el caso y luego de 2 años de recavar documentos emite el informe N° 03/90 en donde deja constancia que «Suriname ha faltado a su obligación de respetar los derechos y libertades consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de garantizar su libre y pleno ejercicio tal como lo disponen los artículos 1 y 2 de la Convención».⁵¹ La comisión sostiene además la violación directa de los artículos 1, 2, 4(1), 5(1), 5(2), 7 (2), 7 (3), 25(1) y 25(2) de la Convención y en consecuencia recomienda al gobierno de Suriname respetar y garantizar los derechos que enumeran los artículos 1 y 2,⁵² sancionar a los autores de la matanza de civiles y pagar una justa compensación a los familiares de las víctimas, todo lo cual debía efectuarse dentro del plazo establecido de 90 días. Evidentemente, Suriname hizo caso omiso al informe de la Comisión, con lo cual esta última elevó el caso a consideración de la Corte Interamericana.

4.2.3. Memoria de la Comisión

La Comisión presenta su memoria ante la Corte en 1991. La línea argumentativa seguida tiene como piedra angular las contravenciones a los señalados artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, infracciones que habrían significado sin más la muerte cierta de las siete víctimas. En este orden, la Comisión sostiene y afirma la responsabilidad directa e innegable del estado de Suriname y consiguientemente solicita:

1. La indemnización de daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y morales a los familiares de las víctimas.
2. La adopción de medidas de rehabilitación del buen nombre de las víctimas.
3. Que se investigue el crimen cometido y se provea castigo de quienes sean encontrados culpables y
4. Que Suriname pague las costas incurridas por la Comisión y las víctimas.⁵³

En cuanto a la primera pretensión deducida, esto es, la responsabilidad de Suriname en los hechos acaecidos, no se produjo debate jurídico dado que el propio representante de Suriname reconoció y admitió la responsabilidad del Estado en el caso.⁵⁴ Quedaba subsistente entonces el problema que pasó a ser la cuestión jurídica fundamental: las reparaciones solicitadas, cuáles serían y cómo se determinarían. La Corte

⁵⁰ Cfr. Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros, Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No.11, párr. 13-16.

⁵¹ Ídem, párr. 17.

⁵² Convención Americana sobre Derechos Humanos:

«Artículo 1: (Obligación de Respetar los Derechos)

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a 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.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2: (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno)

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

⁵³ Cfr. Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 8.

⁵⁴ En audiencia convocada por la Corte y realizada el 2 de diciembre de 1991.

adopta unánimemente la sentencia del 4 de diciembre de 1991 (Serie C. No. 11), en donde se reafirma la aceptación de responsabilidad Suriname y se deja abierto el proceso para tratar el tema de las reparaciones.⁵⁵

En su escrito sobre reparaciones y costas, la Comisión propone que las mismas se realicen siguiendo el principio de derecho internacional de *in integrum restitutio* (restitución total), mientras que la Corte parece afiliarse más a considerar que debe aplicarse el principio de *statu quo ante* (reestablecer al estado original). Para hacer efectiva la restitución propone la creación de dos fideicomisos, diferenciando la situación de los hijos menores dependientes de la de los adultos dependientes.

El punto que resulta más llamativo, por la originalidad del planteo, es el que realiza la Comisión respecto a las personas que tendrían derecho a una indemnización. En la reparación de los daños, dice la Comisión, habría que apartarse de las reglas habituales del Derecho Civil. La gran mayoría de las legislaciones reconoce el derecho de los sucesores a ser indemnizados: estos son, a *grosso modo*, los hijos y el cónyuge. La petición de la Comisión propone tomar en consideración la estructura familiar de los cimarrones, estructura fundamentalmente matriarcal en donde la práctica de la poligamia es moneda corriente. Dentro de este esquema, es evidente que el resarcimiento debería hacerse extensivo a un grupo de personas bastante más amplio, siguiendo la línea materna y según el grado de dependencia económica que existía respecto de la persona difunta. Asimismo, en lo referente a la indemnización del daño moral, la Comisión pretende que se resarza a toda la tribu de los saramacas tomando en cuenta elementos socioculturales tal como lo explica en su memoria:

« En la sociedad Maroon tradicional, una persona no es sólo miembro de su grupo familiar sino también miembro de su comunidad aldeana y del grupo tribal. En este caso, el perjuicio experimentado por los aldeanos debido a la pérdida de miembros de su grupo debe ser indemnizado. Como los aldeanos constituyen en la práctica una familia en sentido amplio, [...] han sufrido perjuicios emocionales directos como resultado de las violaciones de la Convención.»⁵⁶

4.2.4. La defensa de Suriname

En la contra - memoria remitida a la Corte, el Gobierno surinamés reafirma la responsabilidad asumida pero objeta que las indemnizaciones y costas que procura la Comisión son exageradas y totalmente distanciadadas de la situación socioeconómica nacional, desvirtuando el verdadero sentido de la obligación reparatoria. En la visión de Suriname, las reparaciones deben realizarse conforme a las pautas del Derecho Civil Occidental, y no siguiendo las normas consuetudinarias de la tribu Saramaca. A juicio del Gobierno, son los principios de derecho internacional y la Convención Americana los instrumentos principales para fijar el monto indemnizatorio que corresponde a los familiares de las víctimas, y para acreditar el vínculo que los une a la persona difunta.

En lo referente al daño moral, el gobierno surinamés se opone rotundamente a indemnizar a la tribu de los saramacas por entero, ya que admitir esto sería introducir una nueva causal indemnizatoria y reconocer una nueva violación de una obligación internacional.

Por último, al tratar la forma en que se compensará a los familiares de las víctimas, Suriname propone la reparación mediante medidas de carácter no financiero como ser: facilidades habitacionales sin costo, propiedad agraria, seguridad social, laboral, médica y educativa como parte de la justa indemnización patrimonial.

4.2.5. El desarrollo del proceso

La Corte pidió a la Comisión que presentara una lista con los nombres de las personas que serían beneficiarias de la reparación patrimonial; ésta enseña una lista donde figuran los nombres de las esposas (por la práctica de la poligamia), los hijos y otros dependientes. Asimismo, la Corte también envió a su

⁵⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos explícitamente establece la obligación de reparar a las víctimas en su artículo 63 inciso 1°:

«1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertades 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 o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.»

⁵⁶ Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr 19.

Secretaría adjunta a Suriname a efectos de realizar un análisis de primera mano sobre la verdadera situación económica de ese país.

La Corte verifica además la existencia de los daños morales y materiales alegados, por lo que únicamente restaría definir qué criterios se aplicarían para hacer efectivas las reparaciones: si los criterios sociológicos que propone la Comisión, o los criterios de Derecho Civil que propone el estado de Suriname.

La disposición aplicable es el artículo 63 (1) de la Convención Americana, referente a las reparaciones:

Art. 63 inciso 1º:

«1. 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 o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.»⁵⁷

La obligación reparatoria es un principio de Derecho Internacional que, a juicio de la Corte, no puede suspenderse o comprometerse en su aplicación según la voluntad de los Estados. No es lícito anteponer disposiciones de Derecho Interno para eludir la obligación reparatoria.

Según análisis de la Corte, el art. 63 (1) tiene un doble alcance: por un lado, impone a los Estados el deber de garantizar el goce de los derechos conculcados; por otra parte, respecto de los hechos pasados, habilita a la Corte a imponer una reparación por los daños causados y una justa indemnización.

La reparación, tal como la entiende la Comisión en su memoria, supone el restablecimiento del *statu quo ante* (o la aplicación del principio de *in integrum restitutio*), cosa que, como la Corte explica, es imposible en un sentido estricto del término. La reparación pretende restablecer el estado de las cosas anterior a la violación en la medida de lo jurídicamente posible. En el caso que nos ocupa, donde se conculcó el derecho a la vida de las víctimas, es claro que este derecho no puede restituirse como tal, y por ende la reparación que parece más adecuada es la compensación pecuniaria.

En este punto, la Corte se detiene a analizar cuáles son los daños que admitirá para realizar en base a ellos la consecuente reparación. Primero que nada, se acepta la existencia de daño moral sufrido por las víctimas. Este daño, a juicio de la Corte, no necesita ser probado dada la crueldad de los vejámenes a los que fueron sometidos los saramacas asesinados. También se admite el daño mortal, el daño causado a alguien por la injusta privación de su vida. El derecho a reclamar por ambos daños se transmite automáticamente por sucesión a los sobrevivientes afectados, distinguiéndose entre la situación de los sucesores y de los terceros perjudicados. Mientras que para los primeros el daño se presume, para los segundos este daño debe probarse para justificar el derecho a ser indemnizados. La misma regla se aplica para establecer quiénes se beneficiarán por la reparación de los daños materiales. El daño material puede ser reclamado siempre por los sucesores de la víctima, pero también por otros dependientes, bajo ciertas condiciones: que los aportes de la víctima para con el dependiente fueran regulares, según el grado de relación entre víctima y dependiente, y por último se exige que el dependiente tuviera una necesidad económica regularmente satisfecha por el difunto.

Recordemos que la Comisión y el Gobierno pretendían la aplicación de criterios diferentes para determinar quienes son los sucesores de las víctimas: mientras la Comisión exigía se apliquen las normas propias de la costumbre saramaca, que se caracteriza por una estructura familiar matriarcal y la práctica de la poligamia, el Gobierno solicita que se aplique su Derecho Civil.

A nuestro entender, la cuestión se resuelve por la vía de determinar el grado de autonomía que se atribuye a las poblaciones indígenas y hasta dónde se acepta la prevalencia de las propias costumbres por sobre el Derecho Interno. Una cuestión más espinosa, que abordaremos al final de este apartado, será la de precisar dónde está el límite entre el respeto de las costumbres indígenas cuando se yuxtaponen con la universalidad de los derechos humanos, fundamentados en la naturaleza y dignidad humanas.

La Comisión sostuvo, desde un primer momento, que el respeto a las costumbres saramacas se asienta en razón de la autonomía que hipotéticamente poseería la tribu. Esta pretendida autonomía, que no es internacional sino únicamente de derecho público interno, proviene, según la Comisión, de un tratado celebrado entre los saramacas y los Países Bajos en 1762. En dicho instrumento, se reconoce la autoridad de los Saramaca sobre su propio territorio. Las obligaciones que emanan de este tratado serían aplicables por sucesión al Estado de Suriname. Por su parte, la Corte enseguida descarta dicho tratado por legitimar la esclavitud, siendo contrario a las normas de *jus cogens*. Con agudeza, la Corte concluye que, «un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos».⁵⁸

⁵⁷ Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr 43.

⁵⁸ Corte I.D.H., Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr 57.

Parecería entonces que, al carecer de autonomía reconocida por el Derecho Interno, los saramacas estarían bajo el imperio de las normas de derecho interno surinamés en lo que a las reparaciones se refiere. Con todo, la Corte sostiene que, en realidad, analizar la cuestión de la autonomía no tiene verdadera relevancia. En la práctica, el caso deberá resolverse atendiendo al criterio de *eficacia*. Esto significa que no importa en esencia si los saramacas gozan de autonomía o no, lo que hay que considerar es cuál es la normativa que rige de hecho, si las leyes de Suriname o el derecho consuetudinario saramaca. En este sentido, dice la Corte, se ha comprobado que el derecho de familia surinamés no tiene eficacia alguna entre los saramacas, que se rigen por sus propias reglas, y resuelven sus conflictos entre ellos, sin acudir a los Tribunales estatales. A esto hay que agregar una mala gestión del Estado de Suriname que no ha facilitado la infraestructura necesaria para llevar el registro de matrimonios, defunciones y nacimientos, requisito indispensable para la aplicación de la legislación nacional.

En un mismo orden de ideas, siguiendo a la costumbre de la tribu saramaca, las reparaciones deberían efectuarse tomando en cuenta su particular estructura familiar de índole matriarcal. El principal conjunto de parientes, la «familia» estaría constituida por todos quienes descienden de una misma mujer. Asimismo, siguiendo la tradición saramaca que habilita la pluralidad de matrimonios, la indemnización además debería hacerse extensiva a las distintas esposas de las víctimas. Agrega la Corte que, como Suriname no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, y no existen normas de derecho de gentes que determinen quiénes son los sucesores de una persona, hay que recurrir a los principios generales de derecho según art. 38 de su Estatuto. Los principios generales de derecho indican que, como regla general, son sucesores de una persona sus hijos y el cónyuge. De no existir estos, los sucesores son los ascendientes. Los principios generales que se refieren a los «hijos», «cónyuge» y «ascendientes» hay que interpretarlos, en la opinión de la Corte, según el derecho local, que no es el del Estado sino la costumbre local de los saramacas. Corresponde, pues, tomar en cuenta el derecho propio de la tribu para adaptar los principios de derecho a su realidad particular, dentro de los límites fijados por la propia Convención Americana. De hecho, a la hora de elaborar una lista de sucesores, la Corte se ciñe a la costumbre saramaca en base al criterio pragmático de la eficacia, hecho que resulta evidente al constatar que se indemniza a las distintas esposas de las víctimas y sus respectivos hijos con el difunto. Todo esto con la dificultad intrínseca que tiene tal determinación en un ámbito en donde no hay registros civiles que acrediten dichas relaciones de parentesco ni otra documentación escrita.

En cuanto al daño moral de personas dependientes que no entran dentro de la categoría de sucesores, la Corte estima que no se han presentado pruebas suficientes para acreditar tal daño. Sólo los sucesores serán indemnizados por daño moral, dado que en su caso el perjuicio moral se presume, mientras que para los otros, la Comisión, sobre quien recae el *onus probandi*, no ha logrado demostrar la existencia efectiva de daño moral.

La Corte tampoco decide acoger la solicitud de la Comisión que pretende compensación especial para la tribu Saramaca como un todo. Se argumenta que, excluido el factor racial como móvil del crimen, parecería que el atentado contra las seis víctimas fue perpetrado en un contexto de lucha contra grupos subversivos. Esta constatación no es menor: significa nada más y nada menos que el crimen *no constituye en sí un acto de discriminación contra un grupo indígena*, no supone un ataque a la pluralidad cultural. Sí constituye, y ello es innegable, una violación aberrante de los derechos humanos más básicos. El hecho de que los asesinados fueran todos saramacas es, en este caso, circunstancial, y no primario. El origen indígena de las víctimas recién se torna un elemento central a la hora de determinar, como vimos antes, si se tomará en cuenta su régimen normativo propio o no. Tampoco procede indemnización a la tribu bajo el argumento de que «constituyen una familia en sentido amplio», ya que, como bien explica la Corte, no puede extenderse este beneficio a todos los cuerpos intermedios a los que un individuo pertenece, más allá de su familia.

4.2.6. Fallo de la Corte

La sentencia contiene cinco puntos fundamentales:

1. La Corte condena a Suriname al pago de reparaciones. Fija el monto indemnizatorio y reintegro de los gastos que Suriname deberá abonar a los sucesores y dependientes siguiendo las normas propias de la tribu Saramaca. Sus beneficiarios son ascendientes, esposas e hijos.
2. Se dispone la instauración de dos fideicomisos diferenciando la situación de menores y adultos.
3. Se dispone asimismo la creación de una Fundación destinada a asesorar a los beneficiarios en la aplicación de las reparaciones. Esta Fundación será financiada en parte por el Estado de Suriname.

4. Se ordena al Estado de Suriname reabrir una escuela y dotarla de personal para suplir las carencias educativas en la zona donde habita la tribu Saramaca.
5. Se decide que no hay condena en costas.

4.3. Reflexiones personales sobre la admisibilidad de la poligamia

La poligamia, entendida tradicionalmente como multiplicidad de matrimonios, es un fenómeno ancestral: se constata su existencia ya desde la Prehistoria y la Antigüedad y reviste dos modalidades básicas: poliginia (pluralidad de mujeres para un solo marido) o poliandria (pluralidad de maridos para una sola mujer). Ambas formas de poligamia subsisten en la actualidad como praxis cultural extendida en algunas tribus indígenas, frecuentemente asociadas al fenómeno religioso, siendo la poliginia de uso mucho más acostumbrado que su correlativa. Desde una perspectiva estrictamente Teológica, la poligamia inicialmente aceptada en la Antigüedad a raíz de una necesidad procreativa, ha pasado a estar proscrita en algunos cultos como la Fe Católica o la Judía. No obstante, es de notoriedad que en otras religiones como el paradigmático caso del Islam, constituye una parte de la doctrina extendiéndose al ámbito de las pautas culturales, aunque la práctica de la poligamia en el mundo musulmán es palpablemente minoritaria.

Nos lanzamos a la intrincada tarea de precisar si la poligamia es contraria a los derechos humanos o no. Acto seguido, discutiremos si el fallo de la Corte fue dictado según una visión universal de los derechos humanos. ¿Actuó bien la Corte en el Caso Aloeboetoe vs. Suriname cuando en virtud de la costumbre poligámica, indemniza a las esposas de los difuntos?

Nosotros proponemos una solución desde la Teoría de los Derechos Humanos, que como realidad histórica y cultural, no puede separarse completamente de vicisitudes políticas, filosóficas, religiosas y morales. No obstante, conviene recordar que, desde nuestra óptica, la nota fundamental que caracteriza cualquier sistema de derechos humanos es la *universalidad* que se asienta en rasgos compartidos por todos los seres humanos de cualquier época y lugar: las exigencias básicas de su naturaleza y su esencial dignidad (el hombre es un fin en sí mismo). Esta dignidad intrínseca a la condición humana es, como la entendemos nosotros, la consecuencia de que el hombre es un ser *creado*. En última instancia, la dignidad humana se asienta sobre una concepción trascendente de la vida, en la cual debe existir un Ser absoluto que confiera a la dignidad humana la referida condición absoluta.

Ya hemos señalado la enorme dificultad que supone conjugar el respeto por la diversidad cultural, que es un derecho humano en sí mismo, con la nota de universalidad. El caso estudiado tiene como centro cuestiones de Derecho Familiar; de hecho, es necesario atender a los derechos humanos que se tutelan en el ámbito de la familia y a un concepto universal y natural de matrimonio.

«El matrimonio puede definirse como la unión jurídica, plena y total, de un varón y una mujer en la virilidad y en la femineidad, que comporta una comunidad indivisible de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda. [...] Al conjunto de características propias del varón lo llamamos virilidad y al conjunto de características peculiares de la mujer lo denominamos femineidad».⁵⁹

Por asentarse en caracteres de la persona humana, decimos que *el matrimonio es una institución natural*. Esto quiere decir, ni más ni menos, que responde a la estructura óptica de la persona humana (inclinación natural). Como consecuencia, podemos afirmar entonces, que si el matrimonio es institución natural, entonces no es un contrato civil. Concebido como contrato civil, el matrimonio resultaría de una legislación positiva, y toda legislación positiva requiere una instancia natural y preexistente.

Podemos resumir la naturalidad del matrimonio en el siguiente silogismo:

1. Todo hombre está naturalmente constituido como varón o como mujer.
2. El varón y la mujer están hechos el uno para el otro, y esto se manifiesta en la mutua atracción que los une y en su complementariedad.
3. Como personas humanas diferentes, hechas el uno para el otro, hombre y mujer tienden a juntarse en una unión perfecta.
4. Esta forma específica de unirse que responde a la ley natural y a la condición de persona, es lo que llamamos matrimonio.⁶⁰

⁵⁹ HERVADA, Javier, Cuatro Lecciones de Derecho Natural, EUNSA, cuarta edición, Pamplona, 1998, pp. 129 y 130.

⁶⁰ Cfr. *idem*, pp. 133 - 135.

Una de las propiedades esenciales del matrimonio, dada por la propia naturaleza, es la **unidad**, entendida esta como **monogamia**. El matrimonio tiene naturaleza exclusiva y excluyente, esto quiere decir que supone una entrega completa del uno al otro, pero también una exigencia de compromiso total. De esto se desprende que el matrimonio sólo puede existir entre un varón y una mujer, porque la intervención de un tercero atenta contra la entrega total que la naturaleza exige.⁶¹

Siguiendo un razonamiento antropológico, los fines de la familia serían fundamentalmente dos: la procreación y formación de los hijos, y la comunidad de vida y ayuda mutua de sus miembros volcadas a una obra común. La poligamia no representa un obstáculo frente al fin procreativo, sin embargo, claramente atenta contra la ayuda mutua, la convivencia familiar y la crianza de los hijos que requieren de ambas figuras (paterna y materna) para su normal desarrollo.⁶² Las conductas contrarias a la mutua ayuda, por ser una alteración de la ley natural, resultan injustas.

Por otra parte, la unidad del matrimonio reside en la igualdad de la dignidad del hombre y la mujer. La poligamia conlleva consigo una evidente desigualdad. En el caso de la poliginia, mientras cada mujer se «entrega» por completo a su marido, no sucede lo mismo viceversa.⁶³ Es notorio que la poligamia (en la modalidad de poliginia) fomenta situación dispar de hombres y mujeres, en donde las segundas se encuentran «sometidas» a su esposo. Generalmente existe una jerarquía o preeminencia de algunas esposas sobre otras, lo que genera inevitables conflictos. Opinamos que en los matrimonios poligámicos marido y mujer no se ubican en plano de igualdad de derechos, igualdad que deben tener por poseer una misma dignidad en cuanto personas.⁶⁴

Esta situación de disparidad fomenta, en la práctica, graves violaciones a los derechos humanos de mujeres que se cometen en ciertas tribus: matrimonios a temprana edad, discriminación contra las mujeres que no contrajeron matrimonio, abuso sexual, etc.

¿La poligamia es violatoria de los derechos humanos? Si los derechos humanos tienen como referente ontológico a la naturaleza humana, y constatamos que la poligamia es *contra natura*, se deduce que, efectivamente, esta práctica cultural es desalineada respecto de las pautas que marca la Teoría General de los Derechos Humanos. Ciertamente, si lo que se busca es la protección de la familia, la poligamia, en cualquiera de sus modalidades, aparece como contraria a los derechos humanos.

Por dicha razón también desde el Derecho Positivo se ha intentado de proscribir dicha práctica. De hecho, la Organización de las Naciones Unidas, ha recomendado en sus informes a muchos países la eliminación de la poligamia por los inconvenientes que trae, siendo un organismo de vocación universal que representa la tendencia universal de los derechos humanos. Tal es el caso de Mali. En un informe de la situación de los derechos humanos en dicho Estado, el Comité de Derechos Humanos señala:

«El Comité señala a este respecto a la atención de Malí su Observación general 28 (2000) relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, en particular en lo que respecta a la poligamia, que atenta contra la dignidad de la mujer y constituye una discriminación inadmisibles contra su persona. El Estado Parte debería abolir definitivamente la poligamia.

Se debería prestar atención especial a la cuestión del matrimonio precoz de las jóvenes, que es un fenómeno de gran amplitud. El Estado Parte debería elevar la edad mínima legal para el matrimonio de las jóvenes de modo que corresponda a la de los jóvenes.»⁶⁵

Ahora bien, un segundo paso en nuestro análisis consiste en determinar si el fallo de la Corte al considerar la poligamia como elemento cultural fue justo o no. Según lo expuesto, la poligamia parecería atentar contra los derechos humanos. Sin embargo, a nuestro juicio, la cuestión de en qué grado no es en absoluto de importancia menor. Creemos que se trata de una *cuestión verdaderamente limitrofe*. Es claro que la poligamia no atenta de igual forma contra los derechos básicos de la persona como sí pueden hacerlo otras prácticas culturales como la infibulación femenina, la lapidación, y un larguísimo etcétera. Permite los fines primarios de la familia (procreación) aunque atenta contra los secundarios (ayuda mutua).

Teniendo esto en mente, nuestra opinión es que el fallo de la Corte fue acertado al indemnizar a las esposas de los difuntos, más allá de que la poligamia en sí sea una práctica condenable. Resumimos las razones que nos llevan a pensar esto:

⁶¹ Cfr. ídem., pp.141 - 142.

⁶² Cfr. JOLIVIET, Régis, Tratado de Filosofía Moral, Ediciones Carlos Lohle, versión castellana de la 5a edición francesa, Buenos Aires, 1966, pp. 332 - 335.

⁶³ Cfr. HERVADA, Javier, Cuatro Lecciones de Derecho Natural, EUNSA, cuarta edición, Pamplona, 1998, pp. 142 - 143.

⁶⁴ Es conveniente aclarar que la igualdad de derechos no supone una igualdad de roles.

⁶⁵ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos : Mali. 16/04/2003. CCPR/CO/77/MLI. (Concluding Observations/Comments), disponible en <http://www.ohchr.org/spanish>

1. En el caso que se nos plantea, no aparecen pruebas para acreditar la existencia de los inconvenientes propios de tal régimen matrimonial; si es que existen en la tribu Saramaca, evidentemente no fueron traídos a la luz por el Gobierno de Suriname como un elemento importante.

2. La búsqueda de la Justicia no puede desconocer la realidad de la cual parte. El Deber Ser no se sostiene si se lo escinde del Ser. En el caso *Aloeboetoe vs. Suriname* se parte de una realidad que es la existencia de una práctica cultural establecida. La Corte, al emitir su fallo definitivo, no debería omitir esta realidad. Consideramos que una aplicación normativa «a rajatabla», desprendida del contexto histórico - cultural, puede devenir injusta.

3. El caso *Aloeboetoe vs. Suriname* no presenta a la poligamia como la cuestión central a debatir. No aparece en discusión si la poligamia está bien o mal sino que la Corte adopta un criterio pragmático: la constatación de un daño que debe ser reparado. Se confirmó que las esposas de los difuntos efectivamente sufrieron un perjuicio moral y material, y, como nos encontramos frente a un caso de reparaciones en donde la Corte optó por aplicar el derecho local, es perfectamente lógico que tal indemnización sea debida.

4. Las conclusiones que anteceden no significan en modo alguno legitimar la poligamia como práctica cultural. Simplemente consideramos que, en aplicación de criterios universales de justicia a este caso específico, una sentencia que desconociera las costumbres locales y proscribiera la poligamia resultaría injusta. Sostenemos que no pueden vetarse prácticas culturales contrarias a los derechos humanos por la vía de la fuerza, por medio de una sentencia «condenatoria», que se impone por encima de la realidad de las cosas. Esto es no respetar en grado mínimo a la identidad cultural de pueblos y etnias. Es importante realizar la siguiente salvedad, que distingue entre los casos que son limítrofes, como el que nos ocupa, y los supuestos de violaciones aberrantes que no constituyen casos limítrofes. Mientras es lícito aplicar cierto grado de tolerancia y equidad en los primeros, las violaciones manifiestas contra los bienes humanos más elementales (vida, integridad física, libertad, honor, etc) bajo ningún concepto pueden consentirse y deben ser castigados sin excepción. La regla es la siguiente: cuanto mayor es la trascendencia del bien jurídico tutelado, menor el grado de flexibilidad, y viceversa. El caso *Aloeboetoe vs. Suriname* es esencialmente limítrofe. Desde este lugar, proponemos una vía alternativa a la fuerza para «combatir» costumbres contrarias a los derechos humanos, que es la vía del diálogo y del convencimiento. En última instancia, habrá que fomentar la toma de conciencia de una realidad que es *contra natura* y la consecuente necesidad de armonizarla según las pautas naturales.

5. CONCLUSIONES

Partimos de una serie de constataciones de la realidad latinoamericana en materia de derechos indígenas, para finalmente articular una respuesta superadora de sus dificultades.

5.1 La distintas facetas de la América indígena: una serie de constataciones

1. Desde nuestro punto de vista, juzgamos que los estados latinoamericanos han avanzado en el reconocimiento de la composición pluriétnica de su población civil. El rastreo de las constituciones americanas efectuado así lo demuestra. La pluriétnicidad reconocida es una clara señal de que los países latinoamericanos parecen rechazar cualquier forma de asimilacionismo y reconocen el derecho a la identidad de sus comunidades indígenas, ya sea a través de la ratificación de pactos internacionales como a nivel constitucional. La tutela jurídica del derecho a la identidad se materializa tanto en derechos de primera, segunda y tercera generación como expresión de la multiétnicidad.

2. Como contracara debemos señalar que en los hechos se siguen constatando situaciones de desigualdad material y violaciones de derechos humanos tan básicos como la vida. En el ámbito latinoamericano se ha popularizado una frase para describir la situación de las poblaciones indígenas: se suele decir que son «los más pobres de entre los pobres», descripción que no resulta para nada exagerada. No se puede culpar a los estados por falta de legislación al respecto, más bien podrá imputárseles la falta de concreción de esas normas, la mala praxis de los principios reconocidos por el orden jurídico, en una postura de amplio y abierto desconocimiento de la ley.⁶⁶ Por ende, la solución y satisfacción de las demandas indígenas no se obtiene a través de una reestructuración legal, sino que empieza por la voluntad de los gobiernos para cumplir y llevar

⁶⁶ En este párrafo empleamos los términos «ley» y «legislación» en un sentido laxo, comprendiendo también a las normas constitucionales y tratados internacionales.

a la práctica lo que la ley ya establece. Esto es nada más y nada menos que advertir la importancia de la dimensión prestacional del Estado para la eficacia de los derechos humanos.

3. En materia jurisdiccional, destacamos labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos que atiende reclamos de organismos, grupos e individuos en materia de violaciones a los derechos indígenas. El caso *Aloeboetoe vs. Suriname* resulta un excelente ejemplo para ilustrar cómo actúa la Corte incorporando las últimas tendencias en materia de derechos indígenas, como ser el reconocimiento de sus derechos culturales. Subsiste el gran inconveniente de que todavía no se han ideado mecanismos para imponer de forma coactiva los mandatos de la Corte para que sean secundados por los estados, quedando a la discrecionalidad de estos últimos la aplicación o no de lo que la Corte dispone.

4. La cuestión indígena aparece enturbiada por una fuerte politización del tema. Los grupos y organizaciones indígenas se transforman en verdaderas marionetas de movimientos izquierdistas, en medios de denuncia en contra del tan vituperado «neoliberalismo imperialista». La triste verdad es que en reiteradas ocasiones la protección del hábitat natural indígena y sus recursos es malempleada por estos movimientos como excusa para poner freno a la acción de empresas multinacionales, vistas como expresión del estigmatizado «imperialismo» económico que mencionamos. De más está decir que estas «operaciones» le restan seriedad a la discusión de la cuestión indígena. La utilización de los derechos humanos como banderas de lucha ideológica, como catalizadores de la acción política, hace que en definitiva se degeneren y pierdan su significado como exigencias propias de la naturaleza humana.

5.2 Nuestra propuesta

Siguiendo la línea de pensamiento que vinimos desarrollando hasta ahora, queremos plantear una triple solución al problema del multiculturalismo y los derechos indígenas:

- El primer paso consiste en la superación del multiculturalismo relativista. De la misma forma como el asimilacionismo parece haber sido desterrado de nuestro continente, hay que sustraerse del multiculturalismo a la hora de defender los derechos de las comunidades indígenas. Podetti resume impecablemente los argumentos que justifican tal necesidad cuando plantea: «El multiculturalismo expresa en cierto sentido, y primariamente, la instintiva reacción frente a las hegemonías que se asumen como universalidad, pero no resuelve el problema, porque postula sacrificar una deficiente unidad pero para reemplazarla por una no menos deficiente diversidad. No hay verdadera unidad que no contenga la diversidad, pero tampoco hay diversidades que tengan sentido sin una unidad que las contenga».⁶⁷
- Fomentar la autonomía como la vía principal para el reconocimiento y la garantía del respeto a la identidad cultural. Sostener la tesis de la pluralidad de naciones para enardecer posturas separatistas y reclamar el derecho a libre determinación no reporta ningún beneficio ni a las propias comunidades indígenas ni a la sociedad en su conjunto, sino por el contrario, deriva en una nociva desintegración social. Todos los integrantes de grupos indígenas deben reconocerse como nacionales, además de pertenecientes a una comunidad particular. Esto implica poner en marcha planes para hacer verdaderamente extensivo el ejercicio de los derechos políticos a las comunidades indígenas.
- Los latinoamericanos debemos hacer de la diversidad cultural nuestra riqueza, impulsar la diversidad cultural a través de la «discriminación positiva» y proteger la multiétnicidad como forma de lograr una igualdad real. Reiteramos que esto sólo es posible si el Estado asume la dimensión prestacional que le corresponde y se propone seriamente garantizar el cumplimiento y efectividad de las normas existentes, para que no acaben siendo letra muerta. El límite de la protección a la identidad cultural y la discriminación positiva estará marcado, en última instancia, por la naturaleza humana y sus exigencias. Ante cualquier duda, siempre deberá prevalecer la universalidad de los derechos asentada en la dignidad común de todos los hombres por encima de las tradiciones culturales. Como señalamos oportunamente al efectuar el análisis jurisprudencial, se hace imprescindible considerar cada situación particular y discriminar los casos limítrofes, en donde la diversidad cultural reclama mayor tolerancia y flexibilidad, de los que suponen contravenciones evidentes a la vida, honor, libertad, y otros derechos humanos primordiales. En este último caso, ello implica proteger a las comunidades aún de sus propias prácticas culturales cuando estas comprometen bienes básicos de la existencia humana.

⁶⁷ PODETTI, Ramiro, *Mestizaje y transculturación: la propuesta latinoamericana de globalización*, Comunicación presentada en el VI Corredor de las Ideas del Cono Sur, Universidad de Montevideo, 11 al 13 de Marzo de 2004, Montevideo, Uruguay.