

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL

Abordajes plurales desde América Latina

JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL
SILVINA RAMÍREZ
[EDITORES]



RIL editores

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL.
ABORDAJES PLURALES DESDE AMÉRICA LATINA

Comité editor

Dra. Silvina Zimmerman, UBA
Dr. Rosamel Millamán, UC Temuco
Dra. Ana Luisa Guerrero, UNAM
Dr. Roberto Morales, UACH

Coordinación y producción editorial

Andrea Rubilar Urra

*Este libro ha sido posible por el financiamiento del proyecto
FONDECYT Iniciación N° 11161079 “El derecho fundamental
a la identidad cultural de los pueblos indígenas en Chile,
debates y problemas a la luz de la jurisprudencia
conforme al Convenio N° 169 de la OIT”*

JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL
SILVINA RAMÍREZ
[EDITORES]

DERECHO FUNDAMENTAL
A LA IDENTIDAD CULTURAL

Abordajes plurales desde América Latina



338.98 Faundes Peñafiel, Juan Jorge

F Derecho fundamental a la identidad cultural: Abordajes plurales desde América Latina / Juan Jorge Faundes Peñafiel, Silvina Ramírez, editores. -- Santiago : RIL editores • Universidad Autónoma de Chile, 2020.

362 p. ; 23 cm.

ISBN: 978-956-01-0790-9

1 IDENTIDAD CULTURAL-AMÉRICA LATINA. 2 PUEBLOS INDÍGENAS-AMÉRICA LATINA.



DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL:
ABORDAJES PLURALES DESDE AMÉRICA LATINA
Primera edición: diciembre de 2020

© Juan Jorge Faundes Peñafiel, Silvina Ramírez, 2020
Registro de Propiedad Intelectual
Nº 2020-A-5617

© RIL® editores, 2020

SEDE SANTIAGO:
Los Leones 2258
CP 7511055 Providencia
Santiago de Chile
☎ (56) 22 22 38 100
ril@rileditores.com • www.rileditores.com

SEDE VALPARAÍSO:
Cochrane 639, of. 92
CP 2361801 Valparaíso
☎ (56) 32 274 6203
valparaiso@rileditores.com

SEDE ESPAÑA:
europa@rileditores.com • Barcelona

© Centro de Comunicación de las Ciencias, 2020
Universidad Autónoma de Chile
<https://ciencias.uaautonoma.cl> | ciencias@uaautonoma.cl
ISBN Universidad Autónoma 978-956-6109-02-0

Composición e impresión: RIL® editores
Diseño de portada y diagramación: Pedro Díaz Muñoz
Corrección de textos: Pablo Mendoza Topaz
Fotografía de portada: Soledad Pichicon

Impreso en Chile • *Printed in Chile*

ISBN 978-956-01-0790-9

Derechos reservados.

CONTENIDO

Prólogo	
ANA LUISA GUERRERO	9
El Derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos	
JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL Y SILVINA RAMÍREZ	13
I. BÚSQUEDA DE UNA MIRADA FUNDANTE	
Justificación de las identidades culturales, teoría crítica intercultural y derechos humanos	
RICARDO SALAS ASTRÁIN	33
La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporáneas en América Latina	
SILVINA RAMÍREZ	55
Derecho a la identidad cultural como derecho fundante de los derechos culturales	
COLUMBA DEL CARPIO RODRÍGUEZ.....	81
El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL Y LIZ DAIANA VALLEJOS ROA	107
Identidad Cultural y conocimientos tradicionales. La convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial	
HELLEN TERESITA PACHECO CORNEJO.....	145
II. ENFOQUES EN LATINOAMÉRICA	
Textualidad e identidad mapuche en la faja <i>trariüwe</i>	
SUSANA CHACANA HIDALGO	159

Os impactos da comunicação mercadológica nos direitos culturais e à identidade cultural das crianças brasileiras LIVIA CATTARUZZI GERASIMCZUK Y PEDRO HARTUNG	175
El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO Y CLARA LACERDA ACCIOLY	197
Los derechos de las <i>gentes</i> en la Constitución brasileña: un análisis desde la noción del constitucionalismo habermasiano JOVINO PIZZI Y FERNANDO AMARAL	231
Las actividades empresariales y la protección de la identidad cultural DANIELLE ANNE PAMPLONA	249
Patrimonio cultural digital e identidad en los archivos de publicaciones Web JHONNY ANTONIO PABÓN CADAVID	269

III. ESTUDIO DE CASOS

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados: El caso de Oxchuc, Chiapas ELISA CRUZ RUEDA Y NATALIE LONG	287
Asociación de Comunidades Aborígenes <i>Lhaka Honhat</i> vs. <i>Argentina</i> : una lectura etnográfica de la audiencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos MORITA CARRASCO.....	317
¿La identidad cultural como límite de la Consulta Indígena en el SEIA? Notas para una subversión de la comprensión “procedimental” de la consulta CRISTÓBAL CARMONA CALDERA.....	343

Prólogo

Los pueblos indígenas habitantes originarios de la región, a la que hoy llamamos América Latina, no fueron convocados para la instauración de los estados nacionales; su exclusión y negación como sujetos válidos para intervenir y participar en la vida política les dejó carentes de derechos. Los modelos de poder y justicia así como los de las relaciones de autoridad no les abrieron lugar para recrear en legalidad su identidad bajo sus propios referentes culturales, no obstante lo han hecho en resistencia. Lo que sí se les impuso desde siempre fueron dominio y tutelaje, las diversas cruzadas para su asimilación, incorporación e inclusión a la vida nacional, con aspiraciones a la desaparición de su existencia diferenciada, constituyeron las notas características de las políticas indigenistas en toda la región latinoamericana.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en octubre de 2007 contiene el reconocimiento de las reclamaciones y demandas históricas por las que estos pueblos han luchado y resistido con la finalidad de recrear su identidad cultural diferenciada. Ahora, las demandas de los pueblos indígenas respaldadas en su reconocimiento internacional como derechos humanos, así como en muchas constituciones nacionales, constituye un acontecimiento importante. Sin embargo, esta situación de indefensión de los pueblos indígenas no se ha resuelto; las falencias jurídicas, los obstáculos políticos, los intereses económicos, los dogmas éticos de penetración profunda están ahí como graves obstáculos que nos compete a todos contribuir en su relevo.

El cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas requiere cambios profundos en la vida cotidiana y en las formas de poder, ya que el respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas necesita contar con la protección de su libertad y seguridad, por ejemplo, para ejercer los derechos a la autodeterminación y la autonomía en sus comunidades, tierras y territorios, ya que enfrentan la acechanza de las empresas transnacionales.

La declaración de 2007 muestra la historicidad y la dimensión compleja que los derechos humanos han adquirido. Es decir, las bases políticas eurocentradas de los derechos humanos se han enriquecido con el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Con estos se afirmaron nuevos sujetos de derechos humanos que demandan legalmente el respeto y la protección de su dignidad. La concepción de dignidad es el punto de partida para engarzar los distintos tipos de derechos humanos que los estados están obligados a proteger; de este modo, reunidas las ideas de dignidad y de igualdad como cualidades y valores intrínsecos a todos los humanos, forman un basamento ético a favor del respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

Dicho de otra manera, la dignidad humana y el respeto de la identidad cultural son derechos fundamentales, la dignidad como un valor que toda persona tiene por el hecho de serlo, que no se pierde, no se vende y que no es una mercancía, es una concepción de raigambre kantiana que, a través de los criterios de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos que la ONU impulsa desde la *Proclamación de Teherán* de 1968 y en la *Declaración y Plan de Acción de Viena* de 1993, se vincula a la defensa de todas las identidades culturales y no solamente, como antes del reconocimiento de estos derechos se justificaba, a la identidad más poderosa e imperante. Este es el sentido del término dignidad intercultural que he empleado en diversas ocasiones, puesto que conlleva la asunción de que existen otras formas no eurocentradas en las que las personas y los pueblos ejercen sus relaciones con el entorno y los hábitats, el respeto de su dignidad depende de la protección a su identidad con base en otros parámetros de propiedad y de economía.

El asunto es que ya no es tiempo de afirmar que solo ciertos derechos humanos son los fundamentales y otros no lo son. Recordemos que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1948, contiene el reconocimiento tanto de los derechos individuales como de los económicos, sociales y culturales; es un documento que responde a la preocupación de evitar prácticas genocidas, holocaustos y horrores experimentados a causa de las guerras mundiales. Posteriormente, se trabajó durante más de 20 años el desglose de estos derechos humanos conteni-

dos en ella para constituir un documento vinculante, aspiración lograda el 10 de diciembre de 1966. Desafortunadamente, no se pudo aprobar en un solo documento sino en dos distintos: el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) y el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP). Se dejó, así, el testimonio de que hay concepciones diferenciadas y hasta encontradas sobre lo que es fundamental defender en las políticas de los derechos humanos, que obstaculizan de entrada exigirlos como complementarios, ya que no son libres de los entornos e intereses políticos y económicos. Cada uno de los pactos fue sostenido por cada uno de los bloques en los que el mundo de ese período se dividió: el socialista y el capitalista.

En nuestros días, los distintos tipos de derechos humanos todavía están lejos de la articulación deseada para que impida la jerarquía o preferencia de unos derechos sobre otros, ya que la indivisibilidad e interdependencia no se adquiere por decreto, no se establece con el hecho de nombrarlos de esa manera, se requieren esfuerzos decididos y de todos lados: nuevas cartas magnas, programas de educación, el control de las empresas transnacionales bajo criterios de los derechos humanos, etc.

La academia es otro lugar importante para fomentar debates y estudiar estos temas bajo agudos análisis, por ello, agradezco y me congratulo de que los editores de este libro, Juan Jorge Faundes Peñafiel y Silvina Ramírez, me hayan invitado a prologarlo. El título: *Derecho Fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*, da cuenta de la relevancia del texto para los interesados en las cuestiones del derecho a la identidad cultural. Su lectura es una oportunidad para refrendar los idearios críticos sobre los derechos humanos, ya que no son dogmas de fe ni tampoco incuestionables. Las autoras y los autores abordan preocupaciones éticas, cuestionan los modelos de justicia que aún perviven después del retorno a la democracia en nuestra región, que se niegan a comprender los derechos colectivos a la identidad cultural de los pueblos indígenas y naciones originarias como derechos fundamentales.

El libro se forma por estudiosas y estudiosos de los fundamentos teóricos del derecho a la identidad cultural; de las afectaciones de las empresas transnacionales a la dignidad de los pueblos indígenas; se ofrecen testi-

monios y análisis de caso. El texto es un logro peculiar con alientos a la práctica de los derechos humanos desde los contextos concretos de inconformidad y resistencia, y al mismo tiempo de creatividad.

Irremediablemente, la lectura del libro me colocó frente a mí misma para retornar a la búsqueda de nuevas respuestas, siempre momentáneas, ya que en estas preocupaciones no está todo dicho ni es conveniente que lo sea, al contrario, siempre están por venir nuevas reflexiones y experiencias que compartir. Esta es la sensación que la lectura de los capítulos produce, ya que sus claves, propuestas, dudas y preguntas conducen a la conciencia de que hay caminos que transitar, en especial para el afianzamiento de los derechos de los pueblos indígenas y para el control de las empresas transnacionales. El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, que es sin duda relevante, requiere a estas alturas una actualización en la que se exija a las autoridades el cumplimiento de manera obligatoria de los resultados de las consultas libres e informadas a los pueblos indígenas; se requiere que los gobiernos tengan respeto a los derechos humanos de manera sistemática. Por ello mismo, también hay urgencia de otro documento que sea vinculante para los estados y así adquieran la obligación de someter a control de los criterios de los derechos humanos a las empresas transnacionales, ya que los *principios rectores* son solo deseos, ni siquiera llegan a planteamientos firmes en tanto que dejan a las poblaciones y los pueblos del mundo en manos de sujetos privados. El libro conmina a mantener las expectativas de respeto de los derechos humanos con base en la crítica, la inventiva y la intervención para mejores relaciones políticas inclusivas e incluyentes.

Ana Luisa Guerrero Guerrero

Ciudad de México

El Derecho a la identidad cultural, horizontes plurales latinoamericanos

JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL¹

SILVINA RAMÍREZ²

1. Presentación

El derecho fundamental a la identidad cultural, debates y abordajes plurales en América Latina es una obra académica, colectiva e interdisciplinaria, que tiene como hilo conductor el derecho a la identidad cultural, entendido como un derecho fundamental, categoría matriz a partir de la cual se van desplegando múltiples enfoques teóricos y concreciones.

El libro que se entrega a los lectores se origina en la cuestión del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Sin embargo, la versión fue madurando hasta considerar, en definitiva, el abordaje de *diversas diversidades*, esto es, situar el derecho a la identidad cultural en relación con diversos tipos de colectivos, grupos y pueblos. El énfasis estará en las cuestiones de pueblos indígenas; sin embargo, como lo develan los propios trabajos que componen el libro, en un enriquecimiento que afortunadamente supera nuestras pretensiones iniciales, al tratar la cuestión identitaria cultural se aborda tanto el fenómeno en sí como un conjunto amplio de identidades culturales o colectivos culturalmente diferenciados.

¹ Académico Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Correo: juanjorgef@gmail.com

² Profesora de Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires. Correo: silvina.ramirez@gmail.com

Asimismo, desde una perspectiva epistémica, los editores hemos trazado este libro bajo el entendimiento de que el fenómeno de la identidad cultural, por sus propias características, incluso en su enfoque jurídico como derecho fundamental a la identidad cultural, exige un tratamiento desde las diversas dimensiones y disciplinas que lo estudian. En consecuencia, tomamos el derecho a la identidad cultural como marco general de referencia, a partir del cual cada autor de los capítulos desarrolla sus respectivas perspectivas, conforme sus líneas de investigación, disciplinas de interés o casos de estudio, tales como: el derecho, la filosofía, la antropología y la ciencia política. En el mismo sentido, hemos considerado con entusiasmo las propuestas interdisciplinarias.

Los trabajos se han compilado, principalmente, a partir de dos eventos científicos realizados en la ciudad de Temuco durante octubre de 2018. El primero corresponde al seminario de investigación “El Derecho Fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina: Recepción nacional, debates y perspectivas” (Universidad Autónoma de Chile, Facultad de Derecho, Sede Temuco e Instituto de Investigación en Derecho de la misma Universidad). El segundo es el X Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica–RELAJU Wall Mapu 2018, realizado en la Universidad Católica de Temuco y la Universidad de la Frontera, que contó con un simposio y un panel de expertos con ponencias en torno al derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Ambos eventos nos permitieron realizar la convocatoria para los trabajos aquí reunidos. Además, se suman algunas invitaciones formuladas durante el Congreso Chileno de Antropología realizado en Temuco en enero de 2019 y, finalmente, la convocatoria a investigadores brasileños con quienes conformamos un grupo de trabajo gracias a la coincidencia en el Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, en Heidelberg, Alemania, en enero y febrero de 2019.

Esta publicación se caracteriza por su pluralidad, ya que considera diversas visiones críticas al propio concepto de “identidad cultural” (así como a los respectivos conceptos de “identidad” y de “cultura”) y a su formulación como derecho fundamental. Con todo ello hemos buscado alcanzar una comprensión más acabada en relación con las necesarias discusiones

y diálogos que se requieren en nuestras sociedades democráticas en torno a las cuestiones del reconocimiento de la identidad y la cultura.

Esta obra ha contado con el apoyo fundamental del Proyecto Fondecyt Iniciación N° 11161079 “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas en Chile, debates y problemas a la luz de la jurisprudencia conforme al Convenio N° 169 de la OIT”, cuyo aporte fue central para realizar las actividades recién mencionadas. A partir de ellas se articulan los trabajos que reúne este libro y surge la organización preliminar del proyecto editorial. La edición definitiva se debe al compromiso de la Facultad de Derecho y el Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, que han creído y respaldado este proyecto.

El libro se estructura en tres partes. La primera reúne en perspectiva crítica trabajos que buscan una mirada general, fundante teórica y jurídicamente, sobre el derecho fundamental a la identidad cultural. En la segunda parte, hemos reunido un conjunto de trabajos que refieren a diferentes tratamientos o estudios chilenos y latinoamericanos, sobre la cuestión de la identidad cultural, sus referentes históricos, simbólicos o tratamiento jurídico. En la tercera parte, hemos agrupado tres estudios de caso específicos que han tenido como eje y marco el derecho fundamental a la identidad cultural.

En el primer capítulo de la primera parte, titulado “Justificación de los derechos teoría crítica e identidades culturales”, el filósofo Ricardo Salas Astraín nos presenta un abordaje fundante, desde la teoría crítica, a la justificación de los derechos (FORST, 2014), proponiendo *inflexiones* propias desde el pensamiento intercultural/decolonial latinoamericano, bajo la exigencia epistémica y política emancipadora de trabajar desde los contextos.

El segundo capítulo, titulado “La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporáneas”, de Silvina Ramírez, plantea que la identidad cultural, como concepto y como derecho, comprende un conjunto de elementos y de acercamientos que alcanza a una diversidad de sujetos, atravesando géneros, etnias, procedencias y otros factores sociales. Propone la identidad cultural como telón de fondo presente en

los distintos derechos que participan del ordenamiento jurídico y que es central para definirlos e interpretarlos. Como punto de partida, Ramírez destaca el deber estatal de tomar a la identidad cultural como un motor del reconocimiento de los derechos indígenas.

En el tercer capítulo, “La identidad cultural como derecho fundante de los derechos culturales”, Columba del Carpio Rodríguez se acerca a la cuestión de la identidad cultural, revisando las teorías clásicas y diversas fuentes normativas universales, para proponer la configuración de un derecho humano que denomina de “tercera generación”.

Juan Jorge Faundes y Liz Vallejos Roa aportan con el capítulo “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Se preguntan, metodológicamente, “si es posible afirmar la existencia de un derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas”. Para alcanzar una respuesta —que será afirmativa—, repasan las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con un exhaustivo estudio sobre la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Así, proponen el derecho fundamental a la identidad cultural bajo el entendimiento de un derecho-matriz y filtro hermenéutico, como un imperativo, conforme el cual el Estado tiene un deber de actuación diligente para la propia supervivencia de los pueblos indígenas.

Cierra esta primera parte Hellen Pacheco Cornejo con su artículo “Identidad Cultural y conocimientos tradicionales. La convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial”. La autora, desde los preceptos de la “Convención para la salvaguarda del patrimonio inmaterial”, plantea que la identidad cultural se construye, con el tiempo, a partir de las diversas experiencias de la vida diaria, para conformar “una base de conocimientos que permiten a ese grupo, no solo manifestar su propia cultura, sino resolver sus necesidades básicas”. Finalmente, reflexiona sobre la problemática del uso de los conocimientos tradicionales para fines comerciales y de investigación.

En la segunda parte del libro, hemos reunido un conjunto de seis investigaciones que refieren a diferentes tratamientos o estudios nacionales latinoamericanos sobre la cuestión de la identidad cultural, sus referentes históricos, simbólicos o tratamiento jurídico.

El primer capítulo de la segunda parte corresponde a la contribución de Susana Chacana, titulada: “Identidades sociales y territoriales de la faja textil *trarüwe*”, que surge del trabajo en el Museo Regional de La Araucanía a partir de la colección de fajas *trarüwe* mapuche presentes en el museo. Como indica la autora, “dichos textiles contienen diferenciadores sociales y territoriales mapuche que distinguen e identifican a su portador o portadora y permiten establecer tipologías a partir de interpretaciones etnográficas, etnohistóricas e históricas”. Se trata de un trabajo que desarrolla a partir de fotografías de la textilería mapuche, en que Chacana va tejiendo significados y develando diversos elementos de la forma de organización social, familiar y de uso de acuerdo con aspectos propios de la cultura del Pueblo Mapuche.

En el segundo capítulo, adentrándose en el contexto plural brasileño, Pedro Hartung y Livia Cattaruzzi, escriben el trabajo “*Os impactos da comunicação mercadológica no direito fundamental à identidade cultural das crianças brasileiras*”. Este artículo busca –en la afirmación de sus autores– explorar los impactos de la comunicación mercadológica (publicidad televisiva, el ambiente digital, escuelas, espacios de convivencia, puntos de venta, etc.) en los derechos fundamentales y el desarrollo de niños brasileños, especialmente en relación al derecho a la identidad cultural de niños y niñas pertenecientes a pueblos y comunidades tradicionales. Afirmarán enérgicamente que aprovechándose de la vulnerabilidad de los menores y sus familias, mediante sofisticadas estrategias de *marketing*, se afecta severamente el derecho a la identidad cultural de las diversas dimensiones de la infancia existentes en Brasil.

A continuación, desde las categorías constitucionales brasileñas, Patrícia Perrone Campos Mello presenta el capítulo “El derecho a la identidad cultural en la Constitución brasileña de 1988: un enfoque a la luz de los derechos de los pueblos indígenas y *quilombolas*”. En un interesante trabajo que muestra la que podemos llamar “diversidad de diversidades”,

la autora propone una relectura del derecho de acceso a la tierra y su titulación en favor de pueblos indígenas y *quilombolas*, conforme a cómo se establece en la Constitución brasileña. Afirmará Perrone, críticamente, que a pesar de la multiplicidad y generosidad de dichas normas, en la práctica, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas y *quilombolas* sufre enormes resistencias, radicadas en los intereses antagónicos de la cultura dominante. Ante ello, propondrá una relectura del “derecho al acceso a la tierra de pueblos indígenas y *quilombolas* a la luz del derecho a la identidad cultural” contemplado en la propia Constitución.

El cuarto capítulo de la segunda parte corresponde a Jovino Pizzi y Fernando Amaral, quienes nos ofrecen un marco (de “reencuadramiento”) filosófico crítico para aproximarse a la cuestión de las identidades culturales en Brasil, que denominaron “Los derechos de las gentes en la Constitución brasileña: un análisis desde la noción del constitucionalismo habermasiano”. Nos dicen que la expresión “derechos de las gentes” requiere un abordaje etnocultural y geocultural basado en la interconexión constitutiva latinoamericana, de cinco siglos, “entre las Américas, África y Europa”. Desde ahí, propondrán una re-significación de la teoría constitucional habermasiana predominante que camine hacia una epistemología triangular que permita reconfigurar los derechos sociales que contempla la Constitución brasileña de 1988.

La segunda parte se concluye con el artículo de Jhony Pavón titulado “Patrimonio cultural digital y derecho fundamental a la identidad cultural”. Este trabajo formula una relectura compleja de la noción de patrimonio cultural enlazado a las cuestiones de la “era digital”. Con este esfuerzo nuestra obra logra situarse en uno de los aspectos más actuales de los debates sobre identidad, tecnología digital y cultura en nuestro tiempo.

Cierra la segunda parte Danielle Pamplona con el capítulo “*A responsabilidade de entes privados por violações da identidade cultural*”. La autora, desde la mirada de los derechos humanos, aborda el papel de los entes privados en la ocurrencia de violaciones al derecho de identidad cultural de pueblos tradicionales y enfrenta los retos para su responsabilidad. Al efecto, explora cómo estas empresas han violado la identidad cultural en estos casos y las posibilidades de su responsabilidad. Entre otros aspectos,

revisa las respuestas que la ONU ha dado, como principios rectores para empresas y derechos humanos y los revisa mediante un estudio de caso.

En la tercera parte, hemos agrupado tres estudios específicos que han tenido como eje y marco el derecho fundamental a la identidad cultural.

En primer término, Morita Carrasco presenta el capítulo “A propósito de la audiencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso 12094 Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat vs. Argentina, Costa Rica, 12 de marzo de 2019”. En este artículo, Carrasco trabaja con los diálogos ocurridos entre los representantes indígenas presentes, algunos jueces y la propia autora, durante la audiencia Caso Lhaka Honhat vs. Argentina. A partir de esta experiencia, desarrolla la cuestión del territorio (del derecho de propiedad) “como estrategia de defensa del derecho a la identidad”.

Sobre este trabajo, necesitamos destacar que en pleno cierre de la edición del presente libro (6 de febrero de 2020), la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicó su sentencia sobre “*Lhaka Honhat* (nuestra tierra) vs. Argentina”. De esta forma, el estudio de Morita Carrasco, recaído en el mismo caso, adquiere enorme actualidad y se inserta de forma pionera en las reflexiones que seguirán en torno al que ha pasado a ser uno de los fallos más importantes de la Corte en los últimos años para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. La decisión, precisamente, consideró en sus fundamentos –y de manera muy relevante– la cuestión del derecho a la identidad cultural, en interdependencia con el ejercicio efectivo de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, a un medio ambiente sano, al agua, a la alimentación adecuada, a la participación y consulta, entre otros. Todo lo cual, sin duda, no solo es trascendente para Argentina, sino para todos los pueblos indígenas latinoamericanos.

También indicar que, dado lo reciente del fallo y más allá de su impacto y necesaria pertinencia, no ha podido ser incluido en el artículo de Morita Carrasco, ni el de Faundes y Vallejos.

En segundo lugar, Elisa Cruz Rueda y Natalie Long contribuyen con “El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados: El caso de Oxchuc, Chiapas”. Este artículo expone el caso de Oxchuc, de Chiapas, sobre elec-

ción de autoridades por usos y costumbres, analizando la decisión del Instituto de Participación Ciudadana de Chiapas que negó ese derecho y la sentencia del Tribunal Estatal Electoral que ordenó un peritaje antropológico y un proceso de consulta. Las autoras afirmarán que tal medida se fundamenta en el “respeto a su autonomía y libre determinación”, incorporados desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT (1990) y después en los años 1994 y 2001 con la llamada reforma constitucional en materia indígena.

Se cierra el libro con el lúcido texto de Cristóbal Carmona Caldera denominado “La identidad cultural como límite externo e interno en el marco de la consulta indígena: reflexiones a propósito de Añihuerraqui”. Carmona logra enmarcar críticamente la cuestión de la “libre determinación indígena”. Tanto para evidenciar los excesos formales de la regulación ambiental chilena que deben ceder ante la vigencia de los derechos fundamentales –en particular del derecho a la identidad cultural– como para plantear, muy lejos de relativismos ingenuos, límites objetivos frente a la misma autodeterminación o autonomía comunitaria. El autor trabaja a partir del estudio del caso de la Central Hidroeléctrica Añihuerraqui, en la Región de La Araucanía, y propone revisar las posibilidades de pensar el derecho fundamental a la identidad cultural como “límite” o marco, para los procesos de consulta indígena, desde dos dimensiones específicas de la identidad cultural: como límite “externo”, que podría impedir una consulta que no cumpla con el estándar de necesidad y proporcionalidad propuesto; y una segunda dimensión, como un límite “interno”, que restringe la propia libertad de decisión de los pueblos indígenas frente a un proyecto de inversión que pudiese “poner en riesgo la supervivencia cultural de dicho pueblo”.

2. Algunas cuestiones claves sobre el derecho fundamental a la identidad cultural

La identidad cultural se ha definido como el conjunto de referentes culturales con los que “una persona o un grupo se autodefine, se manifiesta y desea ser reconocido” (RUIZ, 2006, p. 44). Comprende dos conceptos

articulados, identidad y cultura. Entonces, el derecho a la identidad cultural contempla, a su vez, dos derechos: el derecho a la identidad y el derecho a la cultura. El derecho a la identidad refiere al resguardo del sentido de pertenencia que un individuo tiene respecto de una determinada cultura (GRIMSON, 2010, pp. 63-79). Y, por otra parte, este derecho fundamental apunta a la protección de la cultura a la que pertenece el sujeto, como valor en sí (FAUNDES, 2017b, pp. 312, 315).

Desde una hermenéutica y pragmática de la cultura, comprendemos la cultura como una trama de sentidos y significados transmitidos por símbolos, mitos, dichos, relatos, prácticas y reconstrucciones, que expresan una comprensión y reconstrucción del sentido de la totalidad de la existencia y de los sujetos entre sí. En tanto que las culturas no solo son relativas a una sola comprensión y explicación del ser humano, sino que se abren a una dinámica de la existencia que se constituye en la dialéctica entre la autocomprensión de sí mismo y la heterocomprensión de los demás (SALAS, 2003, pp. 54-55). En consecuencia, entendemos la cultura “abierta y dislocada”, incapaz de la determinación total de todos sus elementos, como una estructura permanentemente amenazada que no se entiende como universo único de sentido, sino descentrada, dinámica, siempre en relación y tensión frente a la emergencia y contingencia de pluralidad de centros culturales, externa (otras culturas) e internamente (diversidad intracultural) (FAUNDES, 2017a). Vista así, la cultura configura un núcleo “semiótico fundamental” que comprende “los valores, las normas, las representaciones, las relaciones expresivas y simbólicas” en que la cultura (las culturas) se muestra(n) como conjunto de sistemas, de representación, normativos, de expresión y de acción (SALAS, 2003, p. 56). Y, al mismo tiempo, la identidad cultural no es rígida, ya que se resignifica y adecúa a lo largo del tiempo y de forma dinámica (FAUNDES, 2019, p 56).

Por cierto, esta perspectiva se distancia de la noción de cultura frecuente en los escenarios de la agenda pública, incluso en diversas estereotipaciones judiciales latinoamericanas, que conciben la cultura como un “compartimento”, un capítulo acotado solo asociado a la lengua, los bailes, la vestimenta tradicional, elementos que “estrechamente” significados y descontextualizados corren el riesgo de banalizar y estereotipizar tanto el

concepto de cultura³, como a los agentes culturales –sujetos y pueblos– y a sus acciones⁴. Por el contrario, el derecho fundamental a la identidad cultural hace transversales y permite visualizar la trascendencia e intangibilidad de las cuestiones culturales, relevando el sentido político de las tensiones y consiguientes transformaciones culturales.

Para comprender el derecho fundamental a la identidad cultural, integralmente, conviene seguir la Declaración Universal de la Unesco sobre la Identidad Cultural del año 2001 que define cultura como:

[...] el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias⁵.

Asimismo, este derecho fundamental comprende dos dimensiones, una individual y otra colectiva: una como derecho individual o dimensión indirecta que protege al individuo y su identidad en la comunidad, y una dimensión directa que resguarda a la comunidad como sujeto de derecho⁶. La segunda es la más compleja, en el marco de los avances democráticos, ya que rompe con paradigmas preponderantes en los sistemas de derecho clásicos centrados en la dimensión autónoma de la persona humana y la concepción de la dignidad humana, como una categoría eminentemente individual⁷.

Superando las visiones clásicas descritas, este trabajo asume, como presupuesto, que son titulares del derecho fundamental a la identidad cultu-

³ Se trata de visualizar la trascendencia e intangibilidad de las cuestiones culturales, evitando, tanto simplificaciones, como estereotipos. Desde esta perspectiva, destacamos la investigación de Susana Chacana, incluida en este libro, en materia de textilera tradicional mapuche, sus significados y relevancia en la cultura de este pueblo.

⁴ Los diversos estudios de caso e investigaciones en contexto de este libro permiten conocer en su materialidad las vivencias, los alcances de la cuestión de la identidad, y el reconocimiento de la cultura paralelamente a su valor normativo.

⁵ UNESCO, “Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales”, México 1982.

⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-778/05. Así también lo describen RUIZ (2006, pp. 43-69) y DEL REAL (2014).

⁷ Para conocer un desarrollo más extenso y crítico de los alcances y debates en torno a la perspectiva individual y la colectiva del derecho a la identidad cultural, véase DEL REAL (2014).

ral los diversos colectivos culturales (los pueblos indígenas en particular; así como grupos étnicos, religiosos y, en el contexto europeo, minorías nacionales)⁸. Estos colectivos culturales se caracterizan por un referente cultural aglutinante, que compone al propio grupo y que en el caso particular de los pueblos indígenas se ha llegado a conectar con el derecho a la vida.

En esta línea, en el derecho a la identidad cultural subyace el interés emancipatorio y descolonizante de “revalorizar las memorias de culturas hoy marginalizadas y amenazadas, pero que mantienen vivo el sentido profundo de sus tradiciones”, manteniendo su nexo vital con las culturas tradicionales, en su relación con las sociedades de consumo actuales (FORNET-BETANCOURT, 2010).

Al mismo tiempo, en el campo normativo internacional, el derecho a la identidad cultural ha sido fruto de la transformación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la profundización de los estándares de protección de los derechos culturales, a partir de las propias luchas por el reconocimiento de los pueblos indígenas y otros colectivos culturales. El caso más avanzado es el de los pueblos indígenas a los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció como titulares del derecho fundamental a la identidad cultural. La Corte evidenció su naturaleza colectiva y su estatus de derecho fundamental, instalándolo, asimismo, como presupuesto del propio sistema democrático⁹. En dicho sentido, el reconocimiento es un presupuesto ontológico y político de cualquier posibilidad de justicia en una perspectiva democrática intercultural (SALAS & FAUNDES, 2018).

⁸ Una expresión más adecuada y aglutinante es la de “identidades culturales” o “colectivos culturales”, que permite incluir diversos grupos, etnias, pueblos o minorías nacionales diferenciadas. En este sentido, los instrumentos internacionales han reconocido a los “Pueblos Indígenas” como titulares del derecho a la identidad cultural, mientras en el plano de la Unesco y otros organismos internacionales se hace referencia a “grupos” y también a “minorías” (particularmente en el caso europeo). Ahora bien, la diferencia no es semántica, ya que las respectivas titularidades apuntan a contextos diversos y estatutos de derechos distintos, aunque convergentes. Asimismo, debe advertirse el reclamo indígena de que la generalización bajo categorías como la de “grupos” o “minorías” ha significado una especial invisibilización de los pueblos indígenas, subsumiéndolos, dentro de las “minorías” nacionales, determinando con ello la supresión de su propia ciudadanía diferenciada.

⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador*, 2012.

Normativamente, el carácter de derecho fundamental¹⁰ tiene el efecto de incorporar el derecho a la identidad cultural al bloque de derechos fundamentales normado constitucionalmente, y así el derecho se integrará materialmente al “bloque de constitucionalidad” (GARCÍA ROCA, *et al.*, 2012, pp. 68-69; NOGUEIRA, 1997). Y la consecuencia del estatus normativo de derecho fundamental, entonces, será la de constituir una norma imperativa para el Estado, que opera como un límite para el ejercicio de la soberanía por parte de este¹¹. El mecanismo variará conforme las respectivas fórmulas nacionales de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en que claramente existe una tendencia latinoamericana compartida a la apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (BOGDANDY, 2014, pp. 302-305)¹². Entre otros casos, en Chile (conforme el art. 5 inc. 2 de la Constitución), el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas se recoge de la interpretación auténtica y vinculante de la Corte IDH, siguiendo la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que se incorpora internamente a partir de las disposiciones constitucionales de recepción de los derechos humanos internacionalmente asegurados. En dicho caso, podemos considerar el derecho fundamental a la identidad cultural como un derecho implícito (BIDART CAMPOS, 2002), fruto de la hermenéutica evolutiva de los derechos humanos, ya que el tenor literal de la CADH tampoco considera este derecho expresamente. Ahora bien, en todos los supuestos, incluso cuando el derecho está reconocido en los textos constitucionales nacionales, expresa indirectamente que sus alcan-

¹⁰ En este trabajo, seguimos particularmente el entendimiento de que los derechos fundamentales son una expresión positivizada de los derechos humanos, tanto en la Constitución, como en los tratados internacionales de derechos humanos (ARANGO, 2014, pp. 27-29; FAUNDES, 2013; MEDINA, 1994, pp. 44-46).

¹¹ Así se ha resuelto en Chile por la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol N° 103-2011, de 14 de enero de 2013, en cumplimiento de lo resuelto por la Corte IDH en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, 2006.

¹² Por ejemplo, se reconoce expresamente el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas en: Colombia (art. 68), Perú (art. 2 N° 19 y art. 89, inc. 4°), Ecuador (art. 84), Guatemala (art. 58), México (art. 2 inc. 4), República Dominicana (art. 64), Bolivia (art. 30 II N° 1 y N° 2) y Paraguay (art. 63). Por su parte Nicaragua (art. 89), Panamá (art. 90), Argentina (art. 75 N° 17), Brasil (art. 215), Venezuela (art. 119), Ecuador (art. 84) y Perú (art. 2 N° 19 y art. 89, inc. 4°) poseen otras formas de reconocimiento, tales como de la “identidad étnica” y de protección de la cultura o derechos culturales.

ces normativos han sido establecidos mediante estándares jurisprudenciales en los sucesivos precedentes de la Corte IDH.

Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos a partir de los cuales se ha ido dando desarrollo progresivo al derecho fundamental a la identidad cultural son la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), art. 27. Por su parte, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (París 2003) protege el patrimonio cultural inmaterial (art. 1a) y dispone la obligación de respetar el “patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos [...]” (art.1b), asegurando la protección del derecho fundamental a la identidad cultural.

En el ámbito americano el instrumento más relevante es la CADH, entendida de acuerdo a los estándares fijados por las sentencias de la Corte IDH. Así, conforme la CADH, el derecho a la identidad cultural ha sido fundado en los deberes de respetar integralmente los derechos de la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación (CADH, arts. 1.1, 24, 21, 29b). Conforme estos mandatos generales, los estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas que están sujetas a su jurisdicción, lo que contempla el derecho fundamental a la identidad cultural.

Desde la dimensión constitucional, en especial en el contexto comparado latinoamericano, el derecho fundamental a la identidad cultural se basa en una visión amplia del principio de igualdad y del respeto de la dignidad humana. En este sentido, conforme el principio de igualdad constitucional, por sobre la prohibición de la discriminación, se trata del derecho a ejercer y asumir la diferencia, fundado en la dignidad de la persona humana¹³. Como advertíamos, nos centramos en el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, sin dejar el entendimiento más amplio del derecho a la cultura de los diversos colectivos e identidades culturales que componen una sociedad democrática.

¹³ El trabajo de Silvina Ramírez, en particular, desarrolla estas cuestiones.

Por ejemplo, ese es el caso de los grupos *Quilombolas* fundamentales en la conformación étnico-social brasileña, reconocidos constitucionalmente¹⁴. En relación con los pueblos indígenas –siguiendo los dictados de la Corte IDH–, al interpretar y aplicar su normativa interna los estados deben “tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”¹⁵. Así, bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la CADH¹⁶. En particular, a partir de esta afirmación, se propondrán las categorías de derecho-matriz y filtro hermenéutico¹⁷ para el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Este entendimiento fundamenta la protección jurídica de las culturas indígenas y el derecho de sus respectivos integrantes a su identidad cultural, bajo lo que denominamos una recompreensión intercultural de los derechos humanos (FAUNDES, 2015; VILLEGAS & MELLA, 2017, pp. 140-150). En este sentido, el principio de igualdad no inhibe la existencia de estatutos o normativas especiales, frente a sectores o grupos vulnerados históricamente de la sociedad. Además, el derecho a la identidad cultural implica que los pueblos indígenas responden a circunstancias propias y específicas desde una perspectiva intercultural que tensiona las concepciones e instituciones clásicas del ordenamiento jurídico, en especial

¹⁴ Que son abordados en el capítulo de Patricia Perrone.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 51. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párrs. 59 a 60. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 164, p. 44.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 51. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 215, p. 67.

¹⁷ Formas de conceptualizar el derecho esbozadas en el capítulo de Faundes y Vallejos de este libro. A su vez, han sido propuestas, discutidas y desarrolladas preliminarmente por Patricia Perrone y Juan Jorge Faundes en diversos eventos en abril de 2019 en UniCEUB, Brasilia.

respecto de la propiedad, la justicia y la toma de decisiones (consulta indígena)¹⁸.

Desde la comprensión indicada, el enfoque del principio de igualdad se extiende a una concepción de la ciudadanía que comprende un conjunto de nuevas categorías de derechos establecidos en favor de los pueblos indígenas (RAMÍREZ, 2012), conforme los estándares que exige el Convenio N° 169 de la OIT y que han sido incorporados por la Corte IDH en su interpretación de la CADH.

En consecuencia, la legislación nacional y las respectivas regulaciones sectoriales deben adecuarse a los nuevos estándares que se sostienen en esta recompreensión del principio de igualdad, bajo el respeto del derecho fundamental a la identidad cultural, como una nueva visión de la ciudadanía y la convivencia en diversidad, con pleno respeto de los derechos de los pueblos indígenas (FAUNDES, 2015).

El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas se instala, así, en la base de los restantes derechos de estos pueblos, como derecho-matriz. Esto es, el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas exige considerar el aseguramiento efectivo de las condiciones de existencia de estos pueblos y dichas condiciones son inseparables de su derecho a la vida en sentido amplio o colectivo —a su sobrevivencia como pueblo—, estrechamente ligado a la protección de las tierras, territorios, hábitat y recursos naturales de los pueblos indígenas. Como consecuencia de ello, el derecho fundamental a la identidad cultural es presupuesto y expresión de la propia vida en comunidad, de la vida colectiva conforme los valores culturales y comprensiones espirituales del mundo, de las formas de organización colectiva y de vida familiar indígena. Al mismo tiempo, este alcance del derecho lo constituye en un imperativo interpretativo o filtro hermenéutico que irradia a todo el ordenamiento jurídico, que obliga a la administración y a los jueces.

Entonces, desde esta perspectiva, el principio de igualdad debe entenderse en un sentido amplio, evolutivo, como el derecho humano radicado en la dignidad fundamental de toda persona a desenvolverse y desarrollar

¹⁸ Así se aborda en los trabajos de Elisa Cruz y Cristóbal Carmona.

su vida conforme todos los aspectos de su identidad personal, lo que, por cierto, comprende su identidad y marco cultural, incluso en un sentido colectivo como miembro de una cultura o pueblo que comparte valores culturales, espirituales, religiosos y normas sociales, entre otros (una cosmovisión y una cultura de origen ancestral en el caso de los pueblos indígenas). Conforme con estos antecedentes, desde ya, podemos definir –preliminarmente– el derecho fundamental a la identidad cultural como:

El derecho de los pueblos indígenas y otros colectivos a vivir libremente, conforme su cultura y a ser reconocidos como diferentes en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Contiene el derecho a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su identidad presente; y el derecho a que se respeten y protejan sus conocimientos, lengua, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización.

Para los pueblos indígenas, este derecho constituye un presupuesto inalienable de los derechos a las tierras, territorios, bienes comunes, aguas y hábitat en general en que habitan y conlleva la obligación del Estado de asegurar todas aquellas condiciones indispensables para su ejercicio, materiales e intangibles, ya sean ambientales, sociales, culturales, políticas, económicas o de cualquier otra naturaleza (FAUNDES, 2019, p. 12).

Concluyendo, primero, acogemos la idea del “reconocimiento intercultural” y del “descentramiento intercultural” (FAUNDES, 2017a; 2017b), como puntos de partida para poder plantear una concepción intercultural de los derechos humanos (no del todo resuelta) sustentada en el derecho fundamental a la identidad cultural (FAUNDES, 2015; VILLEGAS & MELLA, 2017, pp. 140-150).

Consecuentemente –segundo–, el derecho fundamental a la identidad cultural pone en tensión los paradigmas clásicos y la lógica igualitaria liberal preponderante en los sistemas jurídicos democráticos.

Tercero, el proceso de reconocimiento intercultural de derechos (sustentado en el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos

indígenas) se trata de una relación de diálogo en conflicto en que las transformaciones normativas, más que un punto de llegada, solo son articulaciones que de manera parcial, progresiva y concatenada pueden dar lugar –siempre en tensión política– a una forma de convivencia social cada vez más simétrica, basada en acciones jurídicas de reconocimiento.

En cuarto lugar, el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas se ubica en la base de los restantes derechos de estos pueblos –derecho-matriz–. Esto es, el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas exige considerar el aseguramiento efectivo de las condiciones de existencia de estos pueblos y dichas condiciones son inseparables de su derecho a la vida en sentido amplio o colectivo, estrechamente ligado a la protección de sus tierras, territorios, hábitat y bienes comunes de la naturaleza. Como consecuencia de ello, el derecho fundamental a la identidad cultural es presupuesto y expresión de la propia vida en comunidad, de la vida colectiva conforme los valores culturales y comprensiones espirituales del mundo, de las formas de organización colectiva y de vida familiar indígena.

Por último –quinto–, el derecho fundamental a la identidad cultural irradiará al resto del ordenamiento jurídico bajo un deber diligente de protección del Estado (filtro hermenéutico).

Referencias bibliográficas

- ARANGO, Rodolfo (2014). “Fundamentos del IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional”. En: Armin Von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (2014). *Ius constitucionale comune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC. pp. 25-36.
- BIDART CAMPOS, Germán (2002). “Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”. En: Ricardo Méndez Silva (2002). *Derecho internacional de los derechos humanos: memoria del VII Congreso iberoamericano de derecho constitucional*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 103-113.

- DEL REAL, Alberto (2014). *El derecho a la identidad cultural: ¿derecho de la persona o derecho de los pueblos?* Pamplona: Aranzadi.
- FAUNDES, Juan Jorge (2013). “Derechos fundamentales y derechos humanos”, pp. 181-184. En: Mario Álvarez Ledesma y Roberto Cippitani (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma: ISEG (Istituto per gli Studi Economici e Giuridici). Disponible en: academia.edu
- (2015). “Recomprensión intercultural de los derechos humanos. Apuntes para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina”. *Justiça do Direito*, v. 29, N° 1.
- (2017a). “Derechos humanos y el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina, en la perspectiva crítica del descentramiento intercultural”. En: Jorge Olvera, Julio Olvera y Ana Luisa Guerrero (coords.). *Los pueblos originarios en los debates actuales de los derechos humanos*. México: Universidad Autónoma del Estado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, Miguel Ángel Porrúa.
- (2017b). “Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas”. *Perfiles Latinoamericanos*, N° 49, junio de 2017.
- (2019). “Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico”. *Revista Izquierdas*, N° 45, febrero 2019, pp. 51 -78.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl (2010). “*Identidad. Aachen, Alemania: Setiembre, 2010*”. En: casadelcorregidor.pe [fecha de consulta: 22 de diciembre 2018].
- FORST, Rainer (2014). *Justificación y crítica. Perspectivas de una teoría crítica de la política*. Buenos Aires: Kats Editores.
- GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raúl (2012). *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*. Segunda edición. Lima: ECB editores.
- GRIMSON, Alejandro (2010). “Culture and identity: two different notions”. *Social Identities*, vol. 16, N° 1, Jan. 2010, pp 63-79.

- GRIMSON, Alejandro (2011). *Los límites de la cultura: crítica de las teorías de la identidad*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- MEDINA, Cecilia (1994). *Constitución, Tratados y Derechos Esenciales*. Santiago: Editorial Corporación de Reparación y Reconciliación.
- NOGUEIRA, Humberto (1997). “El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina. Trigésimo séptimas Jornadas de Derecho Público”, 1997. Disponible en: jornadasderechopublico.ucv.cl [fecha de consulta: 1 de octubre 2018].
- RAMÍREZ, Silvina (2012). “Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas”. En: Marcelo Alegre Marcelo y Roberto Gargarella (coordinadores). *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo (2006). “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. N° 5, año 3: pp 43-69.
- SALAS ATRAÍN, Ricardo (2003). “Ética Intercultural Ensayos de una ética discursiva para contextos culturales conflictivos. (Re) Lecturas del pensamiento latinoamericano” (Quito, Ecuador Ediciones Abya-Yala). Disponible en: enriquedussel.com
- SALAS, Ricardo; FAUNDES, Juan Jorge (2018). “Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile)”. En: Mario Ledesma (coord.). *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú, pp. 693-737.
- VILLEGAS, Myrta; MELLA, Eduardo (2017). *Cuando la costumbre se vuelve ley: la cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*. Santiago: LOM.
- VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (2014). *Ius Constitutionale Commune en América latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI.

Justificación de las identidades culturales, teoría crítica intercultural y derechos humanos¹

RICARDO SALAS ASTRAÍN²

Introducción

Podríamos indicar, desde el inicio, que la cuestión del derecho a la identidad como un derecho fundamental es una *questio disputata* de la filosofía crítica del derecho y que como tal requiere pensarse en el marco de una crítica del derecho frecuentemente asociado al iusnaturalismo y al positivismo jurídico. El derecho a la identidad es algo que sobrepasa con creces a los derechos constitucionales positivos y por lo mismo es un asunto que requiere no solo de una mirada, sino de un enfoque estrictamente crítico de una filosofía del derecho. Un análisis de esta cuestión no puede soslayar las fuertes tensiones que son propias de la dialéctica histórica entre lo moral y lo jurídico, y entre lo político y lo jurídico. Especialmente en el campo filosófico actual obliga a una mirada interdisciplinaria donde el derecho es parte de una filosofía práctica que integra la moral y la política.

La cuestión de la identidad tal como lo propone la teoría del reconocimiento (SAUERWALD & SALAS, 2017) es una problemática propia de todo ser humano en contexto de modernidad que lo distingue de otros ámbitos de la vida, que supone de algún modo a los individuos, pero no

¹ Artículo elaborado en el marco del proyecto de investigación del Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT), Chile, N° 1170383, *Problemas y perspectivas de una teoría contextual de la justicia*, 2017–2021. Agradezco las correcciones y sugerencias formuladas a este trabajo por el editor del libro Dr. Juan Jorge Faundes.

² Doctor en Filosofía, investigador del Núcleo de Estudios Interculturales e Interétnicos – NEII, Universidad Católica de Temuco. ORCID 0000-0003-4765-1567. Correo: rsalas@uct.cl

de un modo aislado, sino arraigados en comunidades y sociedades cada vez más complejas.

La construcción de naciones en medio de los estados y en tensión u oposición a otras naciones sigue teniendo relevancia en la retórica política. Por ello, un capítulo significativo de esta discusión han sido las identidades nacionales (GUIBERNAU, 2009). En el enfoque nuestro, lo que denominamos la identidad nacional presupone entonces individuos, comunidades y sociedades, entre las primeras y las últimas no es posible zanjar, pues la noción de persona es parte central del orden político estatal.

Pero al mismo tiempo el campo conceptual de la identidad no puede comprenderse sin una relación diferenciadora respecto de todos los grupos y colectivos que no viven o no son como nosotros. Por ello, el derecho a la identidad no puede comprenderse cabalmente sin el derecho a la diferencia. Esto ha conducido a que las identidades nacionales se hayan pensado casi siempre en el marco de confrontación y enemistad con otros pueblos, que hoy aparece nuevamente en el debate por los diferentes tipos de ultranacionalismos contemporáneos. En el presente trabajo aportaremos, desde los contextos políticos y jurídicos de las sociedades periféricas asimétricas, a una visión de la identidad solo desde el pluriverso de derechos que obliga a una mirada reconstructiva y no recogeremos todas las voces diversas de las luchas de la dignidad que van construyendo una filosofía política y jurídica contrahegemónica, lo que obligaría a retomar las diferencias propias del juego político y jurídico.

Las identidades en una perspectiva crítica refieren también, en un sentido más histórico, a lo construido, permitido y debido, ya que la identidad no solo es lo que se tiene sino también lo que se acepta y se menoscaba socialmente, y en este contexto refiere a lo que se considera digno y justo en América Latina. En este marco histórico reciente es menester destacar que si existe en el último siglo una demanda del reconocimiento de la identidad, esto es, producto de procesos de descolonización que hoy son parte de la pequeña historia del siglo XX y que se vivió en la mayor parte del planeta.

En América este proceso es diferente porque desde el inicio de la historia de la conquista, como de sus fases coloniales y neocoloniales, la identi-

dad permitida y aceptada quedó atrapada en la lógica de la dominación política y cultural de las élites en el poder y del irrespeto de los pueblos indígenas (GUERRERO, 2015). En varios de nuestros países no existe solo una mera confrontación entre identidades en disputa, sino una suerte de abisalidad de y entre los derechos identitarios de pueblos que se han menoscabado e invisibilizado por los estados nacionales. Los quiebres identitarios entre sociedades y países siguen un historial de menosprecio ya que desde orígenes remotos ellos fueron, casi siempre, construyéndose en la desvalorización de las culturas, sociedades y comunidades e imponiendo imaginarios y legislaciones exógenas. Las identidades de las sociedades nacionales hegemónicas surgieron así desde esa matriz colonial, de manera que construyeron identidades subalternizando y excluyendo a otras formas de ser, vivir y producir, sean estas vernaculares (indígenas) o culturas deprivadas y subordinadas (criollas, mestizas, regionales) (SALAS, 2009). La identidad hegemónica se logró imponiendo la cultura metropolitana, primero la del conquistador colonizador y luego la que se denominaba la cultura ilustrada o la que trasuntaba la civilización y el progreso. En suma, cabría hablar desde el inicio de un conflicto hermenéutico en la construcción identitaria de todas las sociedades latinoamericanas, por el que la identidad siempre se expresó de una manera tensionada y desdoblada entre diferentes sectores en pugna (GUERRERO, 2011).

Este conflicto de identidades ha estado estructuralmente presente en toda la historia de nuestra América y que invalidaron la construcción de aquellos proyectos imaginados por los grandes líderes independentistas. El surgimiento de los posteriores estados nacionales a inicios del siglo XIX fue frecuentemente asociado a los debates de los sectores conservadores y liberales, centralistas y regionalistas, entre otros sectores, en oposición por detentar la construcción de un Estado nacional que asegurara sus propios intereses. La feroz lucha de poderes y la violencia de las guerras civiles que conlleva consolidar una sociedad y cultura hegemónica nacional siguen presentes en la actualidad (BOITANO & RAMM, 2016). Las huellas asociadas a la legitimidad de las élites centralistas y a las clases sociales dominantes tuvieron y tienen repercusiones relevantes en la comprensión de la lucha política hasta nuestros días.

Conforme lo descrito, la dificultad principal en la reconstrucción de las identidades nacionales por las ciencias sociales críticas consiste en descubrir las diferentes formas, procesos y tipologías, que invisibilizan la mayor parte de las veces, la historia del debate político sobre el Estado-Nación y evitar así el ocultamiento de la definición del país profundo, del *arrière pays*. Ningún país, en suma, tiene una identidad nacional única, ya que aquella que se impone en los textos de historia o en la información turística es simplemente una mirada superficial a los conflictos identitarios: por cierto que hay en ocasiones unas ciertas convergencias en relación al proceso histórico que se buscó homogenizar, pero las diferencias son siempre notables y requieren ser entendidas específicamente.

La cuestión del derecho a la identidad, en suma, implica reconstruir las incontables luchas del reconocimiento identitario, en su carácter histórico-cultural, y precisa no desdeñar de ningún modo las historias locales, los lazos geoculturales ni tampoco el cruce de épocas diferenciadas en pos de transitar hacia otras formas de reconocimiento y configuraciones identitarias aseguradas en las constituciones nacionales y en los debates internacionales. Este debate de la teoría crítica actual supone hoy unas nuevas formas democráticas de procesar la riqueza de la diversidad cultural de cada país y de los procesos interculturales e interétnicos vividos. Empero, esta discusión de la diversidad cultural conecta claramente con la encrucijada amplia de los derechos político-culturales como parte del paradigma vigente de los derechos humanos de este tiempo.

La situación específica de los derechos humanos en la actualidad es de algún modo paradójica: mientras que su discurso se exporta internacionalmente a nivel de las Cortes internacionales y del sistema de Naciones Unidas, las demandas de los pueblos de la periferia se hacen sentir globalmente, dejando en evidencia un predominio de una interpretación liberal e individual primermundista y que excluye otras formas de comprensión del derecho. Esto introduce la cuestión más compleja de nuestro tiempo que es la de contestar a la pregunta de la universalidad de los derechos humanos, y a la propuesta de una “hermenéutica intercultural de los derechos humanos” (GUERRERO, 2011).

Se instala así una situación bastante particular que afecta la comprensión de los derechos humanos en este tiempo de globalización. B. de Sousa y B. Sena indican en el prefacio de un reciente libro colectivo que la cuestión de los derechos humanos (DD.HH.) requiere: “por un lado, identificar sus límites e imposibilidades, y por otro, apelar a un diálogo creativo entre los derechos humanos, considerados universales y el pluriverso de luchas y saberes que, un poco por todo el mundo, a través de puntos de vista interculturales y antisistémicos, dibuja horizontes emancipadores anclados en reivindicaciones de dignidad humana” (SOUSA & SENA (eds.), 2019, p. 6). En otras palabras, la situación de los derechos humanos requiere profundizar de otra manera la relación controvertida entre formas legales y procedimentales en la que reposa la sociedad actual hegemónica.

En este sentido queremos auscultar en el discurso relativo a la justificación de derechos, y que no es solo una visión reconstructivista de los derechos humanos al modo como lo entiende la filosofía de cuño europeo. Sostendremos que se precisa de nuevas categorías jurídico-políticas que reformulen la tensión entre lo que se ha denominado la universalidad formal del derecho y las prácticas normativas de los pueblos y comunidades. Pero un derecho alternativo sobre todo refiere a las formas de lucha y de resistencia histórico-substantivas de pueblos, etnias, grupos sociales y colectivos por afirmar sus identidades. Esto ya ha sido largamente tematizado por el pensamiento crítico latinoamericano (SALAS, 2019). La justificación de los derechos, por consiguiente, no está dada necesariamente, por eso existen reproches a una concepción universalista del reconocimiento y de la justicia, que Allen (2015) ya ha formulado en sus objeciones a la teoría crítica alemana.

Seguimos en este trabajo la óptica de una teoría contextual del reconocimiento y de la justicia, que ya hemos elaborado en otros trabajos (SALAS & FAUNDES, 2017). Esta perspectiva del reconocimiento se vuelve pertinente sobre todo porque va levantando las diferentes capas de la identidad, que surge desde las relaciones más íntimas, hasta las que define el derecho y la economía (SAUWERVALD & SALAS, 2017). Dicha inspiración frankfurtiana y su crítica decolonial, que será considerada aquí, nos parece una discusión pertinente para lo que se viene levantando en América Latina, a

partir de los trabajos de las dos últimas décadas sobre derechos, memorias y justicia (TUBINO, 2016). Tal enfoque reconstruye el ideal normativo de la identidad desde la matriz del reconocimiento y de la justicia en la búsqueda de responder decisivamente a los conflictos que caracterizan el *ethos* histórico latinoamericano. Dicho *ethos* es entendido siempre a partir de las formas asimétricas en que interactúan sujetos, clases, movimientos sociales y pueblos.

En consecuencia, la hipótesis que formulamos es que el derecho a la identidad cultural es parte de los derechos humanos en cuanto no existe una humanidad abstracta y desarraigada; lo humano se define siempre a partir de los contextos histórico-culturales.

1. Para una definición contextual del derecho a la identidad

El discurso de los DD.HH., especialmente en su carácter político jurídico, se ha ido identificando con un relato recibido desde los paradigmas filosóficos y de algunos hitos de los países poderosos, lo que ha terminado por identificarlos hoy con las lecturas propiciadas por los universos conceptuales de los filósofos europeos o norteamericanos, en vez de reconocerlos en las luchas de emancipación de los pueblos. Los DD.HH. empero son mucho más que las ideas ligadas a la ilustración racionalista europea, porque para nosotros ellos configuran una perspectiva teórico-práctica que necesariamente requiere asumir los procesos vitales de los pueblos, que hoy son definidos en buena parte por las luchas de los movimientos sociales, feministas, indigenistas y ambientalistas (BOITANO & RAMM, 2015). Lo que buscamos es insertar la dinámica de los DD.HH. con la complejidad política que se expresa luego en una arquitectónica de lo que se podría exigir para todos los seres humanos en contexto. En este sentido, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos requiere ser considerada más como un punto de inicio que como un punto de llegada.

Si los derechos humanos nacen históricamente resulta necesario determinar qué entenderemos como “lo contextual”. Importa decir que exis-

te un concepto a elaborar, ya que el modo habitual es la identificación con la idea de particularismo y/o de historicismo. Indiquemos que en la discusión conceptual actual sobre la cuestión del “contexto” es preciso distinguir entre dos formulaciones; una de tipo débil y la otra fuerte. El primer contextualismo, débil, aparece cuando referimos las particularidades históricas a sus propias fuentes y se disuelve en una mirada esencialista de lo particular o local. En cambio, el de carácter fuerte obliga a repensar los determinantes históricos principales que constituyen las asimetrías del poder, ligados al uso de los derechos por los estados y sus implicancias para cada sociedad nacional (SALAS, 2019). Se trata de un contexto ético-político que cuestiona y trata de trascender las formas hegemónicas. Lo medular de la teoría contextual expuesta en este trabajo estriba, precisamente, en la interrogación acerca del tipo de justificación no-hegemónica de los derechos y del modo cómo avanzar en una comprensión universalizante de los contextos.

La cuestión del contexto proviene claramente del giro pragmático en la filosofía europea y norteamericana contemporánea, sobre la cual existe una larga bibliografía y listado de autores a cotejar. Para efectos de este trabajo, delimitamos “contexto” en una primera aproximación refiriendo al mismo proyecto jurídico de Habermas quien plantea: si los principios de justicia fundamentados reconstructivamente valen para las sociedades por sus tradiciones político-culturales o bien para situaciones y condiciones de la vida moderna en general; si esto es así —señala él— es muy difícil defender la tesis de la primacía de lo justo sobre lo bueno a partir de las distinciones entre las interpretaciones universales (del mundo moderno) o el particularismo (las imágenes del mundo fundamentalista) (SALAS, 2019).

Fornet-Betancourt propone una idea de contexto en su proyecto de filosofía intercultural, donde no es preciso renunciar a la universalidad y a la comunicación. En este sentido, propone la temática de una filosofía que se hace bajo una forma universal y contextual, definiendo una constitución dinámica de la subjetividad humana: “Como toma de conciencia de los límites y de la medida de lo que culturalmente podemos expresar, el reconocimiento de la contextualidad es inseparable de la experiencia de que las diferencias son insustituibles” (FORNET-BETANCOURT, 2003). En

suma, para él, se requiere abrir la filosofía a la práctica de un universalismo concreto centrado en el valor de la hospitalidad y de la justicia.

A partir de estas ideas, Fernet critica la fuerte tendencia de la filosofía occidental en cuanto quiere dominar a los contextos: “Las contextualidades son topologías de lo humano y por eso su recuperación es indispensable para rehacer el mapa antropológico de la humanidad en toda su diversidad” (FORNET, 2003). Por ello aboga con fuerza por una des-occidentalización de la misma, donde lo esencial es avanzar hacia una actividad política emancipadora consecuente con los verdaderos sujetos reales. Nos dice en otra parte: “Reformulando la política como la praxis comunitaria de sujetos contextuales, la filosofía la asume como la dimensión en que su exigencia ética se hace mundo, es decir, se concretiza en mundos justos que responden a las necesidades de vida digna de sus sujetos” (FORNET, 2003, p. 58).

El enfoque de Habermas, citado inicialmente, es bastante diferente ya que se elabora desde una pragmática universal que se atiene a las limitaciones teóricas que supondría partir de tradiciones políticas y de contextos específicos (SALAS, 2019). En este punto de vista controversial se alude a que una teoría de la justicia tendría que fundarse sobre principios que no se definen por situaciones histórico-culturales. Y estas, al parecer, no podrían nunca proporcionar criterios para la validez de los principios en que reposa tal teoría por ser plural e histórica. Por ello, considera que un contexto refiere a las experiencias morales de sujetos y colectividades.

La comprensión contextual que defendemos, por otra parte, choca con un ideal difundido por el liberalismo universalista de que un sistema democrático, al modo occidental, es el único que permite proteger los derechos individuales, los que serían plenamente universales. Esta comprensión no da cuenta de las limitaciones de los sistemas políticos occidentales, ni de sus derivaciones autoritarias, ni coloniales y/o neocoloniales. Menos aún del vínculo que hacen en pos de identificar la defensa de la democracia y el sistema económico neoliberal. La controversia entre los derechos que resguarda el Estado liberal, los derechos humanos y los derechos de los pueblos que pretenden afirmar sus identidades es uno de los problemas

mayores de esta férrea lógica económica y socio-política de tipo capitalista que rige la economía actual y determina el futuro político-jurídico de los estados y de las comunidades en conflictos territoriales y –hoy sobre todo– medioambientales (ANTONA, 2016; RICHARDS, 2016).

En suma, la justificación de los derechos y la interacción entre los derechos humanos y los derechos positivos implica, actualmente, cuestionar tanto las tesis centrales del liberalismo político que han quedado condensadas en las diversas constituciones nacionales, instituciones y códigos jurídicos (GUERRERO, 2016), como también la propuesta neoliberal que se expandió a nivel planetario en la últimas décadas. Asimismo, obliga a plantear un camino teórico-metodológico diferente que nos ayude a encontrar categorías y experiencias de otro tipo como las que se propusieron en una filosofía jurídica basada en la eticidad, las búsquedas de los comunitarismos indígenas actuales y las filosofías de la emancipación y de la decolonialidad presentes en el pensamiento crítico latinoamericano (SALAS & FAUNDES, 2017).

2. Lectura de la crítica del derecho a la justificación en el marco frankfurtiano

La teoría crítica de Habermas ha tenido un papel singular en esta discusión: a partir de su teoría de la acción comunicativa ha replanteado de algún modo el escenario político-jurídico del tipo liberal universalista, en el que pareciera que puede ordenar la legitimidad de los estados democráticos, y donde pareciera que es posible fundar una concepción de la democracia universal, en la que existe “una razón pública global” (RAWLS, 2001, p. 197; TUBINO, 2015, pp. 180-182). Luego, estas estructuras políticas serían las únicas en adecuarse a los fundamentos teóricos de la universalidad de un Estado de derecho. En el planteamiento habermasiano de un Estado democrático solo puede ser legitimada una teoría universal del discurso que asegure la plena validez de la comunicación racional.

La principal objeción que se puede hacer a tales enfoques inspirados en Kant es que estas argumentaciones elaboradas como teorías racionales universalistas continúan apoyando una comprensión de los DD.HH. que

se funda en muchos casos en la historia política y cultural de las naciones poderosas, que incluye a veces las propias perspectivas críticas que brotan en ellas.

Axel Honneth ha logrado superar diversos reparos formulados a la teoría crítica frankfurtiana, en especial sobre las refutaciones al formalismo, construyendo su teoría de la “lucha por el reconocimiento” desde la propia dimensión subjetiva, íntima, del sufrimiento, del menosprecio, de los prejuicios, en que los sujetos, resuelto ello y desde allí, transitan hacia las dimensiones intersubjetivas más complejas del derecho y de la solidaridad, en el marco de una interacción, primero, normativa-política y, luego, social-económica (HONNETH, 1997). De esta forma, Honneth devela las posibilidades de una dinámica progresiva en que se enmarcan las diversas luchas sociales por la conquista de los derechos. Será central en la dimensión social (de la “solidaridad”) su proposición de una “simetría social”, como igual capacidad de los sujetos en la interacción social para definir los valores y principios sociales. Así, la denominada “lucha por el reconocimiento” de Axel Honnet, vincula los contextos de sufrimiento y menosprecio, como razones primeras que exceden lo jurídico, para alcanzar la construcción de lo público y político. Y luego, en la interacción compleja de lo público, al mismo tiempo, cuestiona las dinámicas de desigualdad y exclusión como impedientes de la convivencia social.

De esta forma, la concepción de la “lucha por el reconocimiento” de Honneth, que resulta muy relevante para la comprensión de las luchas sociales occidentales, en general, podría estimarse atractiva para explicar las demandas indígenas y de otros grupos identitarios por su reconocimiento. Sin embargo, presenta una dificultad mayor para la justificación de la demanda por el derecho a la identidad cultural, particularmente para la extrapolación de su idea de “lucha por el reconocimiento” a la concepción de justicia para los contextos latinoamericanos, ya que Honneth niega –deontológicamente– en el marco de las democracias liberales, las demandas por el reconocimiento de la cultura o derechos culturales cuando pretenden una valoración que denomina “en sí” (HONNETH, 2006, pp. 130-132). Luego, no resulta posible llevar la comprensión de Honneth –sin una relectura crítica y acabada– hacia la justificación de derechos colectivos en entornos culturalizados.

Por ello, en el desafío de repensar críticamente la teoría crítica europea, Honneth también requiere ser revisado, desde sus aportes y, necesariamente, desde sus limitaciones, para la justificación latinoamericana de las demandas indígenas y de otros grupos por el derecho a su identidad cultural (GANDLER, 2012; FAUNDES, 2017).

Empero, la concepción de la justicia y de la democracia que seguimos no toma los mismos derroteros que la teoría crítica europea y norteamericana. Consideremos cómo se llegó muy sucintamente a este *impasse* ligándolo con la propia situación histórica y política de la filosofía alemana. Como dijimos, en la filosofía política universalista, inspirada en una tradición teórica de tipo kantiana, una concepción de la teoría de la justicia tendría que fundarse sobre principios que no pueden definirse por situaciones histórico-culturales, ya que estas, al parecer, no pueden nunca proporcionar criterios para la validez de los principios en que reposa tal teoría, por aludir a cuestiones plurales e históricas. Tal concepción expandida en Occidente ha permitido pensar la cuestión de la universalidad de los derechos –tal como lo expresa el paradigma de los derechos humanos– como universales sin más y sin referencias explícitas a su construcción histórica reciente y muchas veces ocultando las tensas negociaciones políticas entre las principales potencias respecto de su enunciación y de sus alcances. Por ello, la cuestión de la justificación de los derechos es central.

En varios trabajos hemos indicado que la cuestión del derecho, de la justicia y de los contextos culturales exige ser replanteada porque es preciso entender, de algún modo –como lo insinúan las referencias que se pueden encontrar en Forst–, que lo contextual no es, como se puede creer *a priori*, una mera oposición entre lo concreto y lo universal, sino que este es un camino intermedio que acoge tanto la eticidad (*Sittlichkeit*), como las aspiraciones a una validación, universalizables desde distintos contextos de lectura y apropiación del ideario normativo de justicia. Es clave entender que más allá de esas dicotomías, al destacar una idea contextualizadora, no se renuncia a la fuerza normativa que tiene toda teoría crítica del derecho en clave de justicia. Como lo indicamos desde el inicio, el derecho a la justicia se pronuncia sobre el deber ser de lo que existe, de la realidad, pero no habla con los hechos solamente, ni para refrendar los hechos, sino para proyectar desde su concienciación un nuevo horizonte

que, por arrancar de la propia realidad o de ciertos hechos, no es un mero ideal fuera del mundo, sino uno que arranca de la propia experiencia y de la concienciación reflexiva de las injusticias que se sufren, a nivel local, étnico, nacional o global.

En este sentido, nos parece que en la contundente obra del filósofo R. Forst se encuentra una interesante propuesta acerca de la justificación de la justicia que vale la pena discutir y tensionar con el pensamiento latinoamericano. Forst propone una tesis general bastante convincente mediante la cual pretende religar la cuestión del universalismo propio de la justicia con los contextos de vida y, con ello, con la necesaria lucha por la justificación de los derechos de todos los seres humanos y colectividades (FORST, 2014). Este enfoque de Forst es retomado aquí en el sentido que una teoría de la justicia que no sea unilateral debiera tener en cuenta *contextos* de justicia, según revisamos a continuación.

Al proponer una noción de justicia que incorpore la contextualidad histórico social y política requerimos recuperar las experiencias de injusticia relativa a los diferentes conflictos, violencias y sufrimiento que viven los individuos, las clases sociales y los pueblos históricamente subordinados. Empero –sobre todo– argumenta Forst que la primera pregunta de la justicia es aquella acerca del poder:

[...] quiere decir que los lugares de la justicia han de buscarse allí donde haya que brindar las justificaciones centrales de una estructura básica social y donde se fijen los lineamientos institucionales que determinan la vida social desde el principio. Todo depende, si se quiere, de las relaciones de justificación en una sociedad. El poder, entendido como ‘poder de justificación’ efectivo de los individuos, es el bien de mayor jerarquía de la justicia: el poder ‘discursivo’ de exigir, de aportar justificaciones y de desafiar las legitimaciones falsas (FORST, p. 43).

Estas ideas de Forst nos parecen sugerentes ya que él replantea una tesis general de una teoría crítica de la justicia como crítica de las relaciones de justificación, que presupone la cuestión del desacople del universalismo de la justicia con los contextos de vida, por lo que abre el campo controversial de la justificación en el camino entre lo contextual y lo procedimental.

3. La cuestión del derecho a la identidad y los derechos

El esbozo de una teoría contextual de los derechos es un aporte a la discusión filosófica internacional, donde sigue siendo vigente y apasionante indagar este lado de la pregunta: ¿qué es una sociedad justa en contextos socioculturales y políticos por la que se redefinen las identidades de los pueblos en nuestra América? Por ello, asumimos como una sugerente respuesta que: el menosprecio a la propia identidad y los sufrimientos de injusticia están siempre asociados a las experiencias socioculturales, y por ello afirmamos que una básica reformulación del principio filosófico del derecho a la justa identidad implica la “dignidad intercultural” (GUERRERO, 2015) y exige por lo mismo un análisis de las obligaciones y deberes que tenemos todos los seres humanos y los colectivos culturales frente a ella.

Repensar la idea del conflicto de las identidades requiere formularse otras interrogantes sobre la relación entre los procesos de justificación y los contextos históricos particulares y la experiencia moral de los sujetos y de los pueblos. La pregunta que abre esta visión de los DD.HH. es si las sociedades son ciertamente heterogéneas en sus contextualidades y no tienen parecidos procesos sociohistóricos en el terreno económico y político: ¿cómo tales elaboraciones del progreso normativo de lo debido pueden ser aceptables para todos? En este punto, parece que sería relevante responder a las críticas avanzadas por las visiones poscoloniales y a las propuestas decoloniales (CORTÉS, 2018, p. 352), lo que nos permitiría enfrentar el pluriverso de los DD.HH. y el cuestionamiento del marco eurocéntrico.

En este sentido, las ideas de Forst ya evocadas requieren complementarse con una perspectiva crítica decolonial, ya que se ha indicado que las ideas de progreso histórico, de procedimentalismo y de normatividad siguen siendo de cuño europeísta. Al respecto nos dice Allen: “El contextualismo metanormativo que he defendido muestra cómo la teoría poscolonial podría basarse en una normatividad completamente inmanente que permite su capacidad de crítica, lo que le permite evitar el relativismo, sin apelar a las lecturas evolutivas de la historia, que respaldarían el eurocentrismo, o “fuertes concepciones fundacionalistas de la normatividad, que termi-

narían en autoritarismo o imperialismo informal” (ALLEN, 2015, p. 230). Nos parece, entonces, tal como ya lo hemos indicado, que las perspectivas teóricas frankfurtianas descritas profundizan la cuestión de los contextos, pero no responden suficientemente a las vicisitudes sociopolíticas de nuestra América y de otras latitudes, que han sufrido sucesivas conquistas y colonizaciones de los países imperiales y coloniales.

La observación principal es que una justicia global de carácter emancipador y crítico requiere un cuestionamiento de las concepciones paradigmáticas que dan cuenta de las historias económico-políticas de los estados del primer mundo e impide dar por válidas las afirmaciones frankfurtiana en los contextos periféricos y específicamente desde América Latina. En nuestro enfoque requerimos formular entre otras interrogantes: ¿qué podemos entender por una justicia reflexiva abierta a “las escalas de justicia” (FRASER, 2008) cuando la acción colectiva se sitúa desde el sur?, ¿qué pueden aportar las luchas y dinámicas político-sociales en pos de superar las asimetrías de la sociedad latinoamericana?, ¿y si incorporamos la justificación contextual de los derechos, sean estos individuales y/o colectivos, qué acontece con la formulación de los derechos humanos que han permanecido con frecuencia ajenos a tal discusión? A nuestro parecer, la teoría crítica europea requiere asumir una mirada mucho más cuestionadora de su visión a veces unilateral y casi provinciana de mirar las relaciones de injusticia estructural existentes en el planeta y se vea obligada a repensar mediaciones histórico-políticas y culturales que permitan una sinergia con el pensamiento intercultural/decolonial (FORNET-BETANCOURT, 2014). Sobre todo implica cuestionar el modo autorreferido de que sus modos de construcción social serían los propios de sociedades que se denominan “democracias avanzadas” e instalan un supuesto del progreso social. Estas ideas nos parecen relevantes para situar la cuestión de la justicia desde las demandas populares en vistas a reconstruir la noción de democracia y de Estado. Un tipo de justicia reflexiva plenamente universal refiere entonces a una interpretación que no acepta sin más un universalismo abstracto del primer tipo. Una justicia, entonces, que requiere asumir el valor de los contextos que refieren a experiencias y luchas histórico-morales de sujetos, pueblos y etnias, para lograr una justificación razonable no dominante.

El pensar crítico de los DD.HH., por consiguiente, no puede ser nunca descontextualizado, ya que él no solo trae la memoria de las resistencias y luchas pasadas, sino que invita a proponer nuevos modelos de sociedad y a intentar obstinadamente procesos de emancipación de diferentes sectores. El pensar cuestionador no es un asunto de filósofos, sino que los movimientos sociales y étnicos, las organizaciones e instituciones de la sociedad civil generan reflexivamente la reconstrucción de las comunidades de vida para ir en un ideal de una sociedad transnacional que busca generar nuevas formas de reconocimientos y justicias, más allá de las asimetrías históricas. Es por ello que nos parece que el tema filosófico central de una filosofía política intercultural/decolonial sigue siendo desentrañar esta memoria conflictiva, negada por un universalismo abstracto, que nos obliga, al mismo tiempo, a seguir obstinadamente en la resistencia, generando ideas y prácticas contrahegemónicas de la justicia universalizable.

Faltan investigaciones que aborden cómo avanzar en un proyecto acerca de la justicia en un marco del capitalismo hegemónico y la geopolítica global. Hemos señalado en otro trabajo que tales propuestas latinoamericanistas sugieren otras críticas al capitalismo periférico e implican una controversia relevante para una teoría de la justicia del primer mundo. Estas ideas suponen modos universalizables, en que no se trata necesariamente de pensar la universalidad justificatoria frecuentemente definida de un modo abstracto y formal. Sino que implica el desafío de resolver cómo se construyen principios básicos de justicia a partir de mundos asimétricos de la vida. Y que tales principios, asimismo, ayuden a entender que la justicia reflexiva requiere procesos de universalización de razones que permitan justipreciar la dinámica valórica de los mismos contextos histórico-culturales. En este sentido, la crítica al capitalismo global nos parece que implica postular teorías de la justicia, estableciendo mediaciones entre las dimensiones universales e histórico-sociales de los movimientos de emancipación y de las luchas sociales. Y que estas no sean solo hitos de la historia imperial occidental, solo dichas desde el peso de las economías europeas y norteamericanas. Recientemente, Allen ha mostrado que existen problemáticas y controversias entre los sucesores del proyecto habermasiano. Esta objeción también aparece en el pensamiento

crítico latinoamericanista acerca del sentido verdaderamente universal de tales categorías.

4. Conclusiones

En la filosofía latinoamericana las perspectivas liberacionistas, interculturales y decoloniales han permitido reflexionar sobre la injusticia en contextos definidos por las asimetrías del poder, sobre los complejos procesos identitarios vividos por los pueblos de la periferia. Por ello, los planteos acerca de la justicia y del reconocimiento son dos caras de una misma problemática. El aporte de las ideas frankfurtianas sugieren una mirada de los reconocimientos necesarios para cumplir a cabalidad una propuesta de justificación de los derechos humanos. Pero recién se inicia el diálogo entre esa tradición de pensamiento crítico europeo con las propuestas latinoamericanas. La idea que subyace a este trabajo es levantar algunas categorías teóricas a partir de la especificidad de sus contextos para avanzar en diálogos entrecruzados.

Nos parece que la fecundidad de dicho debate sobre justicia y reconocimiento, con la herencia frankfurtiana, expone parte importante del campo de los debates de la filosofía moral y política, así como también de las ciencias sociales y jurídicas, respecto de las cuestiones identitarias. En este planteo de un latinoamericanismo crítico, se aporta desde una visión de la justicia y del reconocimiento, que necesita responder teórica y prácticamente a una larga historia de asimetrías vividas en la construcción de los pueblos de nuestra América. Esta historia está marcada por experiencias de (in)justicia que son decisorias del acontecer político y que cuestionan la facticidad de identidades definidas por los poderes imperiales, neocoloniales y hoy neoliberales. Las identidades populares e indígenas –frecuentemente invisibilizadas– son parte de las memorias que caracterizan diferentes épocas y que siguen definiendo nuestras historias finiseculares de luchas y de resistencias a los sistemas hegemónicos.

Tales memorias de injusticia han sido la motivación central que condujo las luchas antihegemónicas y resistencias palpables de los pueblos latinoamericanos e indígenas por recuperar su dignidad y defender sus pro-

pías identidades. Hasta el día de hoy nos encontramos con identidades negadas que son parte de una teoría de la “justicia anamnética”, como la denomina MATE (2011, p. 7), que va mucho más allá de las fuentes convencionales de una justicia “desde arriba” que busca precisar las identidades ocultas. Esta mirada de las identidades latinoamericanas sigue siendo parte de una historia permanente de negaciones y afirmaciones que siguen hasta el día de hoy. En el contexto de esas historias de lucha se ha configurado entre nosotros una crítica a las formas de justificación de derechos que se opone a las ideas neocoloniales violentas y destructoras de la vida humana y de la naturaleza.

Sabemos que lo propio del derecho y la política contextualizada es asumir que los sujetos sociales y los movimientos conquistan espacios de poder a partir de vicisitudes volitivas que no son siempre racionales y que tienen que ver con la nebulosa espesa de las acciones colectivas. En este punto, hay que superar una perspectiva un tanto ingenua del diálogo ético-político, entendido como el difícil arte de comprender los procesos discursivos asimétricos que no se pueden hacer nunca de un modo claro sin el apoyo de los otros. El diálogo en este contexto político latinoamericano se da siempre de un modo muchísimo más opaco, lo que implica considerar los intereses espurios y las expectativas y ambiciones desmedidas de sujetos y colectividades.

Entonces, para resguardar un espacio democrático plural es clave no solo ejercitar la tolerancia y la apertura a las otras formas de ver, valorar y crear, sino asumir las exigencias de un pensar utópico y pluritópico. En este camino hacia el reconocimiento, la justicia y la obtención de los difíciles diálogos plurales, en pos de reconocimientos múltiples y de distribución, es preciso asumir que no siempre tenemos toda la verdad de lo que significa el encuentro y el desencuentro intercultural.

La cuestión filosófica de la identidad en el marco de una filosofía de los DD.HH. es parte de una lucha por el reconocimiento del valor de los sujetos y de las colectividades. Una perspectiva latinoamericanista de la justicia contextualizada no asimila sin más las teorías de la justicia habermasiana o rawlsiana. Sino que en este contexto periférico se trata de supe-

rar cierto provincianismo de las tradiciones filosóficas de la modernidad europea y ponerlas en su respectivo lugar.

Pensar la identidad justa desde nuestra América, entonces, nos exige necesariamente ubicarnos en una larga historia de conquistas, colonialismos, dependencias y hegemonías que fueron configurando los contextos sociales y políticos asimétricos donde se insertan las variadas posiciones en disputa. La lucha por la justicia no es un fenómeno actual de la teoría político y moral de los filósofos, sino —como lo muestra la historia latinoamericana— es parte consubstancial de los procesos económico-políticos y culturales hasta hoy. Esta cuestión define nuestros entramados históricos y experiencia moral de resistencia y lucha hasta los días presentes. Dicha memoria recontextualizada en diferentes momentos de la historia, nos pone frente a un mundo que no es el nuevo mundo imaginado, sino el mundo fáctico del poder: conquista, colonización y dependencia. La *facticidad del poder* propia de los imperios de turno ha definido nuestros procesos, desde parciales intereses geoeconómicos y políticos, hasta impedir el desenvolvimiento propio. Existe entonces una controversia acerca del lugar efectivo que ocupamos en la historia, más allá del espacio que nos asignan en las historias particulares en que América Latina, resilientemente, ha buscado su emancipación.

En suma, el pensamiento crítico de filósofos políticos latinoamericanos se sitúa más allá de la lucha del capitalismo que busca homogenizar un sistema de relaciones económicas, políticas y culturales que da claros signos de agotamiento. Superando ese peso se propone caminar en la senda de reconstruir procesos dirigidos por la idea-límite de una plena humanidad. Nuestros mundos de vida propugnan la liberación cultural y política de los imaginarios de las élites (de su pretendida blancura e imitación del occidentalismo). Frente al poder de las élites sigue vigente el pensamiento popular (Kusch). La lucha política no se ha detenido en América mestiza, y se deja expresar por los rostros de los migrantes que buscan mejores condiciones de vida, de los amerindios que cuidan sus territorios ancestrales y los afroamericanos que esperan su espacio en la sociedad. En todos los hombres y mujeres sufrientes y concretos que luchamos por sociedades donde superemos la democracia subalternizada.

Lo que aporta a una mirada intercultural/decolonial de la identidad justa es que requerimos repensar el conjunto de la sociedad en su búsqueda de justicia y reconocimiento. Esto obliga a entender que toda identidad es integrada e impide entenderla como algo que obliga a separar el análisis de las culturas de la comprensión de los procesos mega-económicos (determinantes de lo social y político). La justicia en contexto surge desde las identidades, se nutre de los nichos geoculturales y reconfigura la fuerza de todas las tradiciones combativas en acciones llevadas a cabo por poblaciones y sectores populares que se resisten a la ultramodernidad económica en expansión.

Redefinir de otro modo el derecho a la identidad implica repensar estas categorías ligadas a la justicia social y al reconocimiento e implica al mismo tiempo repensar las escalas que se constituyen en el cruce de las lógicas heterogéneas que den cuenta de la tensión entre lo nacional, lo regional y lo local. En este contexto, lo prioritario es la lucha y resistencia a un sistema capitalista originado en un orden neocolonial primermundista que sigue colonizando los mundos de la vida y que conduce a los sujetos y pueblos hacia su sobrevivencia. En este sentido, la atención a los contextos asimétricos del poder —que son económicos, políticos y culturales— exige un pensamiento latinoamericano de la identidad que tematiza una crítica central de las diversas lógicas invisibles en juego y que siguen exigiendo una filosofía antihegemónica que contribuye a la búsqueda de una justificación universalizable del derecho a ser nosotros mismos, a estar y decir desde nuestros lugares.

Referencias bibliográficas

- ALLEN, Amy (2015). *The End of Progress: Decolonizing the Normative Foundations of Critical Theory*. University of Pittsburg.
- ANTONA, Jesús (2016). *Derechos indígenas, conflictos ambientales y territoriales: el caso Mapuche*. Madrid: Irredentos.
- BOITANO, Ángela y RAMM, Alejandra (2015). *Rupturas e Identidades. Cuestionando la Nación y la Academia desde la etnia y el género*. Santiago: RIL editores.

- CORTÉS, Francisco (2018). “*Libertad, Justicia y Reconocimiento*”. En *Revista Eidos*, Fundación Universidad del Norte, Colombia N° 28 (2018), pp. 334-357.
- FAUNDES, Juan Jorge (2017). “Honneth y la demanda por reconocimiento intercultural de los pueblos indígenas”. *Perfiles Latinoamericanos*, N° 49, junio de 2017, pp. 303-323.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl (2003). *Interculturalidad y Filosofía en América Latina*. Concordia Reihe Monographien, Aachen, Band.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl (2014). *Justicia, Restitución, Convivencia. Desafíos de la filosofía intercultural en América Latina*. Concordia Reihe Monographien, Aachen, Band 62.
- FORST, Rainer (2014). *Justificación y Crítica. Perspectivas de una teoría crítica de la política*. Buenos Aires: Katz.
- FRASER, Nancy (2008). *Escalas de Justicia*. Barcelona: Herder.
- GANDLER, Stefan (2012). “Reconocimiento versus ethos”. En: *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, (43), pp. 47-64.
- GUERRERO, Ana Luisa (2016). *Filosofía y Pueblos indígenas*. CIALC-UNAM, México, cap. 1 y 2.
- GUERRERO, Ana Luisa (2011) *Hacia una hermenéutica intercultural de los Derechos Humanos*, México: Ediciones CIALC-UNAM.
- GUERRERO, Ana Luisa (2016), “Demandas de los Derechos Humanos de los Mapuche en Chile y los discursos jurídicos”. En: *Latinoamérica*, México, 2016, pp. 103-134.
- GUIBERNAU, Montserrat (2009). *La identidad de las naciones*. Barcelona: Ariel.
- HONNETH, Axel (2006). Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. En: Nancy Fraser y Axel Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata.
- HONNETH, Axel. (1997). *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos*. Barcelona: Crítica.
- OLIVE, León (2004). *Interculturalismo y Justicia Social*. México: UNAM.
- RAWLS, John (2001). *El Derecho de gentes y ‘Una revisión de la idea de razón pública’*. Barcelona: Paidós.

- RICHARDS, Patricia (2016). *Racismo. El modelo chileno y el multiculturalismo neoliberal bajo la Concertación 1990-2010*. Santiago: Pehuén.
- SALAS, Ricardo (2009). “Redefinir la identidad, el patrimonio y la cultura en Chile desde las dinámicas regionales y locales”, en Heinrich Von Baer (Ed.), *Pensando Chile desde las Regiones*, Temuco, Ediciones de la UFRO, 2009, pp. 639-646.
- SALAS, Ricardo (2009). “Les droits des peuples autochtones: nouvelles questions et nouvelles réponses: une interprétation des conflits juridico-politiques en terres mapuches (Chili)”. En: Carolina Sappia (ed.), *À l’image d’Oscar Romero. Héros, prophètes et martyrs*. Louvain: Academia AB – ARCA, pp. 137-163.
- SALAS, Ricardo y LE BONNIEC, Fabien (dir.) (2015). *Les Mapuche à la mode. Modes d’existence et de résistance au Chili, en Argentine et au-delà*. Paris: L’Harmattan.
- SALAS, Ricardo y FAUNDES Juan Jorge (2017). “Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile)”. En: Marianella Ledesma (coord.), *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales-Tribunal Constitucional del Perú, pp. 693-737.
- SALAS, R. (2019). “Contexto, justicia y universalidad en la filosofía política actual. Algunas críticas y aportes a la teoría de la justicia de Habermas”, en *Revista Estudios Políticos*, Universidad de Antioquia, N° 55, pp. 163-181.
- SAUERWALD, Gregor y SALAS, Ricardo (eds.) (2017). *La cuestión del reconocimiento en América Latina. Perspectivas y problemas de la teoría político-social de Axel Honneth*. Zurich: LIT Verlag.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de y SENA, Bruno (eds.) (2019). *El pluriverso de los derechos humanos: La diversidad de las luchas por la dignidad*. México: AKAL.
- TUBINO, Fidel (2016). *La interculturalidad en cuestión*. Lima: Ediciones PUCP.
- ZAMORA, José y MATE, Reyes (eds.) (2011). *Justicia y Memoria. Hacia una teoría de la justicia anamnética*. Barcelona: Anthropos.

La identidad cultural como desafío a las teorías políticas contemporáneas en América Latina

SILVINA RAMÍREZ¹

1. Introducción

La identidad cultural, como concepto y como derecho, involucra un conjunto de elementos y de aproximaciones, y a su vez, corresponde a una diversidad de sujetos que atraviesa géneros, etnias, procedencias, las que se complementan, se superponen, se construyen como un todo (identidad de género, identidad cultural, identidad nacional, etc.). En este artículo me interesa pensar la identidad cultural como un telón de fondo que es omnipresente a los derechos que se incorporan en los ordenamientos normativos, y que es central para definirlos e interpretarlos.

Por otra parte, el análisis será llevado adelante pensando el concepto para las realidades latinoamericanas, con una especificidad en el caso argentino. Esto no solo tiene que ver con que este ensayo está escrito en Argentina, sino porque considero que las teorías deben ser contextualizadas; solo desde un “conocimiento situado” es posible provocar avances en la reflexión.

La identidad cultural, entonces, se presenta como una suerte de “concepto-paraguas” cuya definición se encuentra amarrada a lo que se entiende por cultura, configurando una definición amplia que va mucho más allá de las categorías estancas a las que por lo general han sido asociadas las discusiones alrededor de los derechos culturales.

¹ Abogada. Doctora en Derecho. Profesora de Posgrado Facultades de Derecho UBA y Universidad de Palermo. Correo: silvina.ramirez@gmail.com

[...] La manera en que persisten, cambian, se adaptan o desaparecen las distintas culturas tiene que ver íntimamente con procesos económicos, políticos y territoriales, por los que se afianzan grupos mayoritarios y minoritarios, dominantes y dominados, hegemónicos y subordinados... (STAVENHAGEN, 2001, p. 375).

De esta manera, en este artículo se dejarán de lado las cuestiones normativas atinentes a la recepción del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, tanto por los instrumentos jurídicos internacionales, como por las leyes vigentes en el ámbito doméstico; asimismo, se abordará solo tangencialmente la jurisprudencia que se ha ido construyendo sobre la materia. Por otra parte, las discusiones filosóficas y conceptuales que se han suscitado alrededor de la identidad cultural, y que se han nutrido de las tensiones existentes entre universalismo y relativismo, sin lugar a dudas, forman parte de un núcleo importante, pero merecen un desarrollo específico.

El eje de este trabajo es demostrar que la vigencia del derecho a la identidad cultural compromete al Estado a desarrollar determinadas políticas públicas que la preserven; así como da pie, y justifica, la existencia de un conjunto de otros derechos. Así como la igualdad opera en el caso de los pueblos indígenas como un principio y como un derecho, del mismo modo la identidad cultural da un marco que genera la obligación de construir un nuevo Estado.

Una teoría política remozada, que entienda cómo deben entrecruzarse conceptos clásicos como igualdad, autonomía e identidad, debe desarrollarse para poder sentar las bases de un Estado que se construya sobre una resignificación de estos principios básicos. Un Estado igualitario, inclusivo e intercultural debe tomar a la identidad cultural como un motor del reconocimiento de los derechos indígenas.

2. Presupuestos. Punto de partida

Ha sido adelantado en la introducción que en este trabajo se parte de una definición amplia de cultura, la que incide en la comprensión de lo que debe interpretarse por identidad cultural. Así, la cultura entendida como

vinculada con procesos económicos, políticos, territoriales, va dando indicaciones de que la identidad demanda tener presente dichos procesos. La idea de “identidad cultural” puede resumirse en que los pueblos indígenas “puedan seguir siendo lo que son”. En otras palabras, el respeto a los derechos territoriales, al derecho a la consulta –junto con el consentimiento previo, libre e informado–, el derecho a decidir autónomamente sobre su modelo de desarrollo van configurando un sentido potente y robusto de la identidad cultural.

Por otra parte, una línea argumentativa que sostendré a lo largo de todo el artículo es el impacto que debería producir el derecho a la identidad cultural en la arquitectura constitucional. Si bien los instrumentos jurídicos internacionales receptan ese derecho, y como tal se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico argentino, y nuestra constitución reformada de hace casi un cuarto de siglo garantiza el respeto a su identidad, no traduce en su inclusión la fuerza que este derecho requiere. El artículo 75 inciso 17, sin lugar a dudas, da un gran paso adelante cuando expresa el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, una preexistencia a la construcción del Estado moderno que justifica y legitima el resto de los derechos vigentes. Sin embargo, no incorpora del mismo modo un derecho a la identidad cultural que demanda mucho más que la mención parcial en el inciso de un artículo constitucional.

El derecho a la identidad cultural², necesariamente, debe provocar transformaciones constitucionales que no pueden agotarse en un inciso de un artículo. El cambio de matriz constitucional debe acompañar la construcción de un Estado en donde se reúnan los mundos indígenas. Con estos puntos de partida se pretende desarrollar un derecho a la identidad cultural que pueda formar parte de una teoría política que sea el marco de contención de un Estado radicalmente diferente a la organización política presente.

² Ver en este mismo texto el artículo de Faundes, Juan Jorge Faundes y Liz Vallejos, considerando el derecho a la identidad cultural como un derecho fundamental.

3. Tensiones que traduce la identidad cultural

Es posible identificar algunas líneas argumentativas y tradiciones de pensamiento que discuten alrededor de la noción de identidad cultural (STAVENGAHEN, 2001; HERNÁNDEZ VERÁZTICA, 2011). Ellas son demostrativas de las disputas teóricas, de las tensiones, que evidentemente pugnan por imponerse y que forman parte del telón de fondo de la existencia y vigencia de este derecho.

En primer lugar, es importante mencionar el debate suscitado entre derechos individuales vs. derechos colectivos, que se deriva de un ya clásico diferendo teórico-político entre liberales y comunitaristas (BENHABIB, 2006; GRAY, 2001; GARGARELLA, 1999). La polémica generada no fue capaz de eliminar ni deslegitimar la existencia de los derechos colectivos y colocó en un pie de igualdad a estos con los derechos individuales, pero no pudo desterrar las sospechas –al menos desde un sector– que despiertan los derechos colectivos, los fantasmas que se agitan alrededor de la disolución del individuo –y con este de los derechos individuales– y la creencia de que la mera existencia de derechos individuales agota y garantiza el resto de demandas y reivindicaciones de aquellos sujetos colectivos.

Por otra parte, y adentrándose en el campo de la teoría política, la ciudadanía, como una suerte de carta de identidad dentro de un Estado, debe también dar paso, dejar un lugar, a las posibilidades de auto gobierno y al ejercicio del derecho a la autonomía y libre determinación dentro de un territorio definido y titulado. Los pueblos indígenas, como sujetos políticos, no solo son ciudadanos del Estado en el que habitan, sino que como miembros de un pueblo indígena detentan –como pueblos– un conjunto de derechos específicos, y esta doble membresía muchas veces genera interpretaciones encontradas.

Desde otra mirada, “la unidad en la diversidad”, una frase que pretende transmitir que se puede respetar lo diferente evitando la fragmentación estatal, también encuentra sectores que sostienen que la “balcanización” de los estados es inevitable si se respeta la diferencia, o si se reconocen genuinamente los derechos indígenas. En otras palabras, o bien se sostiene la compatibilidad de un solo Estado que da cobijo a múltiples naciones, o se afirma lo contrario, que la unidad requiere homogeneidad. Tensión

que dará pie a la última de las contradicciones —la que gira alrededor de una cultura dominante o hegemónica— que influye en el respeto, o no, de la identidad cultural.

Por lo general, y como una suerte de proceso histórico, la multiplicidad de culturas fue “cooptada” por una sola cultura hegemónica que se impone, y que en el tema de este ensayo no es otra cosa que aquella cultura que surge de la sociedad “occidental”, la única que tiene los requisitos suficientes para ser considerada valiosa y digna de respeto. El resto de las culturas o bien son aceptadas, pero con un cierto grado de subordinación, o son rechazadas o estigmatizadas, algo que también está vinculado a fenómenos de discriminación y racismo que no son objeto de este trabajo (BARTOLOMÉ, 2006), pero que deben tenerse presentes porque atraviesan cualquier análisis y reflexión sobre Estado, sociedad y pueblos indígenas.

Es así que estas disputas teóricas, contradicciones, tensiones finalmente impactan en la comprensión de la identidad cultural, configurando escenarios de aceptación y rechazo que a su vez son fundamento de la adopción de un determinado modelo de Estado. Por ello, la inclusión del derecho a la identidad cultural en el ordenamiento jurídico interno necesariamente reconfigura la matriz estatal, generando consecuencias jurídicas y políticas, y dotando de otras bases filosóficas a la existencia del Estado.

Todo el constitucionalismo del siglo XXI apunta entonces a superar los debates aquí mencionados —y algunos otros— para a partir de nuevos conceptos —o viejos conceptos que son re-interpretados a la luz de nuevos derechos— generar instancias de diálogo intercultural, que construyan escenarios de simetría e igualdad entre todas las culturas. Si bien ha trascurrido solo una década desde aquellas constituciones que “revolucionaron” las discusiones constitucionales³, aún no ha podido instalarse de manera indiscutible la relevancia de las culturas diferentes, bajo la necesidad de abrir el juego a la coexistencia de miradas del mundo que representen fácticamente el hecho de la diversidad.

³ Se hace referencia a la Constitución de Ecuador de 2008 y a la Constitución de Bolivia de 2009.

4. Consecuencias jurídicas y políticas

Cuáles son las consecuencias jurídicas y políticas de receptor de manera robusta el derecho a la identidad cultural es la pregunta que finalmente atraviesa todo este análisis. El Estado que se construya a partir de otros nuevos presupuestos, y la teoría política que dé cuenta de identidades culturales que coexisten y se yuxtaponen, debe respetar y garantizar un conjunto de derechos. Frente a los pueblos indígenas al menos existen tres consecuencias jurídicas y políticas que, si bien no agotan todo el universo de derechos⁴ exigible por los pueblos indígenas, dan cuenta de la complejidad de los escenarios que se presentan. Dichas consecuencias, que serán desarrolladas a continuación, son el reconocimiento de los derechos territoriales y la gestión de los bienes comunes naturales; el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado; y finalmente el pluralismo jurídico.

i) Reconocimiento de los derechos territoriales y de la gestión de los bienes comunes naturales

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas se encuentran entre los más vulnerados en América Latina. Esto se debe a una multiplicidad de razones que van desde la falta de voluntad política de los estados de demarcar y respetar la propiedad comunitaria indígena, tal como se incluye en instrumentos jurídicos internacionales (Convenio 169 de la OIT, Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los pueblos indígenas, Declaración americana sobre Derechos de los pueblos indígenas), en las constituciones (en Argentina, el art. 75 inc. 17 incluye expresamente la propiedad comunitaria indígena como un derecho indígena que debe ser garantizado), y en la legislación secundaria.

Estos se encuentran íntimamente vinculados con las demandas por autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, derechos también contemplados en los instrumentos jurídicos internacionales. Partiendo

⁴ Sin ir más lejos, no se incorporan en este análisis los derechos lingüísticos, también centrales para garantizar la identidad cultural.

de la idea de que para poder plasmar estos últimos, requieren de un espacio geográfico que les permita decidir libremente sobre sus planes de vida, como un colectivo, tal como han sido reconocidos y tal como merecen ser tratados por los estados (como sujetos políticos y colectivos).

Por otra parte, los intereses económicos vinculados a las actividades extractivas (tales como explotación forestal, hidrocarburífera, minera, etc.) han convertido a los territorios indígenas en centrales para la obtención de recursos. Es así que en las últimas décadas emergen las explotaciones de recursos naturales ubicados en territorios demandados por indígenas, lo que ha consolidado una posición reactiva frente a su reconocimiento⁵.

Finalmente, existe una incompreensión conceptual –que se traduce en los debates alrededor de legislación y jurisprudencia– de los alcances del territorio, de cuál es su significado, y de cómo la cosmovisión indígena plasma una diferencia relevante entre el derecho a la tierra y el derecho al territorio, entre la propiedad individual y la propiedad colectiva, entre el uso y goce que impone determinado modelo de desarrollo.

Es así que para garantizar los derechos territoriales, para comprender la relevancia de su respeto, y para entender qué es lo que está en juego alrededor de esta discusión, se vuelve necesario, en primer lugar, llevar adelante una tarea interpretativa utilizando doctrina y jurisprudencia, para poder entender los fenómenos de recuperación de territorio que se están llevando adelante en Argentina desde hace más de una década (calificado por el sistema judicial vigente como usurpación), y que forma parte de un entramado más complejo asociado con la construcción de un Estado intercultural.

Por ello, si bien el ordenamiento jurídico vigente impone ciertas reglas que deben ser obedecidas por cualquier ciudadano, el especial doble estatus del indígena –ciudadano del Estado en el que habita y miembro de

⁵ Si bien este es un tema que en los últimos tiempos ha suscitado discusión, no solo en doctrina sino a la luz de una nueva jurisprudencia. Por ejemplo, en Argentina en un fallo reciente el juez absolvió a los miembros de una comunidad mapuche juzgados por usurpación, en aplicación de los derechos indígenas. Ver Ramírez, Silvina. Comentario a fallo “CAMPO, JUAN ALBINO Y OTROS S/ USURPACION (ART.181)”. Comunidad Mapuche Campo Maripe en el Yacimiento Vaca Muerta: Vigencia del Paradigma Constitucional de 1994.

un pueblo indígena que goza de derechos colectivos— lo coloca en una situación particular en donde el Estado, y por ende el sistema judicial, deben hacerse cargo de esta especial caracterización. No solo respetando sus derechos específicos, que son derechos humanos y colectivos, sino incorporando en sus instituciones mecanismos que respeten también la diversidad.

El reconocimiento de los derechos territoriales y la gestión de los bienes comunes naturales en cabeza de los pueblos indígenas, como sujetos colectivos y políticos, le imprime al Estado una nueva configuración. El ejercicio de autonomía, como expresión de la libre determinación, genera un nuevo estatus y una relación diferente entre el Estado, los pueblos indígenas y los individuos que cohabitan el mismo espacio geopolítico. Por ejemplo, en el caso de Argentina, la organización federal de gobierno debe dejar lugar para la articulación con las comunidades indígenas. Por otra parte, el artículo 75 inc. 17 debe compatibilizarse con el art. 124 —ambos de la Constitución Argentina (CN)— para participar y decidir conjuntamente la gestión de los bienes comunes naturales, algo que todavía está pendiente —tanto doctrinariamente como en las prácticas— en el constitucionalismo argentino.

ii) Derecho a la consulta y participación

Junto con los derechos territoriales, un derecho central para los pueblos indígenas y que ha sido receptado tanto por el Convenio 169 de la OIT como por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas es el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Este derecho, que jerarquiza el estatus de los pueblos indígenas, al convertirlos en sujetos políticos y colectivos con quienes el Estado debe dialogar para definir determinadas acciones, es —como el derecho a la propiedad comunitaria— el más frecuentemente vulnerado por los estados.

La consulta no debe ser confundida con la participación. Si bien todos los ciudadanos gozamos del derecho a la participación, principalmente dentro de modelos de democracia directa o semi directa, el que actualmente

se reivindica tanto en la teoría como en la *praxis*, el derecho a la consulta ha sido pensado específicamente para los pueblos indígenas. Es tan importante este derecho que ha sido concebido como la piedra angular del Convenio 169 de la OIT (GOMIZ & SALGADO, 2010) y se ha convertido, asimismo, en un instrumento para poder gozar efectivamente de otros derechos.

En toda América Latina se discuten, actualmente, los alcances de estos derechos. Su ineficacia ha permitido acuñar la expresión “brecha de implementación”⁶, para poner de relieve las dificultades que existen a la hora de “bajarlos a tierra”. Si bien la consulta ha sido pensada para dialogar sobre cualquier medida administrativa o legislativa que afecte a los pueblos indígenas, es alrededor de las reivindicaciones territoriales y la gestión de los recursos naturales (o aprovechamiento de bienes comunes naturales⁷) en donde adquiere, contemporáneamente, mayor significado.

Las violaciones recurrentes del derecho a la consulta no solo generan mayores tensiones con los estados, sino que han gestado una jurisprudencia sólida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (son casos de referencia *Saramaka vs. Suriname* de 2007 y *Sarayaku vs. Ecuador* de 2012). Ejemplificativamente, en el ámbito doméstico argentino, tímidamente, la vulneración del derecho a la consulta llega a los tribunales, obteniendo sentencias favorables, como son los casos de “Piquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/acción de amparo”, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2014 (RAMÍREZ, 2014); un fallo de la Corte Suprema de Justicia en un caso planteado por la Confederación Mapuche en la provincia del Neuquén⁸, y un caso que llegó a la Corte Suprema de Justicia⁹, a través de la convocatoria a una audiencia pública que, si bien no obtuvo sentencia de fondo, permitió visibilizar la problemática e incentivó a las

⁶ Rodolfo Stavenhagen, relator de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, fue quien por primera vez utilizó esta frase.

⁷ Ver toda la tradición de pensamiento de la ecología política, y su justificación para este cambio en la denominación. Entre otros Bookchin 2011.

⁸ Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad, diciembre de 2013.

⁹ El caso de las comunidades indígenas de Salinas Grandes y la Cuenca de Guayatayoc, que fueron escuchadas en Audiencia Pública convocada por la CSJN en 2010.

comunidades indígenas de Salinas grandes en las provincias de Jujuy y Salta a elaborar su propio protocolo de consulta¹⁰.

Ahora bien, con este panorama normativo que no pretende profundizar sobre todas las discusiones alrededor de sus alcances, salvo algunos pocos ejemplos en contrario¹¹, el derecho a la consulta no se implementa. Recordemos que es una obligación del Estado generar las condiciones para su puesta en marcha. La ausencia de una ley que regule este derecho también es una de las razones que explicarían las dificultades de su aplicación pero que no justifican, de ninguna manera, su permanente violación.

No es casual que los derechos más recurrentemente vulnerados en toda América Latina el derecho a la propiedad comunitaria indígena y el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado. La posibilidad de que las comunidades indígenas puedan hacer escuchar su voz gestando espacios de interculturalidad, no solo contribuye muchas veces a destrabar los conflictos, sino que contribuye a fortalecer la democracia.

El derecho a la consulta permite entonces que los pueblos indígenas ejerzan su derecho a la libre determinación. No es sencillo traducir en prácticas este derecho, pero las mesas del diálogo se convirtieron en mecanismos para poder ejercerlo¹². Cuando es el propio Estado, a través de sus instituciones quien no lo respeta, se generan escenarios que lamentablemente pueden llegar a la criminalización.

El Estado, vale la pena insistir, tiene la obligación no solo de respetar este derecho sino de generar las condiciones que lo hagan efectivo. Los conflictos territoriales que se suscitan tan frecuentemente en nuestra región —y que muchas veces tienen como protagonistas a las comunidades indígenas— pueden ser reconducidos a través de la consulta. Ejemplos en toda América Latina dan cuenta de ello¹³, por lo cual la consulta también

¹⁰ Ver Protocolo de Consulta y Consentimiento previo, libre e informado “Kachi Yupi” o “Huellas de Sal”, 2015.

¹¹ Otra vez en el caso argentino, en 2015, la Defensoría del Pueblo de la Nación participó como garante de la consulta por el tendido de fibras ópticas en comunidades indígenas en Jujuy.

¹² Actualmente en la provincia de Santa Cruz, Argentina, se está llevando adelante una mesa del diálogo para definir cómo organizar el proceso de consulta alrededor de la instalación de una represa en territorio reivindicado por comunidades indígenas.

¹³ Por ejemplo, los procesos que se llevan adelante alrededor de la mega minería en la Sierra Ne-

debe ser entendida como el mecanismo que permite acercar a las partes y encontrar caminos que permitan la convivencia en un mismo espacio, teniendo presente la diversidad y la necesidad de un tratamiento diferente cuando coexisten culturas con particularidades específicas.

Así como los derechos territoriales impactan en la configuración del Estado, el derecho a la consulta permite jerarquizar a las comunidades indígenas, respetar su identidad (cultural, política) y construir en conjunto la organización jurídica y política que mejor se adapte a los intereses, reivindicaciones y demandas de los pueblos indígenas.

iii) Cosmovisión indígena y pluralismo jurídico

En un genuino Estado intercultural, se vuelve relevante respetar las propias reglas que surgen de las comunidades, administradas por sus propias autoridades. Esto, conocido en la literatura como pluralismo jurídico (RAMÍREZ, 1999; YRIGOYEN FAJARDO, 1999; SIEDER & FLORES, 2012), forma parte del reconocimiento del otro: entender que las pautas que rigen su vida cotidiana merecen ser respetadas, y pueden coexistir armónicamente con otras pautas diferentes. Ni más ni menos que la existencia de más de un sistema normativo.

Ahora bien, cada pueblo indígena cuenta con sus propias instituciones, sus propias reglas, sus propias autoridades y sus propios sistemas de castigo. Esto forma parte de un Estado de derecho, y no tiene nada que ver con “ejercer justicia por mano propia” o “violentar el principio de igualdad” o “querer construir un Estado indígena”.

Es difícil realizar una descripción de los diferentes sistemas judiciales existentes, porque cada uno de ellos es distinto, y tiene que ver con las características de cada pueblo. Sin embargo, es posible que los diferentes sistemas de justicia se articulen para evitar dobles juzgamientos, superposiciones, contradicciones.

vada de Santa Marta, en Colombia. O el caso de Perú, que trabajó sobre una ley de consulta luego de la masacre de Bagua, cuando se enfrentaron comunidades indígenas con las fuerzas de seguridad, en 2009.

En otras palabras, la cosmovisión indígena es muy importante a la hora de lidiar con un conflicto. Un Estado de derecho que honre sus propias reglas debe permitir que en su interior los conflictos se diriman de manera diferente y hasta admitir que pueden existir marcos valorativos o axiológicos en conflicto (RAMÍREZ, 1999). Estas afirmaciones apuntan a entender cómo se construye un Estado intercultural dentro de un Estado de derecho.

Por otra parte, los sistemas de administración de justicia ordinaria han incorporado herramientas que apuntan a respetar la diversidad cultural –y, por lo tanto, la identidad cultural– generando procesos de “hibridación” conocidos en la literatura como fenómenos de “interlegalidad”, ya sea que incorporen figuras que den cuenta de una cosmovisión indígena (lo que se ha dado en llamar facilitadores interculturales), ya sea que acerquen al proceso determinados conocimientos específicos sobre sus derechos (peritajes o *amicus curiae*), ya sea que conformen defensorías especializadas¹⁴.

Sin embargo, estas pluralidades jurídicas exigen un diseño estatal que se aleja de un modelo clásico de Estado. Tanto el respeto de una jurisdicción indígena, como la inclusión de instituciones que sean sensibles a la diversidad, exigen una reestructuración de los servicios de administración de justicia ordinaria y un conjunto de políticas públicas que refuercen la interrelación, capaces de generar un espacio de diálogo.

5. Reflexiones filosóficas sobre una nueva matriz estatal

Un Estado –como organización política y jurídica de una determinada comunidad– requiere de cierta base filosófica y se estructura sobre algunos pilares o principios que definen su matriz. Históricamente, estos principios han sido –y siguen siendo– los de libertad e igualdad. A estos principios liminares se les suman viejos conceptos (por ejemplo, sobera-

¹⁴ Estas formas de incorporar diversidad se mencionan solo a título ejemplificativo, y no significa agotar los modos de generar inclusión y respeto.

nía y dignidad), que requieren ser resignificados, y otros nuevos, como el de interculturalidad (FAUNDES, 2017, p. 89), que deben formar parte de una concepción remozada del Estado.

En primer lugar, la idea de igualdad debe ser dotada de un contenido que no solamente de cuenta de un derecho individual, sino que incorpore una dimensión colectiva olvidada por nuestras constituciones, y que impacta enormemente en la organización del poder. La igualdad, así redefinida, debe entenderse como:

[...] una herramienta generada para que los Pueblos Indígenas puedan luchar por sus derechos y, de ese modo, alcanzar una igualdad real. Si fuera preciso presentar una conceptualización del principio de igualdad como emancipación, tal vez la idea más adecuada sea concebirlo como una carta de navegación que permite que el sistema internacional de derechos humanos –conformado por el conjunto de derechos identificados y definidos como prioritarios– determine el modo de su aplicación y su prelación frente a sujetos específicos (RAMÍREZ, 2012).

Desde esta perspectiva, ya no se habla solo de igualdad entre individuos, sino que se suma la “igualdad entre pueblos”. Alcanzar una simetría entre las culturas contrastantes, colocarlas en una misma situación de prelación, significa generar los mecanismos necesarios para que esta igualdad se traduzca en respeto a los derechos, al marco institucional, y a la vez se construyan espacios de interacción y de diálogo intercultural. La dignidad entre pueblos adquiere una dimensión insoslayable, porque esta igualdad resignificada, que se demanda para pueblos indígenas, encuentra una de sus justificaciones en el principio de dignidad, que no es únicamente dignidad de la persona, sino que también es una dignidad colectiva.

Por otra parte, pensando en la construcción de un Estado diferente, también es preciso pensar conceptos tan centrales como los de soberanía, dado que el reconocimiento de los derechos indígenas obliga a que el Estado ceda parte de su control, para garantizar y respetar los derechos a la autonomía y a la libre determinación. Asimismo, deben incorporarse otros principios –transversales al Estado– como el de la interculturalidad, que a la vez reconoce que la cultura indígena es valiosa y establece ámbi-

tos en donde se produzcan intercambios que permitan una convivencia enriquecedora.

En definitiva, se trata de respetar profundamente la identidad cultural. La identidad indígena es compleja, porque está inextricablemente unida a la preservación del territorio. Desde ese presupuesto, la identidad se conserva desde una base en donde se desarrolla la vida, su cultura, su espiritualidad, y en donde se plasma su cosmovisión. La identidad se encuentra retroalimentada por el espacio físico, y sin este se vuelve prácticamente imposible la sobrevivencia como pueblos. Esta idea no es menor, porque de lo que se trata no es que individuos aislados puedan alcanzar diferentes fines, puedan reinventarse y someterse a procesos de transculturación. De lo que se trata es de proteger una cosmovisión, una idea de colectividad, una forma de vivir comunitariamente que requiere de un lugar en donde desplegarse.

El territorio y la identidad, así presentados, forman parte de un entramado de derechos. No es casualidad que la jerarquización de derechos indígenas contemplados en los instrumentos jurídicos internacionales no exista. Todos los derechos se encuentran claramente vinculados. Desde luego, es indiscutible que la reivindicación de derechos territoriales adquiere centralidad precisamente porque es el soporte desde donde pueden desarrollarse un conjunto de otros derechos.

Esta idea tiene un trasfondo filosófico y político, porque se basa en una determinada conceptualización del principio de igualdad, principio imprescindible para explicar la organización social y la construcción de nuestros estados. Un principio de igualdad que debe ser resignificado, tal como ya fue expresado, para que se convierta en una herramienta adecuada para la lucha por los derechos indígenas (RAMÍREZ, 2012).

Un paradigma, hoy vigente en la mayoría de los estados latinoamericanos, se estructura sobre una concepción de sociedad basada, fundamentalmente, en la defensa de los derechos individuales —una concepción liberal de la sociedad—, lo que nos lleva a la construcción de estados democráticos e igualitarios, pero pensando el principio de igualdad desde una perspectiva que, frente a las demandas, a los reclamos y a los nuevos perfiles que asumen los estados interculturales, es insuficiente.

La formulación del principio de igualdad “tratar a todos con igual consideración y respeto” –la vieja formulación clásica de los liberales– no puede hacer frente al desafío de receptor, dentro de lo que es el propio perfil de Estado, una concepción de sociedad, no solo basada en derechos individuales, sino también en derechos colectivos. Se vuelve necesario, entonces, volver a pensar el principio de igualdad, concibiéndolo a la manera de “igualdad como emancipación”, una carta de navegación que nos permita distinguir, en niveles de importancia, los diferentes derechos que hoy contienen nuestras cartas constitucionales.

En ese mismo sentido, un principio de igualdad con un contenido más ambicioso debe incorporar la diferencia como uno de los elementos centrales, y la forma de contenerla sin que esto signifique vulnerar la dignidad del ser humano y el respeto que se le debe como tal.

Un principio de igualdad así concebido sumado a una concepción robusta de los derechos colectivos y una presencia permanente de los derechos indígenas en las nuevas constituciones es lo que nos permite avizorar un estado de situación que se encuentra en permanente cambio, un proceso dinámico que incide en las propias raíces de aquellos estados coloniales que aún hoy subsisten.

La identidad en esta construcción juega un papel destacable, porque la construcción de estados interculturales basados en un principio de igualdad que se predica no solo entre individuos, sino también entre pueblos, debe contemplar las condiciones que hacen posible su subsistencia. Precisamente, dicha sobrevivencia está asociada a la protección de su identidad, y esta se encuentra conectada con los territorios. En otras palabras, la identidad indígena es una noción que no puede desprenderse de la relación que tienen con su entorno y de cómo esta se establece. Las últimas constituciones latinoamericanas (ECUADOR, 2008; BOLIVIA, 2009) y los instrumentos jurídicos internacionales incorporan, asimismo, otros derechos que en ese entramado dan cuenta de la arquitectura necesaria para asegurar su respeto.

6. Transformaciones del Estado: nuevas políticas públicas

Respetar genuinamente la identidad cultural lleva a determinadas consecuencias jurídicas y políticas, que ya han sido señaladas, y que van de la mano con nuevas políticas públicas que apuntan a una transformación estructural del Estado. Estas políticas públicas interpelan la base misma del Estado, porque requieren de un nuevo diseño constitucional, de un profundo reordenamiento territorial y de la implementación efectiva del derecho a la consulta, aspectos que serán desarrollados a continuación.

i) Nuevo diseño constitucional

En este apartado, se hará referencia puntualmente al caso argentino para ilustrar los modos de llevar adelante una transformación estatal, lo que puede ser extendido a todo el escenario latinoamericano. La Constitución Argentina reformada en 1994 está inscripta en lo que llamamos una matriz liberal (matriz hereditaria de la Constitución de Estados Unidos) e incorpora (como lo hicieron en las décadas de los ochenta y los noventa la mayoría de las constituciones latinoamericanas), por primera vez en su historia, un artículo que contempla el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17).

No obstante, la matriz liberal que mencionamos –traducida en la preeminencia de derechos individuales– se impone generando un fuerte contraste entre su línea filosófica clásica y aquellos enunciados que incluyen, o son más sensibles, a los derechos colectivos. Por ejemplo, si bien la reforma de 1994 contempla la existencia de derechos colectivos, incorpora determinados tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y, en el capítulo dedicado a “nuevos derechos y garantías”, reconoce el derecho a un medio ambiente sano –derecho de tercera generación–, estas reformas no alcanzan para transformar una cierta estructura y visión de la Constitución, que aún queda amarrada a los postulados que le dieron origen.

Más allá de esta reflexión, es imposible dejar de reconocer que la incorporación del artículo 75 inc. 17 ha sido un paso adelante en la lucha por la defensa de los derechos de los pueblos originarios, pero aún es insuficiente, y no satisface los últimos requerimientos en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas.

Por ello, es imprescindible encarar un nuevo diseño constitucional que afecte tanto la primera parte de los derechos y garantías, como la segunda parte, de organización del poder¹⁵. Que los pueblos indígenas no queden marginados o reducidos al inciso de un artículo constitucional es una de las grandes deudas pendientes de la configuración de nuestros estados, y forma parte de los debates aún incipientes en Argentina.

Temas tales como representación obligatoria de pueblos originarios en el Parlamento, instancias específicas –como ministerios– que se ocupen específicamente de los derechos indígenas, tribunales especializados y reconocimiento de la administración de justicia indígena deben ser tomados en cuenta en una futura reforma constitucional.

No obstante, la transformación de la arquitectura constitucional no se alcanza con retoques en la matriz individualista. Por el contrario, el desafío es pensar una Constitución que no replique una distribución del poder del siglo XIX, sino que construya una norma que traduzca una relación entre pueblos que sea igualitaria, inclusiva e intercultural. Una organización jurídica y política que respete los derechos indígenas, que incorpore una dimensión colectiva permanentemente soslayada y que refunde el Estado a la luz de diversidades que deben formar parte de un nuevo escenario político. Esta reforma constitucional –y una discusión nacional sobre estos y otros aspectos– no forma parte de la realidad política de muchos de los países latinoamericanos, y se encuentra aún lejos de plasmarse en el mediano plazo.

¹⁵ Esta afirmación puede ser extendida a todas las constituciones latinoamericanas. Sin embargo, las constituciones del siglo XXI –Ecuador, 2008; Bolivia, 2009– que son muy potentes en término de recepción de derechos indígenas no consiguieron, por sí solas, transformar la matriz estatal.

ii) Derecho a la consulta y participación indígena¹⁶

El derecho a la consulta es un instrumento destacado para la posibilidad de goce y defensa de los derechos indígenas. A través del ejercicio del derecho a la consulta, los pueblos indígenas pueden formar genuinamente parte del Estado. Se convierten en interlocutores, en sujetos políticos que hacen llegar sus voces sobre medidas, regulaciones, acciones que directamente los involucran. En América Latina solo un país, Perú, cuenta con una regulación legal específica del derecho de consulta¹⁷. Por lo general, en gran parte de los países, la vigencia del Convenio 169 de la OIT¹⁸, que es el instrumento jurídico que lo incorpora por primera vez como un derecho, lo dota de fuerza normativa en todo el continente.

Con la instrumentación del derecho a la consulta, sin lugar a dudas se alcanzaría una nueva organización política, dado que sería una señal muy relevante de “tomarse en serio” a los pueblos indígenas, habilitando las vías para que puedan hacer conocer su opinión cuando las decisiones que se toman los afectan directamente. Este sería un nuevo camino en una necesaria redistribución del poder.

Ha sido entendido que el derecho a la consulta tiene una doble faz: sustantiva y procedimental (RAMÍREZ, 2015). Así, es un derecho que está estrechamente vinculado a la libre determinación de los pueblos¹⁹ y que establece relaciones de igualdad promoviendo un diálogo intercultural. Por otra parte, es procedimental dado que tiende a la consecución de otros derechos sustantivos también reconocidos normativamente.

La interpretación del derecho a la consulta y a la participación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido determinada por la

¹⁶ Este acápite ha sido tomado de un artículo de mi autoría, en la actualidad en imprenta.

¹⁷ En otros países, como Chile, existen reglamentos de consulta: el Decreto 66/2012 y el 40/2013.

¹⁸ El artículo 6.1.a del Convenio 169 de la OIT dice: “...los gobiernos deberán 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”. En Argentina, el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por ley 24.071; depositó el instrumento de ratificación en 2000.

¹⁹ Artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados con jerarquía constitucional.

Cte. IDH, que arroja luz sobre algunos contenidos centrales a la hora de garantizar el ejercicio de estos derechos²⁰.

Este derecho se encuentra íntimamente vinculado a los derechos territoriales y a la gestión de los recursos naturales²¹. Precisamente, porque en la actualidad se impone un modelo de desarrollo basado en actividades extractivistas que asolan los territorios demandados por pueblos indígenas, la posibilidad de ser consultados, y de decidir sobre su propio desarrollo, se convierte en una llave que abre la puerta a la protección y defensa de sus territorios. El derecho a la consulta está íntimamente vinculado y va de la mano, con el consentimiento previo, libre e informado. En algunos casos específicos descritos en la normativa y jurisprudencia se requiere insoslayablemente del acuerdo expreso de las comunidades indígenas. Esto interpela fuertemente a los estados, que ven en estos derechos obstáculos insalvables al desarrollo de la explotación de los recursos naturales (la explotación y el despojo).

Por ello, este derecho es incumplido permanentemente. A modo de explicación, algunos doctrinarios afirman que, al no encontrarse reglamentado, no puede implementarse un procedimiento que hasta este momento es ajeno a buena parte de la legislación en América Latina. Esta explicación es defectuosa, en la medida en que, por una parte, los instrumentos internacionales y su hermenéutica no señalan la necesidad de la reglamentación. Por otra, aunque exista una ley de consulta, esta debe ser una ley marco, que contemple algunos aspectos del proceso, sin señalar –tarea que sería imposible– con detalle todos los pasos que se deben seguir para cumplirlo, algo que deberá ser construido *ad hoc* siguiendo ciertos contenidos mínimos.

Un ejemplo destacable de cómo los mismos pueblos indígenas intentan que su derecho a la consulta sea respetado es la elaboración de un proce-

²⁰ El trabajo del capítulo siguiente de Faundes y Vallejos desarrolla in extenso la jurisprudencia de la Corte IDH en materia del derecho fundamental a la identidad cultural.

²¹ Utilizamos la acepción “recursos naturales” debido a que está extendido su uso, y así está incorporado en buena parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, el término que se está instalando en sectores comprometidos con la lucha por el *hábitat*, el medio ambiente y la naturaleza es el de “bienes comunes naturales”, que destaca su relevancia para toda la comunidad. Ver GUDYNAS, 2009.

dimiento de consulta previa y consentimiento previo, libre e informado, consensuado por las comunidades de los Pueblos Atacama y Kolla del territorio de la Cuenca de las Salinas Grandes y Laguna de Guayatayoc, en Argentina, para asegurar que la explotación del litio en las Salinas sea respetado²².

Como sucede en este caso, cuando es el Estado el que vulnera el derecho de las comunidades indígenas, son las propias comunidades las que identifican un proceso para cumplir con el objetivo de consulta y consentimiento, garantizando así el derecho. En ese sentido, los pueblos indígenas son plenamente conscientes de la vigencia de este derecho y de que pueden legítimamente demandar a las instancias pertinentes para que respeten su goce efectivo.

En toda América Latina, y también gracias al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se va consolidando una jurisprudencia que exige el respeto del derecho a la consulta, gestando un estado de situación que trasciende el caso concreto para perfilar un nuevo tipo de relación entre el Estado y los pueblos indígenas²³.

Decisiones judiciales protectoras del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado son un paso inicial de notable importancia para construir una matriz de Estado diferente. A su vez, indica que el Estado —a través de su máxima instancia judicial— está visualizando sus compromisos, tanto internacionales como con la Constitución. En ese sentido, una jurisprudencia sólida, que refuerce el derecho a la consulta en otras instancias estatales, es también uno de los caminos para fortalecer a los pueblos indígenas como sujetos políticos.

²² Ver “Kachi Yupi. Huellas de sal”, ENDEPA, FARN, 2015.

²³ En Argentina, una sentencia de trascendencia significativa para los pueblos indígenas fue la dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 7 de octubre de 2014. En ella, se deja sin efecto una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Chubut, que denegaba el legítimo reclamo de una comunidad indígena de ejercer sus derechos constitucionales. Estos derechos, entre otros, son los de consulta y participación, centrales para la construcción de un Estado intercultural. El fallo “*Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural s/lacción de amparo*” es el eslabón final de un camino de recursos judiciales que finalmente llegó, a nivel provincial, al Tribunal Superior de Justicia de Chubut, para llegar a desembocar en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La CSJN, en el fallo de mención, decide hacer lugar al pedido de la comunidad indígena, en el entendido que efectivamente se estaban violando derechos constitucionales.

iii) Ordenamiento territorial

En el caso de Argentina (lo que puede extenderse a toda América Latina), las políticas territoriales son parte de otra deuda histórica. Los procesos de despojo, la concentración de tierras, el incremento del valor de la tierra fiscal, los negociados existentes alrededor de su titularidad y otros problemas han complicado su formulación, y en el presente todos los intentos de regularización, no solo tomando como destinatarios los pueblos indígenas, pero principalmente pensando en estos, encuentran obstáculos que aparentemente son insalvables.

Las transformaciones del Estado van de la mano de la formulación de estas nuevas políticas que debieran apuntar a tener claridad sobre las tierras reivindicadas, sobre cuáles son las disputas alrededor de los territorios, sobre qué intereses creados existen alrededor de estos y cómo se puede llegar al mejor acuerdo, trabajando fuertemente los consensos.

Las discusiones alrededor de los modos en que este ordenamiento puede ser llevado adelante atraviesan una multiplicidad de sectores, en donde como principales interesados se encuentran los pueblos indígenas, pero también los campesinos, los pequeños productores, aquellos provenientes de la agricultura familiar, que en definitiva son los sujetos más vulnerabilizados por la ausencia de estas políticas concretas.

En el caso de los pueblos indígenas, existe un reconocimiento muy robusto de sus derechos territoriales. Tanto la normativa internacional, como las constituciones y legislaciones domésticas, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la jurisprudencia nacional, indican que los pueblos indígenas no solo tienen derechos, sino que los Estados deben arbitrar los medios necesarios para garantizarlos y protegerlos.

En otro lugar (RAMÍREZ, 2015), he reflexionado sobre lo que significa llevar adelante un ordenamiento territorial, en donde se respeten los derechos territoriales indígenas. Los diferentes escenarios existentes, si estamos frente a tierras del Estado (las así llamadas tierras fiscales), o si la titularidad es invocada por un “particular”, lo que complejiza la situación

y requiere de otro tipo de proceso —como el de expropiación— para que puedan ser entregadas a sus legítimos dueños.

Más allá de la legislación ya existente y de otra que es imprescindible que exista para dar una cobertura jurídica imprescindible (me estoy refiriendo puntualmente a la ley de propiedad comunitaria indígena), es insoslayable la necesidad de generar un proceso de diálogo que llegue a determinados acuerdos mínimos, para finalmente alcanzar la titulación colectiva que debe garantizar a futuro el goce efectivo de los derechos territoriales. En este sentido, se deben generar las condiciones políticas para arribar a una solución jurídica. La judicialización de las vulneraciones a los derechos territoriales no es el marco de discusión deseable, porque la solución debe ser política, de allí la centralidad de una política pública de ordenamiento territorial.

Por ello:

[...] El diálogo debe darse privilegiadamente entre las comunidades indígenas, sus organizaciones, y las autoridades de los Estados nacional y provincial, para articular el mejor modo de llevar adelante esta reorganización territorial, tan necesaria para la sobrevivencia de los pueblos indígenas (RAMÍREZ, 2014).

Los conflictos territoriales hoy se despliegan por todo el espacio geopolítico de Argentina. La tendencia es que estos se incrementen y profundicen, dado que existe una resistencia por parte de las autoridades gubernamentales de respetar los derechos que se encuentran vigentes. Es preciso reencauzar los conflictos, cumplir las obligaciones estatales, generar los espacios y garantizar determinados procesos que tengan como horizonte la titulación colectiva de los territorios en cabeza de las comunidades indígenas.

7. Desafíos del constitucionalismo del siglo XXI

Las constituciones ecuatorianas y bolivianas de 2008 y 2009, respectivamente, han generado un debate prolífico sobre sus alcances y han inaugurado lo que se conoce teóricamente como el “neo constitucionalismo”,

que analiza las consecuencias de un constitucionalismo diferente en el siglo XXI. La presencia de la mirada indígena en ambas constituciones auguraba un cambio de paradigma estatal que, a diez años de su irrupción, únicamente han mostrado las dificultades para dicha transformación.

Por otra parte, no alcanzar un nuevo Estado a través de una nueva constitución se ha mostrado problemático. Conceptos profundamente indígenas (como el *sumak kawsay* o *sumaq qamaña*, o la *pachamama*) han sido utilizados –y muchas veces tergiversados– para convertirlos en conceptos funcionales a una perspectiva occidental, que se aleja profundamente de su significado original (LLASAG FERNÁNDEZ, 2018).

Es así que el nuevo constitucionalismo latinoamericano está desafiado en dos frentes. Desde la mirada occidental, porque o se resiste a construir nuevas formas de estatalidad o tergiversa su contenido para seguir insistiendo con los mismos mecanismos de exclusión que se encuentran vigentes desde la conformación misma del Estado en el siglo XIX. Desde la mirada indígena, otra vez la inclusión, generación de igualdad e interculturalidad se ven afectadas por formas de organización social, política, económica y jurídica que poco tienen que ver con las formas organizativas indígenas. De este modo construir genuinos estados igualitarios, inclusivos e interculturales se vuelve una tarea “aparente”, que vuelve a colocar en el centro del escenario a la cultura occidental hegemónica.

Frente a estas realidades, no existe sino seguir transitando un camino que apunte, por un lado, a un fortalecimiento institucional que incorpore la diversidad planteada por los pueblos indígenas. En ese sentido, es posible pensar políticas públicas que respeten un sistema de vida anclado en parámetros diferentes a los construidos desde la visión occidental. Por otra parte, se debe recordar permanentemente que la construcción de un Estado plurinacional sigue amarrado a una idea primigenia de la sociedad occidental. Si bien no es posible para buena parte de la población “sacar los pies del plato” de esa realidad histórica, es cierto que puede “abrir el juego” para otras formas de organización que responden a otros estándares.

En la medida que se pueda conjugar una diversidad de perspectivas, principios, reglas del juego, es que podremos pensar en superar la imposición

hegemónica de una sola cultura, se podrá reafirmar el respeto a la identidad cultural de los pueblos indígenas, y podremos pensar en desarrollar una teoría política que se focalice en apuntalar un Estado que se reconstruya sobre las bases de diversidad, un Estado genuinamente post colonial e igualitario.

Referencias bibliográficas

- BARTOLOMÉ, Miguel Alberto (2006). *Procesos interculturales. Antropología Política del Pluralismo cultural en América Latina*, México: Siglo XXI editores.
- BOOKCHIN, Murray (2011). “Manifiesto por una sociedad ecológica” en *Tierra Socialista, papeles sobre Democracia, Socialismo y Ecología Política*, Buenos Aires: Revista del Centro de Políticas Públicas para el Socialismo.
- FAUNDES, Juan Jorge (2015). “Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, septiembre-diciembre 2015. Vol. 6, N° 3. pp. 85-121.
- GARGARELLA, Roberto (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona: Paidós.
- GOMIZ, Micaela; SALGADO, Juan Manuel (2010). Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino, Buenos Aires: ODHPI, IWGIA.
- GRAY, John (2001). *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*, Barcelona: Paidós.
- GUDYNAS, Eduardo (2009). “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador” en la *Revista de Estudios Sociales*, N° 32, Bogotá.
- LLASAG FERNÁNDEZ, Raúl (2018). *Constitucionalismo Plurinacional desde los Sumak Kawsay y sus saberes. Plurinacionalidad desde abajo y la plurinacionalidad desde arriba*. Quito, Huaponi Ediciones.
- RAMÍREZ, Silvina (1999). “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario” en *Pena y Estado: Revista Latinoa-*

americana de Política Criminal del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, Buenos Aires: INECIP.

————— (2012). “Igualdad como Emancipación: los Derechos Fundamentales de los Pueblos indígenas” en Alegre Marcelo y Gargarella Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad, aportes para un Constitucionalismo Igualitario*, Buenos Aires: Edit. Abeledo Perrot.

————— (2014). Comentario a fallo en Infojus, *Revista Judicial*, Buenos Aires.

————— (2015). “Estándares mínimos para la regulación de la propiedad comunitaria indígena” en *Propiedad comunitaria indígena* / Fernando Kosovsky y Sonia Liliana Ivanoff (compiladores). – 1a ed. - Comodoro Rivadavia: Universitaria de la Patagonia -EDUPA.

————— (2015). *Matriz Constitucional, Estado intercultural y Pueblos indígenas*, Colección Derechos de los Pueblos indígenas, Editorial AD HOC, Buenos Aires.

SIEDER, Rachel; FLORES, Carlos (2012). *Dos justicias: coordinación interlegal e intercultural en Guatemala*, Guatemala: F/G Editores.

STAVENHAGEN, Rodolfo (2002). “Derechos Humanos y Derechos Culturales de los Pueblos indígenas” en Pitarch, P.; López García, J. *Los Derechos Humanos en Tierras Mayas*, Sociedad Española de Estudios Mayas.

YRIGROYEN FAJARDO, Raquel (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala: Fundación Myrna Mack.

Derecho a la identidad cultural como derecho fundante de los derechos culturales

COLUMBA DEL CARPIO RODRÍGUEZ¹

La visión monocultural imperante en el mundo durante los últimos siglos, propiciada desde los países europeos y con reducción a ciertas expresiones materiales como el arte y la literatura, ha quedado plasmada en los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Ello ha significado no solo el desconocimiento total de otras culturas sino el de los otros grupos humanos creadores de dichas expresiones culturales.

El empuje de corrientes antropológicas y sociológicas y de las luchas sociales de los pueblos originarios que reclamaban el reconocimiento de su identidad, las cuales hicieron eco en movimientos filosóficos como el comunitarismo encabezado por Charles Taylor, quien planteó la política del reconocimiento igualitario, germen del multiculturalismo, ha determinado la aceptación de una realidad: la cultura no es privativa de determinada sociedad ni se contrae solo a determinada producción humana: cultura es todo lo que el hombre crea socialmente y que se transmite de generación en generación.

Con esos antecedentes se produce el reconocimiento de un nuevo derecho humano, el derecho a la identidad cultural. A partir de la Declaración del Derecho al Desarrollo (1986), cuando se entienden los derechos culturales como derechos a la identidad, este derecho toma el lugar central de los derechos culturales, convirtiéndose en el dínamo que moviliza

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Granada (España). Magíster en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (Perú). Docente Principal de Pre y Postgrado de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa y Docente Asociada de la Academia de la Magistratura del Perú, ex Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa-Perú. Correo: cdelcarpio@hotmail.com

a todos ellos y asumiendo así el rol de derecho fundante de los derechos culturales.

¿Cómo se produce este cambio en el mundo socio-jurídico? ¿Qué significado tiene este salto en la configuración de un nuevo derecho, fruto de la actual etapa histórica? ¿Cuál es el impacto de este cambio y que repercusión tiene en la configuración y reconocimiento de otros derechos? Intentaremos absolver dichas interrogantes en las próximas páginas de este trabajo.

1. El derecho a la cultura en los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos

1.1. El derecho a la cultura como derecho humano de segunda generación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que marca el inicio de la mundialización de estos derechos, cual si fuera su partida de nacimiento, suscrita el 10 de diciembre de 1948, consagra en el artículo 27 el derecho a la cultura, en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar del progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

En ese texto se destacan nítidamente dos formas de expresión del derecho a la cultura: la participación en la vida cultural y la protección de los intereses morales y materiales en relación con las producciones científicas, literarias y artísticas. Como se advierte con nitidez, el término cultura queda reducido a esa clase de actividades artísticas y científicas y asociado al término progreso.

El derecho a la cultura se halla así consagrado junto con otros derechos humanos de segunda generación entre los artículos 22 al 28 de la Decla-

ración Universal, destacándose, además, el derecho a la educación, a la libertad de pensamiento y la libertad de expresión.

Ahora bien, el enfoque generacional de los derechos humanos no significa que exista una jerarquización entre los mismos, o que unos sean más importantes que los otros, pues obedece solo a la etapa histórica en la que han sido reconocidos. Así, en el preámbulo de los Pactos (diciembre 1966) que desarrollan la Declaración Universal se afirma que los derechos humanos son interconectados, indivisibles e interdependientes; sin embargo, en el terreno de los hechos se ve que no todos estos derechos se han desarrollado con la misma intensidad y algunos de ellos han merecido menor atención, tal es el caso de los derechos culturales, denominados como los *derechos olvidados*. Se ha tratado de explicar esta situación, en su momento, por la imprecisión del término “cultura”, error histórico superado en la actualidad, como se analizará más adelante.

Con esa limitada perspectiva, nada más que el Art. 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC o su sigla en inglés ICESCR) reduce los derechos culturales solo a “*el derecho a tomar parte en la vida cultural*”. No así, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP o su sigla en idioma inglés ICCPR) que, con una visión más amplia del derecho a la cultura, contempla el derecho de las personas que pertenecen a una minoría a disfrutar de su propia cultura. La apertura aquí es importante, pues va en el sentido de aceptar que existe otra cultura diferente, aunque reconoce ese derecho desde la perspectiva individual, mas no en relación al grupo humano, al que lo denomina como simple “minoría”. Se advierte también que esta concepción alude a una realidad particular.

Por su parte, el Convenio 169 de la OIT es el instrumento internacional que distingue entre *pueblos tribales* y *pueblos* en países independientes. Los primeros, según el artículo 1.1.a, son aquellos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingue de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

A su vez *pueblos* en países independientes son aquellos:

[...] considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan 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 sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (artículo 1.1.b).

A través de las referidas normas de alcance internacional, se otorga a los mencionados grupos sociales y a sus miembros en forma individual, el reconocimiento del derecho a la diversidad de formas de vida, a sentirse diferente y a ser considerado como tal. De este modo, el derecho a la identidad cultural supone la protección de los valores y prácticas sociales y religiosas, así como de las formas de solución de conflictos de dichos pueblos.

Volviendo al referido Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, este en su Artículo 14° se convierte en un antecedente del derecho a la identidad cultural, en una realidad diferente a los pueblos originarios, al establecer que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Pero ¿qué entendemos por minorías en los términos del Pacto?² Una minoría es un grupo de individuos que se encuentran en inferioridad –no necesariamente desde la perspectiva cuantitativa del término– con respecto a otro grupo, al que se ven unidos de modo contingente, dentro

² No debemos olvidar que la cuestión del reconocimiento de los derechos culturales, solo desde la perspectiva individual y no colectiva, queda zanjada cuando en 2007 se adopta la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el seno de la ONU, instrumento en el que en efecto se les denomina “pueblos”, reconociéndoles además los derechos colectivos. Debe tenerse en cuenta, además, que si bien es cierto que el Convenio 169 de la OIT (1989) denomina a estos grupos humanos como “pueblos”, la disyuntiva continuaba en el plano fáctico: derechos individuales vs. derechos colectivos, todo lo cual ha quedado zanjado con la Declaración de 2007. De allí en adelante estos grupos humanos son “pueblos” y las personas pertenecientes a los mismos gozan de derechos individuales y colectivos. Como se recordará, justamente por este último dilema, esta declaración tuvo que esperar una década hasta ser finalmente refrendada.

del aparato estatal. Los elementos que determinan la condición de inferioridad, según las definiciones contenidas en los instrumentos internacionales, son objetivos (etnia, religión, lengua, inferioridad de número, posición no dominante) y subjetivos (voluntad del grupo de preservar su identidad específica).

Ahora bien, el reconocimiento de derechos a las minorías nos ubica frente a los llamados derechos colectivos. Una de las condiciones para la construcción de un Estado pluralista es el reconocimiento de los derechos colectivos, esto es, aquellos que surgen de la existencia de grupos que presentan características especiales, enmarcados en el ámbito de los derechos humanos (los llamados derechos de tercera generación).

En relación con las minorías étnicas, la Constitución asume un papel decisivo en las sociedades plurales contemporáneas, dado que la diversidad de intereses en conflicto desborda al propio ordenamiento jurídico y, con él, a la ley como principal fuente de producción jurídica en el Estado de derecho. Su lugar es ocupado ahora por la Constitución, como paradigma de una producción jurídica flexible y plural, cuya convergencia solo puede ser posible a través de los principios y valores establecidos en la carta.

El reto que se plantea, entonces, parte del énfasis en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y étnica, en el contexto de una realidad plural, en donde la unidad y la diversidad interactúen para la institución de un nuevo orden.

La existencia de sociedades plurales nos conduce al debate entre quienes plantean el universalismo de los derechos humanos y quienes sostienen que son relativos, en tanto dependen del contexto cultural.

Para los relativistas, como los llama Carlos Chipoco (1992, p.65):

[...] la concepción de los derechos humanos como normas universales intenta imponer visiones occidentales tales como los estilos de vida, las relaciones entre los ciudadanos y sus vínculos con el Estado. Los valores que esta posición privilegia son la diversidad cultural y la autenticidad nacional.

Sin embargo, toda versión radical no resulta conveniente para la protección del ser humano, y fácilmente se puede caer en la intolerancia recusada por ambas posiciones. Así, mientras el relativismo cultural, en su versión radical, puede llegar a sostener que la cultura es la única fuente de validez de normas y valores; para el universalismo radical la cultura es un factor irrelevante para juzgar la validez de los derechos morales y las normas universalmente válidas.

Lo importante es destacar el núcleo mínimo en el que están de acuerdo los seres humanos del planeta, independientemente de sus raíces históricas o étnicas, como por ejemplo el derecho a la vida. Asimismo, resulta conveniente propiciar un diálogo entre culturas.

Esta misma concepción llega al constitucionalismo de América Latina y así empieza a abrirse camino en esta parte del mundo en la institucionalidad cultural y por tanto, en las denominadas políticas culturales (MEJÍAS ARANGO, 2005, pp. 103-120). Debe tenerse en cuenta que las constituciones del siglo XIX y gran parte de las del siglo XX de los países latinoamericanos, si bien no se ocupan expresamente del tema cultural, en ellas se advierte una subyacente homogeneidad cultural sobre la base de la buscada unidad nacional, y antes aun latente siempre ese concepto restringido de cultura al influjo del pensamiento occidental.

En el caso del Perú, no obstante ser un país heterogéneo y diverso, no existía un antecedente constitucional que sugiriera el reconocimiento del derecho a la identidad cultural. En este campo, se podría afirmar que la realidad no había tenido su correlato jurídico. “La historia de nuestras constituciones, once en total, se resume en un esfuerzo constante por calzar la unidad política, llámese Estado, con la unidad cultural. Esta última da pie al concepto de Nación” (GONZÁLEZ MANTILLA, 1995, p. 29).

La necesidad de consolidar la soberanía del Estado y la unidad política llevó a ignorar las diferencias en la naciente República. Todas aquellas culturas ancestrales, por disposición de nuestros legisladores, quedaron englobadas, jurídicamente, en un mismo concepto de Nación, hecho que sacrificó la diversidad en aras de una sola “entidad cultural”.

Sin embargo, esta perspectiva no es extraña si analizamos que encuentra su mejor precedente en la práctica política del liberalismo. Tenemos que señalar que la concepción liberal imperante en el momento de la independencia, e inspiradora del nuevo Estado peruano, se reflejó directamente en la nueva legislación. El 12 de noviembre de 1823 se promulga la primera Constitución peruana, idealista y liberal, para cuya elaboración los legisladores consultaron, básicamente, *El contrato social*, de Rousseau. En dicha Constitución se afirmaba que “Todas las provincias del Perú, reunidas en un solo cuerpo, forman la Nación peruana”.

Es más, inspirado en el mismo espíritu liberal, el libertador Simón Bolívar decretó en abril de 1824 la abolición de la Comunidad Indígena y la redistribución de las tierras de la comunidad a cada jefe de familia. Esta declaración contenía las siguientes disposiciones:

1. El Estado venderá todas aquellas tierras que le pertenezcan.
2. Esto no incluye las tierras en posesión de los llamados indígenas, al menos no antes de declarar a los indígenas propietarios legales de sus tierras, de modo que puedan venderlas o alinearlas, según les parezca.
3. Aquellas tierras llamadas comunales serán distribuidas entre los indígenas sin tierras, quienes serán propietarios de ellas de acuerdo al artículo 2º. Las tierras sobrantes serán vendidas de acuerdo al artículo 1º.

Estas reformas legalizaron un proceso que duró más de un siglo, durante el cual se dismantelaron las comunidades indígenas y se usurpó a estas sus tierras, pues una vez que el Estado impuso a la población indígena un sistema de propiedad privada individual, los grupos mestizos locales, latifundistas criollos e intereses extranjeros, se valieron de todos los medios para usurpar y acumular tierras indígenas.

La reacción a este despojo y la resistencia de los comuneros a lo largo de casi un siglo se plasmó en la constitución de 1920, durante el gobierno de Augusto Bernardino Leguía. Esta carta, que a su vez incorporaba por vez primera un conjunto de derechos sociales establecía en su art. 58º:

El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales **para su desarrollo y cultura** en armonía con sus necesidades. La Nación

reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que le corresponde [el destacado es nuestro].

Mas lo que estuvo en la mente del constituyente, en el momento de la elaboración de este documento, no era el reconocimiento de la cultura indígena. Por este motivo, el 3 de julio de 1924, en un revelador discurso, el presidente Leguía diría:

Las dos terceras partes de nuestra población están constituidas por los indios (...) Urge pues integrar al indio a la vida nacional protegiendo eficazmente su vida, su salud, instruyéndole y amparando sus derechos, entre los cuales el principal es el de la propiedad. Yo prometo solemnemente rehabilitar al indio a la vida del Derecho y la cultura porque ya es tiempo de acabar con su esclavitud que es una afrenta para la República y un crimen intolerable para la justicia (BASALDRE, 1968, pp. 308-309).

Pero si el presidente Leguía manifestó su preocupación con esta frase, y si había un sentimiento de malestar por los daños que sufrían los grupos indígenas en el Perú, este, finalmente, no conducía a la aceptación de su cultura, y con ella, de sus contrastes. La necesidad de consolidar una nación implicaba para Leguía someter a los indígenas a un proceso de asimilación, usando para lograrlo el derecho y la experiencia occidental. En la práctica, los indígenas eran “integrados”, obligándolos a cumplir determinadas faenas impuestas por el Estado.

La constitución de 1933, si bien no superó el espíritu integracionista que animaba a las de la época, reiteró el reconocimiento de la existencia legal de las comunidades indígenas, pero además su personalidad jurídica. Estas disposiciones se dieron con la intención de favorecer la defensa de sus tierras, a las que se declaró inembargables, y asimismo, se las dotó de autonomía para administrar sus recursos.

La carta de 1979 trajo similares previsiones en cuanto al reconocimiento de existencia legal y personalidad jurídica de las comunidades, diferenciadas con la denominación de “campesinas” (de origen andino) y “nativas” (ubicadas en la Amazonía). En ambos casos se mantenía el respeto a su autonomía, ampliando el concepto a los aspectos vinculados a su organi-

zación y uso de la tierra a la que declaró inembargable, imprescriptible e inalienable: “Sin embargo, esta Carta no escapó al enfoque etnocéntrico del asunto, pues en su artículo 161º, a la par de propender el respeto a las tradiciones culturales de las comunidades, establece el compromiso del Estado para propiciar la ‘superación cultural’ de sus integrantes” (ALBÁN, 1998, pp. 159-172).

Anteriormente, el derecho de la República pretendía la negación de la realidad indígena y nativa, realidad que se percibe a través de la lengua. Sin embargo, la carta del 79 contiene una norma sin precedentes en el constitucionalismo peruano, cuando reconoce el derecho de las comunidades indígenas a recibir instrucción pública en su propia lengua:

Esta representa el modo de ser de esa colectividad, tal como ha ido plasmándose a lo largo de los siglos; es decir, proyecta la imagen auténtica y real que ese grupo emite de sí mismo en el mundo que lo rodea (DE OBIETA, 1999, p. 30).

Hasta que, finalmente, la carta política de 1993 ha reconocido, en principio, la diversidad cultural del país en dos planos: el primero, como derecho fundamental de la persona humana, como se desprende del art. 2, inc. 19, primer párrafo de la Constitución; y el segundo, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, al extender este atributo a entidades sociales con existencia legal y personería jurídica, como son las comunidades campesinas y nativas.

Sin embargo, el formalismo que tuvo un fuerte predominio en la estructura y organización del nuevo Estado lo tuvo también en el derecho. El sistema jurídico que se estructurara tenía un cariz lineal y único, es decir, se construyó teniendo como premisa la existencia de un solo grupo social, sin matices de ningún tipo. En este sentido, se persiste en aglutinar a todas las comunidades culturales del país –de diversa índole– en un único concepto de Estado-Nación. Así, el legislador termina por desconocer el panorama pluricultural de la población indígena, haciendo víctimas a sus miembros de marginación y exclusión, manteniéndolos fuera de varios ordenamientos legales: “como producto de su visión liberal, los más débiles aparecían en el papel iguales a los más fuertes” (GONZÁLEZ MANTILLA,

1999, p. 30), ignorando la importancia de la diferencia y disfrazando los abusos.

El asumir experiencias políticas y jurídicas foráneas, consideradas exitosas, y tratar de adecuarlas al Perú, devino en un derecho forzado. La estructura jurídica en el Perú se construyó sobre una base irreal, que no contemplaba las particularidades de una sociedad diferente. En otras palabras, no era expresión de la identidad social y del bagaje histórico que conllevaba, convirtiendo al derecho peruano en un instrumento ineficaz que no reconocía las necesidades sociales (ROJAS CRISÓSTOMO, 1998, p. 135).

Dados estos antecedentes, se puede concluir que las instituciones jurídicas oficiales en el país crecen a la sombra de la legalidad otorgada por el Estado, formando parte de un orden social producto de un mecanismo de poder instituido; sin embargo, a pesar de poseer importancia formal, dichas instituciones terminan —en muchos casos— perdiendo legitimidad y eficacia fácticas. Los miembros de la sociedad las perciben de manera distinta a aquella que necesitarían, una forma que armonice con sus creencias, aspiraciones y valoraciones.

Mas no debe dejarse de tener en cuenta el tema de la violencia que estremeció al Perú en décadas pasadas. Según sostiene Gorki Gonzáles, en su libro *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*, “la exclusión estatal de importantes sectores del país ejercida desde los inicios de la República forma el contexto social del cual se nutre la violencia política”. En tanto que el proceso de pacificación del país debe comprender la incorporación “al marco institucional formal de la riqueza de la diversidad cultural” (1999, p. 67).

1.2. ¿Qué es cultura?

Una vieja pregunta, que debe ser repetida inevitablemente para entender mejor el *iter* hacia el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y su posición entre los derechos culturales, en la actual etapa histórica.

Existe un concepto restringido de cultura, limitado a las manifestaciones externas que produce un pueblo, tales como la música o la artesanía. Sin

embargo, el concepto de cultura alude a una realidad mucho más profunda, no solo relativa al plano artístico.

Existen pues perspectivas que, en concreto, solo se refieren a alguna o algunas de las facetas de la vida o creación humana. Las hay otras más completas, que engloban a su vez otras no menos importantes como la moral y legal. Y es que el término cultura hoy ha sido orientado a todo lo que signifique creación del ser humano como miembro de una sociedad, independizándolo además del equívoco término progreso, con el que se le solía confundir³, por el claro influjo de una concepción eurocéntrica. De allí que se hace necesario partir de las concepciones antropológicas y sociológicas, que rompen esos esquemas restringidos de “cultura”.

Un concepto amplio de cultura lo encontramos en la obra de María Heise (1992, p. 7), quien la define como el “conjunto de formas y modos adquiridos de pensar, hablar, expresarse, percibir, comportarse, comunicarse, sentir y valorarse a uno mismo en cuanto individuo y en cuanto grupo”.

Así, en una cultura encontramos un conjunto de formas o modos de pensar que están intrínsecamente vinculados a una lengua, porque el lenguaje no es solamente un instrumento de comunicación sino, sobre todo, la expresión de una manera de concebir el mundo. Todo lenguaje conlleva un esquema de pensamiento que contiene la concepción que los hablantes tienen sobre el tiempo y el espacio.

Para Jesús Mosterín, profesor del Departamento de Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia de la Universidad de Barcelona, cultura es “todo lo que el ser humano sabe hacer, porque ha aprendido socialmente a hacerlo”. Natura es información transmitida genéticamente; cultura es información no transmitida genéticamente, adquirida por aprendizaje social (1991, p. 15).

Podemos apreciar que las dos definiciones anteriores, sobre todo la del filósofo Mosterín son muy amplias y apoyadas en una base social, engloban todo lo que el ser humano sabe hacer. Ello significa que nada de lo que el hombre sabe hacer se halla fuera del concepto de cultura. Aquí el término

³ Como se advierte del Art. 15° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en el seno de la ONU en diciembre de 1966,

saber hacer es, en principio, sinónimo de creación en todos los campos de la actividad humana, creación que luego es transmitida socialmente. Ello supone, pues, un aprendizaje en sociedad, en el grupo, no aislado; lo que va configurando una identidad, un patrimonio cultural común, logrado a través de generaciones, con vínculos reforzados con el transcurso del tiempo, en la que el resultado del aprendizaje constitutivo de la cultura se va retroalimentando con nuevas creaciones dentro del mismo grupo y sobre todo con el contacto con miembros de otras culturas. Todo ello en un proceso de gran dinamismo social.

De allí que Peter Häberle, en su *Teoría de la Constitución como ciencia de la Cultura* (2000, p. 26), haga hincapié en tres aspectos concretos al definir la cultura: 1) la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); y 3) cultura no es siempre sinónimo de “cultura”, lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura). En este sistema basado en los tres aspectos orientativos aludidos de tradición, innovación y pluralismo –léase aperturismo–, es donde debe encontrar el horizonte toda dogmática en torno al Derecho Constitucional Cultural, al igual que toda Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.

Häberle (2000, p. 24) sostiene así que la Ciencia Iuspublicista parte de un concepto cultural restringido a un triple nivel: educación o formación, ciencia y creación artística. Este es, en realidad, un concepto clásico de cultura. En cambio, él se muestra partidario de un concepto amplio, propuesto por Edward Burnett Tylor, quien entiende por cultura un conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada.

Destácase en la definición de Tylor el alcance de la cultura a “leyes y costumbres”. De allí que se afirme la existencia de “una cultura jurídica”. En el mismo sentido se pronuncia Pablo Lucas Verdú, en su *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural* (1997, p. 22) cuando sostiene que:

La Teoría de la Constitución la concibo como cultura, cultura euroatlántica, ideológicamente inspirada, justificada por valores, que iluminan, fundamentan y dinamizan mediante los derechos humanos, reconocidos y protegidos, mediante la delimitación de los poderes públicos, a una organización estructural normativizada que se apoya en una estructura sociopolítica.

En pocas palabras, no hay dimensión de la actividad humana que escape al concepto amplio de cultura, menos aún la dimensión jurídica: “La cultura así entendida en un sentido mucho más amplio forma el contexto de todo texto legal y de toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado Constitucional” (HABERLE, 2000, p. 26).

Esto significa que no solo quienes propugnaron el reconocimiento del derecho humano a la cultura son los únicos creadores de “cultura”, de su propia cultura eurocéntrica con desconocimiento de la gran cantidad de grupos humanos que pueblan la tierra, creadores de cultura también, quienes se mantuvieron ajenos a esos instrumentos internacionales diseñados, al fin y al cabo, por una sola visión del mundo, la eurocéntrica.

2. Del derecho a la cultura al derecho a la Identidad Cultural

2.1. El tránsito a un concepto omnicompreensivo de cultura

Como hemos analizado en el ítem anterior, el concepto de cultura, limitado únicamente a las manifestaciones externas que produce un pueblo, relativas por un lado, solo al plano artístico, y, por otro, al plano científico como señal de progreso, queda totalmente corto, pues el concepto de cultura alude a una realidad mucho más profunda.

Así, para María Heise, profesional del Centro Amazónico de Antropología, al igual que para Jesús Mosterín, profesor de la Universidad de Barcelona, cultura es un concepto muy amplio y según este último es “todo lo que el ser humano sabe hacer, porque ha aprendido socialmente a hacerlo” (MOSTERÍN, 1991, p. 15). Estas definiciones, principalmente la del profesor de Barcelona, son muy amplias y, apoyadas en una base social,

engloban todo lo que el ser humano sabe hacer. Saber hacer es, en principio, sinónimo de creación en todos los campos de la actividad humana, creación que luego es transmitida socialmente, esto es, en el grupo, no aisladamente, y lo que es más importante: este aprendizaje y transmisión social constitutivo de la cultura, en un proceso de gran dinamismo social, va configurando una identidad.

De ese modo, el concepto restringido de cultura asociado al de la homogeneidad cultural, esto es, la existencia de una sola cultura, fruto de una visión eurocéntrica, así plasmada en los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ya no daba para más, se hacía insostenible, cuando desde la antropología y sociología se revelaba una realidad: la coexistencia de diversas culturas en un mismo territorio estatal, lo que sumado a los movimientos sociales de los pueblos originarios respaldados por la corriente filosófica del comunitarismo encabezada por el filósofo Charles Taylor, de la Escuela canadiense que propugnaba la “política del reconocimiento”, dio como resultado que dicha realidad aflore en las últimas décadas del siglo XX en la mayoría de constituciones políticas de los diferentes países latinoamericanos que reconocen la diversidad cultural y con ella el derecho fundamental a la identidad cultural y demás derechos derivados de este derecho fundante. Destaca, sin lugar a dudas, el movimiento de los pueblos originarios y el importante rol de los países tercermundistas, plasmado en la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul, 1981) que consagra el derecho a la identidad junto a los derechos a la libre determinación y al desarrollo de los pueblos, en feliz trilogía.

2.2. El derecho a la Identidad Cultural como derecho humano

Los derechos de los pueblos originarios nos ubican en el campo de los derechos culturales. Pero si bien es cierto que estos derechos aparecen junto con los Derechos Humanos de Segunda Generación, esto es, con los derechos económicos y sociales; sin embargo, el derecho a la identidad cultural —que es la forma general del conjunto de los derechos culturales— es un Derecho de Tercera Generación que surge con la transmodernidad. Esta mutación puede ser explicada por redefinición de los derechos cul-

turales, a partir de la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, adoptada por las Naciones Unidas en 1986, en la cual se arriba a una definición consistente de los derechos culturales como derechos a la identidad (DEL CARPIO, 2014, p. 47).

Esta transformación de un derecho de segunda a otro de tercera generación es interpretada magistralmente por el filósofo de la Universidad de Sevilla Antonio Enrique Pérez Luño (1995, p. 287):

Las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal, tampoco implican la sustitución de un catálogo de derechos por otro, en ocasiones implica la aparición de nuevos derechos, en respuesta a necesidades históricas, y en otras, suponen la redimensión de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.

Pero ¿cuál es la razón de esa mutación? La razón la encontramos en el concepto restringido que se tenía del término “cultura”, cuando aparecieron los derechos culturales como derechos de segunda generación y que se plasmaron en los primeros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como se ha analizado; y en contraste, el concepto amplio que ahora se tiene de él.

Así, la concepción amplia de cultura la encontramos en la antropóloga María Hesse y el filósofo Jesús Mosterin, entre muchos otros. En ese mismo sentido cultura es para E.B.Tylor: “el conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada”. En base a esta definición amplia, Peter Häberle, el maestro de Bayreuth, sostiene su Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura. En la misma perspectiva Pablo Lucas Verdú postula su Teoría de la Constitución como ciencia cultural.

Es más, según una de las conclusiones del Coloquio Interdisciplinario organizado por el Instituto de Friburgo (Suiza), “todos los derechos humanos deben ser interpretados en su dimensión cultural” (BORGHI, 1996, p. 17).

Sin embargo, los derechos culturales, por varias razones, han sido una categoría descuidada o poco desarrollada de los derechos del hombre, de allí que se les haya denominado como derechos olvidados hasta su definición como derechos a la identidad.

Ahora bien, para comprender mejor el contenido del derecho a la identidad cultural, tomamos como punto de partida a la identidad personal, la cual se define como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a un ser humano en la sociedad. Estos atributos resultan de la interacción entre elementos estáticos como: el nombre, la imagen, el pseudónimo, etc., y elementos dinámicos como: el patrimonio ideológico-cultural del ser humano (creencias, valores, posición personal frente a la realidad, etc.)

La identidad personal, en el ámbito jurídico, se traduce en el derecho del ser humano a que se respete su proyección en la vida social de modo que se le represente “tal como es”, sin alterar o distorsionar su “verdad personal”, es decir, su conducta exteriorizada en circunstancias concretas y unívocas en el campo religioso, político, social, laboral, profesional, etc. (FERNÁNDEZ, 1990, p. 174).

Mutatis mutandis, podemos afirmar que el derecho a la identidad cultural es el que tiene toda persona y colectivo humano a que se respete su realidad auténtica en las diferentes expresiones de la actividad humana (conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, usos y costumbres), en sus relaciones con otros grupos.

Suelen utilizarse como sinónimos los términos de identidad cultural e identidad étnica, por la íntima relación que existe entre “cultura”, como la tenemos definida, y la “etnia”, como el grupo humano que comparte y genera esa cultura. Sin embargo, a veces no son coincidentes, pues hay etnias que comparten los mismos rasgos culturales, no obstante conformar otros grupos.

Aclarados dichos términos, no debe perderse de vista que la identidad cultural no se genera aisladamente (monológicamente), sino de manera relacionada (dialógicamente), por lo que no es una realidad consuetudinaria fija, sino un proceso permanente de desarrollo.

Los mencionados derechos deben ser respetados en su doble esfera: individual y colectiva, lo que no es óbice para pertenecer a colectividades más amplias y a la misma humanidad, sin consideración de fronteras. Hay que cuidar de no caer en los extremos: ni en un derecho individual absoluto, opuesto a la diferencia cultural, lo que acarrearía el peligro de una atomización; pero por otro, tampoco en el rechazo a la diferencia, que entrañaría una dominación cultural y exclusión de los más débiles.

Asimismo, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural y étnica y con ello al de la pluralidad no tiene que remitirnos a un proceso de completa desestructuración del sistema social y jurídico, ni del caos, ni de la fragmentación. Una visión pluralista debe afirmar un proceso dialogal de reconocimiento entre la unidad y la diversidad.

En ese proceso de reconocimiento han tenido intervención decisiva las reivindicaciones de los pueblos del tercer mundo. Recordemos que por primera vez la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada en 1981, en su artículo 22.1, consagra el derecho a la libre determinación, el derecho al desarrollo y el derecho a la identidad de todos los pueblos. Dicha carta sirvió de precedente para que Karel Vašak planteara su aproximación al enfoque trigeracional de los derechos humanos, así como un tercer Pacto Internacional sobre Derechos de Solidaridad, que debería añadirse a los pactos aprobados por Naciones Unidas.

Así, la Carta Africana se convierte en un antecedente primordial del derecho a la identidad cultural. Su configuración, en lo sustantivo, como derecho humano de tercera generación se dará luego de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por las Naciones Unidas en 1986, a partir de la cual se redefinen los derechos culturales como derechos a la identidad (DEL CARPIO, 2014, p. 50). Indudablemente, el planteamiento de Vašak jugó un papel importante, en lo formal, para su inclusión en esta nueva generación de derechos.

En el reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural han tenido, además, lugar especial los movimientos sociales de los pueblos originarios en busca de reconocimiento y las corrientes de filosofía política

como la del comunitarismo encabezada por Charles Taylor, quien postuló la política del reconocimiento igualitario para estos grupos humanos.

3. El derecho a la identidad cultural como derecho fundante de los derechos culturales

3.1. ¿Qué es un derecho fundante?

El derecho fundante, como se sabe, es aquel esencial, la base de otros derechos de similar naturaleza, en este caso, de los derechos culturales. Así, en parangón, saltando la distancia, la Constitución es la norma fundante del sistema jurídico de determinado Estado, por ser la norma suprema, la *norma normarum* en un doble plano: sustantivo, que exige que todas las normas de inferior jerarquía guarden armonía, en su contenido, con el texto de la carta, plasmado en el principio de jerarquía normativa; y formal, que establece el *iter* para la validez de las normas del sistema jurídico.

Asimismo, el derecho a la vida es la base de todos los demás derechos fundamentales, es el derecho fundante por excelencia, en tanto que el derecho de acceso a la justicia es el cimiento de todos los restantes derechos que protege el polifacético derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y sin indefensión (BORRAJO, DIEZ-PICAZO & FERNÁNDEZ FARRERES, 1995, p. 30).

Como hemos analizado, el derecho humano a la identidad cultural ha sido reconocido en el concierto internacional, luego del salto cualitativo de un derecho de segunda generación (derecho a la cultura) a otro de tercera generación, como es ahora, lo que fue posible por redefinición del término “cultura” circunscrito únicamente a las expresiones de las artes y literatura, por un lado, y por otro, a la producción científica como señal de progreso –como se advierte del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en el seno de la ONU en diciembre de 1966– a todo aquello que es creación del ser humano socialmente considerado, lo que fue posible gracias a la Declaración del Derecho al Desarrollo (1986), en que se arriba a una concepción consistente de los derechos culturales como derechos a la identidad (DEL CARPIO, 2014, p. 50).

Así el derecho a la identidad cultural se yergue encabezando a los derechos culturales, tanto a los existentes con anterioridad a la referida declaración como con mayor razón a los posteriores, lo que se explica por cuanto los derechos humanos son anteriores a su reconocimiento en los instrumentos internacionales. Es esta la calidad de derecho fundante de los demás derechos culturales que ha asumido el derecho a la identidad cultural.

3.2. ¿Qué derechos culturales?

En principio, resulta necesario dilucidar cuál es el contexto en el cual se analizarán los derechos culturales, porque una es la realidad de los pueblos originarios, y otra, la realidad de la Unión Europea⁴: contextos diferentes en los cuales con sus características propias el día de hoy, en las primeras décadas del presente milenio, se configura el derecho humano a la identidad cultural en el plano internacional; en tanto que, como derecho fundamental a la identidad cultural, en el texto constitucional de un determinado Estado.

A ese respecto debe tenerse en cuenta que los derechos fundamentales constituyen el *ethos* político de una comunidad democrática, en tal sentido son los poderes públicos y privados no solo los responsables de respetarlos, según la antigua doctrina liberal de los derechos negativos de libertad, sino también de afirmarlos, mediante prestaciones directas a los particulares –individual o colectivamente considerados– en lo que se ha venido a denominar derechos activos o sociales (LANDA, 1993, pp. 123-132).

⁴ Existen autores que estudian esta realidad como María Elósegui Itxaso, en *Derecho a la identidad cultural en la Europa del Siglo XXI* (p. 39 y siguientes), quien efectúa una clasificación de los modelos existentes sobre las relaciones entre el derecho y las culturas: a) Modelo asimilacionista; b) El Comunitarismo o multiculturalismo cerrado; y c) El modelo intercultural o multiculturalismo abierto. La autora postula que el segundo de ellos podría estar asociado a las prácticas de los pueblos originarios latinoamericanos, en tanto que el tercero a las relativas del modelo europeo; sin embargo, nos permitimos discrepar con dicha opinión por cuanto, como es conocido, en Latinoamérica existe la marcada tendencia cada vez mayor hacia la interculturalidad. Un mayor análisis comparativo de ambos modelos excede a los fines del presente estudio y se abordará en un próximo trabajo.

A nuestro estudio interesa el relativo a ese derecho humano en el contexto de los pueblos originarios de América Latina; en esa perspectiva, nos podríamos referir a los siguientes derechos culturales desarrollados sobre la base del derecho a la identidad cultural, como derecho fundante.

En primer lugar encontramos como derechos culturales a una tríada de derechos proclamados por los pueblos en vías de desarrollo, en la comentada Carta de Banjul, encabezados por el mismo derecho a la identidad cultural que les sirve de sustento y a su vez a los demás derechos que vamos a mencionar a continuación, y que son, entre los más importantes:

a) Derecho a la libre determinación de los pueblos o derecho de autonomía: Cada vez con mayor insistencia se escuchan –en congresos y declaraciones de organizaciones indígenas, así como en foros nacionales e internacionales– los términos “autodeterminación” y “autonomía” con referencia a los pueblos indígenas. Estos invocan el artículo primero de los pactos internacionales, aprobados en 1966 por la Asamblea General de la ONU, sobre el derecho de los pueblos a la libre determinación.

En todo caso, y a fin de evitar una inadecuada interpretación del derecho a la libre determinación de los pueblos, según la situación en que estos pudieran encontrarse –sometidos a dominación extranjera o conformando poblaciones en el interior de los estados soberanos–, resulta menos equívoco el término “autonomía”, que según la definición que más se acerca a nuestros fines de estudio puede considerarse como “la capacidad de cada comunidad para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias dentro del marco de la Constitución y la Ley”, definición que en efecto contempla el art. 89º, segundo párrafo, de la Constitución peruana cuando se refiere a estas poblaciones a las que denomina “comunidades campesinas y nativas”.

En la misma perspectiva, la opción del legislador peruano en la Ley de Comunidades Campesinas y Nativas ha sido la de conceder autonomía a la población indígena, disponiendo que sus autoridades sean elegidas en asamblea general reunida anualmente. En relación con este derecho se encuentra el derecho al territorio.

b) El derecho al territorio: Este derecho es la garantía del derecho de autonomía y del propio derecho a la identidad, sin la cual se vaciarían de contenido ambos derechos, pues el territorio es vital para la identidad y sobrevivencia de estos grupos humanos como tales, ya que en relación con él se configura su identidad cultural; sin embargo, los derechos de estos pueblos son vulnerados por conflictos relativos a la propiedad de sus tierras y por medidas gubernamentales.

Y en relación con este derecho se halla el relativo a la consulta previa, en el marco del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el que en su preámbulo considera:

[...] en muchas partes del mundo, esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y [...] sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión [...]

Dicho Convenio establece la consulta previa a estos pueblos, antes de dictar medidas de cualquier carácter que los puedan afectar. En cumplimiento de dicho Convenio, aprobado por el Perú, se dio la Ley de la Consulta previa N° 29785 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 07 de septiembre de 2011, vigente 90 días después.

c) Derecho al desarrollo: Derecho que se confiere a los grupos étnicos a dirigir su proceso de desarrollo según su propia identidad.

La noción del derecho al desarrollo surgió en el contexto del llamado enfoque estructural de los derechos humanos y, en este marco, la necesidad de establecer un nuevo orden económico internacional más justo en el cual los países que más tienen compartan su poder económico con los países pobres (ÁLVAREZ VITA, 2005, p. 46).

d) Derecho a la jurisdicción propia: Derecho íntimamente vinculado al derecho a la libre determinación, de autonomía o de autogobierno, como lo denomina Will Kymlicka, que comprende a su vez los derechos de carácter político y jurisdiccional.

Se trata, en este último caso, de la consagración del pluralismo jurídico, que reconoce la coexistencia de diversos sistemas de justicia en el mismo

territorio estatal, pluralismo sustentado en el derecho a la identidad cultural de tales grupos.

e) Derecho a la libertad cultural: El derecho humano a la identidad cultural debe ser ejercido dentro de los límites de la que proponemos denominar “libertad cultural”⁵, pues no se pueden permitir las restricciones internas⁶, punto en el que concordamos plenamente con el filósofo político canadiense Will Kymlicka.

f) Derecho al idioma propio: Lengua y cultura son dos términos íntimamente vinculados entre sí. La lengua constituye una dimensión netamente humana de la cultura, y en la medida que son inseparables, la salvaguarda de la identidad cultural pasa también por la defensa de la lengua y, al interior de un país, por la defensa de las lenguas minoritarias, o por lo menos su inclusión en el sistema educativo.

Sin una lengua propia es difícil concebir el desarrollo de una identidad cultural. El idioma es el componente esencial de una cultura: “Todo idioma es un hecho único, resultado de la creación genial de un pueblo; por ello, es indispensable velar por los idiomas que se han conservado hasta nuestros días, ellos constituyen el patrimonio de toda la humanidad” (1982, p. 34)

g) Derecho al Patrimonio Cultural: Derecho constituido por todos los bienes y valores culturales como expresión de un grupo humano, tales como la tradición y la costumbre, así como el conjunto de bienes inmateriales, muebles e inmuebles que poseen especial interés de diferente índole: histórica, artística, arquitectónica, arqueológica, ambiental, ecológica, lingüística (GAVIRIA & SALDARRIAGA, 2005).

- **Patrimonio cultural material:** Bienes muebles e inmuebles que poseen interés histórico.

⁵ *Libertad cultural* es la posibilidad que tiene el individuo de un determinado grupo étnico, de optar por continuar perteneciendo a él o integrarse a otro grupo.

⁶ Las *restricciones internas*, según Kymlicka (1996, p. 58), implican relaciones intragrupalas: aluden a la restricción de las libertades civiles y políticas básicas de los miembros del grupo, en nombre de la tradición cultural u ortodoxia religiosa.

- **Patrimonio cultural inmaterial:** Según la Unesco, son las prácticas, representaciones y expresiones, los conocimientos y las técnicas de las comunidades, los grupos e individuos de un sentimiento de identidad y continuidad. También lo son los instrumentos, herramientas, objetos, artefactos y espacios culturales asociados a esas prácticas. Son transmitidos de generación en generación, los recrean permanentemente las comunidades y los grupos según su medio, su interacción con la naturaleza y su historia. La salvaguarda de este patrimonio es una garantía de sostenibilidad de la diversidad cultural.

Allí se encuentran: lengua y expresiones orales, conocimientos y prácticas sobre la naturaleza y el universo, saberes culinarios, medicina tradicional, expresiones musicales dancísticas, formas tradicionales de organización social, jurídica y política.

h) Derecho de autor: Este derecho engloba el derecho a la propiedad intelectual, científica, literaria y artística. Los que actualmente deben comprenderse en su naturaleza cultural como es concebida hoy.

Si estos derechos culturales son importantes, no menos importantes son los derechos de información y libre expresión como garantes de los anteriores derechos, porque a través de ellos se difunde el conocimiento, el pensamiento y las creaciones culturales.

4. Conclusiones

Primera.- La nueva concepción de “cultura” referida a toda creación (material e inmaterial) de todo grupo humano ha permitido la configuración y reconocimiento del nuevo derecho humano a la identidad cultural y el salto cualitativo de un Derecho Humano de Segunda Generación (DESC) a otro de Tercera Generación (Derechos Humanos de Solidaridad), como actualmente se concibe.

Segunda.- Este salto cualitativo tiene un profundo significado, pues importa la ruptura de una visión reducida de cultura, referida a solo una parte de la humanidad (visión eurocéntrica) plasmada en los primeros

instrumentos sobre derechos humanos, a una visión global de todos los seres humanos que pueblan el planeta Tierra, quienes integrando diversos grupos humanos son creadores de cultura en la actual acepción de la palabra.

Tercera.- El impacto de este cambio produce un giro de trescientos sesenta grados en la concepción de los derechos culturales, pues a la par que se arriba a una definición de estos derechos como derechos a la identidad, por redefinición del término “cultura”, este asume como consecuencia el rol de derecho fundante de aquellos.

Referencias bibliográficas

- ALBAN PERALTA, Walter (1998). “Las Comunidades Campesinas y Nativas en el Perú”. En: *Debate Defensorial*, revista de la Defensoría del Pueblo. Lima, septiembre 1998, pp. 159-172.
- ALMATOV, Chinguiz (1982). “Cada lengua es un mundo”. En *Correo de la Unesco*, París, 1982.
- ÁLVAREZ VITA, Juan (2005). *Derecho al Desarrollo*. Lima, Fundación Hans Seidel.
- BASADRE, Jorge (1968). *Historia de la República del Perú Tomo XII*. Lima, Edit. Universitaria, pp. 308-309.
- BORGHI, Marco (1996). “La protección de los derechos culturales, desde los límites del modelo suizo hasta la formulación de una declaración universal”, en *Derechos Culturales*. Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad de Friburgo. Lima-Perú, septiembre 1996.
- BORRAJO, Ignacio; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ Ignacio y FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (1995). *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*. Madrid, Civitas.
- CHIPOCO, Carlos (1992). *En defensa de la vida*. Lima, CEP.
- DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba (2014). *Pluralismo Jurídico, Derecho Humano a la Identidad Cultural y Globalización*. Navarra, Civitas, Thomson Reuters.

- DE OBIETA CHALBAUD, José (1999). "El derecho humano a la autodeterminación de los pueblos". En: GONZÁLES MANTILLA, Gorki, *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ELÓSEGUI ITXASO María (2012). *Derecho a la identidad cultural en la Europa del Siglo XXI*. Navarra, EUNSA.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1990). *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima, Universidad de Lima.
- GAVIRIA GOMEZ, Julio Cesar y SILDARRIAGA GRISALES, Dora Cecilia (2005). *Qué son, cuáles son y cómo se protegen los derechos culturales*. Monografía para optar al título de abogado. Medellín, Universidad de Antioquía, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- GONZALES MANTILLA, Gorki (1995). "Identidad cultural y paradigma constitucional". En: Revista *El Derecho*. Colegio de Abogados de Arequipa, año 1995, N° 2, p. 29
- GONZALES MANTILLA, Gorki (1999). *Pluralidad cultural, conflicto armado y derecho en el Perú (1980-1993)*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HÄBERLE, Peter (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid, I Tecnos.
- HEISE, María y otros (1992). *El desafío de la interculturalidad*. Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica (CAAP).
- KYMLICKA, Will (1996). *Ciudadanía Multicultural*. Barcelona, Paidós.
- LANDA ARROYO, César (1996). "Los derechos fundamentales como límites a la función legislativa". En: *Derechos y Libertades Fundamentales*, material de la Maestría de Derecho Constitucional. Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, 1996, pp. 123 a 132.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1997). *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*. Madrid, Dyckinson.
- MEJÍA ARANGO, Juan Luis (2005). "Comentarios sobre los derechos Culturales en América Latina". En *Diversidad Cultural y Desarrollo Urbano*, Organización Mónica Allende Sierra. Iluminuras Ltda. Sao Paulo, Brasil, 2005, pp. 103-120.

- MOSTERÍN, Jesús (1991). ¿Qué es cultura? Texto de la ponencia presentada en el IV Congreso Nacional de Filosofía en Arequipa (Perú), en diciembre de 1991, p. 15.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1989). Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1995). “Las generaciones de los derechos humanos”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Revista de Crítica y Análisis Jurisprudencial. Lima-Perú, julio 1995, p. 287.
- ROJAS CRISÓSTOMO, Antonio (1998). “Modelo ideológico y estructura de poder en la Constitución de 1993 y las nuevas formas de Ordenamiento Jurídico en el país: un derecho paralelo”, en *CATHEDRA*, revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, mayo 1998, p. 135.

El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL¹

LIZ DAIANA VALLEJOS ROA²

La identidad cultural se ha conceptualizado como el conjunto de referentes culturales con los que “una persona o un grupo se autodefine, se manifiesta y desea ser reconocido” (RUIZ CHIRIBOGA, 2006, pp. 43-69). En su dimensión jurídica, el derecho a la identidad cultural ampararía, entonces, dos categorías de orden social y antropológico, la identidad y la cultura. Luego, comprende a su vez dos potenciales derechos: el derecho a la identidad y el derecho a la cultura. En este sentido, el derecho a la identidad cultural ha sido entendido como el derecho “que tiene toda persona o colectivo humano, a que se respete su realidad auténtica en las diferentes expresiones de la actividad humana (conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, usos y costumbres), en sus relaciones con otros grupos” (DEL CARPIO RODRÍGUEZ, 2014).

¹ Académico Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile. Correo: juanjorge@gmail.com

² Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Temuco. Asistente de investigación proyecto FONDECYT N° 11161079 Iniciación “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas en Chile, debates y problemas a la luz de la jurisprudencia conforme al Convenio N° 169 de la OIT”. Docente auxiliar Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Chile, sede Temuco. Correo: ldvallejosa@gmail.com

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha venido desarrollando, progresivamente, un entendimiento sobre el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas (DFICPI). En especial, ha reconocido a los pueblos indígenas como titulares del derecho y ha planteado un contenido para este derecho que lo vincula con el propio derecho a la vida (sobrevivencia) de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, como presupuesto democrático interamericano.

Al respecto, nuestra hipótesis plantea que el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas (DFICPI) es una categoría amplia que actúa como derecho-matriz y filtro hermenéutico, conforme el cual: (i) los derechos de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes deben ser comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena y de los elementos inmateriales de sus vivencias y culturas; (ii) las tierras, territorios y recursos naturales, su hábitat, son –material y espiritualmente– imprescindibles para la preservación de su cultura, lo cual implica su sobrevivencia como pueblo, su derecho a la vida; (iii) el Estado tiene un deber de diligencia que le impone asegurar dicha supervivencia mediante medidas efectivas en que el derecho fundamental a la identidad cultural, como imperativo hermenéutico, irradia a todo el ordenamiento jurídico.

Abordar esta hipótesis exigirá, metodológicamente, un examen detallado a la existencia misma del DFICPI considerando sus fuentes, sus titulares, la naturaleza colectiva del derecho y los correspondientes alcances. Para ello, este trabajo considera dos objetivos:

- a) Responder sucintamente si el DFICPI es un derecho fundamental contenido o sostenible desde las fuentes del Derecho Internacional y cuáles serían, en este nivel, su naturaleza, alcances y respectivos titulares.
- b) Establecer si el DFICPI es amparado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), lo que, a su vez, considera dos ámbitos específicos: (i) si este derecho es contemplado por las fuentes del SIDH, en particular por la *Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)*; (ii) si se ha reconocido y estandarizado jurisprudencialmente el DFICPI por los órganos especializados del SIDH

(Comisión y Corte), identificando sus titulares, naturaleza y alcances.

Existen otras dos cuestiones centrales que se desprenden también de nuestra hipótesis, pero que no serán tratadas en este artículo. Por una parte, no se revisará la exigibilidad de este derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales de los países que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como exclusiva consecuencia del valor de la CADH y de las sentencias interamericanas. Por otra, es relevante dilucidar si se trata de un derecho que se encuentra reconocido o se puede fundamentar, autónomamente, en el nivel constitucional nacional y en amplitud regional.

La primera cuestión no será abordada por espacio y porque, como problema en concreto, dice relación con la problemática general de los efectos de las sentencias de la Corte IDH en los ordenamientos internos y del Control de Convencionalidad. Respecto de ello, existe amplia jurisprudencia y bibliografía³. Con todo, afirmaremos como presupuesto de nuestro trabajo –no totalmente resuelto y en una síntesis poco rigurosa⁴– que los países que integran el SIDH, en especial, los que han ratificado la jurisdicción obligatoria de este tribunal internacional, se sujetan al cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH y deben adecuar su ordenamiento jurídico a la luz del Control de Convencionalidad.

La segunda cuestión que dejamos pendiente, sobre la justificación autónoma del DFICPI en el nivel constitucional nacional y en un plano constitucional comparado regional, tampoco se contempla aquí porque excede las pretensiones de este trabajo, no obstante, sí es objeto de otras pesquisas que realizamos paralelamente.

³ Solo ejemplarmente, algunas referencias son: ALBANESE (2008); ALDUNATE (2010); FAUNDES (2013a, 2013b); FERRER MAC-GREGOR (2017a, 2017b); GARCÍA ROCA (2010); HENRÍQUEZ, MORALES (2017); HITTERS (2009); MARTÍNEZ BULLÉ (2013); NOGUEIRA ALCALA (2014); PIZZOLO (2017); SAGUÉS (2010).

⁴ Un suficiente y correcto tratamiento exigiría especificar la compleja variedad de efectos comprendidos en este control, los órganos respectivamente responsables. En especial, deben enfrentarse los aspectos no pacíficos de esta doctrina, como la cuestión del “margen de apreciación nacional” y la eventual flexibilidad en los “extremos” de las decisiones y la cuestión del seguimiento a la ejecución.

En lo metodológico, optamos por el esfuerzo autónomo de usar solo fuentes normativas de Derecho Internacional. En particular, tratados internacionales, declaraciones aprobadas por los estados y sentencias internacionales. Por lo mismo, evitamos citar categorizaciones que se formulan en la literatura, sobre las referidas fuentes, para obtener nuestras propias conclusiones conforme la metodología propuesta⁵. Con este fin, en el plano internacional general, las sentencias de los tribunales internacionales resultarían muy relevantes para dilucidar los titulares, naturaleza y alcance del derecho a la identidad cultural. Pero tal jurisprudencia no existe en el nivel general-universal, luego será imprescindible, para completar las reflexiones de la primera parte, estudiar también las fuentes invocadas por la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos, en particular de la Corte IDH.

Con los alcances planteados, nos daremos a la tarea de ir respondiendo gradualmente la primera y la segunda cuestión, según ofrecemos.

1. ¿Existe un derecho fundamental a la identidad cultural conforme las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Una primera fuente de Derecho internacional que recoge el derecho fundamental a la identidad cultural es la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural del año 2001 que define cultura como:

[...] el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida,

⁵ Sobre derechos de los pueblos indígenas, solo ejemplarmente en una inaprensible bibliografía, véase: ANAYA (1996); AYLWIN, *et al.* (2013); BERRAONDO (2006); ESTUPIÑAN, IBÁÑEZ (2014); FAUNDES (2015; 2013c); OLVERA, *et al.* (2017); RAMÍREZ (2015).

Sobre el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, de escasa literatura, puede revisarse: DEL CARPIO (2014); DEL REAL (2014); FAUNDES (2019a, 2019b); RUIZ CHIRIBOGA (2006).

las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias⁶.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), señala que:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad⁷ y que tiene derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad⁸.

Esta enunciación ha permitido sostener que a partir de estas disposiciones universales se gesta la base normativa del derecho humano a la identidad cultural⁹.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 1 dispone que:

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.

En armonía, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos (PIDCP) dispone que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

En particular, la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial¹⁰ establece (art. 1a) la obligación de respetar el “patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos...”, insta-

⁶ UNESCO, “Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales”. México, 1982.

⁷ Art. 22 DUDH.

⁸ Art. 27.1 DUDH.

⁹ DEL CARPIO RODRÍGUEZ (2014).

¹⁰ París 2003.

lando la protección de la cultura como centro de la protección de dicho pacto.

Finalmente, como instrumentos de alcance general, pero de carácter especializado para los pueblos indígenas, podemos mencionar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) y el Convenio N° 169 de la OIT. La DNUDPI recoge y protege diversas expresiones y alcances del derecho a la identidad cultural (art. 2, art. 9, art. 11, art. 25, art. 33), en relación con los derechos territoriales, en materia de justicia, consulta, educación, salud, etc. Específicamente, la DNUDPI ampara el derecho a la identidad cultural en el artículo 9 indicando que:

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate.

Luego, en el art. 11.1. asegura que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

También señala la DNUDPI que:

Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres¹¹.

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menos-

¹¹ Art. 11.2 DNUDPI.

caba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven¹².

El Convenio N°169 de la OIT, principal instrumento especializado en materia de derechos de los pueblos indígenas, aunque no afirma expresamente el DFICPI, se puede desprender este derecho del art. 2.1 cuando indica que:

Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respecto a su integridad.

En armonía el art. 2.2 señala que los gobiernos deberán incluir medidas que “promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones”. Luego, en el art. 7.1, el Convenio 169 establece que:

Los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de **decidir sus propias prioridades**¹³ en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

A su vez, el DFICPI se concretiza en el mandato específico del artículo 13.1 que dispone que:

[...] los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación.

¹² Art. 33.1 DNUDPI.

¹³ El énfasis es nuestro.

Conforme con las fuentes citadas, provisoriamente, podemos decir desde ya que:

- En los instrumentos universales, como la DUDH, el PDCP y el PIDEDEC, el DFICPI no se encuentra contemplado expresamente.
- Sí, es posible sostener el derecho fundamental a la identidad cultural desde los instrumentos universales como el PDCP y el PIDEDEC y la propia DUDH. No obstante, desde este punto de vista, deben ser abordadas otras varias cuestiones: (i) estas fuentes no enuncian literalmente el derecho a la identidad cultural; (ii) no refieren a grupos en particular, por lo que, en este plano general, amparan a diversos grupos y minorías¹⁴; (iii) la justificación para los pueblos indígenas en particular exige asociar la fundamentación del derecho a otras fuentes más específicas.
- Encontramos reconocimiento expreso del derecho a la identidad cultural en la Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural (2001) y en la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003), pero la primera no es vinculante y la segunda debe revisarse si ha sido ratificada caso a caso. Así, en nuestro caso, siempre será necesario articular estas fuentes con los instrumentos especiales para los pueblos indígenas.
- El Convenio 169 de la OIT (de alcance general y vinculante para los 22 Estados que lo han ratificado) permite fundamentar el DFICPI, pero tampoco lo contempla expresamente, con lo que sigue siendo necesario el esfuerzo hermenéutico hacia otras fuentes. Por último, la DNUDPI, si bien contempla expresamente el DFICPI, –en tanto solo declaración¹⁵– de igual forma, requiere invocarse en conjunto con otros instrumentos vinculantes.

¹⁴ Entre muchos, un trabajo ilustrativo en esta materia es el de RUSSO, WENCES (2016).

¹⁵ Para algunos autores, la DNUDPI tiene un “contenido” vinculante dado que recoge consuetudinariamente las obligaciones internacionalmente aseguradas a los pueblos indígenas en otras fuentes del diputado Aylwin, *et al.* (2012). Aunque entendemos que esta afirmación tiene sustento, no nos permite responder con certeza al objeto de investigación, por lo que no la relevamos en la argumentación central.

En consecuencia, si bien es posible afirmar la existencia de un DFICPI desde las fuentes de alcance general en el Derecho Internacional Público, universales y específicas para los pueblos indígenas, este ejercicio siempre requerirá un esfuerzo de argumentación hermenéutica, en especial, para identificar sus titulares, la naturaleza del derecho y alcances específicos. Para ello, pasaremos a revisar el DFICPI en el marco del SIDH.

2. ¿Existe un derecho fundamental a la identidad cultural reconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?

La Corte Interamericana, a la luz de la CADH, recogiendo el espíritu del Convenio N° 169 y de la DNUDP¹⁶, ha reconocido el DFICPI y, dotándolo de contenido, ha establecido los alcances y estándares que entiende comprendería este derecho.

Para estos efectos, las fuentes del SIDH relevantes para la configuración y fundamentación del DFICPI son: (i) la Declaración Americana de Derechos del Hombre, de aplicación general y vinculante¹⁷; (ii) la Carta de la OEA¹⁸; y (iii) la CADH, como el instrumento base y vinculante; (iv) más la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI). De ellos, sintetizamos los alcances relevantes de la CADH y la DADPI en relación con el DFICPI.

Si bien la CADH no afirma expresamente ni el derecho a la identidad cultural, ni el DFICPI, la Corte IDH –como desarrollaremos a continuación– considera que el DFICPI se encuentra comprendido en la CADH.

¹⁶ *Caso de la Comunidad mayagna (sumo) awas tingni* (2001), voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez (párr. 7).

Corte IDH, *Caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador* (2012), cons. 215.

¹⁷ Conforme ha entendido la propia Corte IDH (conforme el Preámbulo de la CADH): CIDH, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Informe del 27 de diciembre de 2002 (Informe N° 75/02, Caso 11.140, Fondo).

¹⁸ CIDH, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Informe del 27 de diciembre de 2002 (Informe N° 75/02, Caso 11.140, Fondo); CIDH, *Caso de los Yanomami del Noroeste de Brasil*. Informe de 5 de marzo de 1985 N° 7/96, Res. 12/85.

Al respecto, la fundamentación principal ha radicado en los artículos 1.1, 24 y 21 (en relación con el artículo 29b –interpretación evolutiva–).

Conforme los artículos 1.1., 24 y 21 de la CADH¹⁹ se establece la obligación de respetar los derechos, la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación. Conforme con estos mandatos generales, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas que están sujetas a su jurisdicción. Asimismo, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben “tomar consideración de las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”²⁰. Así, bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención²¹ –volveremos sobre el punto–.

Paralelamente, el texto de la CADH comprende los siguientes derechos en conexión con el DFICPI²²:

¹⁹ 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”.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes...”

²⁰ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 51. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, párrs. 59 a 60. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 164, p. 44.

²¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 51. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 215, p. 67.

²² En la letra a) tomamos las consideraciones del Juez Cañado Trindade. (Corte IDH, Sentencia de 15 de junio de 2005. Caso Comunidad Indígena *Moiwana vs. Surinam* (2005), voto particular, Cons. 78; y Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 29 marzo 2006, voto particular, pp. 126-128. En lo demás adaptamos la enunciación que formula el juez A. Abreu Burelli. Corte IDH, Caso de la Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (2006), voto parcialmente disidente, Cons. 20 a 34.

- a) Derecho a la vida (art. 4, en relación al art. 21 CADH). Como derecho a la vida, en sentido amplio, que se traduce en el derecho a la sobrevivencia de los pueblos indígenas;
- b) Derecho a la integridad personal (art. 5 CADH y art. 10 del Protocolo de San Salvador sobre Derecho a la Salud), que comprende el derecho a utilizar “sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales y acceso a la atención de salud estatal en igualdad al resto de la población;
- c) Protección de la honra y dignidad (art.11 CADH), que “comprende el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familiar y comunal, lo que implica la preservación de su cultura y el respeto a la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos”;
- d) Libertad de conciencia y religión (art. 12 CADH) como derecho “a preservar, expresar, divulgar, desarrollar, enseñar y cambiar sus prácticas, ceremonias, tradiciones y costumbres espirituales”;
- e) Libertad de pensamiento y expresión (art. 13 CADH), que comprende el derecho a manifestar pública y privadamente su propia cultura, a preservar su propio lenguaje y a ser informado sobre todos los aspectos que afecten su vida espiritual, social y cultural;
- f) Derecho de reunión, libertad de asociación y derechos políticos (arts. 15, 16, 23 CADH), que comprende el derecho “a reunirse y formar asociaciones de conformidad con su propia cultura, valores y derecho consuetudinario”; y asegura los Derechos Políticos, que les permiten organizarse y elegir a sus representantes de acuerdo a sus propias formas tradicionales, “y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”;
- g) Derechos políticos (art. 23 CADH), en cuanto el derecho a “participar libremente en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones públicas responsables de políticas y programas que les conciernan”;

- h) Protección de la familia (art. 17 CADH), como derecho a “conservar sus propias formas de organización familiar y de filiación”;
- i) Derecho al nombre (art. 18 CADH), que comprende el derecho “de atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, en su propio idioma, y mantenerlos”;
- j) Derecho a la propiedad privada (art. 21 CADH), en cuanto al derecho “al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales”, comprendiendo los recursos naturales de sus territorios y la protección de su hábitat.

La otra fuente del SIDH que relevamos es la DADPI porque reconoce expresamente y desarrolla los alcances del DFICPI²³. En especial señala:

Artículo 13. Derecho a la identidad e integridad cultural

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras.

Si bien puede debatirse en torno al efecto vinculante de este reciente instrumento, su aprobación vino a consolidar, en el ámbito de las fuentes, la jurisprudencia que consistentemente venía afirmando la Corte IDH, mediante la interpretación evolutiva de la CADH.

De esta forma, considerando el amplio desarrollo que hace la Corte IDH de la CADH –según revisaremos– y de la regulación expresa que contempla la DADPI, podemos afirmar que la Corte IDH sostiene el reco-

²³ La OEA con fecha 14 de junio de 2016 aprobó la *Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (DADPI)*, que considera el derecho a la identidad cultural como un valor transversal y en la Sección tercera (arts. XIII a XIX) aborda, en particular y extensamente, el derecho a la identidad cultural, tanto como categoría en sí (art. XIII) como en relación con un conjunto de derechos específicos, tales como: conocimiento tradicional (art. 13.3), lenguaje, comunicación (art. 14), educación y salud indígena (arts. 15 y 18), espiritualidad (art. 16), familia indígena (art. 17) y protección del medio ambiente sano (art. 19).

nocimiento del DFICPI con respaldo en fuentes formales del Derecho Internacional, a lo menos en el plano regional.

Desde la perspectiva jurisprudencial, el reconocimiento del DFICPI por parte de la Corte Interamericana ha sido progresivo a partir de las decisiones de la CIDH que luego fueron recogidas y consolidadas por la Corte IDH, en un proceso hermenéutico que alcanza cuatro décadas.

Para dar cuenta de este proceso de conformación jurisprudencial del DFICPI, separamos el análisis en dos etapas. La primera, que podríamos llamar “emergente” y en que la fuerza impulsora del DFICPI estuvo concentrada en la CIDH y fue siendo recogida por la Corte IDH. La segunda, en que la Corte IDH se preocupará de ir consolidando el derecho e incluso fijará su contenido y estándares, con la valiosa influencia de los votos particulares de algunos de sus jueces.

2.1. La etapa de la *emergencia* del DFICPI desde la CIDH a la Corte IDH

Aunque podría pensarse que las referencias a este derecho pueden ser solo recientes, ya en 1970, la CIDH se refirió de manera relevante a los derechos de los pueblos indígenas, destacando la obligación del Estado de defender las tierras indígenas. Dijo la CIDH en su informe final del *Caso Guahibos vs. Colombia*²⁴:

(7) Que el Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural.

(9) Que la Organización de los Estados Americanos ha establecido como acción prioritaria para los países miembros, la preservación y fortalecimiento de la herencia cultural de los grupos étnicos y la lucha

²⁴ CIDH, *Caso Guahibos con Colombia*, N° 1.690, informe de 1 de noviembre de 1972.

en contra de la discriminación que invalida su potencial como seres humanos a través de la destrucción de su identidad cultural e individualidad como pueblos indígenas²⁵.

Este caso muestra cómo el derecho a la identidad cultural (que aún no califican de fundamental a esta fecha) se encuentra en la base de los derechos de los pueblos indígenas, en especial, de los derechos territoriales, como sostenedores de la sobrevivencia indígena –según será afirmado en las décadas posteriores–.

Más tarde, en 1985, la misma Comisión, en el *Caso de los Yanomami del Noroeste de Brasil*²⁶, Estados de Mato Grosso y Roraima, recomendó en su informe delimitar y demarcar más de 9 millones de hectáreas del Parque Yanomami, que constituía el hábitat principal de unos 12.000 indígenas de este pueblo.

Destacamos esta decisión porque, por una parte, considera en el marco de protección del SIDH las violaciones a derechos colectivos de los pueblos indígenas, como la propiedad, la vida, la salud y el bienestar en general (en este *Caso del Pueblo Yanomami vs. Brasil*)²⁷. En particular, la CIDH estableció que el derecho de naturaleza colectiva a la propiedad –superando el concepto de propiedad civilista hasta esa fecha reconocido, usando como fundamento solo la Declaración Americana y la CADH–, “incluía derechos políticos sobre la misma, igualmente de carácter colectivo, relacionados con la parcial autonomía de dicho territorio en relación a la jurisdicción política” de los Estados federales de Brasil (anticipando lo que posteriormente incluyó el texto de la *Constitución la República Federativa del Brasil de 1988* en su art. 231). Además, fue la primera vez que un organismo intergubernamental reconoció formalmente el derecho a la demarcación y la obligación del Estado de implementar las medidas necesarias para el cumplimiento.²⁸

²⁵ CIDH, *Caso Guaibos con Colombia*, N° 1.690, informe de 1 de noviembre de 1972.

²⁶ CIDH, *Caso de los Yanomami del Noroeste de Brasil*. N° 7615, Informe de 5 de marzo de 1985, Res. 12/85.

²⁷ Como a esa fecha Brasil no había ratificado la CADH, la decisión de la CIDH se fundó en los derechos a la vida, a la preservación de la salud y bienestar; a la libertad, seguridad, a la residencia y tránsito, de la Declaración Americana de Derechos del Hombre.

²⁸ CIDH, s/f.

De esta forma, la CIDH afirma los primeros elementos normativos de lo que se llegará a denominar el derecho fundamental a la identidad cultural, esto es, el respeto y valoración de las formas de vida indígenas, sus costumbres y particularmente sus formas de organización familiar. Esta mirada de la CIDH sobre los derechos de los pueblos indígenas era más amplia que la que sostenía la Corte IDH a esa fecha.

Luego, desde dichas aserciones, la CIDH continúa la progresiva conformación del corpus jurídico emergente de los derechos de los pueblos indígenas que considera en su base el derecho fundamental a la identidad cultural, como será planteado progresivamente durante las décadas de los ochenta y noventa.

Más tarde, en 1993 la CIDH entró a conocer el *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, para emitir informe favorable e interponer demanda contra Guatemala ante la Corte en 1996 (fallada por la Corte IDH en el año 2000, según revisaremos)²⁹. En dicho caso, la CIDH visualiza un marco jurídico más amplio de protección de los derechos de los pueblos indígenas, en particular en relación al respeto y valoración de sus formas de vida, costumbres, particularmente sus formas de organización familiar y constitución de lazos “familiares-comunitarios”. Aunque la Corte Interamericana en su fallo de 2000 solo recogerá parcialmente la tesis de la CIDH, en el informe de este caso se puede evidenciar la conformación inicial del corpus jurídico emergente de los derechos de los pueblos indígenas que considera en su *núcleo* el derecho fundamental a la identidad cultural, como será derechamente resuelto desde 2001 en adelante por la Corte Interamericana³⁰, hasta consolidarse en 2012 y 2018, con los casos *Sarayaku vs. Ecuador* y *Sukuro vs. Brasil*, respectivamente.

En el año 2002, la CIDH emitió su informe sobre el caso *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos* (iniciado el 2 de abril de 1993)³¹, en favor de dos hermanas y ciudadanas norteamericanas, integrantes del Pueblo Indígena

²⁹ CIDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, N° 11.129, denuncia 5 de marzo de 1993, Informe favorable del 7 de marzo de 1996, N° 7/96, Demanda contra Guatemala ante la Corte del 30 de agosto de 1996.

³⁰ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua* (2001).

³¹ CIDH, *Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, Informe del 27 de diciembre de 2002 (Informe N° 75/02, Caso 11.140, Fondo).

Western Shoshone, conocidas como las “hermanas Dann”. Ellas vivían en un predio rural de Nevada y de acuerdo con la petición ante la CIDH, su tierra y la tierra del grupo indígena que integran —el grupo Dann— es parte “de un territorio ancestral del Pueblo Western Shoshone y que las Dann y otros miembros de este pueblo están actualmente en posesión y realizan un uso real de esas tierras”. En su informe final la CIDH reconoció expresamente los derechos de propiedad indígena de las hermanas Dann expresando que:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido del mismo modo que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras³².

De esta forma, observamos cómo en este caso la CIDH alcanza una importante armonización con la jurisprudencia de la Corte IDH, reconociendo expresamente los derechos de propiedad indígena (en ese caso fundados a partir de la *Declaración Americana de Derechos del Hombre*), destacando la importancia de los valores espirituales y culturales de los pueblos indígenas, enlazados con los derechos territoriales y la sobrevivencia misma de estos pueblos. Incluso cita la sentencia de la Corte IDH —a esa fecha reciente— del caso *Awás Tigni* de 2001. Aunque el caso de *Mary y Carrie Dann contra Estados Unidos* no llegó a la Corte IDH (porque Estados Unidos no le ha otorgado competencia), rescatamos algunos párrafos del Informe de la CIDH porque dan cuenta del referido *corpus iuris* de derechos humanos de los pueblos indígenas que empieza a consolidarse en el SIDH en los albores del siglo XXI:

(127) En reconocimiento de las protecciones particulares en el contexto de los derechos humanos de las poblaciones indígenas, y para darles efecto, la Comisión ha procedido paralelamente con la evolución del derecho internacional en materia de derechos humanos en términos más amplios. Medidas especiales para garantizar los derechos humanos

³² CIDH, *Caso Mary y Carrie Dann con Estados Unidos* (2002), Cons. 128.

de los indígenas han sido reconocidas y aplicadas en otras esferas internacionales y nacionales, incluyendo, como instancia predominante, la Corte Interamericana Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo, las Naciones Unidas, a través del Comité de Derechos Humanos y el Comité para la erradicación de toda forma de discriminación, y los sistemas jurídicos internos de numerosos Estados.

(128) Quizás sea más fundamental aún el hecho de que la Comisión y otras autoridades internacionales hayan reconocido el aspecto colectivo de los derechos de los indígenas... Y este reconocimiento se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección. La Comisión ha observado, por ejemplo, que la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas, y que ese control de la tierra refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo. La Corte Interamericana Derechos Humanos ha reconocido del mismo modo que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

(129) [...] la Comisión considera que los principios básicos reflejados en muchas de las disposiciones de la Declaración, incluidos los aspectos del Artículo XVIII [XIII], reflejan principios jurídicos internacionales generales que han evolucionado en el sistema interamericano y son aplicables dentro y fuera del mismo, y en esta medida son debidamente considerados en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas.

(130) [...] la Comisión considera que los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;

el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y

en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados (...)

(131) [...] La Comisión desea subrayar que, al interpretar la Declaración Americana en el sentido de que salvaguarda la integridad, supervivencia y cultura de los pueblos indígenas mediante una protección efectiva de sus derechos humanos individuales y colectivos, la Comisión está respetando los propósitos mismos en que se funda la Declaración que, como lo expresa su Preámbulo, incluyen el reconocimiento de que “es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.

Concluyendo, preliminarmente, la revisión de este apartado de la *emergencia* del DFICPI, constatamos, primero, que en el caso de los *Yanomami* contra Brasil ante la CIDH (1985), la Comisión recurre a los instrumentos universales de derechos humanos, citando el artículo 27 del *PIDESC*. En consecuencia, para la CIDH, el derecho fundamental a la identidad encuentra su fundamentación en la propia dignidad humana, conforme los tratados de derechos humanos de alcance universal, como el *PIDCP* y el *PIDESC*, integrando entonces un núcleo indisponible de derechos contenido en estas fuentes compartidas³³.

³³ GARCÍA ROCA, *et al.* (2012, p. 99).

En segundo lugar, esta fundamentación en el “diálogo” en torno a instrumentos universales llega a ser compartida por la CIDH y la Corte IDH y resulta particularmente relevante luego en *Mary y Carry Dann con Estados Unidos* porque, por una cuestión procesal-jurisdiccional, la CIDH debió fundarse solo en la violación de la Declaración Americana de Derechos del Hombre (y materialmente en el proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas), para lo cual desarrolló una armonización de los emergentes derechos de los pueblos indígenas con la protección universal de los derechos humanos.

En tercer término, en la que hemos identificado como una primera etapa emergente del derecho, la Comisión y la Corte:

- Reconocen el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas.
- Asumen a los pueblos y comunidades indígenas como titulares de este derecho, lo que implica asumir la naturaleza colectiva del derecho.
- Lo dotan de contenido específico al vincularlo con los derechos territoriales de estos pueblos y estos, a su vez, como sostenedores de la propia sobrevivencia indígena.
- Aunque no lo califican de “derecho fundamental” (aún), ya lo instalan en la base de los derechos de los pueblos indígenas.

En consecuencia, la comprensión que la CIDH da al derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas (que progresivamente recoge la Corte) llega a enlazar, de forma inseparable, el DFICPI con el derecho a las tierras, territorios, el hábitat y sus recursos naturales, como sostenedores de la propia sobrevivencia indígena, todo lo cual, llegará a configurar la actual complejidad del DFICPI.

2.2. Afirmación expresa del DFICPI en la jurisprudencia de la Corte IDH

En el año 2001 se marca un punto de inflexión jurisprudencial con la sentencia de la Corte IDH sobre el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni* (2001)³⁴. En esta decisión, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (art. 29b de la CADH), ya se dan por establecidos los aspectos basales de los derechos de los pueblos indígenas que reconoce la Corte como comprendidos por la Convención Americana. En especial, se pronuncia sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas su autonomía conceptual sobre la concepción de la propiedad registral predominante en los ordenamientos jurídicos internos nacionales y la necesidad del amparo de la propiedad indígena ancestral dada su íntima relación con la sobrevivencia misma de estos pueblos. Dijo la Corte que:

[...] el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal... (cons. 148).

[...] entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (cons. 149).

³⁴ Corte IDH. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, 31 agosto 2001.

Decíamos que el caso de *Awás Tigni* implica un énfasis relevante para la jurisprudencia interamericana, porque tras dicho fallo la Corte asume un rol activo en sus siguientes sentencias en favor de los derechos de los pueblos indígenas, reiterando su concepción de la propiedad indígena, su inseparable relación con el derecho a la vida, junto con la identidad y la integridad cultural. Además, la Corte desarrollará los derechos en materia de consulta indígena, derechos políticos de los pueblos indígenas, entre otros.

A partir de este fallo, la Corte IDH releva el DFICPI, afirmándolo sucesivamente en los casos: *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* (reparaciones), sentencia 19 de noviembre de 2004; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname*, sentencia de 15 de junio de 2005; *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005; y *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005.

En el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala*, en el año 2004, la Corte refiere al daño inmaterial que significa para los pueblos indígenas la vulneración de este derecho:

[...] b) Se debe apreciar que las víctimas del presente caso no pudieron celebrar libremente ceremonias, ritos u otras manifestaciones tradicionales durante un tiempo, lo que afectó la reproducción y transmisión de su cultura. Asimismo, está comprobado que con la muerte de las mujeres y ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, se produjo un vacío cultural [...] ³⁵

c) se deben tomar en cuenta los daños inmateriales ocasionados a los miembros de la comunidad Plan de Sánchez con motivo de la militarización de su aldea. Está probado que la estructura comunitaria tradicional de Plan de Sánchez fue sustituida por un sistema de control militarista y vertical [...] ³⁶

³⁵ *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Cap. VIII: Reparaciones, párr. 87, letra b).

³⁶ *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Cap. VIII: Reparaciones, párr. 87, letra c).

En la sentencia citada la Corte IDH enlaza la protección de otros derechos colectivos –derecho al territorio y derecho de consulta– tomando como base el derecho fundamental a la identidad cultural.

Con el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (2005) la Corte IDH profundiza en la conexión normativa existente entre el DFICPI, la libertad de conciencia y religiosa (que ya se venía reconociendo de manera emergente en los casos *Bámaca Velásquez* y de la *Comunidad Plan de Sánchez* fallados por la misma Corte entre 2000 y 2004). En este caso se reafirmará la dimensión colectiva de la identidad cultural, en especial a partir del reconocimiento de un daño de carácter inmaterial –“daño espiritual”– que afecta una subjetividad compleja (de los vivos con sus muertos) de “proyección intergeneracional” como forma especial y “agravada de daño moral” que por su propia naturaleza es imposible de indemnizar, pero que sí desarrolla innovadas modalidades de reparación colectiva, precisamente, respecto de dicho daño espiritual de naturaleza cultural³⁷.

En este mismo caso, el juez Cançado Trindade señaló que:

[...] el desarraigo afecta, en última instancia, al derecho de una identidad cultural que compone el contenido sustantivo o material del derecho a la vida misma *lato sensu* (cons. 13);

“[la memoria colectiva de este pueblo queda] debidamente preservada, contra el olvido, en honor a sus muertos, protegiendo su derecho de vida *lato sensu*, incluyendo el derecho a una identidad cultural, que se manifiesta en sus reconocidos lazos de solidaridad con los muertos” (cons. 92)³⁸.

Se explica que los daños inmateriales en estrecha relación con el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas, valorando, por sobre la dimensión subjetiva individual, el daño espiritual cultural colectivo comunitario y la normatividad de las tradiciones territorializadas. De esta forma, el juez Cançado Trindade desarrolla la categoría emergente del

³⁷ Voto particular juez Cançado Trindade en Corte IDH, Sentencia de 15 de junio de 2005. *Caso Comunidad Indígena Moiwana vs. Surinam* (2005) Cons. 78.

³⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Moiwana vs. Surinam*, 15 junio 2005, p. 122.

derecho al “proyecto de vida” y, especialmente, al “proyecto de post-vida”, relevando la valoración jurídica fundamental de la relación entre los vivos y los muertos conforme la cosmovisión indígena³⁹.

En el *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (2005)⁴⁰ expresó la Corte IDH que, para garantizar efectivamente los derechos a las comunidades indígenas, “los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural” (cons. 51). Asimismo, especificó que la Corte tomará en cuenta “la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y trasmitirla a las generaciones futuras” (cons. 124). En este sentido, declaró que (135): “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo” que se conforma “a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran... porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (cons. 135). Incluso, dejó planteado que puede resultar necesaria una restricción al derecho a la propiedad privada de particulares “para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana” (cons. 148b). Profundizó la Corte señalando que:

j) el vínculo humano, espiritual y cultural de la Comunidad *Yakye Axa* y de sus miembros con su tierra ancestral es profundamente sentido por ellos. La tierra ancestral de la Comunidad *Yakye Axa* y el hábitat que en esa tierra han recorrido y humanizado sus miembros configura su pasado, su presente y su futuro. Define la identidad de la Comunidad y de sus miembros y representa el lugar en donde para ellos resulta posible imaginar la materialización de un proyecto de vida respetuoso de su cosmogonía y de sus prácticas culturales.

³⁹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Moiwana vs. Surinam*, 15 junio 2005, cons. 67-70, pp. 22-23.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005, p. 55.

k)...el Estado paraguayo ha vulnerado el derecho de la Comunidad *Yakye Axa* y de sus miembros a tener una identidad y una cosmogonía propias y, en esa medida, ha violado en perjuicio de los miembros de la Comunidad su derecho a la vida (cons. 158).

De esta forma, desde ya, es posible concluir que, al vulnerarse el derecho ancestral de comunidades y pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, se corre el riesgo de afectar el derecho a la vida que, en su dimensión colectiva, constituye “la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”⁴¹. En el mismo caso *Yakye Axa* dijo la Corte que:

[...] para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”⁴².

Con ello, empieza a sostener que el DFICPI es un factor de interpretación transversal para el conjunto de los derechos de los pueblos indígenas, en un enfoque que busca asegurar la efectiva protección del derecho que nosotros llamaremos derecho-matriz y filtro hermenéutico.

Continuando, en el Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006)⁴³, la Corte IDH observó que dada “la significación especial” que tiene la tierra para los pueblos indígenas, “toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales” acarrea el menoscabo de valores relevantes y el peligro consecuente “de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones” (cons. 222).

Por su parte, entrando en el desarrollo de un conjunto de estándares para el DFICPI, el juez Cançado Trindade abordó el entendimiento norma-

⁴¹ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 15 noviembre 2007 (sentencia de interpretación), párr. 147.

⁴² Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 51.

⁴³ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 29 marzo 2006.

tivo de este derecho en relación con el derecho a la vida. Para él, existe un problema de dos dimensiones, dado, uno, por “la amplia dimensión del derecho fundamental a la vida” y, dos, por “el derecho a la identidad cultural”. En este sentido, explica la importancia “de la identidad cultural, como componente o agregado del propio derecho fundamental a la vida” y destaca la relevancia de la recuperación de sus tierras ancestrales “para la protección y preservación de ‘su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*”⁴⁴. Señala que el derecho a la vida posee una “vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural”, porque la identidad cultural “se forma con el pasar del tiempo, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión” (párr. 28). Si se les priva de sus tierras “se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad”. Frente a ello –dice– el Estado “no puede eximirse del deber de debida diligencia para salvaguardar el derecho de vivir”⁴⁵. En este sentido, entendemos se impone al Estado un deber de impulsar medidas y actos efectivos para salvaguardar el DFICPI, lo que integra inalienablemente la protección de sus territorios y recursos, en una comprensión amplia del derecho a la vida de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes. Ergo, para proteger la vida, debe protegerse la identidad cultural.

En los fallos posteriores, los esfuerzos de la Corte Interamericana van a reforzar los alcances estructurantes del DPICPI para la consolidación de un *corpus juris* de derechos humanos de los pueblos indígenas y la primacía de su sobrevivencia como bien jurídico amparado en la CADH, inalienable de la identidad cultural.

En el caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam* (2007), la Corte IDH⁴⁶ sostuvo que los pueblos indígenas “mantienen una fuerte relación espiritual

⁴⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamasa vs. Paraguay*, 29 marzo 2006, pp. 126-128 (subrayado nuestro).

⁴⁵ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamasa vs. Paraguay*, 29 marzo 2006, pp. 134-37.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 noviembre 2007.

con el territorio”, que “la tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka” (cons. 82)⁴⁷; que los miembros de los pueblos indígenas son titulares de los derechos a “los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos”. De tal forma que privados de dichos recursos o sus tierras “la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo”, y que de este derecho se desprende “la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo” (cons. 121)⁴⁸.

El desarrollo del derecho fundamental a la identidad cultural se extiende en el fallo del Caso de la Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010)⁴⁹. Señaló la Corte:

[...] la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (cons. 174)⁵⁰.

[...] cuando se trata de pueblos indígenas o tribales, la posesión tradicional de sus tierras y los patrones culturales que surgen de esa estrecha relación forman parte de su identidad (cons. 175).

La Corte IDH observó que los miembros de la Comunidad *Xákmok Kásek* sufrieron diversas afectaciones a su identidad cultural que se produjeron fundamentalmente por la pérdida de su territorio y de los recursos

⁴⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 noviembre 2007, p. 25.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, 28 noviembre 2007, p. 38.

⁴⁹ Corte IDH, *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010.

⁵⁰ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*, párr. 135; Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawboyamasa vs. Paraguay*, párr. 118; y Corte IDH, *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam*, 28 noviembre 2007, párr. 120.

naturales que ahí se encuentran (arts. 1.1 y 21.1 de la CADH). Declaró también que dichas “afectaciones son una muestra más de la insuficiencia de la visión meramente ‘productiva’ de las tierras a la hora de ponderar los derechos en conflicto entre los indígenas y los propietarios particulares de las tierras reclamadas” (cons. 182)⁵¹.

Asimismo, el fallo de 2010 destaca los efectos colectivos para la familia *Chitay Nech* originados en la desaparición forzada de Florencio Chitay, dirigente político maya *Kaqchikel*. Dijo la Corte:

Este tribunal estima que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez, por su condición de indígenas mayas... por lo que el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una pérdida cultural y espiritual⁵².

[...] así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral⁵³.

[...] el tribunal considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...] genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas⁵⁴.

En este último párrafo, se observa que para la Corte IDH la identidad cultural tiene un contenido particular sostenido en la concepción de sus

⁵¹ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguay*, parr. 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179, 182 de ítem VI: Derecho a la propiedad comunitaria, garantías judiciales y protección judicial (artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la convención americana), pp. 44-46.

⁵² Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Párr. 145

⁵³ Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas*. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 146. Según los representantes, los hermanos Chitay se vieron obligados a no utilizar el apellido de su padre e identificarse con el apellido de su madre, haciendo parecer su herencia cultural respecto de su linaje como personas autoidentificadas indígenas.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*. Excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 147.

cosmovisiones, sus imaginarios colectivos y la relación con la tierra donde desarrollan sus vidas como pueblos y comunidades⁵⁵.

Los casos más recientes del *Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador* (2012)⁵⁶ y el caso del *Pueblo Xucuro vs. Brasil* (2018)⁵⁷ marcarán un nuevo punto de inflexión en el reconocimiento expreso para los pueblos indígenas del derecho fundamental a la identidad cultural y los alcances que prevé para este derecho. A partir de estos precedentes nosotros formulamos las categorías de derecho-matriz y filtro hermenéutico, que revisaremos más adelante.

Con la decisión del caso *Sarayaku* de 2012, la Corte IDH avanzó sólidamente en relación al reconocimiento del derecho a la identidad cultural como un derecho fundamental amparado por la CADH:

[...] el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática... **vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos**⁵⁸ [el destacado es nuestro].

Los párrafos citados permiten visualizar cómo se consolidó el derecho fundamental a la identidad cultural en cuanto base y marco de interpretación de los demás derechos de los pueblos indígenas asegurados por la CADH, en el entendimiento enunciado de un derecho-matriz y filtro hermenéutico⁵⁹ que, al mismo tiempo, es instalado como supuesto democrático. Detalló la Corte IDH:

⁵⁵ ONU, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No. 21, diciembre 21 de 2009. E/C.12/GC/21.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012.

⁵⁷ Corte IDH, *Caso del Pueblo Xucuro vs. Brasil*, 5 febrero de 2018.

⁵⁸ Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012, p. 66, cons. 213.

⁵⁹ Agradecemos a la Dra. Patricia Perrone (UNiCEUB, Brasilia) el acercamiento a la expresión “*filtro hermenéutico*” y los preceptos enunciados conforme esta, ya que ha leído con precisión y lucidez las pretensiones de la Corte IDH –y nuestros propios entendimientos– en lo que podríamos llamar su mandato de “interpretación conforme el DFICPI”.

A su vez, la noción de *filtro hermenéutico* se propone recogiendo las nociones de “*filtraje consti-*

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre este es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio... Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar **que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural**, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados [el destacado es nuestro]⁶⁰.

En el pasaje citado el alcance de la protección del derecho de propiedad de los pueblos indígenas es dimensionado a la luz del derecho a la identidad cultural, como finalidad a ser alcanzada. El DFICPI funciona, por lo tanto, como filtro hermenéutico o como derecho-matriz de los restantes derechos de los pueblos indígenas. En consecuencia, **el significado de las demás normas y derechos se define en los términos necesarios para alcanzar la preservación de la identidad cultural**.

En el *Caso del Pueblo Xucuro vs. Brasil* (2018), la Corte reiteró su jurisprudencia, consolidando el derecho fundamental a la identidad cultural

tucional" (SARMIENTO, 2004, pp. 154-156) y "efecto irradiante de los derechos fundamentales, desde las lecturas a los profesores brasileños Daniel Sarmiento y Luis Roberto Barroso (Sarmiento, 2004, 154-160; Barroso, 2019, p. 517; 2001, p. 34). El profesor Daniel Sarmiento, a su vez, toma la idea del *Filragem Constitucional* de Schier (1999). La descripción detallada de estos preceptos constitucionales excede este trabajo, pero sucintamente podemos decir que implican una nueva postura para la promoción de los valores constitucionales que *irradia* a todos los cuadrantes del derecho positivo y en que el proceso constitucional implica la reinterpretación de los institutos del Derecho Constitucional, cuyo epicentro radica en la dignidad de la persona humana, concretizados a través de los derechos fundamentales. En especial, la *irradiación* de los derechos fundamentales se manifestará en relación a la interpretación y aplicación de las cláusulas generales y de los conceptos jurídicos indeterminados que se abren en su *plasticidad* a una verdadera reconstrucción de los derechos fundamentales (adaptación nuestra desde el portugués).

⁶⁰ Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, 27 junio 2012, párr. 40.

como un derecho amparado por la CADH como derecho-matriz y filtro hermenéutico, fijando el alcance del derecho en debate para permitir que atienda a la finalidad de preservación de la identidad cultural. Destacó la obligación de actuación positiva (*diligente*) por parte del Estado en favor de los miembros de la *Comunidad Xucuro*, señalando que debe garantizarles, mediante medidas efectivas, el derecho “a continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas” (cons. 188).

Podemos señalar que la Corte IDH establece el DFICPI como fundamento común –*derecho-matriz*– y marco de interpretación –filtro hermenéutico– de los demás derechos de los pueblos indígenas asegurados por la CADH, bajo una amplia comprensión y alcance. Asimismo, la Corte, con sus fallos de 2012 y 2018 identifica las acciones que implican la violación del DFICPI de los pueblos indígenas, considerada expresamente como un incumplimiento de la CADH.

Finalmente, desde la perspectiva de los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte IDH se ha desarrollado una comprensión del derecho fundamental a la identidad cultural que, a lo menos, contempla los siguientes aspectos nucleares:

- a) El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es reconocido expresamente como un derecho fundamental, sostenido en la dignidad humana, cuya vigencia efectiva se eleva a presupuesto de los sistemas democráticos nacionales.
- b) Se declara expresamente a los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros, como titulares del derecho.
- c) En su naturaleza, se ampara el derecho a la identidad cultural en dos dimensiones: una colectiva y otra individual, cuya titularidad corresponde, respectivamente, a pueblos indígenas, sus comunidades y a los miembros de estos pueblos y comunidades, en relación con su respectivo grupo.
- d) Se le dota de contenido específico, como un derecho que tiene una base religiosa, cultural, espiritual, inmaterial, ligada –al mismo

tiempo y esencialmente— a las tierras, territorios y recursos naturales en que habitan estos pueblos.

- e) Dicho contenido material, normativamente, se expresa de forma inalienable, en el derecho a la vida, en la dimensión colectiva de la sobrevivencia de los pueblos indígenas.
- f) En consecuencia, al vulnerarse los derechos ancestrales de comunidades y pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, se corre el riesgo de afectar su derecho a la vida que, inalienable a la identidad cultural, comprende la supervivencia misma de pueblos, comunidades indígenas y sus miembros.
- g) En cuanto a sus alcances:
 - El derecho fundamental a la identidad cultural se despliega en tensión con la concepción privada de la propiedad y del desarrollo económico, imperantes en las sociedades democráticas occidentales. Corresponderá al Estado armonizar tutelarmente el DFICPI con los proyectos de inversión desarrollados en territorios indígenas.
 - El Estado tiene una obligación de aseguramiento efectivo del DFICPI que lo obliga a implementar medidas concretas y eficaces para resguardar las condiciones necesarias para la sobrevivencia de los pueblos indígenas.
 - El derecho fundamental a la identidad cultural lo entenderemos como derecho-matriz, instalado en la base de los demás derechos de los pueblos indígenas, en la medida que el amparo de su identidad cultural constituye un presupuesto para el ejercicio efectivo de los restantes derechos de estos pueblos, sus comunidades e integrantes.
 - El aseguramiento del DFICPI, al mismo tiempo, es la finalidad que debe ser alcanzada mediante lo que llamamos función de filtro hermenéutico, como imperativo interpretativo que *irradia* a los demás derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico en general.

3. Conclusiones

Si bien es posible afirmar la existencia de un derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas desde las fuentes de alcance general en el Derecho Internacional Público, las universales y las específicas referidas a los pueblos indígenas, este ejercicio siempre requerirá un esfuerzo de argumentación hermenéutica, conforme el cual, los alcances de las sentencias de los tribunales regionales de derechos humanos resultan centrales.

En particular, la CIDH y la Corte IDH han recurrido a los instrumentos universales de Derechos Humanos para fundamentar el DFICPI, citando, por ejemplo, la DUDH y el artículo 27 del PIDESC. Así, para la CIDH y la Corte IDH, el DFICPI encuentra su fundamentación en la dignidad humana, incluyendo el DFICPI dentro de un núcleo indisponible de derechos conformado desde estas fuentes comunes.

En especial, la Corte IDH centra su fundamentación en un entendimiento amplio y evolutivo de la CADH, en relación con los diversos instrumentos específicos que reconocen derechos fundamentales a los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros.

Adicionalmente, la aprobación de la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas vino a consolidar, al nivel de las fuentes regionales, la jurisprudencia que consistentemente venía sosteniendo la Corte IDH, desde la referida interpretación evolutiva de la CADH, lo que permite afirmar que la Corte IDH, a lo menos en el marco del SIDH, sostiene el reconocimiento jurisprudencial del DFICPI respaldada en fuentes formales del Derecho Internacional.

Al mismo tiempo, aunque pueda afirmarse el DFICPI en abstracto, su reconocimiento por la Corte IDH ha estado asociado a la revisión de casos en concreto. Luego, sus fallos, tanto han resuelto la cuestión sometida a su conocimiento, como han tenido un rol central en la determinación del DFICPI, tanto como norma aplicable a dicha decisión, como configurando un verdadero derecho de naturaleza jurisprudencial que irradia al resto del ordenamiento jurídico.

La comprensión que actualmente logra afirmar la Corte Interamericana sobre el DFICPI lo enlaza de forma inseparable, al derecho a las tierras, territorios y sus recursos naturales, con el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas, como sostenedores de la propia vida, concretado colectivamente en la sobrevivencia de los pueblos indígenas, comprensiva holísticamente de su identidad cultural.

El proceso de reconocimiento y aseguramiento efectivo del DFICPI, por su propia naturaleza, no está exento de conflictos, luego el Estado –atendiendo su deber de actuación diligente– debe avanzar en mecanismos que le permitan articular y resolver democráticamente los conflictos que puedan generarse ante el reconocimiento del derecho fundamental a la identidad cultural, bajo el contenido (estándares) que han ido fijando las sentencias de la Corte IDH.

Entonces, afirmada la existencia del DFICPI, identificados sus titulares y descritos sus alcances más relevantes, los estados (integrantes del SIDH):

- i) Deben asumir la comprensión del DFICPI, como marco tutelar de los derechos territoriales y a los recursos naturales –al hábitat– de estos pueblos, y como condición inalienable de su derecho a la vida, a su sobrevivencia como pueblos.
- ii) Deben implementar los mecanismos institucionales que aseguren efectivamente el derecho fundamental a la identidad cultural, en especial considerando su sentido amplio como derecho-matriz que fundamenta los restantes derechos de los pueblos indígenas y constituye filtro hermenéutico de los mismos. Por consiguiente:
 - Este deber diligente deberá materializarse en las diversas políticas públicas dirigidas a estos pueblos, sus comunidades y miembros.
 - En el ámbito judicial tienen el deber de interpretar y aplicar el derecho para asegurar efectivamente a pueblos indígenas, sus comunidades y miembros, que –autodeterminadamente– continúen viviendo bajo su modo de vida tradicional.
- iii) Deben asumir la vigencia efectiva del DFICPI como presupuesto del estatus democrático de las sociedades latinoamericanas.

Referencias bibliográficas

- ANAYA, James (1996). *Indigenous Peoples in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- ALBANESE, Susana (coord.) (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ediar.
- ALDUNATE, Eduardo (2010). “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”. En: *Ius et Praxis* (Año 16, N° 2), pp. 185-210.
- AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: Observatorio Ciudadano, LOM.
- BARROSO, Luis Roberto (2001). Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, N° 225, pp. 5-37.
- BARROSO, Luis Roberto (2019). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Sao Paulo: Saraiva jur.
- BERRAONDO, Mikel (2006). *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Ediciones Universidad de Deusto.
- BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014). *Ius constitutionale commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, MPI, IIDC.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), s/f. *Doctrina y jurisprudencia de la Comisión sobre derechos indígenas (1970-1999)*. Disponible en: cidh.org; cidh.oas.org
- DEL CARPIO, Columba (2014). *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- DEL REAL, Alberto (2014). *El derecho a la identidad cultural*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- ESTUPIÑAN, Rosmelin; IBÁÑEZ, Juana María (2014). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales*. París: Universidad de París, Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona.

- FAUNDES, Juan Jorge (2019a). “Panorámica sobre el derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina y desafíos emergentes para las políticas públicas en Chile”. En: *Estado y Pueblo Mapuche -Una mirada desde el Derecho y las políticas públicas*. Temuco, Universidad Autónoma de Chile. Arbitraje aceptado, en prensa, publicación 2019.
- FAUNDES, Juan Jorge (2019b). “Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico”, en: *Revista Izquierdas* (N° 45, febrero 2019), pp. 51-78.
- FAUNDES, Juan Jorge (2015). “Convenio N° 169 de la OIT en la Jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en Chile. Tendencias y debates en materia de propiedad y derecho al Territorio. Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema”. Disponible en: decs.pjud.cl [fecha de consulta: 31 diciembre 2018].
- FAUNDES, Juan Jorge (2013a). “Interpretación evolutiva de los derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario; CIPPITANI, Roberto (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma, Perugia, México: ISEG Istituto per gli Studi Economici e Giuridici. pp. 325-332. Disponible en: academia.edu [fecha de consulta: 13 de noviembre 2018].
- FAUNDES, Juan Jorge (2013b). “Derechos fundamentales y derechos humanos”, pp. 181-184. En: Mario ÁLVAREZ LEDESMA y Roberto CIPPITANI (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma-Perugia-México: ISEG (Istituto per gli Studi Economici e Giuridici). Disponible en: academia.edu
- FAUNDES, Juan Jorge (2013c). “Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos”, pp. 571-579. En: ÁLVAREZ LEDESMA, Mario y CIPPITANI, Roberto (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica* (Roma-Perugia-México: ISEG Istituto per gli Studi Economici e Giuridici). Disponible en: academia.edu [fecha de consulta: 15 de diciembre 2018].
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017a). “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexi-

- cano”. En: *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*. México, UNAM-IIJ, 2011, pp. 339-429.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2017b). “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”. En UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (2017). *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati, IVAP, MPI, pp. 155-174.
- GARCÍA ROCA, JAVIER (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra: Civitas, Thompson Reuters.
- HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela (2017). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones.
- HITTERS, Juan Carlos (2009). “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En: *Estudios Constitucionales* (Año 7, N° 2), pp. 109-128.
- MARTÍNEZ BULLÉ, Víctor (2013). “Estándares internacionales de derechos humanos”, en: ÁLVAREZ, Mario y CIPPITANI, Roberto (coords.), *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma, Perugia, México: ISEG Istituto per gli Studi Economici e Giuridici), pp. 244-247. Disponible en: academia.edu [fecha de consulta: 13 noviembre 2018]
- NASH, Claudio (2008). *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*. Tesis de doctorado (Santiago, Universidad de Chile).
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2014). *Derechos Fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*. México: Ubijus.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997a). “Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Chileno”. En: *Revista Ius et Praxis*, año 2 (2), pp. 9-72.

- OLVERA, Jorge; OLVERA GARCÍA, Julio; GUERRERO, Ana Luisa (coords.) (2017). “Los pueblos originarios en los debates actuales de los derechos humanos”. México: UNAM, CIAC, pp. 39-60.
- PIZZOLO, Calogero (2017). *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*. Buenos Aires: Porto Alegre, ASTREA.
- RAMÍREZ, Silvina (2015). *Matriz Constitucional, Estado Intercultural y Derecho De Los Pueblos Indígenas*. Buenos Aires: Ad-HOC.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo (2006). “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano”. En: *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. N° 5, año 3: pp. 43-69.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010). “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En: *Revista Estudios Constitucionales, Universidad de Talca*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Campus Santiago, año 8, núm. 1.
- RUSSO, Anna; WENCES, Isabel (2016). “De los derechos de los “miembros de las comunidades” a los derechos de la “comunidad y sus miembros”: la diversidad cultural y el reconocimiento de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *La América de los Derechos*. En: Isabel WENCES; Pablo SANTOLAYA MACHETTI (coords.), *La América de los Derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SARMIENTO, Daniel (2004). *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Río de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- SCHIER, Paulo Ricardo (1999). *Filtragem Constitucional*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris.

Jurisprudencia

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Corte IDH. Sentencia de 25 de mayo de 2010.

Caso Comunidad Indígena Moiwana vs. Surinam. Corte IDH. Sentencia de 15 de junio de 2005.

Caso Comunidad Indígena Yakey Axa vs. Paraguay. Corte IDH. Sentencia 17 junio 2005.

Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Corte IDH. Sentencia 29 marzo 2006.

Caso Masacre Plan de Sanchez vs. Guatemala. Corte IDH. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Reparaciones.

Caso de Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Corte IDH. Sentencia de 27 de junio de 2012.

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Corte IDH. Sentencia 28 noviembre 2007.

Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Corte IDH. Sentencia 24 agosto 2010.

Caso Guaiños con Colombia. Comisión Interamericana Derechos Humanos (CIDH), caso N° 1.690, informe de 1 de noviembre de 1972.

Caso del Pueblo Yanomami del Nordeste de Brasil. Comisión Interamericana Derechos Humanos (CIDH), caso N° 7615, denuncia 5 de marzo de 1993, Informe de 5 de marzo de 1985, Res. 12/85.

Caso N°11.129, Informe de 7 de marzo de 1996 N° 7/96.

Caso Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos. Comisión Interamericana Derechos Humanos -CIDH-, N° 11.140 (Fondo), Informe del 27 de diciembre de 2002, Informe N° 75/02.

Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Comisión Interamericana Derechos Humanos (CIDH), caso N°11.129, denuncia 5 de marzo de 1993, Informe favorable del 7 de marzo de 1996, N° 7/96, Demanda contra Guatemala ante la Corte del 30 de agosto de 1996.

Identidad Cultural y conocimientos tradicionales. La convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial

HELLEN TERESITA PACHECO CORNEJO¹

Se podría definir identidad cultural como un derecho fundamental, de naturaleza colectiva, propio de las sociedades pluralistas y democráticas, definición que emana del Derecho Internacional de Derechos Humanos elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del caso “Sarayaku vs. Ecuador” aludido por Faundes (2019, p. 53).

Desde el núcleo duro de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, conformado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos de Nueva York –tanto el de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, son numerosos los artículos que aluden a la cultura y a partir de los cuales se puede considerar que este derecho a la identidad cultural emana del derecho de la persona a participar en la vida cultural del grupo al cual pertenece y manifestar sus propias ideas o creencias mediante todas las formas posibles, desarrollando con ello una base de creación de conocimientos. Esos conocimientos, determinados por la forma cómo ese grupo concibe su entorno, al decir de Molano, son “la historia entre la memoria individual y colectiva” y formarán parte de su patrimonio, en este caso

¹ Doctora en Cooperación al Desarrollo Sostenible de la Universidad la Sapienza de Roma. Autora de diversos trabajos en torno a la propiedad intelectual y, en especial, la protección del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas.

Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile. Correo: hellen.pacheco@uautonoma.cl

inmaterial o intangible, existiendo por ende una especie de propiedad sobre dicho patrimonio².

La identidad cultural de un grupo está fuertemente ligada al patrimonio que va adquiriendo en el curso de su historia. Como expone Edward Said (2005, p. 53), “ninguna identidad cultural aparece de la nada; todas son construidas de modo colectivo sobre la base de la experiencia, la memoria, la tradición (que también puede ser construida e inventada), y una enorme variedad de prácticas y expresiones culturales, políticas y sociales”.

Expuesto lo anterior, resulta conveniente reflexionar acerca de qué comprende ese patrimonio inmaterial o intangible por cuanto la designación recae sobre un conjunto que no tiene existencia corpórea o material.

Definiendo patrimonio inmaterial o intangible

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la definición de patrimonio proviene del derecho romano y señala: “Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.”

En el ámbito del derecho, el patrimonio es un atributo de la personalidad como el nombre, el domicilio, la nacionalidad o el estado civil. Está integrado por bienes afectos a un destino y susceptibles de un avalúo económico. Luego, los bienes que integran el patrimonio pueden ser tanto corporales como incorpóreas o intangibles.

La voz patrimonio intangible, por otra parte, se ha extraído de las discusiones a propósito del patrimonio cultural. Este último es un concepto desarrollado gracias a distintos instrumentos elaborados por la Unesco referidos a la cultura³.

² Véanse los siguientes artículos: Declaración Universal de los Derechos Humanos 22 y 27; Pacto de derechos civiles y Políticos 27; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1, 13 y 15; el Pacto de San José de Costa Rica, si bien alude en su artículo 13 a que toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, se enfoca, principalmente, en el reconocimiento de la propiedad intelectual sobre las creaciones culturales.

³ “El concepto de patrimonio histórico va evolucionando hacia el de bien cultural, el cual se

Entre los primeros instrumentos cuenta la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, y el correspondiente Reglamento para la aplicación de la Convención, adoptados en mayo de 1954, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de proteger las obras de arte del saqueo y de la destrucción como expresión de desprecio por la cultura del enemigo⁴. Esta convención presentó el concepto de bien cultural, pero no lo definió sino que entregó una lista de los bienes físicos protegidos por el tratado y asociados a su valor histórico como los edificios, obras arquitectónicas, obras de arte y manuscritos, así como los inmuebles que las contengan.

En 1970, la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales consideró bienes culturales a los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas en dicha convención. Se emplea, nuevamente, un concepto más bien material o físico de los bienes y se exige, para que un objeto sea considerado bien cultural, el requisito de haber sido declarado por vía administrativa como tal por el respectivo Estado.

La Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de 1972 se sirve de la misma concepción material de bienes culturales de la convención de 1954 pero extendió su cobertura y estableció la clasificación que distingue entre patrimonio natural y cultural. Dentro de este último tipo de patrimonio incluyó tres categorías: los monumentos, los conjuntos y los lugares, reconociendo que el valor de ellos está dado no solo por su corporeidad, sino por la relevancia y significación que tienen para la comunidad⁵. Según su artículo 4, cada Estado con-

utiliza por primera vez en el siglo XX, en los años 50 (no es casual que sea luego de la Segunda Guerra Mundial), en la Convención para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, impulsada por la UNESCO” (MOLANO, 2007, p. 76).

⁴ “La práctica de la segunda guerra mundial fue relevante por el saqueo nazi de bienes públicos y privados –de judíos, en particular–, así como por la destrucción de bienes durante los ataques, en algunos casos deliberados como sucedió muy especialmente en algunos países eslavos de Europa del este, considerados inferiores por los atacantes” (LIESA, 2009, p. 242).

⁵ *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*. Art. 1: “A los efectos

tratante se obligó a valorar listas de dicho tipo de patrimonio a fin de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio.

Los hitos referidos fueron afianzando una definición de patrimonio cultural tangible o material, citada frecuentemente y atribuida a la Unesco, que se enfocó más bien en bienes con una existencia corpórea o material, considerados culturales por su valor de afección relativo a su importancia histórica, científica, simbólica o estética. Definición que señala:

El patrimonio cultural está formado por los bienes culturales que la historia le ha legado a una nación y por aquellos que en el presente se crean y a los que la sociedad les otorga una especial importancia histórica, científica, simbólica o estética. Es la herencia recibida de los antepasados, y que viene a ser el testimonio de su existencia, de su visión de mundo, de sus formas de vida y de su manera de ser, y es también el legado que se deja a las generaciones futuras. Este además se clasifica en objetos muebles e inmuebles (CORTÉS, 2008).

Hasta ahí, no se había definido Patrimonio Cultural Inmaterial ya que el foco estuvo siempre puesto sobre los bienes materiales.

En 1990 la ley estadounidense Native American Graves Protection and Repatriation Act, también llamada Acta de Preservación Arqueológica (o NAGPRA, por su sigla en inglés) estableció:

Patrimonio cultural, se entiende un objeto que tiene una importancia histórica, tradicional o cultural, fundamental para el grupo o la cultura de los nativos americanos, en lugar de propiedad de un nativo americano individual, y por lo tanto, no puede ser alienado, apropiado o transmitido por cualquier individuo, independientemente de si es o

de la presente Convención se considerará 'patrimonio cultural': -los monumentos: obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, -los conjuntos: grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia, -los lugares: obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza así como las zonas, incluidos los lugares arqueológicos que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.

no miembro de la tribu india o de una organización nativa de Hawái y tal objeto debe haber sido considerado inalienable por dicho grupo de nativos americanos en el momento en que el objeto fue separado de dicho grupo:

En esta definición es el grupo interesado o la cultura en sí, quien determina el carácter de cultural de un objeto y no el Estado, lo que se apega más al principio de autodeterminación reivindicado por los pueblos indígenas⁶.

En 2001 se presentó la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural, texto que en una de sus consideraciones define lo que se considera cultura y reiteró elementos espirituales, intelectuales y afectivos, señalando en su artículo 4, a propósito de la diversidad cultural y derechos Humanos, la importancia que reviste el respeto a la diversidad cultural de los pueblos indígenas:

La defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas. Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional, ni para limitar su alcance⁷.

Esta declaración consta de un anexo que se refiere expresamente a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas en lo relativo a orientaciones principales de un plan de acción para la aplicación de la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural:

14. Respetar y proteger los sistemas de conocimiento tradicionales, especialmente los de los pueblos indígenas; reconocer la contribución de los conocimientos tradicionales, en particular por lo que respecta a la pro-

⁶ Texto extraído de law.cornell.edu [consultado el 25 de abril de 2019].

⁷ Así, el preámbulo señala: “Reafirmando que la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.”

tección del medio ambiente y a la gestión de los recursos naturales, y favorecer las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales.

Con posterioridad la Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 definió este último concepto de modo amplio en su Art. 2, N° 1 como:

[...] los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

En estricto rigor, solo la primera parte de este artículo podría considerarse definición, mientras que la segunda menciona características que distinguen este patrimonio de otros patrimonios: su transmisión de generación en generación, interacción con la naturaleza, con historia, concepción del orden del universo, generador de identidad y continuidad cultural (HERRERA & RODRÍGUEZ, 2008, p. 184).

Uno de los aspectos interesantes de esta definición es que en ella los conocimientos son considerados patrimonio y sobre el patrimonio hay derechos de propiedad, los pueblos originan, gracias a su identidad cultural un cúmulo de manifestaciones que forman parte de un patrimonio y como tal es susceptible de tener un valor económico.

Acto seguido, el artículo 2° de la Convención especifica cuáles manifestaciones culturales están comprendidas en este patrimonio cultural. “El patrimonio cultural inmaterial, según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los siguientes ámbitos”:

a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial;

- b) artes del espectáculo;
- c) usos sociales, rituales y actos festivos;
- d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo;
- e) técnicas artesanales tradicionales.

La letra d se refiere expresamente a los conocimientos tradicionales.

Patrimonio Inmaterial y conocimientos tradicionales

Como se puede apreciar en la definición de patrimonio cultural inmaterial, los conocimientos tradicionales forman parte del patrimonio intangible de un pueblo o grupo, existiendo norma expresa que los incluye como recién se ha indicado, habiendo una designación de género a especie. Los conocimientos tradicionales se caracterizan por ser (PACHECO, 2012, p. 220):

Colectivos: Pertenecen a todos los que integran la comunidad sin exclusividad. Han sido desarrollados con el aporte de todos sus integrantes, incluidos los antepasados, con miras a ser traspasados a las generaciones futuras.

Orales: Se traspan de generación en generación. Evolutivos, dinámicos, sin fecha. Se van adaptando a las nuevas necesidades que enfrenta la comunidad y no es posible capturarlos en una idea acabada y fija ya que ello impediría que la propia cultura fluyera.

Holísticos: No reduccionistas o fragmentarios, sino producto de la observación y experiencia directa en el lugar, se desenvuelven en un contexto único. Esta es su principal característica.

Inclusivos: Participan todos los miembros de la comunidad, en vez de solo los científicos, a menos que se trate de un tipo de conocimiento reservado solo a personas “iniciadas”. De ahí que es difícil determinar el titular de estos conocimientos, debiendo notarse la relevancia de la posesión de conocimientos en cuanto al género (MAYORGA, 2018, p. 66).

El método de aprendizaje para adquirirlos dependerá de la usanza de cada pueblo, existiendo algunos métodos de tipo intuitivo u otros más sofisticados, con rituales duros y hasta traumáticos para los participantes.

El acceso y uso de estos conocimientos se rige por normas consuetudinarias, propias de cada grupo. El modo de adquisición de los conocimientos, específico para cada cultura, es lo que les confiere el carácter de tradicionales, no la antigüedad de este.

En el caso de culturas indígenas una buena parte tiene un carácter religioso o espiritual. Por esto resulta difícil evaluarlos en dinero, sin perjuicio de que se pueden compensar con medios materiales.

Este tipo de conocimientos despertó interés mundial debido a las posibilidades de desarrollo de productos comerciales a partir de él, con especial atención hacia los conocimientos referidos a recursos genéticos, que pueden tener aplicación en diversos campos de la industria: textil, química, agrícola, cosmética, vitícola, etc.

Desde 1985 ha existido preocupación por parte de la Unesco de proteger el patrimonio cultural, como por ejemplo las expresiones del folclore, contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, esto por cuanto un uso no autorizado, fuera del contexto cultural que los origina, pudiera tener diversas consecuencias desde una perspectiva cultural:

- pérdida de control por parte de los grupos que conciben esos conocimientos, lo que pudiera implicar un cambio en las normas conforme a las cuales esos conocimientos circulan, a las cuales se accede, se transmiten, etc⁸.

- sobreexplotación de los recursos asociados a los conocimientos, lo que en los casos más extremos lleva a una erosión o degradación ambiental, donde la industria turística pudiera generar impactos no deseados (RION, 2010).

⁸ “En la forma de obtención de productos biológicos se cuestiona la inexistencia, en muchas ocasiones, de consentimiento informado previo, de tal forma que las comunidades estén al tanto de lo que se pretende realizar y sus implicaciones científicas. Tampoco se tiene en cuenta para proyectos que podrían afectar a los conocimientos, innovaciones y prácticas indígenas, y su participación en procedimientos relevantes de legislación y decisión” (HERRERA & RODRÍGUEZ, 2008, p. 188).

– mercantilización de figuras sagradas o reservadas provenientes de las culturas de grupos minoritarios que no están en condiciones de resistir esa tendencia.

– en general, si bien el desarrollo local es impulsado fuertemente por la venta de productos con identidad cultural ligada a un territorio, ello a la vez ocasiona la vulneración de la esencia de los conceptos de una cultura por parte de terceros⁹.

Así, a partir de 1992, con la Convención sobre la Diversidad Biológica, se hizo un reconocimiento en su artículo 8 j en relación con el 15, a su importancia de los conocimientos tradicionales para la preservación de la biodiversidad, especialmente aquella *in situ*.

En 2014 entró en vigencia el Protocolo de Nagoya, complementario al Convenio sobre Diversidad Biológica, cuatro años después de ser firmado en Japón el 10 de octubre de 2010 por las partes.¹⁰ Este instrumento se denomina oficialmente Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al convenio sobre la diversidad biológica. Su objetivo, descrito en el primer artículo¹¹, persigue crear un régimen internacional de acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales en lo que el protocolo considera una manera justa, esto es con participación de sus detentores en los beneficios que se generen de su explotación comercial, otorgando, a la vez, certeza jurídica para quienes accedan a recursos genéticos o conocimientos tradicionales asociados a ellos (COL-CELLI, 2019, p. 220).

⁹ “Esta recreación o potenciación identitaria, no solo puede revivir, volver a poblar áreas rurales, despertar interés en una población apática, lograr cohesión social, si no que además puede desencadenar actividades económicas y con ello mejorar los ingresos y la calidad de vida de la colectividad. Usualmente estos ingresos están relacionados con la oferta de productos, bienes y servicios, que se colocan oportunamente en el mercado, que van desde lo agropecuario hasta actividades orientadas al turismo” (MOLANO, 2007, p. 74).

¹⁰ Este tratado puede estudiarse a través de GREIBER (2013).

¹¹ Protocolo de Nagoya, Art. 1º: “El objetivo del presente Protocolo es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.”

Chile no ha firmado dicho protocolo, pero tampoco cuenta con una normativa que reconozca el valor de los conocimientos tradicionales más allá del derecho a manifestar la propia cultura presente en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y particularmente el derecho a la autoidentificación establecido en el artículo 2º del Convenio 169 de la OIT (PACHECO y MASBERNAT, 2018, p. 210). Tampoco ha sido aprobada la ley de acceso a recursos genéticos promovida por la ODEPA (Oficina de Desarrollo de Políticas Agrícolas) desde hace ya 12 años y un proyecto de reforma constitucional que sanciona el principio de revelación del origen de los recursos genéticos o conocimientos asociados a estos incluidos en invenciones, también en trámite.

La Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Inmaterial

Este tratado internacional fue adoptado el 17 de octubre de 2004 y entró en vigor con fecha 20 de abril de 2006 al reunirse el número de ratificaciones señaladas por el artículo 34 del mismo tratado. Chile lo ratificó con fecha 10 de diciembre de 2008. El acuerdo amplía la protección que los estados deben otorgar al patrimonio cultural, pero va más allá de aquel que tenga solo existencia corpórea y funciona en base a listas que deben confeccionar los estados dando cuenta de la presencia de este tipo de bienes en su territorio. Lo anterior implica que, para un patrimonio intangible se considere objeto de protección, es necesario que el Estado lo incluya en un listado que debe confeccionar para servir los compromisos adquiridos por medio de la convención, lo que si bien puede hacer más lenta su valorización al tener que pasar por un proceso administrativo de selección, permite dar un sustrato material a este patrimonio pues queda fijado en un formato material a través de citas, videos, pendrives, archivos en formato mp3 u otros dispositivos digitales o incluso en papel. Esa materialidad ayuda no solo a conservar el patrimonio intangible, si no que lo explica y le da contenido, como señala Rion (2010, p. 81).

Las finalidades de este tratado están expuestas en su primer artículo:

- a) la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial;

- b) el respeto del patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos de que se trate;
- c) la sensibilización en el plano local, nacional e internacional a la importancia del patrimonio cultural inmaterial y de su reconocimiento recíproco;
- d) la cooperación y asistencia internacionales.

Para lograrlas se dispone la adopción por sus Estados Parte de funciones o acciones a implementar en su Artículo 11, Funciones de los Estados Partes.

Incumbe a cada Estado Parte:

- a) adoptar las medidas necesarias para garantizar la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial presente en su territorio;
- b) entre las medidas de salvaguardia mencionadas en el párrafo 3 del Artículo 2, identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes.

Conclusiones

La identidad cultural es un soporte de todo pueblo y le permite entender su historia y dar respuesta a sus necesidades de sobrevivencia, por ello el reconocimiento de este derecho es casi inseparable de su derecho a la vida y un pilar en su desarrollo económico.

Tal identidad se conforma por una serie de manifestaciones culturales que forman parte de su patrimonio, tanto por bienes con expresión material como por bienes de naturaleza intangible, dentro de los cuáles se encuentran los conocimientos acumulados en el tiempo por una colectividad denominados conocimientos tradicionales.

Los requerimientos levantados por el uso no autorizado de los conocimientos tradicionales, especialmente de los pueblos indígenas, hacen ne-

cesaria protección específica por parte de los estados a fin de salvaguardar que su identidad cultural no sea horadada mediante la explotación para fines no autorizados de este patrimonio.

Si bien Chile no es parte del Protocolo de Nagoya, sus efectos y las exigencias que plantea, afectan del mismo modo el tráfico de recursos genéticos desde y hacia el país, debido al hecho cierto de la presión global que existe por el uso de los anteriores, lo que hace necesario que la legislación nacional regule estas materias sin más retardo, puesto que se encuentra obligado por la aplicación de tratados como el Convenio 169 de la OIT y la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial.

Referencias bibliográficas

- COLCELLI, Valentina (2019). “Enhancing biodiversity and EU environmental policy: the function of mutually agreed terms for implementing the Nagoya Protocol”. En: Patricio Masbernat y Antonio Cubero (2019). *Protección del Medio Ambiente. Fiscalidad y otras medidas del derecho al desarrollo*. La Rioja, España: Aranzadi.
- CORTÉS, Silvia (2008). “Patrimonio y Educación”. En: *Contextos Estudios de Humanidades y Ciencias Sociales N° 20*, Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, Santiago de Chile, pp. 205-212.
- FAUNDES, Juan Jorge (2019). “Derecho Fundamental a la Identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al estado de derecho hegemónico”. En: *Izquierdas*, 45, febrero, Santiago de Chile, pp. 51 - 78.
- GREIBER, Thomas (2013). “Guía Explicativa del Protocolo de Nagoya sobre Acceso y Participación en los Beneficios”, UICN (Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y Recursos Naturales), Serie de Política y Derecho Ambiental N°83, Gland, Suiza [<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>].
- HERRERA, Sandra y RODRÍGUEZ Eduardo (2004). “Etnoconocimiento en Latinoamérica. Apropiación de recursos genéticos y bioética. En *Acta Bioethica*; año X, NO 2, Santiago de Chile. pp. 181 - 190.

- LIESA, Carlos (2009). “Evolución Jurídica de la Protección Internacional en los bienes culturales en los conflictos armados”. En: *A.E.D.I.*, vol. XX V, Madrid, España, pp. 239-262.
- MAYORGA, Cecilia (2018). “Reflexiones en torno a la relación de las mujeres indígenas con la organización y los recursos de sus comunidades”. En Mayorga Cecilia y Ferdinandp Treggiari (2018). *Biodiversidad y Conocimientos tradicionales. Perspectivas históricas, socioculturales y jurídicas*. Temuco: Ed. Universidad de La Frontera, pp. 55 – 69.
- MOLANO L., Olga (2007). “Identidad cultural un concepto que evoluciona”. En: *OPERA*. 7, 7 (nov. 2007), Bogotá, Colombia, pp: 69-84.
- PACHECO, Hellen (2012). “Acceso a Conocimientos Tradicionales”. En: Roberto Cippitani (2012). *Società della Conoscenza e cultura dell'integrazione*. Perugia: Ed. Università Degli Studi di Perugia, pp. 285- 306.
- PACHECO, Hellen y MASBERNAT, Patricio (2018). “El régimen internacional de acceso a recursos genéticos y conocimientos tradicionales. Desafíos que implica la vigencia del Protocolo de Nagoya para Chile”. En: Cecilia Mayorga Cecilia y Ferdinando Treggiari (2018). *Biodiversidad y Conocimientos tradicionales. Perspectivas históricas, socioculturales y jurídicas*. Temuco: Ed. Universidad de La Frontera, pp. 197 - 215.
- RION, Rossana (2010). “La problemática de la conservación del patrimonio intangible”. En: *her&mus* 5, volumen ii, número 3, Barcelona, España. pp. 78- 82.
- SAID, Edward (2005). “Cultura, identidad e historia”. En: Jan Assman y otros. *Teoría de la cultura. Un Mapa de la cuestión*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pp. 37 – 53.

Textualidad e identidad mapuche en la faja *trariwe*

SUSANA CHACANA HIDALGO¹

Textil indígena como textualidad multidimensional

Los pueblos indígenas latinoamericanos desarrollan materialidades y técnicas textiles muy diversas. Su amplia producción está conformada por preciosas prendas, colores, texturas, iconografías y diseños. Estos textiles posibilitan identificar procedencias y diferencias entre colectivos cuyos tejidos forman parte fundamental de su cultura y de la economía de un territorio.

Entre las primeras observaciones que realiza el hombre occidental al llegar a América, están aquellas que describen objetos textiles elaborados y usados por los habitantes del llamado Nuevo Mundo. Reconociendo que el descubrimiento de América es como dice Todorov “lo que anuncia y funda nuestra identidad presente, no hay ninguna [fecha] que convenga más para marcar el comienzo de la era moderna que el año 1492.” (TODOROV, 2016, p. 15). Entonces, iniciamos el problema del “otro”, en lo textil y la supremacía del pensamiento occidental moderno a pocos años de iniciado el proceso de conquista latinoamericana, marcada por contradicciones económicas y cristianas, entre el amar y el dominar.

Durante el proceso de colonización de occidente sobre América indígena, la escritura se fue instalando como principal modo de conocer, describir, comunicar, encubrir y dominar lo observado. La nueva realidad domi-

¹ Profesora de Historia y Geografía, Magister en Educación mención Gestión Educativa, diplomada en Consejería Educacional y Vocacional, Antropología Audiovisual, Gestión Cultural. Investigadora de Textiles Mapuche. Candidata a Doctora en Estudios Interculturales, Universidad Católica de Temuco. Investigadora de Textiles Mapuche. Coordinadora de Educación y Extensión del Museo Regional de La Araucanía. En el cargo la profesional investigadora, vincula la Gestión Cultural-Patrimonial con la Gestión Educativa con énfasis en Patrimonio Vivo, Inclusión Social e Investigación Patrimonial.

nante identificó la oralidad indígena como sinónimo de salvajismo y la escritura como sinónimo de civilización. Sin embargo, desde las actuales formas de comprender el mundo indígena se otorga mayor validez a su episteme y se plantea la existencia de otros modos de ser y conocer (MIGNOLO, 2007). Estos enfoques otorgan revaloraciones y reconocimientos hacia “otras textualidades” presentes en las sociedades indígenas como expresiones del saber y del hacer, como ocurre en el caso de los textiles de los pueblos originarios.

Para Simón Yampara (2008) con la colonización europea del mundo andino se instaló -y permanece hasta la actualidad- una confrontación de matrices culturales radicalmente diferentes y asimétricas, lo que constituye un desafío epistémico para quienes investigan y trabajan en un contexto intercultural. En esto radica la importancia de desarrollar estrategias y metodologías verdaderamente simétricas que reconozcan otras epistemes posibles.

La apertura hacia otras textualidades otorga vitalidad y continuidad al sentido comunicador del textil indígena, concebido como textualidad resistente que se relaciona estrechamente a procesos de modos de ser, hacer, conocer y subvertir indígenas. Se entiende textualidad indígena, “como interpenetración de prácticas, significados y niveles de lecturas que se encuentran en un texto determinado [...] como un textil que abarca género, textura, voz, cualidad táctil, codificación de color, patrón de organización de diseño y también los aspectos territoriales y temporales encajonados en el diseño” (ARNOLD & YAPITA, 2005, p. 15). Reconociendo a la sociedad indígena como un sistema social dinámico, por tanto, se adapta y transforma, su textilería refleja de igual forma estas características. Así, pueden coexistir prendas que son parte fundamental del atuendo ancestral con otras que se han incorporado o transformado mientras que otras definitivamente han desaparecido y nadie las usa. En esta dinámica de cambio y permanencia es posible identificar que coexisten múltiples dimensiones por las que circulan o transitan los textiles.

En el contexto mapuche la faja *trarüwe* constituye un textil de compleja técnica y alta densidad simbólica. En este sentido, la textualidad de esta prenda es de tipo multidimensional expresando tensiones que se mani-

fiestan en procesos de comercialización, revaloración, resignificación y recuperación, pues estos tejidos son considerados al mismo tiempo y al menos, un objeto artesanal, ritual y patrimonial. Aquí el objeto textil se aborda desde la perspectiva de Arjun Appadurai, quien señala : “ Centrándose en las cosas que se intercambian, y no simplemente en las formas o las funciones del intercambio, es posible argüir que lo que crea la conexión entre intercambio y valor es la política, entendida en sentido amplio.” (APPADURAI, 1991, p. 17). Así el textil indígena circula y se vincula de diversas maneras al poder.

En la dimensión artesanal la producción del *trariüwe* se ha visto potenciada por las transformaciones económicas que favorecen la comercialización rápida y el ingreso a nuevos mercados, tensionando los tiempos y espacios rituales. Desde otra mirada, las ventas de estos objetos textiles con denominación de origen o bajo el concepto de Comercio Justo son bien valoradas y las ganancias económicas que otorgan, al parecer, están mejor distribuidas.

La dimensión ritual de la prenda se ha visto revitalizada con el mayor uso y elaboración para ceremonias y acciones políticas asociadas a la lucha por el reconocimiento de la sociedad mapuche. Las maestras textiles desarrollan estas prendas como encargos especiales, donde su elaboración conserva instancias de comunicación directa y respeto de protocolos culturales mapuche, es decir, tiempos y espacios no occidentalizados, no solo comerciales, ni patrimoniales.

En la dimensión patrimonial, los *trariüwe* son considerados objetos de colección y por lo tanto integran museos o son transados entre coleccionistas y anticuarios. Tradicionalmente, el acceso a estas colecciones ha estado restringido y es una posibilidad que se ha otorgado, casi exclusivamente, a investigadores. Hoy, los museos presentan una mejor disposición a abrir sus espacios y facilitar que las colecciones textiles indígenas sean conocidas y documentadas por la sociedad de la que provienen. Con ello se abren y estimulan debates sobre la posesión y control que ejerce la sociedad dominante sobre objetos indígenas.

El reconocimiento de la multidimensionalidad del textil *trariüwe* es un paso hacia el reconocimiento jurídico y político de la sociedad mapuche,

pues este objeto condensa aspectos múltiples de tipo social e identitario, potenciados o tensionados según se valoren y se respeten dichas dimensiones. El reconocimiento de las diferenciaciones sociales y territoriales mapuche mediante el estudio de colecciones patrimoniales es otra posibilidad de acercamiento y diálogo entre distintos tipos de sociedades y de conocimientos.

En lo que sigue, se plantea en primer lugar a la faja *trariüwe* como textualidad en resistencia. Luego se abordan las identidades territoriales y sociales de la faja textil mapuche a partir de la etno-clasificación que surgió desde la investigación etnográfica de la colección textil del Museo Regional de La Araucanía. Finalmente, se proponen algunas reflexiones sobre actuales procesos de resistencia, revitalización y resignificación del textil *trariüwe* mapuche.

La faja *trariüwe* como textualidad resistente

Entre las prendas de la vestimenta mapuche que expresan prácticas, significados y múltiples lecturas, es decir textualidad mapuche, destaca la faja *trariüwe*. Un textil de uso femenino de una dificultad técnica superior que integra y comunica distinciones sociales y territoriales específicas a sus portadores. Mientras la faja de mujer mapuche se denomina *trariüwe*, palabra que viene de *trariün*, llevar atado o amarrado y *we*, lugar (SEPÚLVEDA, 1985), la faja de hombre mapuche se denomina *trariüchiripa*, aludiendo a la amarra que va sobre la *chiripa*, que es un textil rectangular que a modo de pañal cubría la entrepierna.

Su existencia, en la zona centro-sur de Chile, se remonta a tiempos prehispánicos según la evidencia arqueológica, custodiada por el Museo El Vergel de Angol, encontrada rodeando la cintura de una mujer, dentro de una urna funeraria del territorio de Alboyanco (1300-1350 DC), sitio perteneciente al denominado Complejo Cultural El Vergel (BRUGNOLI & HOCES, 1995).

Actualmente, las fajas mapuche se elaboran y encuentran en distintos espacios, contextos y con distinta carga simbólica dando cuenta de la multidimensionalidad. Así, por ejemplo, están los *trariüwe* que se mandan

a tejer como encargo especial a la *ngürekafe*, están los *trarüwe* heredados, y los que se pueden comprar en una tienda de artesanía, así *trarüwe* antiguos que forman parte de colecciones de museos o de coleccionistas privados, entre otros.

Para comprender algunas de las tensiones que se provocan entre las múltiples dimensiones de la faja *trarüwe*, interesa detenerse en aquella que ligadas a la ritualidad mapuche, que por lo tanto, se desarrolla bajo el protocolo de confección mapuche, pues encargar una faja implica un compromiso y vínculo entre textilera y portador o portadora machi. Los *trarüwe* de machi son encargos que se desarrollan bajo conocimiento, respeto y responsabilidad mutua, pues aumenta el desafío técnico y simbólico, incluso para la *ngürekafe* más experta. Además, este proceso puede estar mediado por *peumas* y *perimontun*, es decir, sueños y visiones, lo que amplía la complejidad del encargo textil.

El proceso de elaboración tradicional del *trarüwe*, implica conversaciones y tiempos de espera que para la sociedad mapuche forman parte de un protocolo sociocultural cotidiano, conocido, aceptado y necesario que contiene razones prácticas y simbólicas. Desde el sentido práctico, es relevante conocer la estructura física de quien la usará, considerando que se debe lograr el amarre apropiado, con el largo y ancho óptimo. Desde el sentido simbólico, se integra pertinencia territorial y social en colores, iconografías, terminaciones y detalles técnicos de finas especificaciones y condiciones, todo ello vinculado a identificar y expresar mensajes colectivos e individuales ligados a los antepasados, la familia, la protección del vientre y la fertilidad.

Otra forma de obtener una faja *trarüwe* en la sociedad mapuche es heredándola desde las mujeres mayores de la familia, madres, tías o abuelas. Estos *trarüwe* son muy atesorados por las nuevas portadoras y generalmente son usados solo en ocasiones especiales o rituales, pues su antigüedad y conservación exige mayor cuidado dado su largo tiempo de uso. La variedad iconográfica es una característica relevante de este tipo de fajas que, como objeto heredado con mensaje familiar, conecta a la mujer con su ascendencia o *küpalme*.

Las fajas comercializadas en tiendas de artesanías no están orientadas al uso y su compra responde al interés por exhibirla o regalarla, muchas veces son para un turista que es más exigente y que desea un *souvenir* auténtico o propio del territorio visitado. Este tipo de faja comercial no representa lo mismo y su calidad técnica y simbólica es inferior a las usadas por mujeres mapuche. Generalmente, estas fajas han sido elaboradas para la venta rápida y directa e incluso para ser enviadas a lugares remotos mediante venta *on line*.

En cuanto a las fajas antiguas consideradas patrimonio cultural son custodiadas por museos y coleccionistas privados, bajo un concepto de supremacía de dominio individual o del dominio de un estado nación, por sobre el patrimonio del colectivo al que perteneció. También se dan procesos de patrimonialización y comercialización entre museos públicos y coleccionistas privados con el fin de incorporar estos objetos al Estado.

En el primer caso, cuando se trata de museos públicos, estos textiles son incorporados y clasificados bajo el concepto de patrimonio cultural nacional, por sobre el patrimonio del colectivo que lo elaboró. En el segundo caso, participan coleccionistas privados que compran y venden estas prendas indígenas en sus redes, entre las que también participan los museos, y las adquieren directamente de mujeres mapuche para ser incorporadas a sus colecciones privadas.

Así, la presencia y vigencia de la faja *trariüwe* se tensiona y coexiste entre varias dimensiones, donde las mujeres textiles mapuche transitan junto a la prenda entre la artesanía, la ritualidad y la patrimonialización. Ello deriva en distintos niveles de valoración, significación y reconocimiento según la dimensión por la que el objeto textil circula.

En materia de patrimonialización, el estudio de las fajas etnográficas de museos posibilita el surgimiento de nuevas interrogantes y nuevas tensiones en torno a condiciones sociales, políticas y económicas relativas a su riqueza iconográfica, usos posibles, territorios de procedencia y significados.

Las políticas patrimoniales incentivan la estandarización de criterios de documentación de colecciones de museos en miras a permitir el acceso universal a dichas colecciones, sin embargo, estos criterios muchas veces no permiten reconocer diferencias identitarias y pertenencias específicas en materia de colecciones etnográficas.

Las colecciones de textiles mapuche son consideradas colecciones etnográficas. Estos objetos, exigen procesos de investigación, documentación, clasificación, entre otros, que aportan a su conocimiento y conservación. Ocurre que en estos procesos, el manejo de la lengua y los saberes del colectivo de procedencia es fundamental, pues ello implica profundizar en sus cualidades desde un sentido práctico y simbólico original. De no ser así, la conservación del objeto se limita al manejo e interpretación que posibilita y otorga la cultura y lengua dominante. Frente a esta problemática, la participación de las comunidades indígenas es vital, pues permite acercamientos de saberes múltiples entre museos y comunidades, además del desarrollo de un proceso de documentación culturalmente pertinente y surgimiento de nuevas clasificaciones, como en el caso de las fajas *trarüwe* de la colección textil del Museo Regional de La Araucanía.

Identidades territoriales y sociales en la faja textil

Desde el Museo Regional de La Araucanía y con el apoyo del Fondo de Investigación Patrimonial (FAIP /DIBAM) entre los años 2012 y 2013, se desarrollaron dos proyectos de investigación sobre las fajas textiles: “Diferenciadores de la textualidad y etnoestética femenina contenida en la Colección de *Trarüwe* del Museo Regional de la Araucanía” y “La mujer del color, usos y significados de los tintes del *trarüwe* o faja femenina de la Colección del Museo Regional de La Araucanía”.

Estas investigaciones estudiaron la colección de fajas textiles ingresadas al inventario del museo el año 1995. Dicha colección estaba compuesta de veintiseis fajas recolectadas por el arqueólogo y coleccionista Américo Gordon Steckl, en su mayoría provenientes de la zona cercana a la ciudad de Temuco y Nueva Imperial.

El trabajo, de tipo etnohistórico y etnográfico fue desarrollado en La Araucanía y en Biobío, integrando entrevistas en profundidad y talleres de interpretación con textileras mapuche en el museo, bajo la premisa de incluir distintas territorialidades mapuche del espacio geográfico chileno expresado al menos en tres áreas: cordillera, valles y costa. Esta investi-

gación dio por resultado una serie de etno-criterios diferenciadores que permitieron desarrollar una nueva clasificación de fajas.

A partir de la observación y de la descripción de las maestras textileras mapuche, se establecieron criterios de diferenciación textil. Los principales fueron: color, icono, tamaño, terminación, antigüedad y calidad técnica del textil. Así, desde el análisis de cada una de las piezas de la colección y de la convergencia de testimonios e interpretaciones, se desarrolló la nueva clasificación y tipología de fajas mapuche incorporando las diferencias sociales y territoriales que a continuación se detallan.

La identidad territorial del *trariwe*

Desde el punto de vista territorial, uno de los criterios más relevante fue la identificación de colores recurrentes en cada textil de acuerdo al área investigada. El estudio de la colección arrojó la presencia de al menos, tres áreas textiles: pewenche, wenteche y lafkenche.

En las fajas de la cordillera, es decir las del territorio pewenche, destacan los colores amarillo, blanco y azul. Junto a ello se identifica una iconografía ligada a elementos de la flora y fauna como mariposas o araucarias.



Detalle de faja Pewenche, n° 905, colección de fajas mapuche, Museo Regional de la Araucanía, Fotografía de Gastón Calliñir.

“Este yo creo que es de acá, porque tiene la mariposa, tiene una persona, esas son típicas cosas que se hacen acá, eso igual aquí le llaman algo como de planta caracol. El amarillo y el rojo son colores de acá, de la cordillera.”
(María Luisa Vita Gallina, Ralco).

La colección de *trarüwe* investigada contenía una sola faja *lafkenche*, proveniente de la zona de Cañete o Tirúa, usada y elaborada por mujeres mapuche de dicho territorio. Esta faja, presenta iconografías en cadenetas cuyo ancho varía según las características de la mujer. Una mujer casada y mayor usará una faja más ancha con mayor cantidad de cadenetas, denominadas “ojitos”.

La faja presenta malas condiciones de conservación por lo cual sus colores originales se han perdido. Actualmente, el Museo ha integrado otras fajas de procedencia *lafkenche* y sus colores principales son verde, rojo y negro.



Detalle de faja *Lafkenche* de Cañete-Tirúa, n°2261, colección de fajas mapuche, Museo Regional de la Araucanía, Fotografía de Gastón Calliñir.

“Si, pero estos son, por lo que nosotros le decimos son los ojitos, entonces las señoras casadas tienen que tener estos 4 ojitos solamente para uno, y para las niñas jóvenes son 3, y para las más chicas son de 2 ojitos” (Amalia Quilapi Huenul, Cañete).

Los *trarüwe wenteche*, es decir de valles y llanos cercanos a la ciudad de Temuco, se reconocen por los colores negro y rojo y por la presencia del icono llamado *lukutuwe*. En estas investigaciones su significado fue relacionado con una figura fitomorfa, un árbol de cuatro ramificaciones, protector de la familia y su descendencia.



Detalle de faja Wenteche, n° 2253, colección de fajas mapuche, Museo Regional de la Araucanía, Fotografía de Gastón Calliñir.

“la exclusividad es porque el lukutuwe es sabiduría, es pensamiento de todos los seres humanos, de la familia, los hijos y todos los que forman una familia”. (María Ester Llancaleo Calfulen, Puerto Saavedra)

La identidad social del *trariwe*

Además de la identificación de territorios, las fajas *trariwe* mapuche presentan diferenciaciones sociales. Las textileras definieron que la colección del Museo Regional de La Araucanía contiene fajas que habrían sido usadas, al menos, por machi, parteras, adultas sabias y jóvenes.



Faja de puñeñelchefe, mujer partera, n° 2396, colección de fajas mapuche, Museo Regional de la Araucanía, Fotografía de Gastón Calliñir.

Trariwe de mujer partera, se caracteriza por presentar en la base de la figura del *lukutuwe* la forma de útero materno.

Trariwe de *machi* mujer: Estas fajas se caracterizan por presentar gran variedad y complejidad iconográfica. La figura representativa de esta prenda es la presencia de la escalera y en algunos casos esta figura escalonada presenta brazos que fueron atribuidos a la presencia de serpientes en combate.



Faja de *machi zomo*, n°2377, colección de fajas mapuche, Museo Regional de la Araucanía, Fotografía de Gastón Calliñir.

Trarüwe de *machi* hombre: Esta faja se caracteriza y diferencia de las fajas de machi mujer por la presencia de una línea roja longitudinal a lo largo del textil. El color rojo en el centro de la faja es evidencia del rol masculino de la prenda.



Faja de *machi wentru*, n°2263, colección de fajas mapuche, Museo Regional de la Araucanía, Fotografía de Gastón Calliñir.

Trarüwe de *kimche*: Perteneció a una mujer mapuche adulta, a quien se le denomina como mujer sabia por su experiencia y conocimiento. Esta faja se caracteriza por presentar una iconografía reiterada asociada al *lukutuwe* y no es de gran variedad iconográfica.



Faja de *kimche*, mujer sabia, n°2249, colección de fajas mapuche, Museo Regional de la Araucanía, Fotografía de Gastón Calliñir.

Trarüwe de mujer joven. La elaboración y uso de esta faja fue adjudicado a una mujer joven. La técnica poco especializada y el uso del color azul evidencian dicha juventud.

El trabajo de investigación aquí descrito hizo posible integrar conocimientos y memoria de más de veinte mujeres mapuche a la colección de textiles del Museo Regional de la Araucanía. Actuales *ngürekafé* colaboran con estos procesos de investigación y documentación con genuino y empoderado interés por mirar, tocar, oler, fotografiar y aprender del *nümin* antiguo. Sus distinciones y clasificaciones como expertas activan y actualizan saberes, estableciendo puentes epistémicos entre museos, academia y comunidades.

Reflexiones finales

En la actualidad se observan procesos de revitalización y resignificación de prendas textiles mapuche como el *trarüwe*, cuyo uso se visibiliza en acciones políticas identitarias y resistentes asociadas a las demandas por el reconocimiento y a textualidades tejidas por mujeres para mujeres mapuche

La investigación etnográfica de colecciones de textiles mapuche otorga mayor comprensión y visibilidad al textil indígena como objeto multidimensional, tensionado por intereses económicos y políticos de la sociedad mapuche y la sociedad nacional, inserto en un mercado local y global demandante de alteridad.

Los procesos de investigación de colecciones de textiles patrimoniales se desarrollan desde colectivos con distintas intencionalidades. De una parte, agrupaciones de textileras mapuche rescatan técnicas y reproducen antiguos diseños que ya no se elaboran lo que favorece la activación de la memoria y de los procesos identitarios. Sin embargo, algunos de estos procesos de rescate patrimonial son liderados por diseñadoras/es que trabajan para organizaciones que comercializan textiles indígenas como artesanías de alta calidad y precio, con poco conocimiento de aspectos identitarios y socioculturales asociados a las prendas.

Una buena parte de la actual comercialización y demanda de tejidos indígenas altera el tiempo y espacio de elaboración tradicional. Para cubrir esta demanda se requiere de la asociatividad de las mujeres que antes tejían y vendían directamente. Ahora, han integrado conceptos de gestión económico financiera en sus procesos productivos, es decir, se elabora produce la cantidad requerida, agrupadas, coordinadas, orientadas al cumplimiento de un objetivo a corto plazo para dar respuesta a tiempo al mercado mejorando las condiciones de la circulación artesanal del objeto

De otra parte, desde la academia y los museos, es vital integrar simetría y reconocimiento en procesos de investigación de colecciones textiles de pueblos originarios generando nuevas metodologías y vínculos etnografía, museología y las comunidades.

Un mayor conocimiento y apertura de colecciones patrimoniales empodera a las comunidades y posibilitan procesos de activación de memoria y reinterpretación. Así, el objeto textil se abre paso desde el pasado estático y museal para conectarse con las comunidades en el presente. Ese juego entre pasado y presente, es un juego dialógico que la investigación etnográfica y la apertura de los archivos de museos estimula y aporta al reconocimiento posibilidad de sanación de heridas coloniales y de nuevos pactos.

Referencias bibliográficas

- APPADURAI, Arjun. (1991) *La vida social de las cosas, perspectiva cultural e las mercancías*, editorial Grijalbo, México.
- ARNOLD, Denise; YAPITA, Juan de Dios (2005). *El rincón de las cabezas: luchas textuales, educación y tierras en los Andes*. La Paz: Universidad Mayor de San Andrés.
- BRUGNOLI, Paulina; HOCES, Soledad (1995). Estudio de fragmentos textiles del sitio Alboyanco – Cultura el Vergel- Actas XIII Congreso Nacional de Arqueología, revista Hombre y Desierto N°9. Universidad de Antofagasta, Instituto de Investigaciones Antropológicas.
- CHACANA, S (2013). “Diferenciadores de la textualidad y etno-estética femenina contenida en la colección de *trarüwe* del Museo Regional de la Araucanía”. Informe Proyecto Fondo de Investigación Patrimonial 2012-DI-BAM.
- CHACANA, S, (2014). “La mujer del color, usos y significados de los tintes del *trarüwe* o faja femenina de la colección del Museo Regional de Araucanía”. Informe Proyecto Fondo de Investigación Patrimonial 2013-DI-BAM.
- CHACANA, S (2017). “*Trarüwe de machi: investigación y documentación*”. Colecciones Digitales, Subdirección de Investigación, Dirección de Bibliotecas Archivos y Museos. Disponible en: museoregionalaraucania.gob.cl
- MIGNOLO, Walter (2007). El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. En: CASTRO-GÓMEZ, Santiago y Ramón Grosfoguel (2007). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar.
- SEPÚLVEDA, Gastón. (1985). Propositiones para un análisis semiótico de la iconografía textil mapuche, Boletín 2, Museo Regional de la Araucanía, Temuco, pp. 25-31.
- TODOROV, Tzvetan (2016). *La conquista de América: el problema del otro*. Buenos Aires: Siglo XXI.

YAMPARA, Simón. (2009). "Interculturalidad: ¿Encubrimiento o descubrimiento de las matrices civilizatorio culturales?". En: *Inclusión Social y Equidad en la Educación Superior*, Número 4, Reflexiones sobre interculturalidad y equidad en la educación, Fundación EQUITAS, Santiago, pp.33-56.

Os impactos da comunicação mercadológica nos direitos culturais e à identidade cultural das crianças brasileiras

LIVIA CATTARUZZI GERASIMCZUK¹

PEDRO HARTUNG²

Introdução

A criança brasileira passa, em média, cerca de 5h35 por dia em frente à TV³. Diante da digitalização dos meios de comunicação e o aumento do acesso à Internet, os programas e comerciais infantis frequentemente convidam seus telespectadores a acessarem seus sites, redes sociais e canais em plataformas de vídeo na Internet.

Segundo a Pesquisa⁴ TIC KIDS ONLINE BRASIL 2017, 85% das crianças e adolescentes de nove a 17 anos são usuários da Internet. Esse número chega a 74% entre crianças de nove a 10 anos, e em 82% entre crianças de 11 a 12.

Também de acordo com a pesquisa, 73% das crianças e adolescentes brasileiras de nove a 17 anos usam a internet para comunicação e redes

¹ Advogada do programa Criança e Consumo do Instituto Alana, formada em Direito pela PUC-SP e pós-graduanda em sociopsicologia pela FESP – Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo.

² Advogado e Coordenador dos Programas Prioridade Absoluta e Criança e Consumo do Instituto Alana. Membro do Painel Técnico do Curso de Liderança Executiva do Center on the Developing Child da Harvard University. Doutor em Direito pela USP com doutorado sanduíche em 2017 pela Harvard Law School e Pesquisador Visitante no Child Advocacy Program da Harvard Law School. Pesquisador visitante do Max-Planck-Institute de Direito Público Comparado e Internacional. Especialização pela Universidade Ludwig Maximilians (LMU) de Munique/Alemanha.

³ Disponível em: criancaeconsumo.org.br Acesso em 20.5.2019.

⁴ Disponível em: cetic.br Acesso em 20.5.2019.

sociais e 77% assistem a vídeos, programas, filmes ou séries na internet, sendo que esse número sobe para 84% entre crianças de nove a 10 anos, espaços nos quais são expostos ainda mais a conteúdo mercadológico das marcas que são anunciadas na TV.

O ESPM MEDIA LAB realizou mapeamento sobre consumo e produção de conteúdo para crianças de zero a 12 anos na plataforma de compartilhamento de vídeos YouTube Brasil. Segundo a pesquisa, no ano de 2015, entre os 100 canais de maior audiência no YouTube, 36 deles abordavam conteúdo direcionado ou consumido por crianças. Além disso, foram mapeados 110 canais infantis, que totalizaram 20 bilhões de visualizações.

Em 2016, com a atualização do mapeamento, entre os 100 canais de maior audiência no YouTube, 48 deles abordavam conteúdo direcionado ou consumido por crianças. No mapeamento de 2016, foram analisados 66 novos canais infantis, que representaram 52 bilhões de visualizações por crianças de zero a 12 anos.

Até o fim de 2017, a audiência do conteúdo infantil ultrapassou os 115 bilhões de visualizações. Entre os 100 canais de maior audiência do YouTube Brasil, 52 deles abordam conteúdo direcionado ou consumido por crianças.

E são nesses ambientes, meios e mídias que a criança é massivamente exposta ao conteúdo publicitário a ela direcionado, sendo diretamente atingida em diferentes espaços de convivência (escolas, parques de diversões, espaços públicos, pontos de venda, etc.) e meios de comunicação (TV, redes sociais, aplicativos, plataformas de vídeos, rádio, outdoors, etc.).

No Brasil, a pesquisa mais completa e abrangente acerca da exposição das crianças à publicidade e os impactos dessa prática foi elaborada pelo GRIM – Grupo de Pesquisa da Relação Infância, Adolescência e Mídia, da Universidade Federal do Ceará, e divulgada pelo Ministério da Justiça em 2016.

O estudo “Publicidade Infantil em Tempos de Convergência”⁵ é a primeira análise de caráter público e nacional sobre o grande volume de publici-

⁵ Pesquisa ‘Publicidade Infantil em Tempos de Convergência. Relatório Final’. Disponível em:

dade direcionada ao público infantil, nos mais variados lugares e mídias, e buscou identificar a compreensão da criança sobre a publicidade, sua percepção das estratégias utilizadas e os impactos no seu bem-estar.

A partir dos dados obtidos foi evidenciada a intensa exposição das crianças à publicidade nos ambientes físicos e virtuais que frequentam, como na TV, rádio, sites de jogos, YouTube e redes sociais, mas que, muitas vezes, elas não conseguem identificar a mensagem como publicitária.

A Pesquisa TIC KIDS ONLINE BRASIL 2016⁶, apontou que 80% das crianças e adolescentes de 11 a 17 anos entrevistadas tiveram contato com publicidade na televisão nos 12 meses anteriores ao levantamento; 69% em sites de vídeo e 62% em redes sociais. Ainda, 43% deles afirmaram ter pedido aos seus pais ou responsáveis algum produto após contato com publicidade na Internet⁷.

Apesar de não existirem pesquisas específicas sobre a exposição e uso de mídias por crianças indígenas de povos tradicionais, relatos mais amplos sobre a convivência de povos e nações indígenas com televisão, internet e outras tecnologias de informação e comunicação digitais apontam a expressiva presença destas tecnologias no cotidiano das tribos, o que certamente também impacta a realidade da vida das crianças.⁸

Ocorre que, conforme ainda será bem detalhado no presente artigo, a publicidade direcionada a crianças é proibida no Brasil, além de ser apontada, em recomendações e relatórios nacionais e internacionais, como uma

http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/publicidade_infantil.pdf. Acesso em 20.5.2019.

⁶ Disponível em: http://data.cetic.br/cetic/explore?idPesquisa=TIC_KIDS. Acesso em 20.5.2019.

⁷ Disponível em: data.cetic.br Acesso em 20.5.2019.

⁸ Cf. COSTA, Alda Cristina. A comunidade indígena e o mundo tecnológico: reflexões sobre os impactos das mídias sociais na vida dos Aikewára. 3º Simpósio Hipertexto e Tecnologias na Educação. Universidade Federal de Pernambuco - Núcleo de Estudos de Hipertexto e Tecnologias na Educação. Disponível em: <http://nehete.com.br/simposio/anais/Anais-Hipertexto-2010/Alda-Cristina-Costa.pdf>; GONÇALVES et al. Mídiação indígena: Uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) entre os Puyanawa. Trabalho apresentado ao III Seminário Internacional de Pesquisas em Mídiação e Processos Sociais. PPGCC-Unisinos. São Leopoldo, RS – 6 a 10 de maio de 2019. Disponível em: https://www.midiaticom.org/seminariointernacional/archives/2019/gts/GT_X_Participacao_estrategia_e_criacao/Diva%20da%20Concei%C3%A7%C3%A3o%20Gon%C3%A7alves.pdf;

prática abusiva que precisa ser regulada pelos Estados e um dos elementos que acarreta impactos negativos a toda sociedade.

Como ferramenta eficaz de uma sociedade de hiperconsumo, a publicidade infantil, aquela direcionada diretamente a pessoas menores de 12 anos de idade por meio de recursos específicos, permite que crianças sejam persuadidas desde a mais tenra idade a adotarem hábitos de consumo e de comportamento propagados pelas mensagens comerciais.

Dentre as crianças em povos tradicionais, a influência dos conteúdos publicitários pelas tradicionais ou novas tecnologias de informação e comunicação devem ser observadas ainda com mais cautela, tendo em vista que o universo simbólico e de representação destas mensagens estão ainda mais distantes da realidade da vida dessas comunidades, o que tem potencial de aumentar impacto nas mudanças de comportamento e percepção da própria identidade cultural advindas dessas mensagens comerciais persuasivas.

Criança: hipervulnerabilidade presumida diante da publicidade

Sobre o entendimento da criança em relação à publicidade, estudo internacional acerca da temática⁹ concluiu que as crianças não têm condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem distingui-las da programação na qual são inseridas e, tampouco, compreender seu caráter persuasivo, nem fazer uma análise crítica sobre sua mensagem comercial.

Ainda, estudo realizado pelo Conselho Federal de Psicologia do Brasil¹⁰ concluiu que: (i) a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro as crianças até os 12 anos, quando não possuem todas as ferramentas necessárias para compreender o real; (ii) as crianças não têm a mes-

⁹ BJURSTRÖM, E. Children and television advertising, A Critical Study of International Research Concerning the Effects of TV-Commercials on Children. Swedish Consumer Agency, 1994.

¹⁰ Conselho Federal De Psicologia. A Publicidade Dirigida ao Público Infantil – Considerações Psicológicas, 2008. Disponível em: site.cfp.org.br Acesso em 20.5.2019.

ma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto; e (iii) as crianças não estão em condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo.

Nota-se que especialistas¹¹ no tema apontam a condição de desigualdade entre o público infantil e a publicidade a ele dirigida. A criança se mostra munida de poucas defesas diante dos apelos publicitários, em decorrência de sua própria condição especial de pessoa em desenvolvimento. A criança, frente aos apelos publicitários, é vulnerável devido ao seu processo ainda inconcluso de formação física, cognitiva, social e psíquica e,

¹¹ LINN, Susan. Crianças do consumo: a infância roubada. Tradução Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006

BJURSTRÖM, Erling. Children and Television Advertising. Swedish Consumer Agency, 1994. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/1994/02/A-crianca-e-a-propaganda-na-TV.pdf>.

DOWBOR, Ladislau. Reflexões atuais sobre cidades, famílias e escola: impactos na vida das crianças e do planeta. Criança e Consumo: 10 anos de transformação / organização Lais Fontenelle – 1. ed. – São Paulo: Instituto Alana, 2016. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf

BETTO, Frei. Criança: cidadã ou consumista? Criança e Consumo: 10 anos de transformação / organização Lais Fontenelle – 1. ed. – São Paulo: Instituto Alana, 2016. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf

OLMOS, Ana. Vergonha de si: a violência invisível da publicidade infantil. Criança e Consumo: 10 anos de transformação / organização Lais Fontenelle – 1. ed. – São Paulo: Instituto Alana, 2016. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf

SAMPAIO, Inês Vitorino. Reconfigurações das culturas infantis sob a égide do consumo e da convergência midiática. Criança e Consumo: 10 anos de transformação / organização Lais Fontenelle – 1. ed. – São Paulo: Instituto Alana, 2016. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf

PAIVA, Flávio. Consumismo na infância: um problema de cultura. Criança e Consumo: 10 anos de transformação / organização Lais Fontenelle – 1. ed. – São Paulo: Instituto Alana, 2016. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf

JUNIOR, João Lopes Guimarães. O estado de bem-estar social e a regulamentação da publicidade infantil. Criança e Consumo: 10 anos de transformação / organização Lais Fontenelle – 1. ed. – São Paulo: Instituto Alana, 2016. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf

DE LA TAILLE, Yves. A publicidade dirigida ao público infantil: considerações psicológicas. Criança e Consumo: 10 anos de transformação / organização Lais Fontenelle – 1. ed. – São Paulo: Instituto Alana, 2016. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf

também, porque não entende a publicidade como tal, ou seja, seu caráter persuasivo.

Diante disso, o público infantil se revela alvo de fácil convencimento, pois não consegue lidar com a alta complexidade das estratégias empregadas pela publicidade em paridade de condições com quem as cria, nem consegue responder com igualdade à pressão exercida pela comunicação comercial.

Essa condição de pessoa em especial fase de desenvolvimento, bastante singular, confere ao público infantil especial e presumida hipervulnerabilidade¹² nas relações de consumo e frente às mensagens publicitárias, o que é reconhecido por diversas legislações nacionais e internacionais, inclusive na Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONU), razão pela qual necessitam de proteção e cuidado, por meio de atuação conjunta entre todos os atores da sociedade.

1. A publicidade como fator que interfere significativamente no direito à liberdade de escolha

A publicidade exerce uma forte influência sobre o consumo e a escolha de produtos, especialmente a partir da associação do bem de consumo anunciado a necessidades emocionais e desejos individuais, como felicidade, status, juventude, sucesso e a um estilo de vida.

O mercado tem explorado o sentimento perpétuo de insatisfação dos consumidores, criando falsas necessidades e estimulando emoções consumistas. Segundo Zygmund Bauman¹³, a sociedade de consumo depende da insatisfação perpétua de seus consumidores, que se esforçam para satisfazer necessidades e buscam aliviar dores e ansiedades por meio do consumo:

A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar *perpétua* a *não-satisfação* de seus membros (e assim, em seus próprios termos, a

¹² “No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, que pode ser “ferido” (vulnerare) ou é vítima facilmente”. Miragem, Bruno. Curso de direito do consumidor / Bruno Miragem. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹³ BAUMAN, op. cit., p. 64.

infelicidade deles). O método explícito de atingir tal efeito é depreciar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido promovidos no universo dos desejos dos consumidores. (...) O que começa como um esforço para satisfazer uma necessidade deve se transformar em compulsão ou vício. E assim ocorre, desde que o impulso para buscar soluções de problemas e alívio para dores e ansiedades nas lojas, e apenas nelas, continue sendo um aspecto do comportamento não apenas destinado, mas encorajado com avidez, a se condensar num hábito ou estratégia sem alternativa aparente (grifos originais).

Ana Beatriz Barbosa Silva¹⁴, também apresenta uma lúcida reflexão sobre a sociedade de consumo e esse método de alimentação utilizado pelo marketing sob o viés de que o consumo traz uma sensação de pertencimento:

Somos tomados por uma sensação desagradável de exclusão, de não pertencimento. Ironicamente, quando não compramos coisas que são validadas pelo *marketing* como necessárias à felicidade, nos sentimos excluídos e até mesmo fracassados e deprimidos. Em casos extremos, o que um indivíduo consome passa a ser sentido como uma demonstração de sua identidade e da sua capacidade frente a seu grupo social. Algo ao estilo: “Sou o que consumo, e o que consumo estampa aos outros o que sou”.

Para além disso, é possível afirmar, com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que a comunicação mercadológica direcionada a crianças viola seu direito à liberdade de pensamento e consciência¹⁵, na

¹⁴ SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014, p. 35.

¹⁵ Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

(...)

medida em que se reconhece que a criança, em razão de sua peculiar condição de desenvolvimento, não consegue se autodeterminar livremente e que a sua capacidade de discernimento e escolha consciente é baixa.

Nesse sentido, o documento intitulado “Medios de comunicación y niñez em perspectiva de derechos”¹⁶, desenvolvido pelo Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes – IIN, órgão especializado da Organização dos Estados Americanos, reconhece que:

Muchos especialistas consideran que los niños aún están em desarrollo biofísico e psíquico, lo que hace que no tengan, por completo, las habilidades necesarias para comprender el lenguaje de la publicidade y protegerse de sus estímulos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a liberdade como direito e garantia fundamental¹⁷. O Código de Defesa do Consumidor, lei federal brasileira que estabelece normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo, assegura a liberdade de escolha¹⁸ como um direito básico do consumidor, que se aflora com a possibilidade de acesso a produtos e serviços sob as perspectivas geográficas, econômicas e, também, de concorrência (variedade de opções).

Diante do exposto e tendo em vista que a publicidade configura discurso onipresente e assertivo, que cria intermináveis necessidades, é possível reconhecer e afirmar que ela limita e viola direitos da personalidade, em especial o da liberdade de escolha¹⁹.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

¹⁶ Disponível em: http://iin.oea.org/pdf-iin/publicaciones/medios/guia_esp.pdf. Acesso em 16 de novembro de 2018.

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

¹⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

¹⁹ FERIATO, Juliana Marteli Fais. *Antropologia do consumo: estudo da publicidade como meio limitante da liberdade*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 114. Ano 26. p. 101-124. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2017.

Até porque a publicidade não é instrumento de informação aos consumidores a respeito dos atributos e características dos produtos e serviços disponíveis, mas sim um discurso que fomenta necessidades na lógica de que para ser é preciso ter:

A publicidade tem cooperado para o aumento do consumismo, devido a sua capacidade de influenciar a vida das pessoas, a ponto de alterarem seus costumes²⁰

Quanto às consequências da restrição da liberdade de escolha da criança provocada pelo discurso sedutor da publicidade, é válido reproduzir as palavras do psiquiatra e estudioso do tema DAVID LÉO LEVISKY²¹

Há um tipo de publicidade que tende a mecanizar o público, seduzindo, impondo, iludindo, persuadindo, condicionando, para influir no poder de compra do consumidor, fazendo com que ele perca a noção e a seletividade de seus próprios desejos. Essa espécie de indução inconsciente ao consumo, quando incessante e descontrolada, pode trazer graves consequências à formação da criança. Isso afeta sua capacidade de escolha; o espaço interno se torna controlado pelos estímulos externos e não pelas manifestações autênticas e espontâneas da pessoa.

2. Impactos sociais negativos da publicidade infantil: a influência da comunicação comercial de produtos alimentícios sobre as crianças

As estratégias comerciais focadas no público infantil realizadas por diversas empresas são apontadas por estudos e pesquisas científicas como um dos fatores responsáveis pela transição nutricional da população mundial e, ainda, pelo aumento dos índices de obesidade infantil, além de consu-

²⁰ FERIATO, Juliana Marteli Fais. *Antropologia do consumo: estudo da publicidade como meio limitante da liberdade*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 114. Ano 26. p. 101-124. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2017.

²¹ LEVISKY, David Leo. A mídia: interferências no aparelho psíquico, 1998. In *Adolescência – pelos caminhos da violência: a psicanálise na prática social*. Ed. Casa do Psicólogo. São Paulo. p. 146.

mesmo, adultização precoce, estresse familiar, distanciamento da criança com a natureza, violência, transtornos de comportamento e outras consequências sociais negativas²².

A pesquisa “Publicidade Infantil em Tempos de Convergência”, já citada acima, além de apontar a massiva exposição das crianças à publicidade nos mais variados ambientes físicos e virtuais, também buscou identificar a compreensão da criança sobre a publicidade, sua percepção das estratégias utilizadas e os impactos no seu bem-estar.

A pesquisa destaca que muitas crianças reconheceram a influência da publicidade em seus desejos de compra, identificando os seguintes danos: interrupção do lazer infantil; mal-estar físico; sentimento de frustração associada à compra e/ou à indisponibilidade do produto; acesso a conteúdo impróprio para crianças em comerciais; conflitos familiares associados a desejos de consumo; risco à segurança; prejuízo financeiro; invasão de privacidade; sentimentos de insegurança e medo; sentimento de ansiedade para consumir e vivências de situações de preconceito associados a padrões relacionais e estéticos, correlatos a fatores étnicos, de gênero e de orientação sexual.

A título exemplificativo, ressalta-se que a pesquisa do GRIM questionou as crianças sobre como se sentiam em relação a não ter coisas que desejavam, anunciadas a elas por meio da publicidade, e que os amigos tinham. A conclusão a respeito foi a seguinte:

Tanto nas escolas públicas quanto nas particulares, quando os amigos apresentam produtos que elas desejam, mas não têm, **muitas crianças relataram ficar chateadas; nutrir os sentimentos de raiva, inveja e de inferioridade; e até mesmo ter tido desejos condenáveis de roubar o amigo ou quebrar a televisão que mostra o produto que o amigo tem.** Se a chateação por não ter um objeto desejado é compreensível e, certamente, bastante comum, **alguns sentimentos e desejos acima indicados são reveladores do nível de pressão a que**

²² É evidente que todas essas consequências da publicidade infantil são multifatoriais, não sendo a publicidade a única causa de seu aparecimento, ainda que desempenhe papel decisivo no agravamento de tais problemas.

essas crianças estão submetidas e do quanto o discurso desleal que associa posse e pertencimento é cruel em relação a elas, em especial em uma sociedade desigual como a nossa (grifos nossos).

Além disso, as consequências diretas de valores e hábitos consumistas, estimulados desde a infância, são sentidas por toda nossa sociedade, e a discussão a respeito do superendividamento das famílias é uma realidade.

Em 2016, a Organização das Nações Unidas – ONU, por meio de seu especialista em dívida externa e direitos humanos, JUAN PABLO BOHOS-LAVSKY, e pelo relator especial sobre o direito à saúde, DAINIUS PURAS, elaborou declaração com um alerta global sobre o impacto da publicidade dirigida a crianças, que incutem, desde cedo, uma cultura de consumo excessivo e endividamento^{23e24}.

Segundo o documento, a publicidade direcionada ao público infantil pode levar ao endividamento das famílias, que, pressionadas a suprirem necessidades e desejos de seus filhos, acabam comprando itens desnecessários, que estão além do seu orçamento e sem levar em conta as consequências financeiras de longo prazo.

Ainda, o direcionamento às crianças de estratégias de comunicação mercadológica de produtos alimentícios industrializados e ultraprocessados²⁵ é apontado como um fator que estimula o consumo excessivo e habitual desses produtos, aumento dos pedidos de compra, modificação de hábitos alimentares e impactos na saúde dos indivíduos.

²³ ‘UN experts call for regulating advertising directed at children’. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20358&LangID=E>. acesso em 7.3.2019.

²⁴ Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/noticias/onu-governos-regulem-a-publicidade-dirigida-as-criancas/>. Acesso em 7.3.2019.

²⁵ “Formulações industriais feitas inteiramente ou majoritariamente de substâncias extraídas de alimentos (óleos, gorduras, açúcar, amido, proteínas), derivadas de constituintes de alimentos (gorduras hidrogenadas, amido modificado) ou sintetizadas em laboratório com base em matérias orgânicas como petróleo e carvão (corantes, aromatizantes, realçadores de sabor e vários tipos de aditivos usados para dotar os produtos de propriedades sensoriais atraentes). Técnicas de manufatura incluem extrusão, moldagem, e pré-processamento por fritura ou cozimento”. (BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Guia Alimentar para a população brasileira. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014, p. 41).

Não por acaso, no que tange ao consumo alimentar de crianças, as guloseimas dominam suas preferências²⁶. Pesquisa realizada por um canal de TV especializado em programação infantil²⁷ aponta que 27% das crianças entrevistadas utilizavam o método de insistir com suas mães e pais para que comprassem o produto desejado, até que acabassem cedendo; 56% das crianças também afirmaram que os itens mais fáceis de pedir e conseguir eram comidas, lanches e doces.

Nesse sentido, a pesquisa *Overcoming obesity: An initial economic analysis*²⁸, lançada pela consultoria McKinsey Global Institute, revela dados alarmantes em relação à obesidade em todo o mundo. Segundo o estudo, a obesidade causa no Brasil um prejuízo equivalente a 2,4% do PIB nacional, o que significa R\$ 110 bilhões, segundo dados de 2014. Nesta conta estão os custos com a queda da produtividade, gastos com sistema de saúde e os investimentos necessários para reduzir os impactos da obesidade.

A respeito da prática de publicidade de produtos alimentícios direcionada a crianças, ressalta-se que, de acordo com pesquisa Datafolha encomendada pela ACT – Promoção da Saúde, realizada em agosto de 2016 com 2573 pessoas de 160 municípios²⁹, sobre iniciativas de regulação de alimentos ultraprocessados, 72% dos entrevistados afirmaram ser contra a publicidade de refrigerantes para crianças. Outras 67% disseram ser contra a publicidade de salgadinhos e 64% de sucos industrializados. Além disso, 60% afirmaram ser contrários a qualquer tipo de publicidade dirigida a crianças.

Para controlar e reverter essa realidade, medidas regulatórias sobre o *marketing* de produtos alimentícios, especialmente para crianças, vêm sendo adotadas e incorporadas por diversos países.

²⁶ DATAFOLHA, Pesquisa: consumismo na infância. Fevereiro de 2010. Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/137316452-Datafolha-Consumismo-Infantil-1.pdf>. Acesso em 20.5.2019.

²⁷ Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/135430796-Kids-Expert-Cartoon-Network.pdf>. Acesso em 20.5.2019.

²⁸ Disponível em: <http://www.mckinsey.com/industries/healthcare-systems-and-services/ourinsights/how-the-world-could-better-fight-obesity>. Acesso em 20.5.2019.

²⁹ Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/03/16.pdf>. Acesso em 20.5.2019.

Desde o surgimento da indústria alimentícia, os hábitos alimentares dos brasileiros vêm sendo modificados. Os costumes alimentares tradicionais, com produção artesanal e uso de alimentos e utensílios regionais têm perdido espaço para alimentos não saudáveis e industrializados, mas que prometem imediatismo, praticidade e sabor.

Em artigo³⁰ que aborda, além de outro, o documentário ‘Muito Além do Peso’³¹, ROBERTO ANDRÉS ressalta a mudança de hábitos alimentares provocada pelo aumento do acesso e consumo de produtos alimentícios industrializados:

Ao abordar situações do Oiapoque ao Chuí, o filme revela o panorama homogêneo que se tornou a vida e a alimentação no país. Quem mora no sertão rural bebe o mesmo refrigerante e come o mesmo salgadinho que a classe média paulistana. No Pará, na beira do rio Amazonas, um barco supermercado vende os produtos da Nestlé, parando de porto em porto. Onde antes reinava o tucupi, hoje abundam o chocolate e o leite em pó.

O direcionamento às crianças de estratégias de comunicação mercadológica de produtos alimentícios industrializados e ultraprocessados é apontado como um fator que estimula o consumo excessivo e habitual desses produtos, aumento dos pedidos de compra, modificação de hábitos alimentares e impactos na saúde dos indivíduos.

Aqui no Brasil, só nas últimas quatro décadas, “o número de crianças e adolescentes de até 17 anos com sobrepeso aumentou em 10 vezes”³². Segundo o Ministério da Saúde, a obesidade atinge 13% dos meninos e 10% das meninas.

³⁰ ANDRÉS, Roberto. Veneno além do peso. *PISEAGRAMA*, Belo Horizonte, número 06, página 48 - 51, 2013.

³¹ O documentário, lançado em novembro de 2012, pela produtora Maria Farinha Filmes em parceria com o Instituto Alana, aborda a transição alimentar das crianças brasileiras e os efeitos negativos da publicidade de alimentos direcionada ao público infantil. Disponível em: <https://muitoalemdepeso.com.br>. Acesso em 25.5.2019.

³² ‘Programas de combate à obesidade infantil acolhem toda a família’. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/especial-publicitario/clinipam/guia-da-saude/noticia/2019/04/02/programas-de-combate-a-obesidade-infantil-acolhem-toda-a-familia.ghtml>. Acesso em 25.5.2019.

Nas populações indígenas, especificamente, em razão do maior acesso, introdução e consumo de alimentos industrializados e bebidas açucaradas nas aldeias indígenas, observa-se o aumento dos índices de obesidade em adultos e, por outro, desnutrição em crianças.

Segundo o Distrito Sanitário Especial Indígena de Manaus (Dsei), “o consumo cada vez mais frequente de alimentos industrializados pela população indígena do Amazonas é responsável por 1% a 2% do índice de obesos e desnutridos nas aldeias”³³. Ainda, aponta-se que crianças e mulheres grávidas são as mais atingidas no quadro das doenças. Dados de 2016 apontam que 66% dos índios em reserva Xavante, localizada no estado do Mato Grosso, sofrem de obesidade e diabetes e doença coronariana³⁴.

É evidente a responsabilidade da indústria de alimentos e bebidas açucaradas diante da relação existente entre a publicidade desses produtos direcionada ao público infantil e a epidemia de obesidade que assola crianças no mundo todo, inclusive no Brasil.

Ainda, para além do impacto na saúde e desenvolvimento de crianças para o estímulo constante de alimentos ultraprocessados e com alto teor de sais, açúcares e gorduras, o direcionamento de publicidade ao público infantil destes alimentos impacta igualmente no direito dessas crianças à própria identidade cultural, a qual também é expressa pelos hábitos alimentares presentes ou não em determinada comunidade.

3. O impacto da publicidade nos direitos culturais e à identidade cultural: modificações nas práticas culturais e nos hábitos alimentares

Por mais longínqua e menor que seja, voluntaria ou involuntariamente, toda sociedade absorve princípios e elementos da publicidade em suas

³³ ‘Obesidade indígena preocupa profissionais de saúde do Amazona’. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/es/Not%C3%ADcias?id=106396>. Acesso em 25.5.2019.

³⁴ ‘66% dos índios em reserva Xavante sofrem de obesidade, diabetes e doença coronariana’. Agência FAPESP. Disponível em: <http://agencia.fapesp.br/66-dos-indios-em-reserva-xavante-sofrem-de-obesidade-diabetes-e-doenca-coronariana/22504/>. Acesso em 25.5.2019.

práticas culturais e costumes, inclusive alimentares. Se assim não fosse, a publicidade não seria utilizada como ferramenta de persuasão e convencimento para atos de consumo de produtos e serviços diversos.

Entretanto, mais do que a venda de produtos ou serviços, a publicidade vende igualmente estilos de vida e de comportamento, associando, na maioria das vezes, os produtos e serviços a símbolos e elementos de prestígio, status social, felicidade, poder, amor e tantos outros elementos do universo humano de satisfação e realização com a própria vida e realidade, orientando imaginários coletivos, representações e indidentidades de diferentes grupos e indivíduos, inclusive de crianças, impactando severamente seus direitos culturais e à identidade cultural.

Nesse sentido, destaca-se o relatório³⁵ da Organização das Nações Unidas (ONU), produzido pela Relatora Especial no campo dos Direitos Culturais Farida Shaheed e aprovado na Sexagésima-Nona Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em outubro de 2014, que aborda os impactos de ações publicitárias no acesso de povos e nações a seu direito e patrimônio culturais, como também a interferência na livre opinião, liberdade e pensamento dos indivíduos, com especial atenção a grupos populacionais mais vulneráveis, como as crianças, minorias e comunidades indígenas.

Shaheed destaca que “as práticas de publicidade e marketing comerciais têm impacto crescente sobre as paisagens culturais e simbólicas que habitamos, e, mais amplamente, sobre a nossa diversidade cultural. Sempre com o objetivo de vender, a mensagem comercial tem o poder de influenciar profundamente as crenças filosóficas de pessoas e suas aspirações, bem como os valores e práticas culturais, desde modelos de consumo alimentar a rituais fúnebres, incluindo os gostos e cânones de beleza.”³⁶

³⁵ SHAHEED, Farida. *Relatório sobre o impacto do marketing na fruição dos direitos culturais*. Organização das Nações Unidas, 2014. Disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/RELATORIO_FARIDA_ONU.pdf. Acesso em 25.5.2019.

³⁶ SHAHEED, Farida. *Relatório sobre o impacto do marketing na fruição dos direitos culturais*. Organização das Nações Unidas, 2014, p. 3. Disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/RELATORIO_FARIDA_ONU.pdf. Acesso em 25.5.2019.

No mesmo sentido, a relatora da ONU lembra, destacando os impactos das práticas de publicidade e marketing no gozo dos direitos culturais, que já em 1985 a Unesco apontou que “não poderia haver nenhuma dúvida de que o desenvolvimento dos mercados transnacionais, ligado ao aumento do consumismo promovido pela hábil publicidade, estava tendo um impacto significativo sobre as culturas locais, que estavam encontrando dificuldades para competir num mercado cada vez mais global.”³⁷

A relatora especial define direitos culturais como sendo:

[...] os direitos de cada pessoa, individualmente e em conjunto com outras pessoas, bem como de grupos de pessoas, de desenvolver e expressar sua humanidade, sua visão de mundo e os significados que atribuem à sua existência e desenvolvimento por meio, entre outros, de valores, crenças, convicções, linguagens, conhecimentos e também das artes, instituições e modos de vida³⁸.

No que diz respeito às práticas comerciais, um dos problemas apontados no relatório diz respeito à identificação das estratégias publicitárias como tal. Com a migração da tradicional publicidade televisiva para outros meios de comunicação e espaços de convivência, como também diante da sofisticação e diversidade de métodos para promover produtos e serviços, “reconhecer as diferentes formas de publicidade e fazer uma clara distinção entre a publicidade comercial e outros conteúdos vem sendo tarefa cada vez mais difícil”.

Além disso, o relatório aponta o caráter desproporcional, agressivo, onipresente e, até, subliminar das estratégias de publicidade e marketing. Ao reconhecer essa característica de sofisticação das práticas comerciais, inclusive em um nível subconsciente das pessoas, a Relatora Especial levantou preocupações acerca do potencial impacto do marketing nas liberdades de pensamento, opinião e cultura.

³⁷ Idem, p. 13.

³⁸ SHAHEED, Farida. *Relatório sobre o impacto do marketing na fruição dos direitos culturais*. Organização das Nações Unidas, 2014, p. 3. Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/RELATORIO_FARIDA_ONU.pdf. Acesso em 25.5.2019.

O relatório aponta que as estratégias de marketing e publicidade têm impacto direto e crescente sobre as práticas culturais. Isso porque, como o objetivo é vender, a mensagem comercial tem o poder de influenciar profundamente escolhas individuais, crenças filosóficas, valores culturais e até modelos de consumo alimentar:

Consumidores individuais não fazem escolhas racionais no contexto de dos mercados “livres”. Em vez disso, operam dentro de uma estrutura sociocultural, econômica e política que dá forma e limites de como eles pensam, sentem e agem no mercado contemporâneo.

Acerca dos impactos da publicidade, em especial, aos hábitos alimentares, o relatório destaca que:

por meio da promoção de produtos, principalmente manufaturados com alto teor de gordura, açúcar ou sal, as empresas de alimentos e bebidas contribuem para alterar práticas culinárias tradicionais, que muitas vezes eram mais saudáveis e ecológicas.

O relatório complementa que “a publicidade e a promoção de alimentos têm contribuído para mudanças nos padrões alimentares, em direção àqueles intimamente a doenças crônicas não transmissíveis”.

Por fim, Shaheed recomenda uma série de medidas restritivas à prevalência massiva de publicidade e marketing nos espaços de convivência, especialmente de crianças, como forma de proteger os direitos culturais, inclusive o direito à escolha dos próprios modos de vida, ou seja, o direito à identidade cultural:

Em todo o mundo, os intercâmbios culturais estimulam a modificação de práticas culturais, evoluindo filosofias e visões de mundo. A preocupação não é que a mudança ocorra, mas sim o caráter desproporcional e onipresente da publicidade e marketing comerciais. Muitas vezes, apoiadas por fortes meios financeiros e acesso privilegiado aos meios de comunicação, e cada vez mais recorrendo a técnicas que podem influenciar as pessoas em um nível subconsciente, as mensagens comerciais contribuem para a mudança de práticas com respeito a consumo e uniformidade. Isso tem um impacto significativo sobre a criatividade e afeta as paisagens culturais e simbólicas – sejam físicas ou digitais - ,

as pessoas e os valores culturais, bem com as crianças filosóficas das pessoas. É hora de reconhecer esses fenômeno e investigar, exaustivamente, o impacto sobre a diversidade cultural e o direito das pessoas de escolherem seus próprios modos de vida³⁹.

A seguir, será apresentada uma prática comercial de marketing e publicidade que impactou diretamente comunidades tradicionais, suas famílias e crianças no norte do Brasil, não levando em consideração as diversidades, os aspectos culturais e os hábitos alimentares desses povos e comunidades.

4. A estratégia comercial para venda de alimentos ‘Nestlé Até Você’

Entre os anos de 2003 e 2009⁴⁰ foi evidenciado o aumento da renda dos brasileiros das classes C, D e E e, como consequência, o crescimento do poder de consumo dessa parcela da população e a diminuição da pobreza em todo o território nacional, especialmente no Norte e Nordeste do país, regiões em que programas de transferência de renda tiveram mais impacto⁴¹.

Diante desse cenário, na aposta de estreitar o relacionamento com os consumidores dessas classes, a Nestlé, empresa multinacional suíça de alimentos e bebidas, criou o programa de venda direta porta a porta ‘Nestlé até Você’ em 2006⁴². A empresa seleciona microdistribuidores em bairros periféricos, que contratam mulheres da própria região para trabalhar com a venda de seus produtos. A Nestlé também fica responsável por dar treinamento às revendedoras sobre noções básicas de nutrição, saúde e alimentação.

³⁹ SHAHEED, op. cit., p. 25.

⁴⁰ *Classe C cresce e já engloba maioria dos brasileiros, indica estudo*. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/09/100910_classec_fgv_jf. Acesso em 25.5.2019.

⁴¹ *Nestlé do Brasil lucra com população de baixa renda*. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/nestl%C3%A9-do-brasil-lucra-com-popula%C3%A7%C3%A3o-de-baixa-renda/22114484>. Acesso em 25.5.2019.

⁴² *Nestlé aposta suas fichas em venda porta a porta para conquistar baixa renda no país*. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT65809-16355,00.html>. Acesso em 25.5.2019.

Os lares alcançados pelas revendedoras do programa têm a oportunidade de receber mais de 800 produtos da empresa – como iogurtes, biscoitos, chocolates e leite em pó –, inclusive em forma de kits⁴³. Segundo informações extraídas de matéria publicada em 2017 no jornal Valor Econômico⁴⁴ sobre a venda direta de produtos alimentícios no Brasil:

A comercialização é feita por 160 microdistribuidores e 8 mil revendedoras autônomas. A Nestlé não informou quanto essa distribuição representa em seu resultado total no país. Segundo a companhia, a venda direta ao consumidor cresceu mais de 25% no último ano.

Outra estratégia de venda adotada pela Nestlé no Brasil, com o intuito de alcançar novos consumidores e expandir seus negócios no país, foi o supermercado flutuante ‘Nestlé até Você a Bordo’.

A iniciativa, criada em 2010⁴⁵, disponibilizava aos consumidores das comunidades e povos tradicionais ribeirinhos da Amazônia, em municípios nos estados do Pará e do Amazonas, cerca de 300 produtos próprios da empresa e suas marcas – como leite em pó, papinha para crianças, sorvete, biscoitos recheados e até ração para cachorro – e contava com equipes de venda, estoque e gerência de operação⁴⁶.

O barco era todo envelopado com a logomarca da Nestlé e estampava imagens de produtos das marcas Neston, Ninho, Nescau e Nescafé. O presidente da empresa no país, Ivan Zurita, na época, destacou em entrevistas:

Isso ampliará a presença dos produtos com a marca Nestlé nos lares brasileiros. Vamos buscar o cliente onde ele está. Será um serviço à população da Amazônia, que tem os rios como ruas e avenidas. Trata-se de um projeto

⁴³ *Como se tornar um distribuidor ou revendedor*. Disponível em: <https://www.nestle.com.br/parceiros/como-se-tornar-um-distribuidor-ou-revendedor>. Acesso em 25.5.2019.

⁴⁴ *Múltipla ampliação de venda direta de alimentos no país*. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5024096/multis-ampliam-venda-direta-de-alimentos-no-pais>. Acesso em 25.5.2019.

⁴⁵ *Supermercado flutuante da Nestlé chega à Ilha de Marajó*. Disponível em: <https://corporativo.nestle.com.br/media/pressreleases/SupermercadoFlutuanteDaNestleChegaAllhadeMarajo>. Acesso em 25.5.2019.

⁴⁶ *Nestlé monta mercado flutuante na Amazônia*. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nestle-monta-mercado-flutuante-na-amazonia,23690e>. Acesso em 25.5.2019.

alinhado ao nosso conceito de regionalização, baseado nos diferentes perfis dos consumidores. Tratamos cada região como uma área diferente⁴⁷.

A operação do supermercado flutuante foi suspensa, mas a Nestlé ainda mantém a venda direta de seus produtos nas comunidades ribeirinhas da Amazônia por meio de proprietários particulares de barcos que assumiram a demanda⁴⁸.

O aumento do poder de compra da população brasileira, combinado com o atendimento regionalizado que visa atingir áreas não alcançadas pelo varejo tradicional – programa de venda direta porta a porta e supermercado flutuante – proporcionaram à empresa Nestlé um crescimento significativo em suas vendas⁴⁹.

Iniciativas como os programas realizados pela Nestlé aqui citados, que buscam romper muros de isolamento e chegar a todas as portas, naturalmente, geram empregos e possibilitam a aquisição de produto alimentícios por inúmeras famílias que vivem longe dos centros comerciais e, portanto, sem acesso rápido a supermercados.

Contudo, não se pode ignorar que se tratam de estratégias comerciais agressivas, que oportunizam o acesso a alimentos ultraprocessados e bebidas açucaradas, provocando o assolamento de dietas tradicionais e, como consequência, uma transformação extensa e perturbadora no sistema alimentar dessas comunidades, famílias e crianças.

5. Conclusão

O presente artigo buscou demonstrar a relação existente entre a prática da publicidade e marketing, especialmente publicidade infantil, e o impacto

⁴⁷ *Nestlé do Brasil lucra com população de baixa renda*. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/nestl%C3%A9-do-brasil-lucra-com-popula%C3%A7%C3%A3o-de-baixa-renda/22114484>. Acesso em 25.5.2019.

⁴⁸ *Como a Grande Indústria Viciou o Brasil em Junk Food*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/09/16/health/brasil-junk-food.html>. Acesso em 25.5.2019.

⁴⁹ “No Brasil, as vendas da Nestlé para as classes C, D e E cresceram 27% em 2009, movimentando cerca de R\$ 1,2 bilhão em vendas”. *Nestlé do Brasil lucra com população de baixa renda*. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/nestl%C3%A9-do-brasil-lucra-com-popula%C3%A7%C3%A3o-de-baixa-renda/22114484>. Acesso em 25.5.2019.

nos direitos culturais e à identidade cultural, especialmente os relacionados aos hábitos alimentares de comunidades e povos tradicionais, suas famílias e crianças. Foi destacado que o aumento do estímulo ao consumo pela publicidade e estratégias que permitem o acesso a alimentos ultraprocessados e bebidas açucaradas promovido pela indústria alimentícia, sem a adoção devida de políticas públicas e de conscientização da sociedade, gera impactos negativos nas práticas culturais das populações atingidas, modificando as paisagens culturais e simbólicas das infâncias por todo o Brasil, em especial das crianças indígenas e de povos tradicionais, que cada vez mais tem acesso às tradicionais ou novas mídias de informação e comunicação.

Referências bibliográficas

- ‘A mudança de hábito que salva vidas’. Disponível em: <https://believe.earth/pt-br/mudanca-de-habito-que-salva-vidas/>. Acesso em 25.5.2019.
- ANDRÉS, Roberto. Veneno além do peso. PISEAGRAMA, Belo Horizonte, número 06, página 48 - 51, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- ‘Classe C cresce e já engloba maioria dos brasileiros, indica estudo’. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/09/100910_classec_fgv_jf. Acesso em 25.5.2019.
- ‘Como a Grande Indústria Viciou o Brasil em Junk Food’. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/09/16/health/brasil-junk-food.html>. Acesso em 25.5.2019.
- ‘Como a indústria do tabaco viciou crianças em bebidas açucaradas’. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/viva-bem/2019/03/como-a-industria-do-tabaco-viciou-criancas-em-bebidas-acucaradas.shtml>. Acesso em 25.5.2019.
- ‘Como se tornar um distribuidor ou revendedor’. Disponível em: <https://www.nestle.com.br/parceiros/como-se-tornar-um-distribuidor-ou-revendedor>. Acesso em 25.5.2019.

- ‘Crianças formam seus hábitos alimentares nos primeiros anos de vida’. Disponível em: <http://www.blog.saude.gov.br/index.php/saudeem-dia/33646-criancas-formam-seus-habitos-alimentares-nos-primeiros-anos-de-vida>. Acesso em 25.5.2019.
- JÚNIOR, J. E. G. S.; FORTALEZA, C. H. G.; MACIEL, J. C. Publicidade infantil: o estímulo à cultura de consumo e outras questões. In: *Infância e Consumo: estudos no campo da comunicação*. Brasília, 2009.
- LINN, Susan. *Crianças do consumo: a infância roubada*. Tradução Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006.
- ‘Múltis ampliam venda direta de alimentos no país’. Disponível em: <https://www.valor.com.br/empresas/5024096/multis-ampliam-venda-direta-de-alimentos-no-pais>. Acesso em 25.5.219
- ‘Nestlé aposta suas fichas em venda porta a porta para conquistar baixa renda no país’. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT65809-16355,00.html>. Acesso em 25.5.2019.
- ‘Nestlé do Brasil lucra com população de baixa renda’. Disponível em: <https://www.swissinfo.ch/por/nestle-do-brasil-lucra-com-populacao-de-baixa-renda/22114484>. Acesso em 25.5.2019.
- ‘Nestlé monta mercado flutuante na Amazônia’. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nestle-monta-mercado-flutuante-na-amazonia,23690e>. Acesso em 25.5.2019.
- SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes consumistas: do consumismo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014.
- SHAHEED, Farida. *Relatório sobre o impacto do marketing na fruição dos direitos culturais*. Organização das Nações Unidas, 2014. Disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/RELATORIO_FARIDA_ONU.pdf. Acesso em 25.5.2019.
- Supermercado flutuante da Nestlé chega à Ilha de Marajó. Disponível em: <https://corporativo.nestle.com.br/media/pressreleases/SupermercadoFluuantedaNestlechegaIlhadeMarajo>. Acesso em 25.5.2019.

El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil¹

PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO²

CLARA LACERDA ACCIOLY³

Introducción

El presente trabajo tiene dos propósitos. El primero es examinar hasta qué punto el ordenamiento jurídico brasileño acoge las diferentes demandas por reconocimiento de los pueblos tradicionales que contribuyeron a la construcción del país, formando parte de la sociedad brasileña, aunque

¹ El presente artículo se encuentra asociado al proyecto de investigación “Cortes Constitucionais e Democracia”, registrado oficialmente junto ante el Consejo Nacional para el Desarrollo Científico y Tecnológico –CNPQ-, del Ministério de Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Brasil. Disponible en: < http://dgp.cnpq.br/dgp/faces/Query/Consulta_parametrizada.jsf >.

Agradecemos a la profesora Adriana Alves dos Santos Cruz por las innumerables conversaciones y discusiones que nos permitieron comprender, con mayor profundidad, los contextos, las razones y la urgencia de proteger a los grupos vulnerables, con un rango que aún no habíamos alcanzado. Hay gente que nos abre una ventana enorme en esta vida. Ella es una de ellas. También agradecemos al profesor Juan Jorge Faundes Peñafiel por guiarnos a una comprensión más profunda de la cuestión indígena y por la rica interlocución académica que nos llevó a un trabajo en desarrollo en torno a la concepción del *constitucionalismo en red* y el derecho a la identidad cultural. Las versiones anteriores de este artículo fueron objeto de varios comentarios y sugerencias de cada uno y seguramente no sería el mismo sin tales contribuciones.

² Doctora y Maestra por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Profesora del Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Abogada del Estado del Río de Janeiro. Asesora del Supremo Tribunal Federal de Brasil (pcamposmello@uol.com.br).

³ Graduanda de la Facultad de Derecho de la Universidade Nacional de Brasília (UNB). Miembro de la Oficina Jurídica para la Diversidad Étnica y Cultural (JUSDIV/UnB) y del grupo de investigación Constituição, Empresa e Mercado (GECM/UnB). Pasante en el Supremo Tribunal Federal de Brasil (claralacerdaaccioly@gmail.com).

presentan un universo cultural y una visión distinta de la cosmovisión dominante en esa sociedad, como los pueblos indígenas y *quilombolas*⁴. Este primer debate se establecerá en torno al análisis de la incorporación e implementación, por parte del sistema jurídico brasileño, del derecho fundamental a la identidad cultural, según lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El segundo objetivo del trabajo, estrechamente relacionado al primero, es verificar en qué medida, en temas identitarios, el país dialoga con la Corte Interamericana o con otros países de la región. Tiene la intención de evaluar si es posible hablar de un intercambio de experiencias nacionales e internacionales, junto a la construcción de estándares comunes en el campo de las demandas identitarias. Este segundo debate se establecerá sobre la base del concepto de *constitucionalismo en red*.

El trabajo empieza, en sus secciones 1 y 2, respectivamente, con una breve presentación del significado y alcance del derecho fundamental a la identidad cultural y del *constitucionalismo en red*, que componen la base teórica sobre la que se examinará la práctica brasileña. Posteriormente, la sección 3 presenta una breve retrospectiva de las constituciones de Brasil, con el propósito de evaluar el alcance dado a la protección cultural a lo largo de la formación nacional, hasta la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (Constitución de 1988 o CF), actualmente en vigor. En la sección 4, se lleva a cabo un estudio de casos, con el propósito de evaluar cómo el derecho positivo constitucional que, en nuestra opinión, contempla el derecho a la identidad cultural, es aplicado en la práctica por el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), órgano que tiene la última palabra en materia constitucional. Se pretende evaluar si la jurisprudencia del STF implementa, en la práctica, el derecho fundamental a la identidad cultural y en qué medida el Tribunal dialoga con otras cortes sobre temas comunes mediante un efectivo *constitucionalismo en red*.

⁴ El término *quilombos* corresponde a grupos de esclavos fugitivos, formados durante el período colonial e imperial de Brasil, o a su lugar de refugio. Las comunidades *quilombolas* son pueblos tradicionales, descendientes de estos *quilombos*. Aunque no son nativos, como los indios, cuentan con "rasgos étnico-culturales marcados por una relación sociocultural especial con la tierra ocupada" (Supremo Tribunal Federal, ADI 3239, 2018, p. 108, traducción libre).

1. Derecho a la identidad cultural

El derecho a la identidad cultural es el producto de la interpretación evolutiva practicada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), partiendo de un amplio conjunto de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (FAUNDES, 2019a, pp. 57-59)⁵ y como resultado de la profundización de la tutela de minorías culturales⁶. Implica la protección de la *identidad*, considerada como la forma de una comunidad para definirse, expresarse, vivir y reconocerse, así como a la *cultura*, que es producto de esta forma de vida y sobre la base de la cual los miembros de la comunidad establecen un sentido material, afectivo, intelectual y espiritual de pertenencia a un grupo⁷.

Se puede definir como el derecho de las comunidades tradicionales y sus miembros a vivir de acuerdo con su cultura, y a ser reconocidos como diferentes en las relaciones con otros grupos, abarcando “el derecho a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su identidad presente”, así como “el derecho a que se respeten y protejan sus conocimientos, lengua, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización” (FAUNDES, 2019b).

Se trata de un derecho de naturaleza colectiva, de titularidad de las propias comunidades y pueblos indígenas (FAUNDES, 2019a, pp. 56-58), con un doble alcance: (i) en primer lugar, que se respete, valore y proteja su identidad y cultura frente al Estado y a terceros, con todos los bienes materiales e inmateriales que los componen; (ii) en segundo lugar, que su universo existencial, sus comportamientos y sus derechos

⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 22 y 27.1); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (art. 1); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 27); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) (arts. 9, 11.1 y 13); Convenio N° 169 OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169) (arts. 2.1 y 2.2.b).

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 2006; *Sarayaku vs. Ecuador*, 2012; *Sukuro vs. Brasil*, 2018.

⁷ La Declaración Universal de la Unesco sobre Identidad Cultural de 2001 define cultura como: “el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias”.

sean interpretados a la luz de tal identidad cultural. En estos términos, el derecho a la identidad cultural funciona, al mismo tiempo, como un contenido sustantivo que debe garantizarse y como un derecho matriz o filtro hermenéutico (CAMPOS MELLO & FAUNDES, 2019; CAMPOS MELLO, 2019)⁸.

En su *dimensión de derecho matriz y de filtro hermenéutico*, constituye un punto de partida y un núcleo de significación de los demás derechos de dichas comunidades. Precisamente porque los miembros de cada comunidad solo pueden ser comprendidos a la luz de su cultura, sus prácticas y sus significados, el derecho a la identidad cultural implica no solo proteger manifestaciones identitarias y culturales, sino sobre todo, entender los comportamientos de cada comunidad a *la luz de los significados que tal comunidad da a tales comportamientos y su visión del mundo* –y no a la luz de los significados y la cosmovisión de la cultura dominante, a la cual de forma general pertenece el intérprete judicial–.

En esta medida, este derecho produce una *eficacia irradiante* (SARMENTO, 2010, pp. 64-75) para todo el ordenamiento jurídico, por el cual determina que todo y cualquier derecho debe ser resignificado, reinterpretado o, al menos, contextualizado, basado en la cultura de la comunidad tradicional a la cual se aplicará. Al mismo tiempo, produce un *mandato al intérprete del derecho* a moverse de su centro hacia la comprensión “del otro”, a la luz de la cultura de este último (FAUNDES, 2017, pp. 39-60).

La pregunta que este artículo formula en relación al derecho fundamental a la identidad cultural, es: ¿El Derecho Constitucional brasileño reconoce un derecho fundamental con tal alcance? Al interpretar y aplicar el derecho de las comunidades tradicionales, ¿pretende formular y comprender estos derechos a la luz de la cultura de dichas comunidades –y no a la luz de la cultura del intérprete– imponiendo a este último un desplazamiento de su eje en la dirección del “otro”?

⁸ Sobre la concepción filtro hermenéutico y la eficacia irradiante de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico brasileño: BARROSO, 2019; SOUZA NETO y SARMENTO, 2014; TEPE-DINO, 2008. La formulación se inspira en el Derecho alemán, habiendo sido tomada prestada de los debates sobre la eficacia irradiante de los derechos fundamentales y su incidencia (también) en las relaciones entre particulares. V. Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 7, “Caso Lüth”, 198, 1958.

2. Constitucionalismo en red

El derecho a la identidad cultural, como se ha descrito anteriormente, es reconocido y desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su concepto y estándares fueron formulados a partir del juzgamiento de una multiplicidad de casos que involucraron a países como Paraguay⁹, Ecuador¹⁰, Nicaragua¹¹ y Brasil¹², entre otros. Se trata de casos que tienen como objeto conflictos en común para los países de América Latina, que albergan a los pueblos indígenas y otros pueblos tradicionales y que experimentaron un proceso de colonización excluyente (QUIJANO, 2011, pp. 201-246). En este sentido, la interpretación de la Corte IDH sobre el tema se basa en la interacción argumentativa con varias cortes y realidades nacionales. Se trata de una interpretación evolutiva de los tratados, sustentada en el control de convencionalidad y en un proceso de diálogo con diversos órganos jurisdiccionales.

Una vez que se define una cierta interpretación de la Corte IDH sobre el alcance de un derecho, se espera que todos los demás países que se sometieron a su jurisdicción *dialoguen* con esa interpretación y traten de *darle repercusión* en su ámbito interno (CAMPOS MELLO, 2019; FERRER MAC-GREGOR, 2016, pp. 46-59). Ese diálogo ocurre a través del control de convencionalidad de las normas nacionales, de la interpretación de dichas normas conforme la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (MARINONI & MAZZUOLI, 2013, pp. XIII-XV; SAGUÉS, 2010, pp. 449-468; GARCIA RAMÍREZ, 2016, pp. 385-396) y preferencialmente de acuerdo con el significado que le dio la Corte IDH¹³ (FACHIN y CAVASSIN, 2016, pp. 295-297; MARINONI & MAZZUOLI, 2013, pp. XI-II-XV).

En esta perspectiva cada juez nacional es reconocido como un juez interamericano que replicará la comprensión de la Corte IDH¹⁴. Este diálogo

⁹ En: *Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, 2006.

¹⁰ *Sarayaku vs. Ecuador*, 2012.

¹¹ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, 2001.

¹² *Sukuro vs. Brasil*, 2018.

¹³ *Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*, 2006; *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 2006 *Cabrera García y Motiel Flores vs. México*, 2010

¹⁴ *Almonacid-Arellano y otros v. Chile* 2006.

no presupone la subordinación ni la observancia “ciega” de sus posiciones, mas significa una deferencia seria que exige seguir sus precedentes como regla general y la asunción de una carga argumentativa particularmente fuerte, en caso de divergencia. De esta forma, cuando un tribunal nacional dicte una solución divergente de la interpretación adoptada por la Corte IDH, deberá argumentar con profundidad su disenso de la *ratio decidendi* de la Corte¹⁵ (JACKSON, 2005, pp. 109-128, 2005; SARMENTO, 2016, pp. 93-139; GARGARELLA, 2017, pp. 211-234; CAMPOS MELLO, 2019a).

La Corte IDH también observa en su proceso de toma de decisiones el principio *pro persona*, según el cual debe aplicar, en materia de derechos humanos, la disciplina más favorable y protectora del individuo. El principio implica una ampliación del universo cognitivo de la Corte IDH para resolver sobre el significado de las normas de Derecho Internacional de carácter universal y no solo de carácter regional (CANÇADO TRINDADE, 2003; RAMOS, 2009; MAZZUOLI, 2013). Este aspecto, y también el reconocimiento de que los derechos humanos tienen un núcleo mínimo universal (CANÇADO TRINDADE, 1998, pp. 88-89; PIOVESAN, 1996, p. 83; FAUNDES, 2017, pp. 39-60), hace que la Corte IDH interactúe argumentativamente, en su proceso de toma de decisiones, con la jurisprudencia de otros tribunales internacionales y nacionales que conocen cuestiones de derechos humanos (GARCÍA ROCA, *et al.*, 2013, pp. 65-107). Los tribunales constitucionales y los tribunales supremos también tienden, de igual forma, a hacer referencia a otros tribunales constitucionales e internacionales en cuestiones de derechos fundamentales (MOHALLEM, 2017, pp. 67-112).

Así, se habla del desarrollo de un *constitucionalismo en red* en materia de derechos humanos, mediante el cual diferentes actores de distintos órdenes interactúan, tanto en el plano vertical como en el plano horizontal. En el *plano vertical*, existe un intercambio entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en la definición del alcance de

¹⁵ La *ratio decidendi* corresponde a la respuesta dada a la cuestión de derecho planteada en el caso, como premisa necesaria o suficiente para su conclusión. Para una profundización del concepto, v. CAMPOS MELLO (2008), p. 113-174.

los derechos humanos, mediante el ejercicio del control de la convencionalidad. En el *plano horizontal*, la interacción se produce entre tribunales internacionales o entre diversos tribunales nacionales, a través del Derecho Comparado.

En este sentido, la construcción de un *constitucionalismo en red* permite que cada tribunal, ante problemáticas comunes, recoja comprensiones desarrolladas por otros y resuelva a partir de dichas comprensiones ya logradas en otros órdenes. Así se crean condiciones para la construcción de estándares mínimos, comunes y objetivos para la protección de los derechos humanos. La definición de estándares mínimos permite el avance en la protección de los derechos, especialmente en los ordenamientos jurídicos más débiles, y la tutela contra retrocesos en los sistemas amenazados, precisamente porque establece normas *mínimas de protección, de alcance transnacional*, que sirven de salvaguardia contra las *instancias nacionales sujetas* a las intemperies transitorias de la política ordinaria (CAMPOS MELLO, FAUNDES, 2019; CAMPOS MELLO, 2019a).

El constitucionalismo en red se puede definir, por lo tanto, como el proceso por el cual “múltiples actores, que están sujetos a diferentes ordenamientos jurídicos, pero que enfrentan problemas jurídicos semejantes, se involucran en un ejercicio continuo de mutua observación, intercambio y diálogo, por medio del cual logran construir comprensiones comunes sobre el alcance de determinados derechos” (CAMPOS MELLO & FAUNDES, 2019; CAMPOS MELLO, 2019a)¹⁶. Este entendimiento permite que los miembros de la *red* fortalezcan progresivamente la protección de los derechos fundamentales, en sus respectivos ordenamientos jurídicos, a través de una estrategia común para la defensa de esos derechos, articulada *en red*.

La pregunta que se formula en este artículo sobre el *constitucionalismo en red* es: ¿El Supremo Tribunal Federal de Brasil participa de un intercambio de experiencias y de puntos de vista con diferentes órdenes jurídicos—internacionales y comparados—, de forma tal que pueda afirmar que es parte de la construcción de un *constitucionalismo en red*? A continuación,

¹⁶ Para construcciones similares ver SLAUGHTER (2005); BOGDANDY (2015) y NEVES (2009).

se examinan las bases normativas del derecho fundamental a la identidad cultural y del constitucionalismo en red en el sistema brasileño, como primer paso para contestar la pregunta formulada precedentemente.

3. La protección de la identidad cultural en el Derecho Constitucional positivo brasileño

En sus orígenes, el Derecho Constitucional brasileño dedicó poca atención a la protección de la cultura, hasta la Constitución de 1988. La Constitución Política del Imperio de Brasil, de 1824, la primera constitución de la historia del país, tan solo preveía un deber estatal de abstención, en relación a no prohibir “ningún género” de cultura, siempre y cuando “no se oponga a las costumbres públicas”. Las costumbres públicas tenían entonces un significado de prácticas consolidadas y dominantes en la sociedad¹⁷. La Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil de 1891, que la sucedió, no hizo ninguna mención a la cultura.

Las siguientes constituciones –de 1934¹⁸, 1937¹⁹, 1946²⁰ y 1967²¹– atribuyen al Estado el deber de promover y proteger la cultura. Sin embargo, dicha promoción y protección se centró en la tutela de monumentos, paisajes, documentos, obras, etc. No había asociación entre la cultura y la tutela de un aspecto identitario con respecto a los grupos vulnerables, sino, de hecho, lo contrario de eso. La Constitución de 1937 determinaba que el Consejo Federal sería ocupado por “quien posea distinción en algunas de las ramas de la producción o de la cultura nacional”²². La Constitución de 1967 preveía que los jueces serían seleccionados entre los “hombres de cultura”²³. Tales provisiones proponían una idea de cultura fuertemente vinculada a individuos integrantes de una élite económica y social, perteneciente a la cultura dominante y, por ello, poseedores de una

¹⁷ Constituição do Império do Brasil de 1824, art. 179, XXIV.

¹⁸ Constituição do Brasil de 1934, art. 148.

¹⁹ Constituição do Brasil de 1937, art. 134.

²⁰ Constituição do Brasil de 1946, art. 175.

²¹ Constituição do Brasil de 1967, art. 172.

²² Constituição do Brasil de 1937, art. 52.

²³ Constituição do Brasil de 1967, art. 118.

especie de “capital cultural” (BOURDIEU, 1985, pp. 196, 197), que encontraba, en la dogmática jurídica, formas de garantizar su poder (WARAT, 1980, p. 21). La *Enmienda Constitucional nº 1/1969* promovió profundos cambios en la Constitución de 1967, pero no trató el tema de la cultura.

Por otro lado, los grupos culturales vulnerables –en particular las comunidades tradicionales– fueron ignorados en esas Constituciones, a excepción de los pueblos indígenas. En cuanto a estos últimos, en general, las constituciones anteriores a la Carta de 1988 seguían la lógica de asegurar el derecho a la posesión de la tierra que ocupaban²⁴ y de determinar medidas para su “*incorporación a la comunión nacional*” (“*comunhão nacional*”)²⁵⁻²⁶. Se trataba, por lo tanto, de la institucionalización de la negación de la identidad indígena y de la búsqueda de su asimilación a la cultura dominante²⁷. Durante el período de la dictadura, los pueblos indígenas fueron objeto de una política de violencia extrema en Brasil. Se estima que aproximadamente 8.530 indígenas fueron asesinados, frente a 434 ciudadanos civiles²⁸.

Desde la perspectiva de la protección y la identidad cultural, tales constituciones aseguraban una única identidad: la de una élite blanca de ascendencia y/o cultura europea. Es importante destacar este punto: esta élite también constituye un grupo identitario cuya cultura y valores no son universales, pero que se impusieron hegemónicamente y que se valieron del derecho como instrumento de poder, naturalizándose hasta el punto

²⁴ Constituição do Brasil de 1934, art. 129; Constituição do Brasil de 1946, art. 216; Constituição do Brasil de 1967, art. 186.

²⁵ La expresión “comunhão”, en portugués, tiene el sentido de: “sintonización de sentimientos, forma de pensar, actuar o sentir”; “identificación” de ideas o espíritu (HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009). La adopción de medidas para incorporar al indígena a la “comunhão nacional” sugiere la intención de hacerlo pensar, actuar y sentir como si fuera parte de la cultura dominante. V., sobre las políticas “indigenistas” anteriores a 1988: CARNEIRO DA CUNHA (1992, 2012).

²⁶ Constituição do Brasil de 1934: “Art 5º - Compete exclusivamente a la Unión: XIX -legislar sobre: [...]; m) incorporación de los silvícolas[indígenas] a la comunión nacional [“comunhão nacional”] (libre traducción); Constituição do Brasil de 1967: “Art. 8º. Compete a la Unión: XVII - legislar sobre: (...) incorporación de los silvícolas [indígenas] a la comunión nacional” (libre traducción).

²⁷ Sobre la dificultad de compartir experiencias en un ambiente común, que tiende a la homogeneización, v. BAUMAN (2007, pp. 94-97).

²⁸ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014, pp. 205, 962, 963.

de ser (mal) percibidas como una referencia cultural universal. La negación del “otro” representaba, en el Brasil pre-Constitución de 1988, una política de Estado²⁹.

Ese escenario fue alterado (normativamente) con el proceso de redemocratización política en Brasil, el cual tuvo impactos muy importantes en el tratamiento constitucional de la cultura. Los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1987-1988 fueron orientados por el objetivo de “escuchar al mayor número posible de entidades que representan las corrientes de pensamiento brasileñas” y, en alguna medida, de “reparar” la deuda del país con algunos grupos específicos, cuyos derechos fueron particularmente afectados durante el régimen dictatorial y/o a lo largo de la historia del país, tales como: pueblos indígenas, *quilombolas* y afrodescendientes³⁰.

En cuanto a *quilombolas* y afrodescendientes, basta recordar que Brasil fue uno de los últimos países del mundo –y el último de las Américas– en abolir la esclavitud en 1888 (HINKS y MCKIVIGAN, 1986, pp. 256, 257). La abolición, a su vez, suprimió el trabajo forzoso, pero no reparó la condición de ciudadanía subalterna, responsable de un racismo estructural persistente³¹ y una profunda desigualdad racial en el país (CARVALHO, 2008, pp. 45-53). Esa desigualdad se expresa –incluso después de la Constitución de 1988– en índices de alfabetización³², encarcelamiento³³, homicidios³⁴ y persecución religiosa³⁵ extraordinariamente desiguales en

²⁹ Agradezco a la profesora Adriana Alves dos Santos Cruz por las consideraciones críticas que me permitieron incorporar este párrafo a este trabajo.

³⁰ Manifestación del presidente del Subcomité de Educación, Cultura y Deportes, Hermes Zaneti, en la 16ª reunión del Subcomité, de 29.04.1987. Disponible en: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadao-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao8/16.pdf>. V., además, sobre la participación diversa y plural que llevó a cabo el proceso constituyente: GUIMARÃES (1988).

³¹ La expresión “racismo estructural” alude a la incorporación del racismo en la estructura del Estado, al funcionamiento de las instituciones sociales en general y a su naturalización. Se expresa, por ejemplo, en la ausencia o en muy bajo número de personas negras en puestos estatales, profesionales y sociales relevantes. Es responsable por la perpetuación del racismo porque, aunque se castiguen los actos racistas, el propio funcionamiento de las estructuras sociales lo reitera y lo reproduce (ALMEIDA, 2019).

³² Instituto brasileiro de geografia e estatística, 2018.

³³ Departamento penitenciário nacional, 2016, p. 32.

³⁴ Fórum brasileiro de segurança e instituto de pesquisa econômica aplicada, 2019, p. 49.

³⁵ Ministério dos direitos humanos; secretaria nacional de cidadania, 2018, p. 29.

perjuicio de las comunidades afrodescendientes, así como en la dificultad de sus miembros de acceder a puestos de trabajo (CARVALHO, 2008, pp. 45-53).

De hecho, el fortalecimiento de la democracia brasileña fue esencial para iniciar un proceso de incorporación del “otro” –de aquel que no comparte el estatus dominante– y, por lo tanto, para la resignificación del sentido del pueblo brasileño. La Constitución de 1988 permitió un giro en el alcance de la protección constitucional de la cultura. Luego, al exponer los principios que rigen las relaciones internacionales de Brasil, determinó que el país debe buscar la integración cultural de los pueblos de América Latina³⁶. A continuación estableció el deber de las autoridades públicas de promover y proteger la cultura³⁷. Determinó la responsabilidad del Estado en proporcionar a todos el acceso a la cultura³⁸. Y reconoció a la persona como quien produce cultura y como quien se beneficia de ella (SILVA, 2001, pp. 48, 49).

Además, la Constitución de 1988 alteró sustancialmente el sentido atribuido a la expresión “patrimonio cultural”, determinando la protección de los bienes que digan relación con “la identidad, la acción, la memoria de los diferentes grupos que forman la sociedad brasileña”, incluyendo sus “formas de expresión”, sus “*formas de crear, hacer y vivir*”, sus obras, objetos y “sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”³⁹.

³⁶ CF/1988, art. 4º, par. único.

³⁷ CF/1988, art. 23.

³⁸ CF/1988: “Art. 210. Se fijarán contenidos mínimos para la escuela primaria [*ensino fundamental*], a fin de garantizar la formación básica común y el respeto de los valores culturales y artísticos, nacionales y regionales”; “Art. 215. El Estado garantizará el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará y fomentará la valorización y difusión de las manifestaciones culturales” (libre traducción).

³⁹ CF/1988: “Art. 216. Constituyen el patrimonio cultural brasileño los bienes de carácter material e inmaterial, tomados individual o conjuntamente, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, en los que se incluyen: I - las formas de expresión; II - las formas de crear, hacer y vivir; III - las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV - las obras, objetos, documentos, edificios y otros espacios destinados a manifestaciones artístico-culturales; V - los conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico” (libre traducción).

Así, la Constitución actual marcó el avance a una comprensión más amplia y plural de la cultura⁴⁰, que incluye aspectos identitarios de grupos vulnerables⁴¹. Además, se abandonaron las concepciones asimilacionistas y homogeneizantes en relación a estos grupos y se otorgó un nivel de protección diferenciado a los pueblos indígenas y *quilombolas*, reconociendo su vínculo intrínseco y cultural con las tierras que tradicionalmente ocupan⁴².

En cuanto a los afrodescendientes y a otros grupos vulnerables, la Constitución prevee que son objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil el promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad⁴³; determina que la ley penalizará cualquier comportamiento discriminatorio que viole los derechos fundamentales⁴⁴; y, finalmente, establece que la *práctica del racismo constituye un crimen no excarcelable* (“inafiançável”) e *imprescriptible*, sujeto a la pena de prisión⁴⁵. Por lo tanto, se percibe la incorporación de un carácter profundamente plural a la protección de la cultura por el ordenamiento constitucional (HÄBERLE, 2016, pp. 20, 30, 31).

Por último, la Constitución determinó, en su art. 5º, párr. 2º, que *los derechos y garantías previstos en el mismo no excluyen otros derechos contemplados en los tratados internacionales* de los que el Brasil forma parte⁴⁶. En

⁴⁰ Para una comprensión del carácter emancipador de la concepción de la identidad cultural, en contraposición al uso de la cultura como expresión de colonización y dominación: SALAS & FAUNDES (2018, p. 700).

⁴¹ Consideramos como grupos vulnerables o minoritarios, indistintamente, las colectividades de individuos que cumplen las siguientes condiciones: “(i) son contrarios al patrón social y/o cultural dominante y, como resultado, son estigmatizadas; (ii) tienen un *status* inferior al *status* de los demás ciudadanos con respecto al ejercicio de sus derechos, siendo objeto de prácticas discriminatorias; (iii) tienen dificultades para acceder y acoger sus demandas por medio de la representación política (Legislativo y Ejecutivo); (iv) debido a tales circunstancias, demandan técnicas de protección específicas para promover su defensa y garantizar su igualdad material”. Por lo tanto, se trabaja con un concepto no cuantitativo de minoría, que se caracteriza por una *posición de sujeción* en la sociedad. La opción de equiparar grupos vulnerables y minoritarios deriva del hecho de que ambos grupos se enfrentan a problemas similares y exigen técnicas equivalentes de protección y promoción de sus derechos. V. CAMPOS MELLO (2019b).

⁴² CF/1988, art. 231, caput e art. 1º; ADCT, art. 68.

⁴³ CF/1988, art. 3º, IV.

⁴⁴ CF/1988, art. 5º, XLI.

⁴⁵ CF/1988: “Art. 5º. [...] XLII - La práctica del racismo constituye un delito no excarcelable e imprescriptible, sujeto a pena de prisión, bajo los términos de la ley” (libre traducción).

⁴⁶ CF/1988, art. 5º, § 2º.

estos términos, estableció una *cláusula de apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos* y sentó las bases para un diálogo entre las distintas cortes internacionales y nacionales que traten cuestiones comunes y que se vinculen a los mismos tratados y a su realización (VARELLA, 2012, pp. 109, 116).

Por lo tanto, se observa que el Derecho Constitucional positivo brasileño ofrece bases normativas muy claras para el reconocimiento del derecho fundamental a la identidad cultural y para el desarrollo de un *Constitucionalismo en red*. En la próxima sección se examinará si estas normas vienen siendo efectivamente concretizadas por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

4. Identidad cultural y *Constitucionalismo en red* en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal: Estudio de casos

El estudio de caso que se desarrollará en esta sección se basa en tres debates que son claves para examinar el derecho fundamental a la identidad cultural y evaluar su comprensión como expresión del desarrollo del *constitucionalismo en red*. Se trata de discusiones sobre el alcance de: i) la protección del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, ii) la protección del derecho a la tierra de los *quilombolas* y iii) el respeto hacia las religiones de matriz africana.

Los casos seleccionados son, todos ellos, casos paradigmáticos: apreciaron el asunto de una manera sin precedentes, su conocimiento y resolución fueron ampliamente divulgados por los medios de comunicación, son objeto de referencia y citación en juicios posteriores y/o de comentarios en artículos científicos. Por lo tanto, aunque el presente estudio se basa en una pequeña muestra de decisiones, se puede afirmar que tales decisiones son representativas de la comprensión del STF sobre el tema.

El examen de los casos fue estructurado utilizando como criterio central los argumentos acogidos por la mayoría, sintetizados en el voto del redactor de cada sentencia (“relator”). Además, en cada fallo se seleccionó un

voto disidente, representativo de los argumentos invocados por los magistrados que no estaban de acuerdo con la decisión. Con esa metodología, consideramos que es posible ofrecer una buena muestra de la discusión y de los puntos de vista considerados por el Tribunal en su proceso de toma de decisiones.

4. 1. Caso Raposa Serra do Sol: el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas

El primer caso que se examinará, conocido como el *Caso Raposa Serra do Sol*, inauguró el debate sobre el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas. Fue una acción popular⁴⁷, enjuiciada por un senador de la República contra la Unión⁴⁸, a través de la cual se postulaba la anulación de la demarcación de tierra indígena. El proceso contenía 51 (cincuenta y un) volúmenes y tenía como objetivo anular la demarcación basándose en múltiples fundamentos. Se alegó que: (i) había irregularidades y parcialidad en el informe antropológico que reconocía la ocupación de la tierra por los indígenas; (ii) la reserva ocupaba una parte sustancial del territorio del Estado de Roraima (más del 7,5%), siendo gravemente impactante para su desarrollo económico y social; (iii) la demarcación privilegiaba la tutela del indígena, en detrimento de otros valores igualmente protegidos constitucionalmente. También había, en el caso, la particularidad de que los pueblos indígenas en cuestión no estaban en posesión de la tierra cuando la Constitución entró en vigor porque habían sido removidos por la fuerza de su territorio.

El caso *Raposa Serra do Sol* fue el *leading case* de demarcación de tierras indígenas apreciado durante la vigencia de la Constitución de 1988. Por eso, múltiples actores públicos participaron del debate y presentaron contribuciones sobre el tema, buscando influir en la decisión del Tribunal.

⁴⁷ Regulada por la Ley N° 4.717, de 1965, la acción popular es un instrumento constitucionalmente previsto para anular actos perjudiciales para el patrimonio público o para los bienes de entidades estatales, para la moral administrativa, para el medio ambiente y para patrimonio histórico y cultural (art. 5, LXXIII, del CF).

⁴⁸ En Brasil, el Poder Legislativo es ejercido por el Congreso Nacional, que está compuesto por la Cámara de Diputados y el Senado Federal (SILVA, 2014. pp. 398, 399).

Entre ellos: (i) se llamó la atención sobre el hecho de que la tierra se encontraba en territorio fronterizo, por lo que era necesario garantizar la presencia de las Fuerzas Armadas en la región, para evitar el tránsito de personas no autorizadas y el consiguiente riesgo para la soberanía nacional; (ii) se observó que la tierra indígena, tal como era demarcada, impedía la construcción de carreteras y líneas de transmisión eléctrica esenciales para la conexión del Estado con el resto del país; y (iii) se advirtió que la tierra indígena estaba situada en una zona con una importante riqueza mineral y de biodiversidad, codiciada por otros pueblos extranjeros.

La Constitución de 1988, a su turno, establecía expresamente que las tierras ocupadas por los pueblos indígenas son un bien federal, con derecho originario de usufructo perpetuo en favor de los indígenas. Debido a esta norma, cualquier título de propiedad de personas privadas situado en tierras indígenas, cualquiera que fuera su fecha, es nulo a la luz de la Constitución⁴⁹. Del mismo modo, el Convenio N° 169 de la OIT, incorporado al orden jurídico brasileño⁵⁰, determinaba que los pueblos indígenas deberían ser consultados sobre la explotación de los recursos naturales en sus áreas, así como sobre cualquier medida legislativa o administrativa que pudiera afectarles directamente⁵¹. En la práctica, por lo tanto, el reconocimiento de una tierra indígena implicaba la pérdida de títulos de

⁴⁹ CF/1988, art. 231: "Se les reconocen a los indígenas su organización social, costumbres, idiomas, creencias y tradiciones, y sus derechos originales sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, y corresponde a la Unión demarcar, proteger y hacer cumplir todas sus propiedades. § 1° Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios aquellas habitadas permanentemente por ellos, las utilizadas para sus actividades productivas, las indispensables para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones. § 2° Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios están destinadas a su posesión permanente y al uso exclusivo de las riquezas del suelo, los ríos y los lagos en ellas. § 3° El uso de los recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la investigación y la extracción de riqueza mineral en tierras indígenas solo puede llevarse a cabo con la autorización del Congreso Nacional, previa consulta con las comunidades afectadas y su participación en los resultados del proceso minero está asegurada, en la forma de la ley. § 4° Las tierras a las que se refiere este artículo son inalienables y no disponibles, y los derechos sobre ellas son imprescriptibles. § 5° Está prohibido el desplazamiento de grupos indígenas de sus tierras, excepto "ad referendum" del Congreso Nacional, en caso de una catástrofe o epidemia que ponga en peligro a su población, o en interés de la soberanía del país, después de la deliberación del Congreso Nacional. En cualquier caso, el retorno inmediato está garantizado tan pronto como cese el riesgo" (libre traducción).

⁵⁰ Decreto Legislativo N° 143, de 2002.

⁵¹ Convenio N° 169 da OIT, art. 15.

propiedad pertenecientes a particulares y los más diversos obstáculos a la explotación rentable de sus recursos naturales.

Al examinar el caso, el Supremo Tribunal Federal entendió que la demarcación era válida, pero con restricciones. El redactor de la sentencia empezó su voto señalando que la tutela de las tierras indígenas estaba relacionada con la necesidad de preservar la identidad “étnica” y “cultural” de una minoría históricamente tratada en una condición desfavorable. Ponderó que la preservación de esas tierras debería considerarse como un aporte y no como una pérdida, porque garantizaba la diversidad cultural y la realización de la inclusión de estos pueblos en la vida comunitaria nacional.

En cuanto al hecho de que la comunidad indígena no estaba en posesión de la tierra, al comienzo de la vigencia de la Constitución de 1988, el STF señaló que este aspecto no impedía su derecho al usufructo de la tierra, siempre que se demostrara –como ocurría en este caso– que la comunidad había sido desposeída por el uso de la fuerza y que se le impedía regresar, a pesar de buscar su regreso y de permanecer espiritualmente conectado a la tierra.

Por último, en cuanto al alcance de la tierra a demarcar en favor de los indígenas, se argumentó que ella debía incluir no solo el lugar de su residencia, sino que todos los espacios “imprescindibles para su bienestar” y para su “reproducción física y cultural”, *a la luz de su cultura y del significado de tales sitios para su comunidad*. Se sostuvo que, en virtud de esto, el derecho de los *indios* a la tierra no debía ser comprendido como un instituto ortodoxo de Derecho Civil (formulado a la luz de la comprensión del “hombre blanco”), sino como un *instituto heterodoxo de Derecho Constitucional* (entendido a la luz del significado inmaterial de la tierra para los pueblos indígenas). Por lo tanto, la decisión reconocía, en una medida razonable, el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, buscando interpretar sus derechos conforme su propia cultura.

Sin embargo, la mayoría del Tribunal también decidió aceptar las reservas propuestas por el juez que lideraba la disidencia. Entre estas reservas se encontraban el reconocimiento de que el disfrute de las zonas a favor de los indígenas: (i) no se sobrepone a los intereses de la política de la defen-

sa nacional, no pude impedir la instalación de bases y puestos militares; (ii) no restringe la expansión estratégica de la red vial, la explotación de alternativas energéticas o la protección de riquezas de carácter estratégico; (iii) y que “tales acciones, dada su pertinencia, podrían ocurrir sin consulta a las comunidades indígenas o a la Fundación Nacional del Indígena - FUNAI, a pesar de lo que preveía el Convenio N° 169 de la OIT”.

La no obligatoriedad de observancia del Convenio N°169 fue defendida superficialmente por el voto disidente, basándose en la alegación de que un tratado internacional no podría prevalecer ante la Constitución, que aseguraba la protección de los intereses de la defensa nacional y del desarrollo de país. Sin embargo, la consulta a las comunidades y pueblos indígenas afectados, establecida en el Convenio N° 169, no impedía tales medidas, solo determinaba que las comunidades fueran escuchadas, precisamente para que se pudiera comprender el impacto de tales *actividades sobre su modo de vida y para mitigarlos*, siempre que fuera posible. El rechazo de la consulta tornaba imposible conocer –y, por lo tanto, considerar– el impacto de tales acciones sobre la identidad cultural de estos pueblos.

La argumentación desarrollada en el voto disidente expresaba, además, una clara desconfianza en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de las decisiones de la Corte IDH. A título de ilustración, el voto aludía a una determinada decisión de la Corte IDH para “alertar” a los demás magistrados del STF sobre el hecho de que en ella se habían aplicado sanciones a Nicaragua, por violación de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras. Según el magistrado divergente, ese hecho demostraba que “la comunidad internacional no medirá esfuerzos para imponer a los Estados miembros sus posiciones en relación a tales derechos”, lo que, en su entendimiento, representaba una gran amenaza para los intereses y el orden jurídico brasileño.

Dado el riesgo de esa “imposición” por parte de la comunidad internacional, era importante y urgente, en la visión disidente, que el STF expresase su entendimiento de que parte de las normas del Convenio N° 169 de la OIT –sobre el derecho de los pueblos indígenas a la consulta– no eran válidas en las hipótesis de la instalación de bases militares o de explotación

y protección de los recursos estratégicos, entre otras. Esta “advertencia” sobre el “peligro” representado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acogida por la mayoría, muestra un STF con muy bajo compromiso con el diálogo en la esfera internacional y, por lo tanto, con evidente resistencia a la concepción y desarrollo de un *constitucionalismo en red*.

4.2. Caso *Quilombolas*: Derecho a la identidad cultural de las comunidades tradicionales descendientes de antiguos esclavos

El debate sobre la identidad cultural de las comunidades *quilombolas*, compuestas por descendientes de antiguos esclavos fugitivos, que mantuvieron un modo de vida tradicional, tiene como *leading case* una acción directa de inconstitucionalidad⁵² propuesta por el Partido da Frente Liberal (PFL). La acción cuestionaba la constitucionalidad del Decreto N° 4.887/2003, del presidente de la República, que había establecido el procedimiento de demarcación de las tierras ocupadas por dichas comunidades. El decreto, a su vez, daba cumplimiento al art. 68 de las Disposiciones Constitucionales Transicionales (“*Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*” o ADCT), que garantizaba a los descendientes (“remanescentes”) de las comunidades de los *quilombos* la propiedad de las áreas que ocupaban y determinaba que el Estado les emitiera sus respectivos títulos⁵³.

La parte solicitante postuló la declaración de la inconstitucionalidad del decreto, entre otras razones, por entender que: (i) invadía la esfera reservada a la ley, cabiéndole a esta, y no a un decreto, la responsabilidad de definir el procedimiento de demarcación de las tierras de los *quilombolas*; (ii) establecía que el criterio para su reconocimiento como comunidad *quilombola* era el de la autoatribución, abriendo caminos, según la com-

⁵² Supremo Tribunal Federal, ADI 3239, 2018.

⁵³ Constitución brasileña de 1988, ADCT: “Art. 68. A los descendientes [“remanescentes”] de las comunidades de los quilombos que estén ocupando sus tierras se reconocerá la propiedad definitiva, debiendo el Estado emitirles los respectivos títulos” (libre traducción). La expresión “remanescentes” alude a descendientes de tales comunidades que mantuvieron, en alguna medida, el modo tradicional de vivir.

preñón del solicitante, para la ocurrencia de todo tipo de fraudes; (iii) otorgaba al derecho a la tierra un alcance que abarcaba no solo las áreas de quilombos antiguos, sino también las necesarias para la “reproducción física, social, económica y cultural” de las comunidades, ampliando las tierras objeto de protección, sin previsión constitucional o legal; (iv) determinaba la titularidad colectiva del derecho de propiedad de la tierra, cuando la Constitución de 1988 nada disponía en tal sentido.

El relator del caso se manifestó en el sentido de que el decreto era formalmente incompatible con la Constitución porque violaba el principio de la legalidad, creando derechos y obligaciones distintos de los previstos en la norma constitucional en favor de las comunidades *quilombolas*. Concluyó también que la norma era materialmente inconstitucional en lo que respetaba: (i) al criterio de autoatribución, (ii) al alcance conferido a las tierras protegidas; y (iii) a la concesión de títulos colectivos a las comunidades, en lugar de la concesión de títulos individuales. Señaló, finalmente, que el decreto tenía un grave potencial de desestabilización social y de aumento de la violencia agraria, ya que generaba expectativas ilegítimas en cuanto a la posesión y la propiedad de áreas de terceros.

La mayoría del STF, sin embargo, no adhirió al entendimiento del relator y, consecuentemente, designó un magistrado diferente como redactor de la sentencia. El voto vencedor rechazó la alegación de inconstitucionalidad formal, con el argumento de que el art. 68 del ADCT ya había definido al titular del derecho a la tierra (las comunidades tradicionales descendentes de los *quilombos*), su objeto (las tierras ocupadas por ellos), la condición para su realización (ocupación tradicional), el sujeto pasivo (el Estado) y la obligación específica (emisión de títulos). Además, la Constitución de 1988 había previsto, en su art. 5º, párr. 1º, que las normas definitorias de los derechos fundamentales tienen una aplicabilidad inmediata, de modo que, en caso de duda, se debía optar por la interpretación que garantizare tal eficacia.

El voto finalmente acordado también invocó la decisión de la Corte IDH, dictada en el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingui*, mencionada en el Caso *Raposa Serra do Sol*, en que Nicaragua fue considerada responsable

de no adoptar las medidas legislativas o administrativas necesarias para garantizar el derecho a propiedad de los pueblos tradicionales. Esta vez, sin embargo, el objetivo de la referencia era *alentar a los demás miembros del Tribunal a observar la interpretación de la Corte IDH*.

En cuanto a la inconstitucionalidad material, el STF llegó a la conclusión de que el criterio de la autoatribución era absolutamente legítimo, en la medida en que el Convenio N° 169 de la OIT, incorporado al ordenamiento jurídico brasileño, había consagrado la “conciencia de la propia identidad” como elemento central para determinar la protección de los grupos tradicionales⁵⁴. Señaló también que la autoatribución no constituía el único criterio que se tenía en cuenta para la identificación de las comunidades *quilombolas*, dada la necesidad de comprobación histórica y antropológica del elemento objetivo de la ocupación tradicional y de la conexión de la comunidad con un viejo *quilombo*.

El STF también consideró legítimo el alcance dado a la protección de la tierra, incluyente de todas las áreas necesarias para la “reproducción física, social, económica y cultural” de las comunidades *quilombolas*; y declaró la constitucionalidad del procedimiento de indicación del área por las propias partes interesadas. El Tribunal observó que tales medidas fortalecían la identidad cultural de tales comunidades y su preservación y que, además, no eran el único criterio tomado en cuenta en la demarcación de las tierras, dada la necesidad de pruebas históricas y antropológicas de la tradicionalidad de la ocupación y de sus dimensiones.

Por último, en cuanto al otorgamiento del título colectivo, en lugar de títulos individuales, el Tribunal entendió que la providencia estaba en línea con el aspecto colectivo del reconocimiento de los *quilombolas* como comunidad tradicional, debiendo tal título ser entendido, análogamente a lo que se afirmó sobre los pueblos indígenas, en el caso *Raposa Serra do Sol* (Pet 3.388), como un instituto heterodoxo de Derecho Constitucional (informado por el significado inmaterial de la tierra para los pueblos tradicionales), y no como instituto ortodoxo de Derecho Civil (formulado a la luz de la comprensión del “hombre blanco”).

⁵⁴ OIT. Convenio N° 169, art. 1°, ítem 2.

En relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de basarse en el Convenio N° 169 de la OIT, el Tribunal dio un valor especial a las decisiones dictadas por la Corte IDH en los casos *Moiwana vs. Suriname* (2005) y *Saramaka vs. Suriname* (2007), en que se afirmó el derecho de propiedad de la comunidad descendente de los *marrones* (esclavos fugitivos) sobre las tierras tradicionales con las que mantenían relaciones territoriales específicas, incluidos los recursos naturales indispensables para su subsistencia. También mencionó derechos similares contemplados en las constituciones de Ecuador y Colombia.

Esta segunda decisión, dictada 9 (nueve) años después del *Caso Raposa Serra do Sol*, parece haber reconocido el derecho a la identidad cultural de una manera más amplia. Además, presentó un discurso absolutamente distinto en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comparado con otros países latinoamericanos. La sentencia fue armónica con el Convenio N° 169 de la OIT, fue deferente con las decisiones tomadas por la Corte IDH y también mencionó normas constitucionales de otros países latinoamericanos, teniendo en cuenta, por lo tanto, en su proceso de toma de decisiones, otras experiencias relevantes para la cuestión objeto de examen, en busca de estándares reconocidos internacionalmente. Así, adoptó una postura que es coherente con el desarrollo progresivo de un *constitucionalismo en red*.

4.3. Caso de las religiones de matriz africana: Derecho a la identidad cultural (y libertad de religión) de los afrodescendientes

El tercer caso a examinar corresponde a un recurso extraordinario en el que se debatió la (in)constitucionalidad del sacrificio de animales en los rituales religiosos de las religiones de matriz africana⁵⁵. En este caso, una ley del Estado de Rio Grande do Sul había previsto que *no* infringía el Código Estatal de Protección Animal el sacrificio ritual en cultos de religiones de matriz africana, siempre que fuera sin excesos ni crueldad. El caso comprendía, por un lado: (i) el derecho a la protección de los ani-

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal, RE 494.601, 2019.

males contra el trato cruel⁵⁶ y (ii) el derecho a la igualdad ante la ley, ya que solo se permitía el sacrificio de animales en favor de las religiones de matriz africana (art. 5º de la CF); y, por otra parte: (iii) la libertad de religión y de culto, ya que la prohibición de sacrificio de animales causaría un grave impacto en las religiones de la matriz africana, que tienen en el sacrificio animal un elemento esencial de sus rituales y de su identidad como grupo⁵⁷.

El contexto experimentado por Brasil en relación a las religiones de matriz africana merece ser explicitado para que se pueda comprender el alcance de la cuestión. La mayoría de la población brasileña profesa religiones cristianas⁵⁸. Estas religiones están avanzando en la conquista de los fieles y han logrado, con el tiempo, una amplia banca de representantes en el Congreso Nacional⁵⁹. Las religiones de matriz africana son fuertemente minoritarias⁶⁰. El *candomblé* y la *umbanda*, que son las más representativas de todas ellas, conforman un porcentaje de 0,3% de los fieles de la población brasileña solamente. Se trata de religiones asociadas a comunidades afrodescendientes, fuertemente estigmatizadas y objeto de violencia severa⁶¹.

La postura del Estado, en relación con tales actos de violencia, es de “indulgencia”, según el Ministerio Público Federal brasileño (Fiscalía). Hay una baja sensibilidad al problema y una especie de inercia. Las investigaciones de los ataques contra los centros religiosos de matriz africana no perseveran, los responsables no llegan a ser castigados penalmente, los hechos son poco informados en la prensa y no llegan al público en general. Existe una tendencia hacia la naturalización de la violencia y una falta de reacción típica del racismo estructural e institucional que termina por realimentar dicha violencia racista⁶².

⁵⁶ Constituição do Brasil de 1988, art. 225, § 1º, VII.

⁵⁷ Constituição do Brasil de 1988, art. 5º, VI.

⁵⁸ Instituto brasileiro de geografia e estatística, 2010.

⁵⁹ Disponible en: <<https://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>>. Accedido en: 17 Sep. 2019).

⁶⁰ Instituto brasileiro de geografia e estatística, 2010.

⁶¹ Ministério público federal; procuradoria federal dos direitos do cidadãos no combate à intolerância religiosa, 2018, pp. 23-49.

⁶² Ministério público federal; procuradoria federal dos direitos do cidadãos no combate à intolerância religiosa, 2018, pp. 23-49.

Este es el contexto del caso objeto de examen. Por medio de un recurso extraordinario, la parte intentó activar el STF, no para proteger a los animales (sacrificados en grandes cantidades, todos los días, para proporcionar alimentos, cuero y diversos bienes superfluos), sino para reprimir las religiones minoritarias que forman parte del núcleo esencial de la identidad cultural de las comunidades afrodescendientes –comunidades que son objeto de todo tipo de prejuicios y estigmas–⁶³.

Al evaluar el caso, el juez relator se manifestó por la constitucionalidad del sacrificio de animales en ritos religiosos “de cualquier naturaleza”, siempre que no “se practicara ningún maltrato y que su carne fuera consumida”. En la opinión del relator, la laicidad del Estado no permitía la supresión de los rituales religiosos, especialmente de religiones minoritarias. Sin embargo, la autorización para sacrificar animales solo en favor de las religiones de la matriz africana era, en su opinión, discriminatoria respecto de otras religiones y, por lo tanto, debería extenderse a ellas. Además, la tutela de los rituales debía ser compatible con la protección de los animales, asegurando que no sean sometidos a un sufrimiento desproporcionado y que estén destinados al consumo humano.

Sin embargo, la mayoría adhirió al entendimiento del juez disidente. El juez disidente –redactor de la sentencia– observó que el caso se refería al derecho a la libertad de religión y también al derecho a la cultura. Por lo tanto, trató de entender la práctica religiosa y cultural que implicaba el sacrificio animal. Según su justificación, el animal es sacrificado, en los cultos de las religiones de matriz africana, para ser consumido por los practicantes. Su uso en el ritual tiene el propósito de energizarlo. Existe todo un cuidado en su preparación, que incluye no someterlo al sufrimiento, porque se considera sagrado y porque su sufrimiento podría atraer energías negativas. No es raro, incluso, que los practicantes de la religión críen tales animales para asegurar su buen trato, porque cualquier práctica que los agreda puede “macular su energía vital”.

⁶³ El análisis (con el que estamos de acuerdo) es del Ministerio Público Federal (BRASIL, 2018c, págs. 23-49).

Basándose en estos hallazgos, el juez redactor de la sentencia rechazó la idea de un trato cruel a los animales. Observó que las prácticas religiosas que estaban siendo cuestionadas constituían “patrimonio cultural inmaterial”, a la luz de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la Unesco (artículo 2.2 c). Además, correspondían a las “formas de ser, hacer y vivir en varias comunidades religiosas y se confunden con la propia expresión de su identidad”, debiendo ser protegidas por tratarse de manifestaciones populares afrobrasileñas.

El redactor de la sentencia también argumentó que la cultura afrobrasileña debería ser objeto de una protección más intensa por parte del Tribunal, porque es objeto de grave estigmatización y racismo estructural. En este sentido, la prohibición del sacrificio de animales negaría “la esencia misma de la pluralidad, imponiendo una cierta visión del mundo a una cultura”, lo que no encontraba amparo en la Constitución. Su voto extendió la protección del sacrificio de animales a las otras religiones que lo practicaban, pero reiteró que la tutela especialmente dirigida a las religiones de matriz africana no violaba la igualdad, porque se trata de una cultura históricamente estigmatizada que, por tal condición, exige una tutela diferenciada.

Por lo tanto, el voto disidente era más protector de los rituales de las religiones de matriz africana, porque no condicionó la posibilidad de sacrificio animal a una idea de sufrimiento proporcional o de consumo de la carne del animal, como lo hizo el voto del relator original. Aunque haya señalado que no había trato cruel de los animales, confirió énfasis al hecho de que se trataba de una práctica cultural caracterizada como “patrimonio cultural inmaterial”, que integraba la “forma de ser y hacer” de una comunidad extremadamente estigmatizada y, por lo tanto, merecedora de una protección diferenciada y especialmente intensa por el Tribunal.

Sobre la base de estos fundamentos, la mayoría del STF reconoció la validez de la norma y, consecuentemente, del sacrificio animal en rituales religiosos, sin la imposición de ninguna condición, negando el recurso. Este último caso, juzgado en 2019, expresa un amplio reconocimiento de la identidad cultural de las comunidades afrodescendientes que practican religiones de matriz africana. Interpreta el significado del sacrificio ani-

mal a partir de sus prácticas, establece una relación entre tales prácticas y la preservación de esas comunidades, y afirma el deber del STF de tutelar con intensidad diferenciada a un grupo especialmente vulnerable.

La decisión también utiliza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para sostener que la práctica del sacrificio animal, en tal contexto, constituye un patrimonio cultural inmaterial y que, en esta medida, debe preservarse, no solo a la luz de la Constitución de 1988, sino también a la luz de estándares internacionales. Aunque no hay, en la votación, una profundización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ni una referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la argumentación desarrollada por el STF es convergente con la concepción de un *constitucionalismo en red*.

5. Conclusión

Como sostuvimos en el principio de este artículo, el derecho fundamental a la identidad cultural corresponde al derecho de cada comunidad a conservar su propia cultura, espiritualidad y referentes cosmogónicos y a que sean respetados sus conocimientos, lenguaje, creencias, artes, moral, religión, formas de justicia y organización. Se trata de un derecho construido a partir de normas internacionales de carácter general y regional, afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El derecho fundamental a la identidad cultural impone al juez que pondere los derechos de una determinada comunidad minoritaria y vulnerable a la luz de su cultura, sus prácticas y los significados que dicha cultura les atribuye.

El examen de las constituciones brasileñas antes de la Constitución de 1988 demuestra que hubo una determinación constitucional homogeneizadora y dominante de la protección de la cultura, que valoraba el saber del blanco europeo y negaba las identidades de los grupos vulnerables, como indios y negros. En este contexto, la única identidad cultural efectivamente tutelada en esa época –incluso como instrumento de poder– era la de las élites dominantes.

La Constitución de 1988 representó, desde el punto de vista del Derecho Constitucional positivo, una ruptura con esa protección cultural

homogeneizadora. No aludió a un “derecho fundamental a la identidad cultural” con esa denominación, sino que garantizó efectivamente ese derecho. De hecho, trajo varios dispositivos que aseguraban la protección de la cultura, en un sentido que incluía la protección a los diferentes “grupos formadores de la sociedad brasileña”, cubriendo sus “formas de expresión”, sus “formas de crear y vivir” y, por lo tanto, su visión del mundo. La Constitución también garantizó expresamente la protección de los pueblos indígenas, de las comunidades *quilombolas* y de los afrodescendientes, reconociendo un deber especial de reparación por siglos de exterminio y esclavitud.

Sin embargo, la eficacia de la norma constitucional encuentra resistencia en la cultura dominante, que tiene su propia normatividad y que ofrece obstáculos a su concretización integral. Esta resistencia se retrata en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. En los primeros años de vigencia de la Constitución de 1988, la implementación de la protección del derecho fundamental a la identidad cultural fue bastante tímida. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a su vez, era comprendido con extrañeza y como una amenaza. Uno de los casos examinados anteriormente –el *Caso Raposa Serra do Sol*– llegó a negar expresamente la aplicación del Convenio N° 169 de la OIT y a aludir a las decisiones de la Corte IDH como si representaran un riesgo para la soberanía del país.

Con el tiempo, la protección de la identidad cultural parece haberse ampliado. El derecho fundamental a la identidad cultural –aunque no haya sido nombrado en estos términos en la Constitución–, fue inequívocamente acogido en sus dispositivos. Este derecho permitió una resignificación progresiva de las prácticas de los pueblos indígenas, *quilombolas* y afrodescendientes, generando una comprensión más amplia y profunda de la protección de las identidades de dichas comunidades y actuó, en estas condiciones, como filtro *hermenéutico*.

No obstante el desarrollo descrito, es importante remarcar que la efectividad del derecho fundamental a la identidad cultural no debe ser comprendida linealmente. Se trata de una cuestión conflictiva, sujeta a avances y retrocesos.

Por otra parte, aunque existen diversas alusiones a la protección de la identidad y de la cultura de los grupos vulnerables, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal no llegó a admitir y sintetizar el derecho a la identidad cultural tal como lo afirma la Corte IDH. Luego, si el STF profundiza su entendimiento del derecho a la identidad cultural, bajo los estándares de la Corte IDH, como categoría específica, podrá realizar la función de *derecho matriz* y de *filtro hermenéutico* ya descrita, ahorrando pasos argumentativos en la protección de los derechos de estos grupos, interpretados y entendidos a la luz de su propia cultura.

La protección de la identidad cultural, al menos en los casos examinados, también está marcada por un diálogo tímido con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Comparado. Hay un comienzo de señalización, aún estrecha, de la posibilidad de construir un *constitucionalismo en red*. Esta ruta merece la atención de la doctrina y de la jurisprudencia porque permite avanzar en la protección de estos grupos vulnerables sobre la base de estándares mínimos, objetivos y más sólidos, que, al mismo tiempo, ofrecen elementos de protección y resistencia frente políticas mayoritarias recesivas.

6. Referencias bibliográficas

- ALMEIDA, Silvio (2019). *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen Livros.
- ASTRAIN, Ricardo Salas; FAUNDES, Juan Jorge (2018). “Justicia e interculturalidad. Conflictos y desafíos jurídico-políticos en el Wallmapu (Chile)”. En: Ledesma M. (ed.). *Justicia e Interculturalidad, análisis y pensamiento plural en América y Europa*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional del Perú.
- BARROSO, Luís Roberto (2019). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva.
- BAUMAN, Zygmunt (2005). “Identidade”. *Entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: Zahar.
- BAUMAN, Zygmunt (2007). *Tempos Líquidos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

- BENHABIB, Seyla (2006). “Democratic Interations: The Local, the National and the Global”. En: BENHABIB, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press.
- BOGDANDY, Armin von (2015). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. RDA, v. 269.
- BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coords.) (2016). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, v. 3.
- BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coords.) (2017). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York y Oxford: Oxford University Press.
- BOURDIEU, Pierre (1985). “The social space and the genesis of groups”. *Social Science Information*, v. 24, n. 2, pp. 195-220.
- CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone (2008). *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 113-174.
- (2015). *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense.
- (2019a). *Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?* *Revista Brasileira de políticas Públicas*, v. 2, set.
- (2019b). *Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+*. Mimeografado.
- CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone; BARROSO, Luís Roberto (2016). “Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro”. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, pp. 9-52, jul./set.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (1998). “Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional”. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113-118.

- (2003). *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (1992). *Legislação indigenista no século XIX. Uma compilação (1808-1889)*. São Paulo: Comissão Pró-Índio/Edusp
- (2012). *Índios do Brasil: direitos e cidadania*. São Paulo: Claro enigma.
- CARVALHO, José Murilo de (2008). *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (2014). *Relatório: textos temáticos*. Brasília: CNV.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (2016). *Levantamento Nacional de informações penitenciárias*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponible en: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acceso en: 13 set. 2019.
- FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli (2016). “Perspectivas do controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo”. En: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Moraes; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, v. 3.
- FAUNDES, Juan Jorge (2017). “Derechos humanos y el reconocimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas en América Latina, en la perspectiva crítica del descentramiento intercultural”. En: OLVERA, Jorge; OLVERA, Julio; GUERRERO, Ana Luisa (coords.). *Los pueblos originarios en los debates actuales de los derechos humanos*. México: Universidad Autónoma del Estado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, Miguel Ángel Porrúa, pp. 39-60.
- (2019a). “Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico”. *Izquierdas*, v. 45.

- (2019b). “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, N° 9 v. 2, set.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2016). “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata)”. En: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica.
- FRASER, Nancy; HONNETH, Axel (2003). *Redistribution or Recognition? A political philosophical exchange*. Londres e Nova York: Verso.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (2019). *Atlas da Violência*. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.
- GARCIA RAMÍREZ, Sérgio (2016). “La Corte Interamericana de derechos humanos: Origen, vocación y cumplimiento”. En: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica.
- GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; BUSTOS GISBERT, Rafael (2013). “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”. En: GARCÍA ROCA, Javier *et al.* (eds.). *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Pamplona: Thomson Reuters.
- GARGARELLA, Roberto (2017). “The ‘New’ Latin American Constitutionalism: Old Wine in New Skins”. En: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York e Oxford: Oxford University Press.
- GUIMARÃES, Ulysses (1988). *Discurso na Assembleia Nacional Constituinte*, em 5.10.1988. Disponible en: camara.leg.br Acceso en: 01.08.2019.
- HÄBERLE, Peter (2016). “Constituição ‘da Cultura’ e Constituição ‘Como Cultura’”: um Projeto Científico para o Brasil. *RDU*, v. 13, n. 72.

- HINKS, Peter; MCKIVIGAN, John (eds.) (2007). *Encyclopedia of Antislavery and Abolition*. Londres: Greenwood Press.
- HOUAISS, Antônio (2009). *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (2018). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua: Educação 2018*. Disponible en: biblioteca.ibge.gov.br Acceso en: 16 set. 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (2010). *Censo 2010*. Disponible en: ibge.gov.br Acceso en: 16 set. 2019.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (2011). *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*. 4. Ed. Brasília: IPEA.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review*, v. 119.
- KLEIN, Herbert (1986). *African Slavery in Latin America and the Caribbean*. Nova York: Oxford University Press.
- LÉVINAS, Emmanuel (2010). *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 5. ed. Petrópolis: Vozes.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (2013). “Apresentação”. En: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto (2016). “Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro”. *Revista da AGU*, v. 15, n. 3, pp. 9-52, jul./set. .
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet (2015). *Curso de Direito Constitucional*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva.
- MIGNOLO, Walter D.; WALSH, Catherine (2018). *On Decoloniality: Concepts, Analytics, Praxis*. Durham e Londres: Duke University Press.
- MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS; SECRETARIA NACIONAL DE CIDADANIA (2018). *Estado Laico, Intolerância e Diversidade Religiosa no Brasil: Pesquisas, reflexões e debates*.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO NO COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA (2018). “Nota Té-

- nica: Livre Exercício dos Cultos e Liturgias das Religiões de Matriz Africana”. PGR-00418604/2018.
- MOHALLEM, Michael Freitas (2017). “Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: the Practice of Constitutional Courts in South America”. En: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth (eds.). *Judicial Dialogue and Human Rights: studies on International Courts and Tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NEVES, Marcelo (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- PIOVESAN, Flávia (1996). *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad.
- QUIJANO, Aníbal (2011). “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”. En: LANDER, Edgardo (org.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales – perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, pp. 201-246.
- RAMOS, André de Carvalho (2009). “O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Lílíana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin.
- RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel (2010). *Inflexión decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos*. Popayán, Colômbia: Universidad del Cauca.
- SAGUÉS, Néstor Pedro (2010). *El “Control de Convencionalidad” como Instrumento para La Elaboración de un Ius Commune Interamericano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 449-468. Disponível em: juridicas.unam.mx Acesso em: 20 jul. 2019.
- SARMENTO, Daniel (2016). “Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões”. En: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica.
- SARMENTO, Daniel (2010). *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- SILVA, José Afonso (2001). *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo Malheiros Editores.
- (2014). *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros.

- SLAUGHTER, Anne-Marie (2005). *A New World Order*. Princeton: Princeton University Press.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO; Daniel (2014). *Direito Constitucional – Teoria história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Editora Fórum.
- TEPEDINO, Gustavo (2008). *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- VARELLA, Marcelo (2012). *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, Globalização e Complexidade*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), como exigência parcial à obtenção do título de Livre-Docência em Direito Internacional, pp. 109, 116.
- WALSH, Catherine *et al.* (2006). *Interculturalidad, descolonización del estudio y del conocimiento*. Buenos Aires.
- WARAT, Luis Alberto (1980). “O outro lado da dogmática jurídica”. En: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

Decisiones judiciales

- Corte Constitucional da África do Sul, *S. vs. Makwanyame*, 1995 (6), BCLR (CC).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cabrera García y Motiel Flores vs. Mexico*, 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mayagna (Sumo) Awajitjngni vs. Nicaragua*, 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sarayaku vs. Ecuador*, 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sawhoyamasa vs. Paraguay*, 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sukuro vs. Brasil*, 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, 2006.

Supremo Tribunal Federal, Pet. 3388, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19/03/2009.

Supremo Tribunal Federal, ADI 1.856, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26/05/2011.

Supremo Tribunal Federal, ADI 3239, Rel. p/ acórdão: Min. Rosa Weber, j. 08/02/2018.

Supremo Tribunal Federal, ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016.

Supremo Tribunal Federal, RE 153.531, Rel. p/ acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 03/06/1997.

Supremo Tribunal Federal. RE 494.601, red. p/ acórdão Ministro Edson Fachin, j. 28.03.2019.

Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 7, “Caso Lüth”, 198, 1958.

Los derechos de las *gentes* en la Constitución brasileña: un análisis desde la noción del constitucionalismo habermasiano

JOVINO PIZZI
FERNANDO AMARAL

Para Jürgen Habermas, las “constituciones modernas reposan sobre la idea del derecho nacional según la cual los ciudadanos se asocian por su propia decisión para formar una comunidad de sujetos de derechos libres e iguales. En este sentido, la lucha por el reconocimiento de las gentes supone una intersubjetividad dialógica, es decir, “los derechos que los ciudadanos deben concederse recíprocamente” (1999, p. 189). La reciprocidad entre individuos sería entonces, la forma institucionalizada que obedece a un sistema de derechos. Sin embargo, ese sistema no supone la garantía de distribución equitativa de los bienes colectivos entre todos los ciudadanos o grupos.

Al traer esta discusión al contexto latinoamericano, las exigencias de reciprocidad entre los ciudadanos están ligadas a una dimensión etno-cultural y geo-cultural. Así, la re-significación de la teoría constitucional habermasiana camina hacia una epistemología triangular, de modo que sea posible entender la interconexión entre tres grandes matices latinoamericanas. En efecto, ya hace más de cinco siglos que el Atlántico se ha transformado en punto de referencia entre Europa, África y las Américas.

La hipótesis subraya una reconstrucción parcial de la filosofía del derecho de Habermas para, entonces, redireccionar su planteamiento constitucional hacia el contexto actual brasileño. Evidentemente, las posibilidades y limitaciones del constitucionalismo habermasiano tienen como foco

el contexto europeo. Por eso, la noción de epistemología triangular, que nace del *Triangular trade*¹ remite a un cambio, con lo que los derechos de las *gentes* alcanzan un nivel más amplio. En otras palabras, se trata de reconfigurar el diseño geocultural y a través de las exigencias morales y jurídicas que re significan los derechos sociales inherentes a la Constitución brasileña del 1988.

Como punto de partida, (1.0) empezamos con las constituciones brasileñas y el paso del imperio al modelo republicano. (2.0) En segundo lugar, trataremos de señalar lo que se ha dicho de la característica fundamental de la Constitución del 1988, o sea, su supuesto carácter “social”. (3.0) El tercer punto discute los intentos de aplicación de este carácter social, sea en formas distributivas, como ha sido el Bolsa Familia o, entonces, la ampliación del acceso a la enseñanza superior, como han sido el Prouni y el Reuni (4.0). De la Constitución a los principios en la ley de educación superior. De ahí el análisis habermasiano y la cuestión del diseño geocultural de Occidente que, por más de cinco siglos, ha generado una re significación que tiene como punto de partida la epistemología triangular (50).

1. Las constituciones brasileñas: del imperio a la República

Muy distinta del modelo español, la colonización portuguesa puede ser dividida en tres momentos. Un período colonial que empieza con la ocupación de Portugal, en el año 1500 y llega a 1808, con la llegada de la corona portuguesa a Brasil, huyendo para no caer en las manos de las tropas napoleónicas. Con la llegada de D. Juan VI, las primeras escuelas superiores son instaladas en Río de Janeiro y Bahía. Son escuelas de medicina e ingeniería civil y militar, volcadas a “atender las necesidades materiales de la Corona misma” (CASTRO, 1985, p. 11). El regreso de D. Pedro II a Europa (1889) ocurre en vistas a la proclamación de la República brasileña.

¹ Es un término histórico que indica el comercio entre tres puertos o regiones. El comercio triangular generalmente evoluciona cuando una región tiene productos de exportación que no se requieren en la región de donde provienen sus principales importaciones.

Para Oliven, ya en el siglo XVI los españoles han instalado universidades en sus dominios, aunque eran “[...] instituciones religiosas, que recibían la autorización del Sumo Pontífice, a través de Bula Papal” (2002, p. 31). Para Schwartzman (2006), mientras en los demás países latinoamericanos, las universidades datan del siglo XVI hasta el XIX, las universidades brasileñas solamente aparecen muy tardíamente. Sin otras posibilidades, a los hijos de la clase dominante era ofrecida una formación medieval latina con elementos de griego, preparando los estudiantes, a través de estudios menores, para frecuentar las universidades portuguesas (principalmente en Coímbra). De este modo, la formación de los jesuitas se destinaba a formar las élites burguesas (y blancas), con el fin de prepararlas para ejercer la supremacía cultural y política.

Este es el contexto donde nace la primera constitución de Brasil. En 1824, el emperador Don Pedro I – hijo de Don Juan VI – promulga la primera Constitución brasileña, consolidando un gobierno monárquico, hereditario y representativo. El mandato de los diputados era temporal; para los senadores, era vitalicio. La religión era la católica, apostólica y romana y solamente podían votar los que tenían una renta anual considerable.

Con la República, en 1889, nace entonces la Constitución republicana. Ella significa no solamente la lucha contra el Estado monárquico sino la consolidación del *Estado liberal*, es decir, un modelo de libertad sin intervención estatal. La base de los derechos individuales eran la libertad de contratar y la mínima intervención del Estado en el mercado, es decir, las intervenciones estaban volcadas a garantizar las reglas naturales de los comerciantes.

Otros cambios ocurren en 1934 y en 1946. En 1964 comienza la dictadura militar. En 1967, los militares han aprobado una nueva Constitución, pero pronto entran en un período de excepción, en el que los Actos Institucionales pasan a orientar las acciones del Estado y política nacional. Esto es, entre 1967 y 1984, el control ha estado bajo las manos duras de los militares. En 1985, una junta de políticos elige el primer presidente civil post dictadura, cuando también empieza el proceso para una nueva Constitución para el país.

2. La nueva Constitución de 1988 y su carácter social

La actual Constitución brasileña refleja el embate político entre la perspectiva liberal (derechos de libertad) y el Estado social de bienestar (derechos de igualdad). El diseño de este modelo de Estado ocurre ante la evolución de los derechos de la persona humana. Tales derechos ya están expuestos en el preámbulo del texto, sea a través de la valorización social del trabajo como fundamento de la República (art. 1º, IV), o de los objetivos de la República (art. 3º) y sus roles de derechos sociales (art. 6º) y de los derechos de los trabajadores (art. 7º).

El énfasis está en la categoría “ciudadana”, término inherente a la Constitución actual de Brasil. Los derechos civiles ya estaban enunciados en la Constitución Imperial del 1824. Los derechos sociales aparecen en la Constitución de 1934. Los derechos políticos, presentes en las Constituciones del 1934 –suprimidos con la Carta de 1937– son restablecidos en 1946 y otra vez suprimidos en 1967 y nuevamente restablecidos en 1988.

El paso de la dictadura al actual modelo de democracia fue sellado con la Constitución de 1988. Entre los años 1964-1967, los militares publicaron diversos Actos Institucionales y, en 1968, a través del más duro, el AI 5 suspende cualquier derecho, instalando el absolutismo dictatorial. En 1979 empezó la denominada “apertura”, siendo aprobada la nueva Constitución en 1988. Conocida como una “constitución ciudadana”, ella realiza las garantías de los trabajadores, minorías y el pluralismo, pero con una base federativa muy potente.

En la Constitución de 1988, la *dignidad de la persona humana* aparece en el art. 1º, inciso III como fundamento de la República Federativa de Brasil y, además, en el enunciado del art. 170, en este caso de orden económica. De este modo es posible identificar, en el constitucionalismo brasileño, un fuerte contenido volcado a la dignidad humana como una regla de acción, imponiendo al Estado el deber de garantizar el mínimo de atención al aspecto social, pues tales derechos son implementados con la intervención positiva del Estado. Es decir, el texto constitucional brasileño puede omitir las exigencias de la dignidad humana como regla de conducta estatal. De este modo, su papel es fundamental frente a las prestaciones sociales que puedan identificar

cómo el Estado garantiza la ciudadanía social y si realmente promueve de esta forma el constitucionalismo social.

Esas características han dado a la actual Constitución brasileña un carácter social que sigue manteniendo esta interpretación. En sus 30 años, algunos intentos han sido realizados para garantizar la realización de sus fines. Ese es el tema que se detallará a continuación.

3. Los intentos de implementación de las políticas sociales

La implementación de las políticas sociales está ligada, por un lado, a la enseñanza en general y (en el análisis nuestro) al nivel educativo superior y, por otro, a las políticas distributivas.

En su art. 205, la Constitución de 1988 señala la educación como un derecho de todos y un deber del Estado y de la familia. La educación es fundamental para el desarrollo de la ciudadanía, una *ciudadanía como medio* para los demás derechos sociales existenciales. En el caso de la enseñanza superior, los años 90 y 2000 fueron marcados por una política de expansión muy fuerte. Los programas Prouni (Programa Universidad para Todos) y el Reuni (Programa de Apoyo a Planos de re-estructuración y de expansión de las universidades federales) son proyectos volcados a ampliar el número de plazas para estudiantes de la enseñanza superior. El Prouni, creado en 2004, garantiza becas (integrales o parciales) a estudiantes en instituciones de enseñanza superior privadas. Pueden acceder al programa estudiantes con renta familiar hasta tres salarios mínimos, esto es, en torno a U\$800 dólares mensuales y la selectividad integran un examen nacional de la enseñanza media (Enem).

El cuadro 01 destaca el número de ingresantes antes de la creación del programa (1982), cuando el total de estudiantes de universidades públicas y privadas suma el total de 659,500. En 2007, el número prácticamente se duplica y en 2017 pasa de los ocho millones. En relación al Prouni, hasta 2017, el programa ha atendido más de 2,47 millones de

estudiantes, 69% de ellos con becas integrales, una parte significativa de universitarios brasileños (BRASIL, 2019, p. 1).

La otra parte pasa a ser atendida por las universidades públicas. El Reuni, instituido a través del Decreto N° 6.096, de 24 de abril del 2007, tenía como objetivo primordial garantizar a las universidades públicas las condiciones para la ampliación de infraestructura y plazas a estudiantes de nivel superior. Lo que significa la consolidación de una política nacional de expansión de la red pública universitaria brasileña (BRASIL, 2012).

CUADRO 1. Número de ingresos en la enseñanza superior

	1982	2007	2017
Pública	410.591	298.491	2.045.356
Privada	248.909	1.183.464	6.241.307
Total	659.500	1.481.955	8.286.663

Fuente: Brasil (2019b; 2019c).

De este modo, los dos programas multiplican las plazas y el número de estudiantes de nivel superior. En 35 años (del 1982 a 2017) el número de Instituciones de Enseñanza Superior (IES) sufre una extraordinaria ampliación. Los datos del Cuadro 02 indican el aumento de IES tanto en la red pública como privada, a punto de pasar de 67 a 2.488.

CUADRO 2. Aumento de IES en Brasil entre 1982 y 2017

	1982	2007	2017
Pública	47	143	296
Privada	20	2.032	2.152
Total	67	2.281	2.448

Fuente: BRASIL (2019b; 2019c)

Como se puede percibir, el aumento de estudiantes de nivel superior es extremadamente significativo. Tanto en la red pública como en la privada, el número de estudiantes ha dado un salto extraordinario, fruto de las políticas sociales con base en la Constitución de 1988.

Además de la enseñanza, las políticas distributivas han tenido una atención especial. *Pari passu* a ella, otro frente ha sido el Programa Bolsa Familia.

Ese programa sigue lo escrito en la Constitución de 1988, poniendo énfasis a la dimensión universal de la seguridad social (art. 203)². Ella también subraya la solidaridad financiera como un concepto relevante (SILVA, 2007, p. 311). En efecto, quien dispone de asistencia no necesita ser contribuyente del sistema. Los que necesitan tienen derecho, pues se trata de asegurar la ciudadanía social existencial a la maternidad, infancia y en el desamparo (art. 6º da CF)³. Esa prestación necesita de la acción de los poderes constituidos dado que el desamparo necesita de intervenciones de emergencia. Este derecho está garantizado a través de la Ley Orgánica de Asistencia Social (LOAS)⁴, con lo cual el art. 203, V de la Constitu-

² El Art. 203 de la Constitución afirma: “La asistencia social será prestada a quién necesite, independientemente de contribución a la seguridad social, y sus objetivos son: I - la protección a la familia, a la maternidad, a la infancia, a la adolescencia y a la ancianidad; II - el amparo a los niños y adolescentes carentes; III - la promoción de la integración al mercado laboral; IV - a la habilitación y re-habilitación de las personas con discapacidad y a la promoción de su integración a la vida comunitaria; V - la garantía de un sueldo mínimo de beneficio mensual a la persona portadora de discapacidad y a los ancianos que demuestren no poseer medios de proveer su propia sostenibilidad o de tenerla proporcionada por su familia, conforme dispone la ley.

³ Según el Art. 6º, son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección a la maternidad y a la infancia y la asistencia a los desamparados; y tales derechos están redactados a través de emenda Constitucional N° 64, de 2010.

⁴ Ley Orgánica de la Asistencia Social, presente en el Art. 20. El beneficio de prestación continuada es la garantía de un salario mínimo mensual a la persona con discapacidad y al anciano con 65 (sesenta y cinco) años o más que prueben no poseer medios de proporcionar su mantenimiento o de tenerlo a través de su familia (redacción de la Ley N° 12.435, de 2011). El § 1º determina: para los efectos del dispuesto en el enunciado, la familia es formada por el demandante, cónyuge o compañero, los padres y, en la ausencia de uno de ellos, la madrastra o el padrastro, hermanos solteros, los hijos e hijastro solteros y los menores tutelados, desde que vivan bajo el mismo techo (redacción dada por la Ley n° 12.435, de 2011). El § 2º dice: Para efecto de concesión de este beneficio, considerase persona con discapacidad aquella que presenta impedimentos de largo plazo de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial, los cuales, en interacción con diversas barreras, pueden obstruir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas (redacción de la Ley n° 12.470, de 2011). El § 3º dice:

ción Federal consolida la prestación pecuniaria a los ancianos necesitados y a todos los deficientes.

En relación al programa Bolsa Familia, su objetivo no trata solamente de garantizar un sueldo mínimo a las familias en situación de extrema pobreza, sino también posibilitar que los niños y niñas de esas familias puedan ir a la escuela y, además, acceder a una atención básica de salud. El programa fue instituido a través de la Ley N° 10.836 de enero del 2004, y reglamentado a través del Decreto N° 5.209/2004, un programa bajo responsabilidad de la Federación, de los Estados, de los Municipios y Distrito Federal (BRASIL, 2004a; 2004b). Se trata de un programa de transferencia directa de renta, que integra el Plan Brasil sin Miseria (BRASIL, 2011). Las familias beneficiarias poseen renta *per cápita* de hasta R\$ 85,00 (BRASIL, 2016), es decir, en la franja de extrema pobreza, mientras las familias con renta *per cápita* entre R\$ 85,01 a R\$ 170,00 son consideradas pobres (BRASIL, 2016).

Estos datos nos llevan a pensar que todo lo que se ha dicho y anunciado sobre la actual Constitución brasileña y sus rasgos “sociales” podría realmente garantizar los derechos *de las gentes*, la búsqueda de equidad y, así, asegurar el bienestar de los ciudadanos. De hecho, señala una serie de derechos sociales y una perspectiva volcada a la justicia social y ciudadana. No existen precedentes de una Constitución del país con tal carácter *social*. Además, las interpretaciones y la exaltación de sus calidades han motivado los debates, estudios e, incluso, un determinado *marketing* político.

No obstante, no hay dudas que la suposición de un carácter social de la Constitución brasileña no pasa de una ilusión o, por lo menos, de un cuento que ha alimentado las perspectivas de mucha gente. Las distorsiones señalan, pues, un tipo de patología social, una especie de eugenesia entre grupos étnicos y sociales, un tipo de parálisis con origen desde la

Se considera incapaz de proveer la manutención de la persona con discapacidad o anciano la familia cuya renta mensual per cápita sea inferior a 1/4 (un cuarto) del salario mínimo (Ley N° 12.435, de 2011). Para una comprensión más detallada de la LOAS y de ser único beneficio de prestación pecuniaria y continuado, ver SERAU JR., Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano. *Benefício Assistencial: Temas Polêmicos*. São Paulo: LTr, 2014.

colonización. En otras palabras, sí se ha consolidado una forma de necropoder, es decir, una dominación de pequeños grupos que comandan y se proyectan como dueños de la vida de todos los demás. Para ellos, no hay otro camino sino la violencia.

En razón de ello, la inhospitalidad entre las *gentes* alimenta la violencia, sea física, moral, psicológica, de género, entre tantas otras formas. En este sentido, se puede nombrar, entre otras repulsas y violaciones, la xenofobia, el racismo, la misoginia, la homofobia, el ateísmo fobia o la islamofobia, una “animosidad para con determinadas personas” o grupos por parte de quienes consideran “su etnia, raza, tendencia sexual o creencia –sea religiosa o atea– como superior y que, por tanto, el rechazo del otro estaría legitimado” [...] (CORTINA, 2017, p. 18). En su versión más extremista, son considerados como terroristas o aterradoras todos los movimientos anticoloniales y/o anti-imperialistas e, incluso, las actitudes volcadas a salvar especies o la preservación del medio ambiente.

La idea no se refiere exactamente a la aporofobia o al rechazo al pobre, sino también a la fobia al negro, al indígena, a los mestizos etc., de forma que la denegación de la convivencia afecta a todos los grupos infravalorados. Es decir, se trata de una exaltación del aspecto ligado a las *necrópolis*, recusando por tanto una dimensión vivencial ligada a la *acrópolis*. De este modo, la acción humana tiene ante sí un volcarse a la violencia, a la muerte, a amenazas y todo lo que se refiere a lo fúnebre, sin otra alternativa. Como ya hemos subrayado, ese clima favorece determinados grupos sociales que, si bien insisten en lo social, al final solo y únicamente buscan consolidar sus privilegios. Por ejemplo, la Constitución del sistema legal ha permitido que determinados grupos hayan conseguido ganancias abrumadoras. Son terratenientes, grupos inmobiliarios, ejecutivos, sindicalistas, agentes públicos de distintos niveles (de entre ellos, profesores universitarios y jueces, que cobran o se jubilan con una renta o sueldos superiores a ocho o diez mil dólares). Entonces, si la renta media de las familias brasileñas ha sido de 1.268 reales mensuales (o sea, en torno a

340 dólares)⁵, ese pequeño grupo privilegiado cobra o vive con una renta por lo menos 30 veces superior a la gran mayoría de las gentes.

4. De la Constitución a los principios en la ley de educación superior

La ley número 9.394 de diciembre de 1996 habla claramente de la “consideración de la diversidad étnico-racial” (§ XII). Evidentemente, el término étnico-racial era, en aquellos años, más coherente con el debate. Actualmente, ante las resignificaciones de las expresiones, nosotros entendemos que el término utilizado no expresa ningún perjuicio. Por el contrario, pasados veintitrés años podemos argumentar que se trata de una forma de reconocimiento de la interculturalidad en un país de gran extensión territorial y con raíces diversas. Al mismo tiempo, advierte sobre una sociedad que enfrenta y reconoce su pluralidad.

Nos parece importante subrayar eso, pues el sesgo jurídico señala que la Enseñanza Superior brasileña está involucrada con la cuestión de la historia y cultura afro-brasileña, africana e indígena. En el caso del nivel superior de enseñanza, a partir del 2010 los cursos pasan por una evaluación, a tal punto que todas las carreras son convalidadas solamente si son reconocidas por el Ministerio de Educación. Esa evaluación sigue una rutina, en donde hay una nota mínima, según el “instrumento de evaluación” de los cursos de enseñanza superior.

Ese instrumento evalúa distintas “dimensiones” de cada curso (o carrera). Una de ellas se trata de los dispositivos legales según las directrices nacionales para la Educación. En relación a los dispositivos normativo-legales, las directrices exigen que todos los cursos traten, en sus currículos, el tema étnico-racial étnico racial y la enseñanza de historia y cultura afro-brasileña, africana e indígena. El cumplimiento de tal exigencia presume que todos los estudiantes, durante sus cursos, obtendrán nociones sobre

⁵ Cf. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-02/renda-familiar-capita-no-brasil-em-2017-era-de-r-1268-segundo-ibge>, con acceso en 10 de enero del 2019. Conversión de reales a dólares de enero de 2019.

esos aspectos, con lo que por lo menos deberían entender los distintos matices de la sociedad brasileña. Eso es, sin duda, un paso significativo para poner a prueba la noción de interculturalidad.

5. El constitucionalismo habermasiano y la re significación desde la triangularidad

Como se ha dicho, el constitucionalismo habermasiano supone una “lucha por derechos legítimos” en la que “están involucrados actores colectivos que oponen resistencia al desprecio de su propia dignidad” (1999, p. 190). Es decir, la asociación voluntaria de los ciudadanos supone derechos legítimos. En el caso europeo, el movimiento de emancipación burguesa y el movimiento obrero han conseguido consolidar “la privación de derechos de los grupos infra privilegiados y con ello la división de la sociedad en clases sociales” (HABERMAS, 1999, p. 190). Aunque en el seno de un modelo capitalista, las desigualdades, complementa Habermas, “deben ser compensadas por medio de una distribución más justa de los bienes colectivos.”

Sin embargo, Habermas reconoce que tales exigencias no aseguran “*igualdad de derechos de las formas de vida culturales*” (HABERMAS, 1999, p. 191). Es decir, el modelo constitucional moderno se atiene, por un lado, a los “bienes básicos” alcanzados individualmente (dinero, tiempo libre y prestaciones de servicios) y, por otro, con el acceso individual (infraestructuras de transporte, salud y educación). En efecto, este modelo no contempla el reconocimiento de las formas de vida y tradiciones culturales marginadas, “ya sea en el contexto de una cultura mayoritaria o en el de la sociedad mundial dominada por el Atlántico Norte o de un modo eurocéntrico” (HABERMAS, 1999, p. 191). De este modo, dice Habermas, la auto comprensión del Estado democrático de derecho, con base en el patrón de los derechos individuales, se muestra insuficiente, o sea, se estalla en pedazos.

Las constituciones modernas, vía el federalismo, ofrecen un tipo de solución a cuestiones delimitadas territorialmente. De una forma o de otra, las políticas de reconocimiento suponen derechos de pertenencia, no so-

lamente frente a la protección sino también en pro a una discriminación positiva. Evidentemente, solo es posible “tolerar aquellas formas de vida que se articulan en el contexto de dichas tradiciones no fundamentalistas, porque la coexistencia en igualdad de derechos de estas formas de vida requieren el reconocimiento recíproco de los diferentes tipos de pertenencia cultural” (Habermas, 1999, p. 213).

Al intentar trasladar el debate al contexto latinoamericano —de las Américas como un todo—, esta comprensión no indica solamente una perspectiva filosófica, sino que está presente en las políticas y las estructuras geoculturales (división territorial y fronteras, status social, bienes individuales, etc.), en las formas de comunicación y en el modo cómo se establecen los diálogos y las interrelaciones. En el campo argumentativo, se suele afirmar que siempre se está buscando el reconocimiento y la justicia; y, por tanto, las decisiones obedecen criterios humanos y la sobrevivencia de todos. Por tanto, todo en la sociedad evoluciona y tal propósito conseguirá más éxitos que fracasos. Al final, todo es una cuestión de tiempo para garantizar los derechos de todos y el equilibrio social y financiero.

El punto de vista epistemológico remite a las estructuras sociales de América Latina, pues la modernidad europea supone un cambio geocultural. La apertura del mundo europeo modifica no solamente la noción de Europa, sino amplía los horizontes. El cambio del eje pasa del Mediterráneo al Atlántico, de tal forma que se incorporan tres continentes: África, Europa y las Américas. La mudanza transforma la noción de mundo de la modernidad, aplazando el Mediterráneo para consolidar un eje gravitacional desde el Atlántico. Ese movimiento no significa apenas la certificación de nuevos mundos, sino también la conformación de una triangularidad para poner en comunicación tres continentes.

En el caso de América Latina, la cuestión se vincula con la expansión comercial de Europa. En este momento, el diseño de un *Tringular trade* (o *Triangle trade*) indica una representación histórica que interconecta tres continentes. Del punto de vista geocultural e intercultural, el cambio en el eje gravitacional interconecta tres regiones muy distintas, camino comercial de mercancías y esclavos.

En este sentido, una epistemología triangular permite rescatar esos distintos matices y, entonces, superar los déficits de una unilateralidad excluyente. En el caso de Brasil, las directrices nacionales de Educación determinan la obligatoriedad de los contenidos de “[...] historia y cultura afro brasileña, africana e indígena” (BRASIL, 2013, p. 186). En su última edición, el artículo 26A de la Ley de directrices y bases insiste en la obligatoriedad del estudio acerca del tema (BRASIL, 2017, p. 21). Ya han pasado varios años y prácticamente nadie se hace cargo o asume literalmente la legislación en vigor. Esa es, sin dudas, una orientación importante relativa a la diversidad étnico racial. Sin embargo, es un ejemplo que indica, por un lado, que la simple promulgación y el aspecto legal no son suficientes y, por otro, el indicio de que no hay voluntad o determinación para asumir esa orientación étnico racial.

Sin dudas, la noción de una epistemología triangular supone un cambio sustancial. La propuesta cambia la noción de “América” e incorpora la categoría geo culturalidad. De ahí, el énfasis en una epistemología capaz de dar sentido a los matices histórico-culturales que componen la diversidad de mundos y de concepciones de vida inherentes al actual contexto de las Américas (no solamente las *Américas latinas*). Por cierto, además del punto de vista europeo, la perspectiva triangular consolida la comprensión en vistas a ampliar esa comprensión misma y entender el papel de coautoría de otras raíces etno culturales de las gentes del norte, del centro y del sur americano (PIZZI, 2018).

En este sentido, la noción del pensador colombiano Francisco Miró Quesada se interpone mientras señala el “desenfoque” del pensar latinoamericano (2010, p. 30), por tanto, pensar lo nuevo y su pluridimensionalidad. La alternativa, dice Quesada, remite a la recuperación *anabásica*. Es decir, la reconsideración de las tradiciones perdidas y el establecimiento de las bases que permiten “[...] comprender, hasta las últimas consecuencias, el nuevo pensar que se puede descortinar” (QUESADA, 2010, p. 34).

Esa *recuperación anabásica* no se refiere a un tipo de enfermedad o a una patología en particular. El término se relaciona a un proceso que tiende a aumentar la evidencia de los aspectos de una comprensión patológica para, de este modo, recuperar su normalidad. Se trata de un rescate con

la finalidad de reorganizar la diversidad de mundos en el contexto de una geoculturalidad capaz de reconocer sus originalidades. En efecto, el acto de recuperar y de recobrar el sentido de pensar permite comprender el “[...] modo latinoamericano de estar en la historia de Occidente” (GRÜNNER, 2010, p. 58, destacado del autor). En ese sentido, el repensar significa el reconocimiento de la intersección entre tres continentes y sus distintos mundos de vida, actitud que permite darse cuenta y abrirse a una esfera de reconocimiento con vistas a la perspectiva ibero afro indioamericana.

De este modo, la diversidad no significa solo la certificación de mundos y estilos de vida diferenciados, sino más bien la desconstrucción de los colonialismos y, al mismo tiempo, la búsqueda de alternativas para el diálogo intercultural y la convivencia solidaria en la multiplicidad. Por eso, la gramática pluridimensional de las tradiciones americanas está estrechamente vinculada a los matices étnico culturales del pensar y del filosofar occidental. La alternativa post colonial representa una comprensión epistemológica de la composición de sus matices, reiterando también en “otras” perspectivas, actitud volcada a renovar la comprensión de las gentes norte, centro y sur americanas.

Consideraciones finales

En términos legales, la Constitución de 1988 representó un salto significativo. Con ella, poco a poco se fue consolidando también un marco importante para las directrices de la Educación nacional. Por ejemplo, las leyes 9.394 de 1996, la 10.639 de 2003 y la 11.645 de 2008, entre otras, han definido los principios y fines de la Educación nacional, con lo cual los contenidos de “historia y cultura afro-brasileña, africana e indígena” pasarán a ser obligatorios en todos los niveles de enseñanza.

El aspecto jurídico educativo, o sea, las cuestiones legales garantizan la “consideración de la diversidad étnico racial”, cuyas leyes no definen contenidos o metodologías, pues tratan apenas de la reglamentación jurídica. El hecho de reglamentar indica la certificación de una exigencia inherente a los principios y fines de la Educación nacional, lo que entendemos

como un avance significativo. Pero, simultáneamente, se podría decir que ello no es suficiente para llevar a cabo una formación con rango intercultural. La introducción del tema de las relaciones étnico raciales en el Plan Nacional de Educación muestra que los principios y fines de la Educación se inclinan hacia la interculturalidad. Es decir, se trata de una forma de consolidar no solamente la noción de diversidad cultural, sino de definir un punto de partida hacia la interculturalidad. Aunque el marco legal es frágil, la reglamentación jurídica puede constituir un indicativo que expresa el reconocimiento de la diversidad, además de un potente acercamiento a la noción de interculturalidad.

El hecho de que las directrices nacionales posean, en sus principios y finalidades, un aspecto crítico-educativo de la interculturalidad (como ya subrayamos) apunta hacia un elemento significativo en el marco jurídico-educativo. Ello supone la consolidación del reconocimiento de la diversidad cultural y, por tanto, el impulso hacia la noción de interculturalidad, en tanto aspecto fundamental para la solidaridad social y el ejercicio de la ciudadanía. Es decir, la “consideración de la diversidad étnico cultural” (art. 2, XII) se constituye, así, en un principio fundamental de la Educación, con lo que la formación no supone solamente el desarrollo del aprendizaje, sino también el cultivo de actitudes de tolerancia y reconocimiento de la diversidad.

En este caso, han sido necesarios más de cinco siglos de historia para que ese reconocimiento tenga efectividad. El hecho de admitir un punto de vista jurídico, es decir, de ser uno de los principios y fines de la Educación nacional indica una forma de ir alimentando el tema y, así, impulsar una noción cercana a los distintos mundos de vida de las poblaciones afro ibérica y amerindias. Desde nuestro punto de vista, se trata de una ampliación de las fronteras del reconocimiento de una interculturalidad que comienza a repensar sus distintas raíces étnico raciales y la actual conformación de sus pueblos.

Mientras tanto, al mirar los resultados de sus 30 años de su vigencia, los hechos indican una idiosincrasia entre el texto como tal y los efectos prácticos. Si, por un lado, la Constitución ha sido ovacionada por su carácter “social”, por otro, eso no pasó de una quimera, pues la concentración de

la riqueza y de la renta no dejó de avanzar. En otras palabras, los niveles de desigualdad se han incrementado.

La desigualdad genera violencia e inseguridad, alimentado discursos populistas de varios colores. Esos discursos se utilizan tanto de las religiones como de la política para incrementar un tipo de alternativa extremadamente dudosa. En otras palabras, para garantizar el bienestar de una minoría (muy privilegiada), la seguridad pasa a ser un tema muy ovacionado, colmando con propuestas de liberación de armas, formación de milicias, seguridad privada, entre otras. En este sentido, el caso más emblemático es la Bancada BBB. Aunque peyorativo, se trata de grupos ligados a la Biblia, el buey (*agribusiness*) y de la bala (industria armamentista), con una importante influencia en los parlamentares brasileños.

Los requisitos legales no garantizan una formación intercultural. Por eso, subrayamos el sesgo jurídico y, de este modo, debemos insistir en las limitaciones, pues el proceso de una formación realmente intercultural va más allá del aspecto jurídico. En primer lugar, porque la vía jurídica por sí sola no es suficiente y, en segundo, porque los cambios de un sistema-mundo con más de cinco siglos no ocurren de inmediato. En este caso, el proceso de transformación y la formación hacia la interculturalidad supone un cambio lento y gradual.

Además, se podría añadir que tampoco la introducción de la temática en las escuelas y en las universidades es garantía de reconocimiento intercultural. A veces, las instituciones educativas son lugares en donde la violencia está presente y se realza la discriminación. Esos ambientes alimentan actitudes en contra de las diferencias, sin tolerancia al pluralismo étnico racial, principalmente frente a las matrices afro y/o indígena. En este contexto, la enseñanza se aleja de los principios y fines de la educación nacional, sin cumplir por tanto, con las prerrogativas del ámbito jurídico.

Referencias bibliográficas

- BRASIL (1988). *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em planalto.gov.br Acceso el 8 de marzo de 2019.
- BRASIL (2019a). prouniportal.mec.gov.br. Acceso el 8 marzo del 2019.

- BRASIL (2019b). *Educação Superior*. En: download.inep.gov.br Acceso el 19 marzo de 2019.
- BARCELLOS, Ana Paula (2011). *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed., São Paulo: Renovar.
- BARROSO, Luis Roberto (2004). *Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva.
- BOBBIO, Norberto (2004). *A era dos direitos*. Traducción de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (1993). “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”. 6. ed. *Revista. Coimbra* (Portugal): Livraria Almedina.
- CASTRO, C. (1985). *Ciência e universidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- GRÜNER, Eduardo (2010). *La oscuridad y las luces*. Buenos Aires: Edhasa.
- HABERMAS, J. (1999). *La inclusión del otro*. Estudios de teoría política. Barcelona: Paidós.
- MARSHAL, T. H. (1967). *Cidadania, classe social e status*. Traducción de Me-ton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar.
- SILVA, José Afonso da (2007). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29 ed., São Paulo: Malheiros.
- MARINONI, Luiz Guilherme (2006). *Teoria Geral do Processo*. 3 ed., revista e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OLIVEN, A. (2006). “História da Educação Superior no Brasil Pós Reforma de 1968”. En MOROSINI, M. *Enciclopédia da pedagogia universitária*. Glossário. v. 2. Brasília: Inep/Mec.
- PIZZI, J. (2018). “Os elementos etnoculturais de uma pedagogia triangular: o caminho para a hospitalidade convivial”. En: *Revista Educação Pública*: Cuiabá, V. 27, N. 65/2, maio/agosto, p. 657-673.
- PORTO, Sergio Gilberto; USTARROZ, Daniel (2009). *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual na Constituição federal*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- QUESADA, Francisco Miró (1974). *Despertar y proyecto del filosofar latinoamericano*. México: Fondo de Cultura Económica.

SCHWARTZMAN, S. (2006). “A universidade primeira do Brasil: entre *intelligentsia*, padrão internacional e inclusão social”. *Estudos avançados*. V. 20 n. 56 São Paulo. jan./abr.

SILVA, José Afonso da (2007). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros.

Las actividades empresariales y la protección de la identidad cultural

DANIELLE ANNE PAMPLONA¹

Introducción

El derecho internacional de los derechos humanos se forjó a la sombra de los horrores de la Segunda Guerra Mundial y ante la evidencia de que el tratamiento de los derechos humanos como asunto interno de las naciones no era adecuado para garantizarlos. Por otro lado, las circunstancias históricas permitieron el fortalecimiento de empresas que pronto empezaron a operar en diferentes territorios, bajo disímiles jurisdicciones. Este tipo de desempeño se originó en la búsqueda de menores costos de producción en países con una legislación ambiental y laboral frágil, y en el aumento del mercado, con el consiguiente incremento de ganancias. Gradualmente, estas entidades privadas se involucraron en violaciones de derechos humanos, fueran de derechos civiles y políticos, económicos, sociales o culturales.

A pesar de la protección internacional otorgada a los derechos y a su inclusión en textos constitucionales se registran numerosos casos de abuso en materia de derechos humanos relacionados con la actividad de empresas. Este artículo investiga el caso de la explotación de los derechos culturales de las comunidades tradicionales mediante la apropiación cultural. Para explicar esta situación se conceptualizará el derecho a la cultura y se explicarán los impactos negativos que las entidades privadas causan

¹ Profesora titular del Programa de Pós-Grado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Paraná - PUCPR; Pos-doctora en American University, Washington, DC; Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil; Directora de la rama latino-americana de la Global Business and Human Rights Scholars Association; Directora de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCPR. Correo: danielle.pamplona@pucpr.br

cuando toman, de las culturas tradicionales, elementos culturales², tales como imágenes y patrones de dibujos en la artesanía. Como se mostrará, las comunidades pueden sufrir no solo un daño material, sino también aquel ocasionado cuando se ven impedidas de explotar elementos de su propia cultura, dadas las posibilidades tecnológicas de las grandes empresas. También se configura una ofensa a las comunidades tradicionales cuando el Estado, directamente o por terceras personas, permite el uso de elementos sagrados importantes para la comunidad, lo que no se traduce necesariamente en daños materiales.

1. Relaciones entre empresas y derechos humanos

Se reconocieron internacionalmente los derechos humanos desde el final de la Segunda Guerra Mundial. La construcción internacional de su reconocimiento y de sistemas normativos que permitirían afrontar violaciones tuvo lugar, en ese momento, en vista de la situación evidente de que los estados podrían ser y habían sido agentes de violaciones de derechos humanos. Pero este escenario ha cambiado con el devenir de la historia. Los movimientos de descolonización de los años sesenta del siglo pasado se caracterizaron por la salida de las colonias del poder político dominante, quedándose el territorio con sus poderes constituidos debilitados. Se percibe, sin embargo, que los colonizadores han permitido diversos tipos de explotación del territorio por empresas privadas. Estas, protegidas por contratos de inversión que les daban el derecho de explotar el lugar por varios años, acabaron permaneciendo en los países recién libertados³. Además, la globalización, especialmente la económica, ha fortalecido a las entidades privadas a medida que su poder económico ha aumentado me-

² Una definición de cultura es proporcionada por la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural como será visto más adelante.

³ En este sentido, ver United Nations, Department of Special Political Questions, Regional Co-operation, Decolonization and Trusteeship, Decolonization, N° 35, marzo, 1988. Disponible en https://www.un.org/dppa/decolonization/sites/www.un.org.dppa.decolonization/files/decon_num_35.pdf, acceso el 25 de noviembre de 2019. Para una discusión sobre el modo en que la descolonización ocurría, aunque por el análisis específico del caso de Nigeria, ver FRYNAS, "Jędrzej George *et al.*, Maintaining Corporate Dominance after Decolonization: the 'First Move Advantage' of Shell-BP in Nigeria", *Review of African Political Economy*, N. 85: 407-425.

dian­te la explotación de nuevos territorios, la subcontratación de mano de obra, el uso de legislación de países más flexibles para la protección del medio ambiente y protección de los trabajadores.

Se debe agregar a esto el hecho de que algunos incidentes de violaciones generalizadas de los derechos humanos han demostrado que los involucrados no eran solo Estados. Eran, de hecho, privados. Se puede mencionar la explotación de Shell de comunidades tradicionales en Nigeria; la pena de muerte para miembros de la comunidad Ogoni; el desastre en Bhopal con la liberación de productos tóxicos en el aire o el colapso del edificio Plaza Rana, en Bangladesh (PAMPLONA, 2018). Se trata de situaciones en las que hubo desprecio a derechos protegidos internacionalmente –como el derecho a no someterse a tratamiento degradante o a la tortura, el derecho a la vida; a las condiciones salubres de trabajo; al debido proceso legal o al medio ambiente saludable– y, contrariamente a lo que se imaginó después de la Segunda Guerra Mundial, el Estado no fue el autor del daño solo, pero los hechos han ocurrido con la participación activa u omisiva de grandes corporaciones con actividades transnacionales.

Las Naciones Unidas (ONU) han tenido conocimiento de estos hechos. Con el impulso de la sociedad civil organizada y algunos países que fueron debilitados por el poder de grandes entidades privadas que operan en varios países, en 1974 fue creada una Comisión sobre Corporaciones Transnacionales, que preparó el que se pretendía como un Código de Conducta para las Empresas Transnacionales. No obstante, en 1992, este texto no fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos⁴, en gran medida debido a las objeciones de países fuertes, precisamente aquellos en donde se originan estas empresas, por cuanto ellas querían evitar que sus acciones fueran sometidas a control.

Incluso después de este revés, la ONU, mediante Kofi Annan, entonces Secretario General, decidió invitar a John Ruggie, profesor de Harvard, a diseñar una forma de abordar la desregulación de la conducta empresarial

⁴ CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando (2013), “Empresas y Derechos Humanos: ¿hacia Una Regulación Jurídica Efectiva, o El Mantenimiento Del Status Quo?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 13, N° 13, pp. 313–354, [https://doi.org/10.1016/S1870-4654\(13\)71044-4](https://doi.org/10.1016/S1870-4654(13)71044-4).

a gran escala, en vista de sus posibles impactos negativos en los derechos humanos.

El año 2008, el Consejo de Derechos Humanos aprobó el documento llamado *Proteger, respetar, remediar*⁵, un marco que indica qué acciones pueden adoptar los Estados, qué conducta esperar de las empresas y cómo abordar posibles impactos negativos causados por las actividades económicas. El mandato de Ruggie se extendió para explorar el marco presentado y explicar cómo implementar sus ideas. Es importante señalar que Ruggie elaboró su informe a partir de numerosas consultas a empresas, sociedad civil y estados. En 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó su propuesta titulada *Principios rectores para las empresas y los derechos humanos*, que consta de treinta y un principios que tratan del deber del Estado de proteger los derechos humanos contra el desempeño de terceros; la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos y formas de prevenir y remediar los impactos negativos causados por las empresas⁶. Los derechos humanos que se incluyen en el lenguaje de los *Principios* son todos aquellos reconocidos en la *Carta Internacional de Derechos Humanos*, es decir, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, sumados a la *Declaración de Derechos de la OIT*.

Los Principios Rectores de la ONU no son vinculantes, es decir, su implementación depende de la voluntad de los estados de internalizar los comandos y exigir, mediante legislación o la adopción de políticas públicas, la conducta empresarial adecuada. Aun así, sirven como indicación de la conducta esperada de las empresas. Los estados tienen el deber de proteger los derechos humanos. En relación a este deber que se construye el derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, se puede esperar que los derechos humanos estén sujetos a reglas de protección, especialmente cuando se trata de protegerlos de la conducta de otros.

⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008.

⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*. A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011.

No cabe duda que los derechos culturales forman parte del contenido que debe ser protegido por el Estado. Tampoco hay duda de que las empresas tienen la responsabilidad de respetarlos⁷, ya que el Principio 12 expresamente prevé que la responsabilidad de las empresas se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Es decir, las empresas deben, como mínimo, respetar los derechos contemplados expresamente en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Forma parte de la mencionada Carta el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, los derechos culturales se incluyen en la relación de derechos que deben ser respetados por las empresas. Sin embargo, como las entidades privadas no están sujetas, clásicamente, al Derecho Internacional, no existen instrumentos para exigir responsabilidad internacional por su violación de los derechos humanos. Por lo tanto, se vuelve aún más relevante el fortalecimiento de los entornos domésticos, donde el Estado puede imponer reglas y elaborar políticas que induzcan al comportamiento respetuoso de las empresas.

Sin embargo, como debería quedar claro a partir del texto siguiente, a veces hacen falta las herramientas que permitan a los estados proteger, efectivamente, los derechos culturales, de ahí la urgencia de una discusión, también a nivel internacional, para encontrar formas de abordar tales violaciones.

2. El derecho a la cultura

La humanidad no puede conocerse sin comprender su cultura y sus elementos constitutivos, como las creencias, las normas, las manifestaciones creativas y, en general, todas las producciones materiales e inmateriales. La cultura de un pueblo contiene sus formas de vida, comida, idioma, vestimenta, costumbres y tradiciones. Para el antropólogo Edward B. Tylor, la cultura “es ese conjunto complejo que incluye conocimiento, creencias, arte, moral, derecho y cualquier otra capacidad y hábitos adquiridos por

⁷ FAUNDES PEÑAFIEL, Juan Jorge (2019). “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, Vol. 2, N° 2, agosto, pp. 513-535.

el hombre como miembro de la sociedad” (HELMAN, 1994, p. 9). En la sociología, por su parte, se conceptualiza la cultura como el conjunto de principios explícitos e implícitos que los individuos heredan como miembros de una sociedad en particular, y que indican cómo deben ver el mundo, cómo experimentarlo emocionalmente y cómo comportarse ante otras personas, fuerzas sobrenaturales o dioses, y ante el medio ambiente natural (MITCHELL, 1968, p. 2).

Por la relevancia para las personas y los pueblos de los elementos que constituyen la cultura y por los intensos debates que surgen sobre su constitución, propiedad y apropiación, el Derecho Internacional reconoce la necesidad de proteger la cultura desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La Declaración Universal establece en su artículo 22 que toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos culturales indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, derecho que debe garantizarse mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional. La Declaración trata de derechos civiles, políticos, culturales y sociales y ha podido establecer sus mandatos porque no pretendía ser vinculante. Así, su lenguaje no está formulado para constituir un compromiso de los estados fiscalizable. Para que esos derechos pudieran estar previstos en un instrumento vinculante, como un tratado, se necesitó que fueran materia de dos documentos distintos. De un lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y de otro, debido a la necesidad de adoptar un lenguaje menos enérgico en relación a su implementación, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Son documentos distintos bajo el punto de vista de lenguaje, pero también desde el punto de vista de la posibilidad de su implementación. Como el PIDESC tiene un lenguaje menos enérgico, indica que los derechos en él contenidos deben ser objeto de realización progresiva por los estados. Asimismo, es relevante saber que en este último está previsto el derecho a la cultura.

El PIDESC establece el compromiso de los Estados parte de garantizar que hombres y mujeres disfruten de todos los resultados culturales descritos en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Para ello, el artículo 15.2 del PIDESC establece que los Estados deben

adoptar medidas para garantizar el ejercicio pleno⁸ del derecho a la cultura, lo que deberá incluir medidas para su conservación. En el ámbito regional americano, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* en su Artículo XIII dispone que:

Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.

Además, el Artículo 14 del *Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, el “Protocolo de San Salvador”, consagra que:

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:
 - a. participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
 - b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;
 - c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Percíbese que, bajo el punto de vista de la protección, la previsión en ese documento es amplia en la medida en que protege no solo la participación en la vida cultural, sino también el derecho autoral.

Pero continúa el artículo, estableciendo:

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figura-

⁸ El mencionado artículo tiene la siguiente redacción: “15.2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura”.

rán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.

La continuación del artículo es esencial, ya que no bastaría con solo conceder el derecho. En realidad, es fundamental que se indiquen cuáles son las conductas esperadas de los estados para que el derecho sea respetado y pueda ser concretizado.. Así, queda establecido que los estados deben adoptar medidas que aseguren que el derecho a la cultura será conservado, desarrollado y difundido con el fomento de la cooperación internacional necesario para que eso ocurra. Si bien los documentos internacionales regulan la conducta de los estados, según argumentamos, la violación de un derecho cultural puede no ser realizada solamente por el propio Estado, sino también por una entidad privada. Por esa razón, se hace necesario establecer cuáles son los diferentes mecanismos de protección del derecho a la cultura. Por un lado, los instrumentos internacionales atañen a los estados, ya que el Derecho Internacional los considera, precisamente, a ellos como sujetos de derecho. Pero, para comprender cómo se construye la reglamentación de las actividades privadas, se necesita revisar las reglamentaciones domésticas. En verdad, el sistema jurídico interno servirá para reglamentar al estado y a las entidades privadas, y valdrá, como el primer nivel en que se establecen las normas que deben seguir, ya que toda regulación del Derecho Internacional es subsidiaria.

Por esta razón, nuestro análisis evaluará el papel de los ordenamientos domésticos. La legislación nacional de cada Estado debe prever sanciones, penales o de otro tipo, para el uso indiscriminado, sin autorización y en contrapartida, de elementos que conformen la cultura de un pueblo. Se

debe observar una línea muy sutil entre ese tipo de material, o propiedad inmaterial que, si se usa, merece desaprobación, y un conjunto de bienes que son excluidos de esta protección. El objetivo aquí no es tratar de trazar esa línea, ya que dicha discusión involucra preguntas políticas, filosóficas y morales por sí solas suficientes para un trabajo de mayores ambiciones que el presente.

Quedó expuesto en la argumentación precedente que la cultura es un bien protegido internacionalmente. Una vez establecida esta premisa deben ser comprendidas sus consecuencias: los estados se comprometen a adoptar conductas para proteger estos derechos; la protección se otorga contra la conducta de otros que de alguna manera puedan violarlos, de acuerdo con los principios creados por John Ruggie. Los estados que se han comprometido con el PIDESC se responsabilizan a adoptar en sus entornos domésticos medidas legislativas, administrativas y judiciales apropiadas para garantizar que los derechos culturales se puedan disfrutar libremente y que el Estado garantice su conservación.

Para comprender qué se está protegiendo por tales normas internacionales y domésticas resulta esclarecedora la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, de fecha 17 de octubre de 2003, que afirma:

... cultura debe ser considerada como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias (UNESCO, 2003).

De esta declaración se pueden inferir distintos aspectos que forman parte de la cultura. La redacción de la Declaración parece indicar que la cultura solo se configura con la presencia simultánea de estos diferentes elementos. Sin embargo, una adecuada interpretación de esas palabras debe llevar a la conclusión de que la ofensa a cualquiera de esos elementos es suficiente para constituir una afectación de la cultura.

Si las entidades privadas utilizan los elementos culturales de los pueblos tradicionales, históricamente subyugados, es deber del Estado afrontar

ese problema, ya que tal utilización puede configurar una violación al derecho a la cultura. ¿Cómo puede configurarse una violación mediante la utilización de objetos o símbolos de la cultura popular por parte de las grandes corporaciones? Cuando los elementos son aquellos que la gente misma elige como constituyentes de su identidad cultural, hay dos consecuencias: una inmaterial y la otra material. Desde el primer ángulo, el uso, especialmente sin autorización, de los elementos constitutivos de la identidad cultural de un pueblo puede ser una falta de respeto. Desde el segundo ángulo, el uso de ellos puede privar a estas personas de sus medios de vida y representar una verdadera explotación económica a expensas de su mantenimiento. Las leyes de propiedad intelectual son un ejemplo de cómo se pueden abordar estos problemas, aunque necesiten adaptaciones para incluir la protección de los activos de naturaleza colectiva.

3.1 La identidad cultural de un pueblo

O' HAGAN (2001, p. 269) recuerda que el término identidad tiene origen latino, en *idem* que significa “lo mismo” y en *identidem* que significa “repetidamente”. El núcleo del significado de la identidad radica en la “similitud” y la “repetición”: similitud con algo que puede ser una o más de muchas cosas, como características físicas, raza, orientación sexual, religión, idioma, pertenencia a un partido político, ideología, entre muchos otros.

Según afirma este autor, la identidad cultural de un pueblo debe protegerse al ser parte de su cultura y estar hecha de los mismos elementos. Identidad cultural:

[...] is the sense of sameness and belonging which the individual experiences in living, sharing, and expressing a particular culture. That sense of sameness and belonging may vary according to the many differing expressions of culture (O'HAGAN, 2001, p. 273).

En este sentido, es necesario observar los casos concretos, a fin de verificar la existencia de interferencia en algún componente cultural de un pueblo o individuo. Al respecto, ROMO (2004, p. 19) afirma que:

La identidad se comprende como aquello que el sujeto se representa cuando se reconoce o reconoce a otra persona como miembro de su grupo. Es una representación intersubjetiva que orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo.

Para un individuo, el uso del mismo lenguaje puede ser lo que le da un sentido de similitud y pertenencia con los demás, mientras que para otro individuo puede provenir de las prácticas de la primera infancia. No siempre los elementos que traen el sentido de similitud y pertenencia serán los mismos, por lo que es necesario respetar aquello que los propios individuos indican como elementos valiosos para la constitución de su identidad cultural (O'HAGAN, 2001, p. 275).

Esto es relevante porque no permitirá que un observador externo a la cultura sea quien indique qué puede y qué no puede explotarse sin ofender a los miembros de esa cultura en particular. Son los propios miembros quienes tienen el derecho a hacer tal prescripción. Esto es relevante porque no permitirá que un observador externo a la cultura indique qué puede y qué no puede explotarse sin ofender a los miembros de esa cultura en particular. Son los propios miembros quienes tienen el derecho a hacer tal indicación. De ahí la importancia de evitar registros cerrados que necesariamente constituyen cultura, bajo pena de insertar elementos que no son relevantes para algunos, y en sentido contrario, bajo el riesgo de omitir otros aspectos relevantes para una cultura dada. Si la definición de los elementos que conforman la identidad cultural de un pueblo influye en la decisión respecto a su responsabilidad de explotación, la existencia o no de dicha relación es aún más relevante, bajo pena de insertar en un régimen restrictivo, frente a la explotación que a las propias comunidades consideran sí es posible realizar por ellas. La explotación mencionada por agentes externos puede entenderse como apropiación cultural. Ahora bien, apropiarse es tomar como propio, injusta o arbitrariamente, algo que no me pertenece. El término se acuñó en un contexto específico como modo de reconocer que las culturas dominantes explotan a las dominadas. Pero no tiene que ser así. Para la antropología del arte, por ejemplo, la apropiación puede funcionar de dos maneras o en dos direcciones, desde una cultura dominada hacia una cultura dominante o

viceversa. Así, como dice Roger SANSI (2014), la apropiación cultural se puede definir como:

Tomar propiedad intelectual, conocimiento tradicional, expresiones culturales o artefactos de la cultura de otra persona sin permiso. Esto puede incluir el uso no autorizado de danza, vestimenta, música, idioma, folklore, cocina, medicina tradicional, símbolos religiosos de otra cultura (SCAFIDI, 2005).

La apropiación, desde este punto de vista, es obviamente perjudicial porque deriva de estas comunidades su crédito. Sin mencionar el término apropiación cultural, Kenneth COUTTS-SMITH cruzó las ideas de apropiación de clase y colonialismo cultural, uniendo la noción de que la clase social dominante define lo que se valora culturalmente con la idea de que las culturas occidentales se apropian del arte de los pueblos colonizados (1976). Por lo tanto, argumentó, la apropiación cultural estaría relacionada con la conducta de los pueblos dominantes cuando se explota a los pueblos dominados.

Algunos sostienen que la apropiación de la cultura de un pueblo se puede hacer de manera responsable y, por lo tanto, no objetable (SCAFIDI, 2005). En este caso, permitiría una forma de comunicación entre culturas y, en un mundo donde las culturas están en conflicto, más apropiación en lugar de menos sería preferible como una forma de mitigar los conflictos.

Esta es la posición de YOUNG, quien afirma reconocer que la apropiación de las culturas indígenas es bastante común y que, en general, están en desventaja. Está de acuerdo en que la apropiación en estos casos es horrible, pero sostiene que esta apropiación, en obras de contenido artístico, contribuyó muy poco a la opresión de tales comunidades:

When indigenous cultures have been robbed of cultural treasures, restitution ought, of course, to be made. When any culture is deprived of works of art sufficiently valuable to the culture then, no matter how they were appropriated, they ought to be returned. Most frequently the appropriation of content has merely added insult to injury and no one, as I have said, has a right not to be offended (YOUNG, 2008, p. 152).

Para el autor, la apropiación pone en peligro una cultura, no cuando otros toman prestado de ella, sino cuando esta toma mucho prestado de otros, o cuando las creencias, el lenguaje y los gustos de otra se imponen. Esta imposición, generalmente, no ocurre a manos de artistas que se apropian de la cultura, más bien proviene de corporaciones como Disney o Sony que han hecho de la cultura una mercancía (YOUNG, 2008, p. 153).

Por otro lado, es necesario considerar que el concepto de identidad cultural no es estático, por lo tanto, el derecho a la misma debe abarcar el cambio, la adaptación y la incorporación de elementos de otras culturas y personas, siempre que esto ocurra con el conocimiento de todo el grupo, es decir, en condiciones en las cuales el grupo sepa lo que está ocurriendo, de modo voluntario y con absoluta libertad (CHIRIBOGA, 2006).

Diferentes elementos pueden componer la cultura de un pueblo, asimismo, la identidad cultural será reclamada por cada individuo o grupo de personas de acuerdo con su percepción de aquello que consideren relevante para que se sientan semejantes y pertenecientes a una determinada colectividad. Sin embargo, puede haber algunas discrepancias sobre la manera de concebir qué es la apropiación cultural y su valoración. ¿Ella siempre es algo negativo? ¿Ocurre préstamo de algún elemento de una cultura? ¿No puede representar el desarrollo de una historia que, a veces, puede indicar la coexistencia de diferentes personas? Estas preguntas no restan valor al debate desarrollado en este texto. Después de todo, lo que se discute aquí es el uso no autorizado de elementos que constituyen la identidad cultural de un pueblo, por parte de las corporaciones, para la explotación económica y sin ningún respeto por su significado.

3.2. Uso no autorizado y falta de respeto por elementos de identidad cultural

Los artesanos incorporan en su trabajo un recuerdo, muchas veces doloroso, e historias que solo se conocen oralmente. Los materiales utilizados, a menudo, se recopilan con la ayuda de toda la familia. En realidad, cuentan una historia en cada artículo. Esto hace que los productos sean esencialmente diferentes de los producidos con máquinas y a gran escala.

Hay tres situaciones que no son idénticas, aunque conducen a la misma conclusión sobre la necesidad de regulación. En primer lugar, si se trata de elementos de la identidad cultural de un pueblo, los instrumentos internacionales ya mencionados lo protegen. Por lo tanto, su uso por parte de terceros debe estar sujeto a autorización. El uso no autorizado, por sí solo, merece atención del sistema legal.

Otra situación ocurre cuando se utilizan elementos que conforman la identidad cultural de un pueblo relacionados con sus deidades o que representan, en sí mismos, algo sagrado. El uso externo de estos elementos representará una ofensa a la cultura, ya sea porque no permite su reproducción, como es el caso de la imagen del retrato aborígen australiano, o porque hay un desapego de lo que se retrata con su significado cultural. En este último sentido, la representación de un pájaro no es una apropiación cultural reprobable, sin embargo, si esa imagen, con esas características específicas, tiene un significado divino para una cultura, su uso, por ejemplo, en la impresión de una prenda de vestir puede significar una afrenta a la comunidad.

En tercer lugar, debemos abordar el problema comercial. Muchas de estas comunidades explotan elementos de su identidad cultural como medio de subsistencia. Esto siempre se realiza a pequeña escala, aplicando técnicas que requieren la producción individual de cada artículo (GILPIN, 2018). Cuando una gran corporación explota los mismos elementos, con tecnología y recursos a su disposición que aceleran el ritmo de producción de piezas a un costo mucho menor, existe una clara desventaja para la comunidad de la que se extrajo el elemento. La comunidad no logra obtener el rendimiento financiero, ya que la producción de la corporación, finalmente, aniquila sus posibilidades de venta. Y el problema es aún más complejo por cuanto la espiritualidad que acompaña a su creación se elimina del elemento.

Este es el caso de la comunidad indígena de Santo Domingo Xenacoj en Guatemala. Allí, las violaciones ocurren diariamente por compañías nacionales y con actividades transnacionales que copian los patrones creados por los tejedores y los imprimen en diferentes prendas, accesorios y otros productos. También está el desarrollo

de máquinas que pueden crear el patrón de tejido, por supuesto, en mucho menos tiempo, expandiendo las ganancias de estas compañías y reduciendo drásticamente las posibilidades de ganancias de estas personas, a expensas de algo que fue creado y desarrollado dentro de la comunidad. El uso de estos patrones y diseños proviene del reconocimiento de su belleza. Sin embargo, rara vez se reconoce el verdadero significado que tiene cada uno de estos patrones para la comunidad desde la que surgen. De hecho, cada comunidad indígena tiene sus propios patrones y diseños, que poseen un significado específico relacionado con la historia de esa comunidad. Además, estos dibujos a menudo contienen imágenes de objetos sagrados o animales que reflejan profundamente la visión del mundo de esa comunidad. Los patrones se usan en la vestimenta de guías espirituales de una tribu, autoridades de esa comunidad que tienen un significado espiritual, cultural o histórico especial (SCHADEN, 1963).

Los miembros de estas comunidades experimentan una sensación de profunda falta de respeto cuando estos diseños se utilizan con fines muy diferentes de los admitidos en ellas.

No son pocos los casos que sirven de ejemplo. El año 2011, la compañía de ropa Urban Outfitters fue demandada por una comunidad navajo por el uso de su nombre en una de sus colecciones. Un fallo judicial de Nuevo México en 2013 no reconoció la ley comunitaria alegando que el término “Navajo” no era lo suficientemente famoso (CORTE DISTRITAL DE NEW MEXICO, 2013), pero la disputa fue cerrada con un acuerdo en el que se exigió que las partes trabajasen juntas bajo un contrato de licencia y suministro para crear y comercializar productos auténticos de Navajo (INDIAN COUNTRY TODAY, 2015). Este es un caso que trata con el patrimonio cultural de la comunidad y un intento de eliminar su conocimiento ancestral asociado a ellos.

4. De las posibilidades de responsabilidad

El Estado es el principal responsable de proteger los derechos humanos, a él le corresponde, en su ámbito interno, garantizar la protección contra el desempeño de terceros.

Los estados deben cumplir esta obligación mediante la adopción de políticas públicas y leyes que regulen la conducta y sancionen a los infractores. La protección de los elementos culturales estará dada por leyes referentes a propiedad intelectual y de protección a las creaciones materiales e inmateriales. Sin embargo, las legislaciones a menudo carecen de detalles específicos que regulen tal derecho en su dimensión colectiva. Por lo tanto, el Derecho Internacional tiene la posibilidad de prever alguna regulación. En ese caso, los estados estarían aplicando las líneas generales del plan de acción para la implementación de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, cuando establece, en su ítem 13, que deben los Estados “elaborar políticas y estrategias de preservación y realce del patrimonio natural y cultural, en particular del patrimonio oral e inmaterial, y combatir el tráfico ilícito de bienes y servicios culturales” (UNESCO, 2001).

Cómo hacer cumplir estas normas es un asunto que todavía está en disputa. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera dificultad fue reconocer los derechos culturales a las comunidades, como tales, y no requerir que los demandantes sean individualizados, por interpretación del art. 1.2 de la Convención Americana. A esa fecha se exigía la individualización de cada integrante de la Comunidad. Según el voto del juez García Ramírez en el caso *Yatama vs. Nicaragua*⁹ del año 2005, como la Convención Americana señala que protege al ser humano, el individuo es el titular de los derechos y libertades, excluyendo así a la Comunidad. En consecuencia, claramente, se requería la individualización de las presuntas víctimas de grupos que a menudo no podían hacerlo. Por eso la importancia de la decisión de 2012, en el caso Pueblo Indígena Ki-

⁹ El fallo en el caso mencionado puede ser encontrada en: corteidh.or.cr

chwa de Sarayaku vs. Ecuador¹⁰, en el que se reconoció a la Comunidad Indígena como sujeto de derechos colectivos de Derecho Internacional.

Las agendas políticas para la preservación de la cultura de los pueblos deben abarcar el patrimonio cultural inmaterial, ya que está diseñado para promover la preservación de las identidades de los pueblos. Cuando esto ocurre, se puede decir que en el Estado en particular existe un mecanismo para garantizar la conservación de las manifestaciones tradicionales de estos pueblos, dándoles voz, espacio y posibilidad de participación.

Pero ¿qué pasa con los casos señalados en este texto, cuando no es posible identificar una conducta estatal para que se viole el derecho a la identidad cultural? De acuerdo con el curso del Derecho Internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado en el siguiente sentido:

[...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención (Corte IDH, 1988, párr.172).

Los documentos que mencionan el derecho a la cultura de los pueblos indígenas en las Américas son la *Declaración Americana* y el *Pacto de San Salvador*. La primera no puede ser aplicada directamente por la Corte Interamericana, y la segunda solo puede ser objeto de discusión ante la Corte (o la Comisión) sobre los derechos sindicales y el derecho a la educación. La *Convención Americana*, a su vez, no menciona expresamente el derecho a la cultura o a la identidad cultural. Pero, según el juez Abreu Burelli, en su voto disidente en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005):

En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se

¹⁰ Disponible en: corteidh.or.cr

encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1, 5, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 21, 23 y 24 del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Es decir, no siempre que se vulnere uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural. (Corte IDH, 2005, párr. 24).

Es decir, el juez afirmó que la interconexión de los derechos a la integridad personal, dignidad, religión, asociación, libertad de expresión, derecho al nombre, a la familia, a la propiedad privada, todos en conjunto, constituyen el derecho a la identidad cultural.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en ausencia de una regulación efectiva en el entorno doméstico, la respuesta internacional solo puede ser responsabilizar al Estado por no haber cumplido su tarea de proteger el derecho a la identidad cultural de un pueblo.

5. Conclusiones

La actividad económica tiene el potencial de ofender diferentes derechos humanos y se han mencionado algunos casos para ilustrar la afirmación. La identidad cultural de un pueblo puede verse afectada de diferentes maneras que implican el cuidado de varios elementos.

La responsabilidad principal de la integridad del derecho a la identidad cultural es del Estado, es decir, debe promover el respeto y la protección de este derecho mediante la adopción de políticas públicas y de una legislación apropiada. Cuando esto no sea posible, dependerá del sistema internacional de derechos humanos buscar la responsabilidad por las violaciones ocurridas.

Para que el alcance de la legislación internacional sea efectivo, se necesitan instrumentos para hacer cumplir la ley. Este trabajo muestra la existencia de instrumentos en el sistema global y en el sistema regional. Sin embargo, se necesita prestar atención al hecho de que las empresas no pueden ser responsabilizadas por sobre la legislación internacional. Esto ocurre porque el Derecho Internacional reconoce como sujetos de derechos a

los estados. Es decir, ellos son los responsables por las violaciones. Ello significa afirmar que los estados deben proteger los derechos humanos y, si ocurre una violación, deberán responder ante la Corte Interamericana.

Referencias bibliográficas

- CORTE DISTRITAL DO NOVO MÉXICO (2016). WL 5339684 The Navajo Nation, et al., Plaintiffs, v. Urban Outfitters, Inc., et al., Defendants. Civ. No. 12-195 BB/LAM, Disponible en: narf.org Acceso el 25.11.19.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005). *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. 17.06.05. Disponible en: corteidh.or.cr
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Disponible en: corteidh.or.cr Acceso el 01.12.19.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988). *Caso Velasquez Rodríguez vs. Honduras*. 29.07.88. Disponible en: corteidh.or.cr
- FRYNAS, Jędrzej George et al. (2000). "Maintaining Corporate Dominance after Decolonization: the 'First Move Advantage' of Shell-BP in Nigeria", *Review of African Political Economy*, N. 85, pp. 407-425, Roape Publications.
- GILPIN, Emilee (2018). "How 5 indigenous are rocking their businesses with beauty". *Canada's National Observer*. Disponible en: nationalobserver.com
- HELMAN, Cecil (1994). *Culture, Health and Illness*. Butterworth-Heinemann: Oxford.
- INDIAN COUNTRY TODAY. *Navajo nation and Urban Outfitters reach an agreement on appropriation*. Disponible en: newsmaven.io acceso en 25.11.19.
- MITCHELL, D. A. (1968). *Dictionary of Sociology*. Routledge Kegan & Paul: London.
- O'HAGAN, Kieran (1999). *Culture, cultural identity, and cultural sensitivity in child and family social work in Child and Family Social Work*, 4, pp. 269-281.

- PAMPLONA, Danielle Anne (2018). “Das violações de direitos humanos e do envolvimento das grandes corporações”. En: PIOVESAN, Flavia; SOARES, Inés y TORELLY, Marcelo. *Empresas e Direitos Humanos*, Jus Podivm, pp. 171-184.
- ROMO, Andrés Donoso (2004). “Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe”. En: *Revista Yachaykuna, Instituto Científico de Culturas Indígenas*, No. 5, Quito, pp. 6-38, Disponible en: icci.nativeweb.org
- SANSI, Roger (2014). *Art, Anthropology and the Gift*. Bloomsbury Publishing: Londres.
- (2007). *Fetishes and Monuments: Afro-Brazilian Art and Cultura in the 20th Century*. New York: Berghahn Books.
- SCAFIDI, Susan (2005). *Who owns culture? Appropriation and authenticity in American Law*. New Brunswick, N.J. : Rutgers University.
- SCHADEN, Egon (1963). “Desenhos de índios Kayoavá-Guarani”. *Revista de Antropologia*, N° 1, pp. 79-82.
- SMITH, Kenneth-Coutts (1976). *Some general observations on the problem of cultural colonialism*. Disponible en: archivesdelacritiquedart.org
- YOUNG, James O. (2008). *Cultural Appropriation and the Arts*. Michigan: Wiley.
- UNESCO (2001). *Declaración Universal sobre Diversidad Cultural*, 17 de outubro de 2001. Disponible en: portal.unesco.org Acceso el 22.06.19.
- UNITED NATIONS (1988). *Decolonization, Departament of Special Political Questions, Regional Co-operation, Decolonization and Trusteeship*, Report n. 35, marzo. Disponible en: un.org Acceso el 25. 11. 19

Patrimonio cultural digital e identidad en los archivos de publicaciones Web¹

JHONNY ANTONIO PABÓN CADAVID²

Introducción

Los archivos buscan anticipar la memoria colectiva, ellos manifiestan la aspiración de un grupo social para definir una identidad (APPADURAI, 2003, p. 16). La información digital es efímera, inestable y fácil de descontextualizar, lo que dificulta su preservación para las generaciones futuras y desafía su carácter patrimonial (REINHART & IPPOLITO, 2014) el que se caracteriza por la permanencia, estabilidad y la dependencia a contextos específicos (VALERIE CLOONAN, 2015). Estas contradicciones presentan nuevos retos en la manera de definir, crear y preservar el patrimonio digital (CAMERON, 2008, p. 170).

La preservación de información digital para las generaciones futuras ha dado lugar al concepto de patrimonio digital como una nueva categoría dentro de las clasificaciones del patrimonio cultural. Las instituciones nacionales de la memoria como son las bibliotecas, archivos y museos han enfrentado nuevos retos para la preservación documental en las recientes décadas con el uso de soportes de información digital. En los años ochenta y noventa del siglo XX la distribución masiva de audio y video digital, software, videojuegos en formatos como floppys, CD-Audio, CD-ROM y

¹ Una versión preliminar de este trabajo correspondió al Discurso de posesión como miembro de la Academia Colombiana de Historia, titulado: Preservación del Patrimonio Cultural Digital: Retos y Perspectivas para la Escritura de la Historia, de fecha 4 de julio de 2017. El discurso fue publicado en el *Boletín de Historia y Antigüedades*, N° 865, 2017, pp. 199-229.

² Ph.D. Victoria University of Wellington, Nueva Zelanda. Magister en Historia, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Magister Science en Knowledge Management, NTU, Singapur. Abogado, Universidad Externado de Colombia. Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Historia. E-mail: pabonjhon@myvuw.ac.nz

DVD presentó a las bibliotecas y archivos problemas de inestabilidad en los medios, obsolescencia tecnológica³ y la necesidad de nuevas estructuras organizacionales⁴. En los años noventa el desarrollo de la Internet creó un nuevo medio para la publicación y distribución de información digital a gran escala⁵. Estos documentos serán la memoria y los recursos con los que se escriba la historia de nuestro presente. Como lo señala la historiadora Abby Smith Rumsey en su reciente libro titulado *When We are no More*: “la memoria digital va a determinar como nosotros conocemos nuestro pasado, cómo será expuesto a la diversidad de otros pasados humanos y cómo las personas nos recordarán cuando nos hayamos ido” (SMITH RUMSEY, 2016, p. 167).

La información digital tiene el potencial de pluralizar las memorias colectivas y estimular la existencia de multiplicidad de interpretaciones patrimoniales. Las tecnologías digitales proporcionan nuevas herramientas para la interpretación, representación y visualización del patrimonio. La realidad virtual, la realidad aumentada y el Internet de las cosas nos permiten tener nuevas experiencias informacionales en nuestras visitas a los museos, monumentos y lugares patrimoniales.

La información digital transforma la manera en que los medios construyen representaciones de grupos sociales, naciones, identidades individuales, comunidades políticas locales y globales (APPADURAI, 1996, p. 3). Estas comunidades y mundos son construidos por la imaginación de las personas y los grupos ubicados en contextos históricos específicos (APPADURAI, 1996, p. 33). Como consecuencia de las redes de información la imaginación es cada vez más global y desterritorializada (APPADURAI, 1996, p. 55). En este contexto, el antropólogo de la India Arjun Appadu-

³ Ver por ejemplo los primeros estudios sobre preservación del patrimonio digital por la biblioteca nacional de Australia. Deborah Woodyard and Colin Webb, *Physical Format Electronic Publications in the National Library of Australia* (National Library of Australia, Canberra, 1997); Deborah Woodyard, *Farewell my Floppy: a Strategy for Migration of Digital Information* (National Library of Australia, Canberra, 1998).

⁴ Neil Beagrie, *National Digital Preservation Initiatives: An Overview of Developments in Australia, the Netherlands, and the United Kingdom and of Related International Activity* (Council on Library and Information Resources and Library of Congress, Washington, 2003).

⁵ Para una discusión general sobre la transformación de los medios analógicos a digitales ver: Nicholas Negroponte, *Being Digital* (Knopf, New York, 1995).

rai acuñó el término “mediascapes” o “paisajes mediáticos” para referirse a la distribución de las capacidades electrónicas para producir y difundir información y a las representaciones e imágenes del mundo creadas por estos medios, las cuales crean narrativas e imaginarios de las identidades culturales (APADURAI, 1996, p. 35). El patrimonio digital forma parte de estos paisajes mediáticos.

El número cada vez mayor de diásporas incrementa la difusión de información e ideologías dentro de procesos cada vez más complejos sin límites territoriales fijos (APADURAI, 1996, p. 36). Siguiendo a Appadurai el término “localidad” se relaciona con vínculos de inmediatez social que no son necesariamente espaciales (APADURAI, 1996, p. 37). La producción de localidad es fundamental para la comprensión de los flujos culturales en medio de la globalización. Los tres principales factores en la producción de localidad son: el Estado-nación, las migraciones y las comunidades digitales (APADURAI, 1996, p. 198). Las comunidades e individuos que se encuentran fuera de sus territorios nativos utilizan los mediascapes para difundir y recibir información relacionada con su patrimonio. Esta des-territorialización transforma la imaginación patrimonial y la identidad.

En los albores de la cultura digital el entusiasmo de esta nueva época ha estado marcado, por un lado, por el optimismo de crear sociedades del conocimiento democráticas y prósperas basadas en las posibilidades tecnológicas para producir, distribuir y manipular información en cantidades y velocidades nunca imaginadas. Sin embargo, por otro lado, el avance de la cultura digital ha estado gobernado por industrias tecnológicas cuyo principal interés son los beneficios económicos en el corto plazo. La confianza en las tecnologías digitales por parte de gobiernos y de la sociedad en general ha permitido que se hayan dejado de lado preocupaciones sobre intereses colectivos de larga duración como la preservación de la información digital para las generaciones futuras.

Según STEWART (1999) La cultura digital carece de pensamiento a largo plazo (p. 48). Es por ello que la preservación de los recursos digitales no es un problema tecnológico, sino principalmente un problema cultural. La abundancia de la información digital o infoxicación, nos oculta la escasez de fuentes digitales contemporáneas en los archivos del futuro (RO-

SENZWEIG, 2003, pp. 735-76). Con alarma, recientemente los mismos creadores de la Internet han advertido que enfrentar la obsolescencia tecnológica y adoptar políticas de preservación digital son medidas urgentemente necesarias para evitar un ‘agujero negro digital’ en la historia de la humanidad⁶. Estos problemas son también del ámbito de los profesionales dedicados al estudio historiográfico. Como lo resalta la historiadora Toni Weller, el posible agujero negro de fuentes digitales para el futuro historiador es similar a otras voces perdidas en la historia: los analfabetos, las mujeres, los pobres u otros grupos marginalizados (2013, pp. 1-9).

Para evitar una “era de oscuridad digital” organizaciones internacionales como la Unesco han promovido la adopción de políticas para la preservación de recursos digitales. Algunos gobiernos, especialmente del norte global, han seguido las directrices de la Unesco para iniciar proyectos de patrimonio cultural preservando recursos digitales para las generaciones futuras. La preservación digital requiere la inversión de importantes recursos económicos, humanos y tecnológicos que solo han podido ser solventados por países de economías ricas.⁷ Los países del sur global han carecido del compromiso político, recursos tecnológicos y económicos necesarios para crear programas de preservación a largo plazo de la información digital. Esta situación está generando una brecha mnemónica digital, la cual se agrega a otras brechas digitales como las de conectividad y alfabetismo digital (ECHEVARRÍA, 2009, p.185). La brecha mnemónica digital refleja una continuidad en las políticas de gobiernos que tradicionalmente han sido negligentes en la custodia de archivos y en la promoción y preservación del patrimonio cultural.

La rápida evolución de publicaciones en línea hace necesario por parte de las instituciones de la memoria nuevas técnicas y estrategias para la preservación a largo plazo de las publicaciones (UNESCO, 1996). La deslocalización de la información, las enormes cantidades de datos y la corta vida de las publicaciones en línea han sido las razones principales para

⁶ Ver por ejemplo el reciente cubrimiento de los medios de comunicación al discurso de Vint Cerf, uno de los ‘padres de Internet’, donde advierte sobre los problemas de la obsolescencia tecnológica (DARTNELL, 2015).

⁷ NATIONAL LIBRARY OF NEW ZEALAND (2005, p. 6).

que las instituciones de la memoria tomen acciones en orden de preservar los documentos digitales (UNESCO, 2003).

A continuación, se analiza el alcance actual del patrimonio cultural digital con énfasis en las publicaciones web. En la primera parte, se define el patrimonio cultural digital, se analizan los elementos principales de la Carta de la UNESCO sobre la Preservación del Patrimonio Digital, como los riesgos y problemas que presentan los recursos digitales en las políticas de selección y uso del patrimonio digital. En la segunda parte, se discuten los archivos de publicaciones web como la principal política para la preservación de la información publicada en Internet. Finalmente, se concluye con unas reflexiones y recomendaciones.

1. Gobernanza y retos del patrimonio digital

La UNESCO ha sido epicentro en la gobernanza del patrimonio documental a nivel global con especial énfasis en los materiales custodiados por archivos y bibliotecas. En 1992 UNESCO creó el programa Memoria del Mundo que es la iniciativa más importante para proteger el patrimonio documental a nivel internacional y regional. Memoria del Mundo tiene como objetivo proteger el patrimonio documental de riesgos tales como la destrucción intencional, los desastres naturales y la obsolescencia tecnológica. Como parte de Memoria del Mundo en el 2003 la UNESCO adoptó la Carta sobre la Preservación del Patrimonio Digital (UNESCO, 2003).

El principal objetivo de la carta es crear conciencia de la importancia de establecer políticas para la protección del patrimonio documental en formato digital. La carta tiene sus orígenes inmediatos en el año 2000 cuando en la reunión anual de la Conferencia de Directores de Bibliotecas Nacionales (CDNL) se estableció un comité en preservación digital. Entre el 2002 y el 2003 UNESCO organizó reuniones de consultas regionales en Australia, Nicaragua, Etiopía, Letonia y Hungría para la discusión de estrategias de preservación digital.⁸ En estas cinco reuniones Unesco recibió

⁸ Durante las reuniones se discutió un papel de guías técnicas para la preservación del patrimonio

comentarios y sugerencias para la Carta de Preservación del Patrimonio Digital de diferentes sectores de la sociedad como bibliotecas, archivos, organizaciones nacionales e internacionales de estandarización, industria del software y hardware y agencias gubernamentales (ABDELAZIZ, 2003).

Unesco sugiere que el depósito legal digital es la medida más importante para la preservación del patrimonio digital.⁹ El depósito legal opera a nivel nacional, lo que resalta que, no obstante el patrimonio digital es de interés de la comunidad internacional son los estados miembros de la Unesco finalmente los responsables de tomar acciones para la preservación.

La preservación del patrimonio digital difiere sustancialmente con las prácticas tradicionales de preservación del patrimonio documental, como resalta Abdelaziz:

Desde tiempos inmemoriales, los métodos y prácticas de conservación del patrimonio documental han dado la máxima prioridad a la preservación de los soportes: el papel y la tinta, las diversas generaciones de discos informáticos, cintas magnéticas o emulsiones para películas, fotografías o microfilmes. En el dominio digital, es el vino lo que será guardado no la botella (2007, p.11).

La carta de la UNESCO usa el concepto de “información nacida digitalmente” para referir a información que solo existe en formato digital (2003). La necesidad de tomar medidas urgentes para preservar los recursos nacidos digitalmente, especialmente publicaciones web, inspiró la carta de la UNESCO y fue un tema central de sus debates previos (2002). El artículo 7 de la Carta establece que esta clase de recursos deben ser la prioridad en proyectos de preservación del patrimonio digital (UNESCO, 2003).

digital preparado por Colin Webb de la Biblioteca Nacional de Australia, ver: *Conference of Directors of National Libraries* (CDNL, Berlin, 6 August 2003).

⁹ UNESCO. *Charter on the Preservation of the Digital Heritage* GC Res 42, XXXII (2003), Art. 8.

1.1 Selección del Patrimonio Digital

No todo lo producido y publicado en formato digital puede ser preservado. En la práctica cada institución debe establecer criterios técnicos y culturales para la selección del material que será parte del patrimonio digital. La carta de la UNESCO establece que los procesos de selección han de basarse en principios, políticas, procedimientos y normas bien definidos (UNESCO, 2003). La referencia a normas y procedimientos está ligada a estándares técnicos de las prácticas de conservación; los principios y políticas están atados a criterios culturales y sociales para la selección de material que deberá ser preservado.

La UNESCO ha establecido dos criterios para la selección del patrimonio documental que son: la autenticidad y la significación mundial representada por el carácter único e irremplazable de los documentos. Asimismo, se evalúa la importancia temporal, espacial, temática, estilística y la relación humana y espiritual de los documentos con las comunidades o personas particulares. Al valorar los documentos también se consideran su rareza, integridad y amenaza (UNESCO, 2012, pp. 9-13). Estos son criterios útiles que se pueden trasladar y tener en cuenta en la tarea de selección del patrimonio digital.

La selección se aplica tanto, a la información nacida digitalmente que será preservada como a los recursos que serán digitalizados. En la práctica, la participación de las comunidades patrimoniales es mínima en el diseño de criterios de selección para los recursos nacidos digitalmente que serán preservados para las futuras generaciones.

1.2 Uso del Patrimonio Digital

Las tecnologías digitales crean nuevas oportunidades para la apropiación, el uso, la reutilización, construcción, comprensión y creación de nuevos significados para el patrimonio. La preservación digital es esencial para el desarrollo de nuevas formas de tener acceso y uso de colecciones documentales, dando lugar a la historia digital. El uso del patrimonio digital impacta en las colecciones para la investigación histórica, por ejemplo, con el uso de análisis y minería de datos, pero también potencia nue-

vas formas de escribir y leer las narraciones históricas, como lo señala el historiador francés Roger CHARTIER: los recursos digitales hipertextuales permiten “una articulación abierta, fragmentada, relacional del razonamiento” (2007, p 83).

La facilidad para crear y publicar nuevos contenidos es una característica de lo digital. Por ejemplo, los contenidos generados por usuarios son recursos publicados en Internet que contienen un esfuerzo creativo y son organizados por fuera de las prácticas profesionales (OECD, 2007). Las instituciones de la memoria están creando plataformas que incentivan a los ciudadanos para crear este tipo de contenidos usando las colecciones patrimoniales (CLOUGH, 2013). Estas iniciativas promueven la creación de nuevos contenidos y nuevas interpretaciones apropiando y vitalizando al patrimonio. Además, la información digital tiene el potencial de pluralizar las memorias colectivas y estimular la existencia de multiplicidad de interpretaciones patrimoniales. Las tecnologías digitales proporcionan nuevas herramientas para la interpretación, representación y visualización del patrimonio, por ejemplo, la realidad virtual, la realidad aumentada y el Internet de las cosas nos permiten tener nuevas experiencias informacionales en nuestras visitas a los museos, monumentos y otros lugares patrimoniales.

2. Archivos de publicaciones web

La deslocalización de la información, la enorme cantidad de datos y la vida efímera de las publicaciones web fueron las principales causas para que la UNESCO hiciera un llamado a tomar una acción rápida y urgente con el fin de preservar los documentos digitales. Según Alison WALKER (2007, p. 511) el promedio de vida de una página web es de alrededor de 44 días y miles de sitios web se crean cada minuto (MORABITO, 2015, p. 106). La gran cantidad de información publicada en Internet, y su desaparición, es casi simultánea. La rápida evolución de las publicaciones en línea exige a las instituciones de la memoria nuevas técnicas y estrategias para la creación de archivos de la web.

Archivar la web consiste en la preservación deliberada y organizada de material web (BRÜGGER, 2010, p. 349). Los archivos de la web se constituyen por medio de la recolección y copia de información publicada en la web (*web harvesting*). Los proyectos para preservar las publicaciones web comenzaron en el año de 1996. La compañía norteamericana Alexa Internet emprendió la primera iniciativa en la preservación de contenido web. El *Internet Archive*, una entidad privada sin ánimo de lucro con sede en California, con el apoyo de Alexa, ha creado la más extensa colección de documentos publicados en Internet; este archivo realiza una recolección automática a gran escala capturando cada dos meses más de 35 millones de páginas (MOHR *et al.*, 2004, p. 1). El mismo año en la Biblioteca Real de Suecia, en Estocolmo, los países nórdicos fueron pioneros en adoptar la recolección de publicaciones web como parte de sus políticas de patrimonio cultural.¹⁰ Desde entonces las bibliotecas nacionales de la mayoría de países europeos, de Australia, Nueva Zelanda, Canadá, China, Taiwán, Singapur, Japón y Corea han establecido archivos nacionales de publicaciones web. La creación de colecciones digitales de patrimonio a través de la recolección web ha sido posible solo para los países desarrollados debido a los recursos que requiere esta actividad. Los proyectos de recolección web están notablemente ausentes en América Latina, África y la mayoría de los países asiáticos.¹¹ La falta de archivo web en el Sur Global está creando un agujero negro digital en las fuentes para la escritura de su historia.

El archivo y preservación de la información publicada en la web requiere de estándares y técnicas que son actividades de vanguardia, exigiendo cooperación internacional. Estas actividades se han desarrollado principalmente en el norte global. En el 2003, en la Biblioteca Nacional de Francia, representantes de las Bibliotecas Nacionales de Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Noruega, Suecia, The British Library (Reino Unido) y el Internet Archive crearon el Consorcio Internacional de Preservación de Internet (IIPC) (GROTKE, 2008, p. 3).

¹⁰ Al iniciar el proyecto Kulturarw3, Islandia, Noruega, Suecia, Finlandia. Ver HALLGRÍMSSON y BANG (2003).

¹¹ Para un recuento de iniciativas de archivos de publicaciones web ver: GOMES, MIRANDA, COSTA (2011, p. 408).

El IIPC es un foro para el intercambio de conocimientos sobre las mejores prácticas de recolección, gestión y preservación de material web y creación de estándares (GILDAS, 2011). De América Latina el único país que actualmente participa en el consorcio es Chile.

2.1 Archivos nacionales de publicaciones web

La carta de la UNESCO promueve la creación de medidas legales e institucionales para preservar el patrimonio digital. El artículo 8 establece que el depósito legal es una piedra angular para proteger el patrimonio digital (UNESCO, 2003). El énfasis en el depósito legal se basa en dos razones principales: en primer lugar, el papel de las bibliotecas nacionales en la redacción de la carta y; en segundo lugar, el depósito es la medida legal más tradicional para preservar las publicaciones. El depósito legal existe desde 1537, cuando el rey de Francia Francisco I, ordenó la entrega de cada publicación impresa a la biblioteca real. En el siglo XXI los países que preservan el patrimonio digital han actualizado la legislación de depósito legal incluyendo la obligación de preservar las publicaciones web.

La desaparición de información digital en línea está afectando la investigación sobre la historia reciente. Por ejemplo, en Colombia investigadores del grupo Verdad Abierta han intentado analizar las estrategias de los paramilitares en el uso de medios de comunicación. Los sitios web usados por los paramilitares han desaparecido por la falta de medidas adecuadas para la preservación del patrimonio digital y la única evidencia de la existencia de esas páginas se encuentra en el *Internet Archive* de Estados Unidos que mantiene unas pocas copias bastante incompletas de esos sitios.¹² La ausencia de los registros de esos sitios web afecta negativamente el derecho a la verdad de las víctimas, la reconstrucción histórica para la sociedad y la investigación académica.

Las bibliotecas nacionales que están recolectando el material web buscan obtener una muestra representativa de las publicaciones nacionales. Los curadores digitales son responsables de la recolección temática de sitios

¹² verdadabierta.com

web.¹³ La recolección de páginas web requiere una curaduría activa para seleccionar el material que se incluirá en las colecciones de patrimonio digital. La legislación nacional debe establecer un conjunto de criterios para identificar el patrimonio nacional en Internet. Por ejemplo, por ley un recurso digital se considera neozelandés cuando es producido en Nueva Zelanda o es comisionado para ser producido fuera de Nueva Zelanda por una persona que es residente en Nueva Zelanda o cuyo principal asiento de negocios sea Nueva Zelanda¹⁴. Existen dos prácticas principales complementarias por las cuales se realizan la recolección de material para los archivos nacionales de publicaciones web: la captura de todos los sitios publicados en el dominio nacional y la recolección selectiva o temática (PABÓN, 2017, pp. 379-390).

La captura de dominios es la colección completa de publicaciones divulgadas en dominios específicos de Internet. Los archivos web nacionales se constituyen principalmente por la recolección de todo el material publicado en el Dominio de Nivel Superior de Código de País (ccTLD) tales como .nz para Nueva Zelanda¹⁵, .sg para Singapur o .fr para Francia.¹⁶ Esta metodología de recolección opera a través de procesos automáticos que capturan la información de todos los sitios web ubicados en el dominio en un momento específico (SIMES & PYMM, 2009). La frecuencia de la captura depende de los recursos técnicos y económicos de cada institución. La copia de los sitios web requiere la colaboración con las entidades encargadas de la administración de Internet y la asignación de dominios a nivel nacional.

La recolección selectiva o temática de publicaciones web opera a través de la selección manual o mediante un proceso semiautomático (CHEBBI, 2008, p. 39). La selección exige criterios de evaluación y curaduría. La recolección selectiva se utiliza para crear colecciones temáticas sobre un tema o evento tales como campañas políticas, eventos deportivos o un de-

¹³ Para una discusión sobre el papel de la curaduría digital dentro de las humanidades digitales y su naturaleza interdisciplinaria, ver: SABHARWAL (2015).

¹⁴ National Library of New Zealand (Te Puna Mātauranga o Aotearoa) Act 2003, s 29.

¹⁵ National Library Requirement (Electronic Documents) Notice 2006 (SR 2006/118).

¹⁶ La Biblioteca Nacional de Francia extiende su programa de recolección web a los dominios de los territorios ultramarinos franceses, incluidos .re para Reunión, y .nc para Nueva Caledonia.

sastre natural. La calidad de estas colecciones es mayor que la de las colecciones creadas por medio de la captura de dominios ya que la recolección de los sitios web seleccionados se realiza con una alta frecuencia, todas las páginas capturadas son relevantes a un tema de investigación incluyendo blogs e información publicada en redes sociales, por lo que se procuran conservar las relaciones hipertextuales de los diferentes sitios al realizar copia de las diferentes páginas enlazadas, asimismo se busca verificar que los diversos elementos de las páginas se hayan copiado de manera adecuada. La frecuencia se relaciona con las necesidades de cada proyecto. Por ejemplo, durante las campañas políticas la recolección es diaria o algunas veces varias veces al día durante un cierto período de tiempo (COHEN & VERLAINE, 2013, p. 214). En la práctica las colecciones temáticas han sido las más usadas por investigadores.¹⁷

Igualmente, se realizan copias selectivas de material que se encuentre por fuera del dominio nacional, de material publicado por nacionales o de material que se considere de interés para la colección digital nacional. En casos específicos, se crean colecciones temáticas en donde se realizan copias constantes de sitios web seleccionados procurando una mayor exhaustividad y calidad en la recolección de los materiales web. La preservación digital de publicaciones en redes sociales también es de gran importancia para los investigadores, especialmente aquellas que son usadas con gran impacto en la esfera pública.

2.2 Acceso a los archivos nacionales de publicaciones web

Actualmente existen tres modelos básicos en el manejo del acceso a los archivos nacionales de las publicaciones web: 1) Archivos abiertos de acceso irrestricto; 2) Acceso limitado a consulta en las instalaciones físicas de la biblioteca; 3) Restricción total de acceso, en estos casos el Archivo de publicaciones web es un Archivo Oscuro (*Dark Archive*). Las regulaciones

¹⁷ Las campañas políticas han sido un tema preferido para las colecciones web temáticas. La Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos desde el año 2000 ha archivado sitios web relacionados con las elecciones presidenciales, congresionales y gubernativas de los Estados Unidos. Este archivo web es una fuente rica para la investigación, ver: FOOT y SCHNEIDER (2002).

de propiedad intelectual y privacidad en cada país son las que determinan el modelo de acceso que será aplicado a los archivos nacionales de publicaciones web.

Pocas legislaciones de depósito legal permiten a las bibliotecas nacionales tener sus archivos web en acceso abierto, se destacan los casos de Estonia e Islandia. En Estonia la modificación del depósito legal de 2006 hizo posible que el archivo de publicaciones web de la Biblioteca Nacional de Estonia sea de libre acceso (veebiarhiiv.digar.ee). El archivo web de la Biblioteca Nacional y Universitaria de Islandia (www.vefsafn.is) está disponible en Internet. Este archivo limita el acceso a materiales que requieran de suscripción o pago e implementa una política de *out-put* de acceso, es decir, los titulares de derechos pueden solicitar que se restrinja el acceso abierto. Por otro lado, el Archivo de publicaciones web de Cataluña PADICAT (www.padicat.cat) proporcionó acceso abierto a sus contenidos desde su creación en el año 2005¹⁸.

El acceso a los archivos de publicaciones web limitado a la consulta en las instalaciones de la biblioteca se aplica en países como Inglaterra y Francia debido a la legislación de derechos de autor y depósito legal¹⁹. Un ejemplo de archivo oscuro fue el del archivo de todas las páginas web publicadas en el dominio nacional .sg de Singapur (PABÓN, 2014, pp.1-19).

2.3 Limitaciones en la captura de publicaciones web

La recolección de material web está limitada por criterios de selección y por consideraciones técnicas. Los archivos de publicaciones web operan bajo criterios de evaluación para seleccionar el material, por ejemplo, contenidos web que representan un valor informativo único o la fragilidad del contenido debido al riesgo de desaparición. La ausencia de políticas claras en los criterios de evaluación y la falta de consultas públi-

¹⁸ Sin legislación de derechos de autor adecuada la biblioteca optó por preservar el patrimonio digital de Cataluña como un imperativo relacionado con su misión institucional. En el 2011 la legislación española extendió el depósito legal a material web y solo hasta el 2015 se reguló este tema, ver: Real Decreto 635/2015, de 10 de julio, por el que se regula el depósito legal de las publicaciones en línea.

¹⁹ The Legal Deposit Libraries (Non-Print Works) Regulations 2013 777.

caso o participación de las comunidades académicas y patrimoniales en la creación de directrices de selección genera dificultades en el posterior uso y en la calidad de los archivos. Por otra parte, como ya mencionamos, en los archivos nacionales los marcos regulatorios definen los sitios web que se consideran publicaciones nacionales, material ubicado en un dominio de nivel superior general o en un dominio extranjero podría ser de interés para colecciones de patrimonio nacional. En esos casos se deben establecer criterios en la ley o en la regulación que permitan la colección de estas publicaciones.

3. Reflexión final sobre el Patrimonio Digital

Los recursos patrimoniales permiten a los individuos y a las comunidades construir sus identidades. El ambiente digital ofrece nuevas oportunidades para la participación ciudadana y para la formación de valores culturales, es por esta razón que la gestión del patrimonio digital está inmersa en las políticas de la identidad y memoria. La ausencia de archivos de publicaciones web está creando un agujero negro digital en las fuentes para la escritura de la historia y en la comprensión de cómo se construyen las identidades culturales hoy en día.

Los costos en las tecnologías para la recolección de material web han disminuido y son de fácil acceso. Centros de memoria locales deben empezar a realizar archivos propios de publicaciones web de tal manera que se cree un modelo descentralizado de captura de páginas, el cual este unido a una infraestructura nacional centralizada que garantice la preservación digital a largo plazo de estos archivos web. Estas infraestructuras tan solo pueden ser garantizadas por instituciones que tengan el mandato legal de custodiar a perpetuidad el patrimonio documental, con una infraestructura tecnológica y con un capital humano de expertos formados multidisciplinariamente en las áreas relevantes.

En la creación de un Archivo Nacional de publicaciones Web es fundamental la participación de diversas comunidades patrimoniales en el diseño de directrices para la selección de contenidos. De tal forma se pasará de criterios de evaluación del patrimonio que se basan en la importancia

nacional que se centra en el Estado-nación, a criterios que resalten la importancia de las publicaciones para las comunidades en particular. Ambos criterios patrimoniales se complementan y no se excluyen, promoviendo diversas identidades culturales; asimismo, esto ayudará al posterior uso de los archivos y mejorará su calidad.

Referencias bibliográficas

- ABID, Abdelaziz (2003). "Preface" en NATIONAL LIBRARY OF AUSTRALIA, *Guidelines for The Preservation of Digital Heritage*. UNESCO, Paris CI-2003/WS/3.
- (2007). "Safeguarding our Digital Heritage: a New Preservation Paradigm". En: Yola de LUSENET y Vincent WINTERMANS (eds.). *Preserving the Digital Heritage Principles and Policies*, UNESCO, The Hague, p. 7.
- APPADURAI, Arjun (1996). *Modernity At Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Minneapolis, University of Minnesota Press.
- (2003). "Archive and Aspiration". En: Joke BROUWER and Arjen MOLDER (eds.). *Information is Alive: Art and Theory on Archiving and Retrieving Data*, Rotterdam, NAI Publishers.
- BEAGRIE, Neil (2003). *National Digital Preservation Initiatives: An Overview of Developments in Australia, the Netherlands, and the United Kingdom and of Related International Activity*, Washington, Council on Library and Information Resources and Library of Congress.
- BRÜGGER, Niels (2010). "The Future of Web History". En: Niels BRÜGGER (ed.), *Web History*, New York, Peter Lang.
- CAMERON, Fiona (2008). "The Politics of Heritage Authorship, the Case of Digital Heritage Collections". En: Yehuda KALAY; Thomas KVAN y Janice AFFLECK (eds.). *New Heritage: New Media and Cultural Heritage*, New York, Routledge.
- CHARTIER, Roger (2007). *La Historia o la Lectura del Tiempo*. Barcelona, Gedisa.
- CHEBBI, Aïda (2008). "Archivage du Web: Quelques Leçons à Reteni". *Archives* 19, 39 (2).

- CLOUGH, Wayne (2013). *Best of Both Worlds: Museums, Libraries, and Archives in the Digital Age*, Washington, Smithsonian Institution.
- COHEN, Évelyne y VERLAINE, Julie (2013). “Le Dépôt Légal de l’Internet Français à la Bibliothèque Nationale de France”. *Sociétés & Représentations*, 35 (1), p. 209.
- CONFERENCE OF DIRECTORS OF NATIONAL LIBRARIES (2003). CDNL, Berlin, 6, August.
- DARTNELL, Lewis (2015). “The Digital Black Hole: Will it Delete Your Memories”, *The Guardian* (online ed.), London, 16 February.
- ECHAVARRÍA, Javier (2009). “Cultura Digital y Memoria en Red”. *Arbor*, 185.
- FOOT, Kirsten y SCHNEIDER, Steven (2002). “Online Action in Campaign 2000: An Exploratory Analysis of the U.S. Political Web Sphere”, *Journal of Broadcasting & Electronic Media*, 46 (2), p. 222.
- GILDAS, Illien (2011). “Une Histoire Politique de l’archivage du Web”. *Bulletin des Bibliothèques de France*.
- GOMES, D., MIRANDA, J. y COSTA, M. (2011). “A Survey on Web Archiving Initiatives”. En: S. GRADMANN *et al.* (eds.). *Research and Advanced Technology for Digital Libraries*, Berlín, Springer, p. 408.
- GROTKE, Abbie (2008). *International Internet Preservation Consortium 2008 Member Profile Survey Results*. Paris, IIPC.
- HALLGRÍMSSON, Þorsteinn & BANG, Sverre (2003). “Nordic Web Archive”, paper presented to 3rd ECDL Workshop on Web Archives, Trondheim, Norway.
- MOHR, Gordon *et al.* (2004). “An Introduction to Heritrix An open source archival quality web crawler”, paper presented to 4th International Web Archiving Workshop, Bath, United Kingdom.
- MORABITO, Vincenzo (2015). *Big Data and Analytics: Strategic and Organizational Impacts*. Heidelberg, Springer.
- NATIONAL LIBRARY OF NEW ZEALAND (2005). *Briefing to the Incoming Minister*. Wellington, NLNZ.
- NEGROPONTE, Nicholas (1995). *Being Digital*. New York, Knopf.

- PABÓN, Jhonny Antonio (2014). "Copyright Challenges of Legal Deposit and Web Archiving in the National Library of Singapore", *Alexandria: The Journal of National and International Library and Information Issues*, (25) 1-2.
- (2017). "Evolution of Legal Deposit in New Zealand: From Print to Digital Heritage". *IFLA Journal*, (43) 4.
- RINEHART, Richard y Jon IPPOLITO (2014). *Re-collection: Art, New Media, and Social Memory*, Massachusetts, MIT Press.
- ROSENZWEIG, Roy (2003). "Scarcity or Abundance? Preserving the Past in a Digital Era", *American Historical Review*, 108, 3.
- SABHARWAL, Arjun (2015). *Digital Curation in the Digital Humanities: Preserving and Promoting Archival and Special Collections*, Waltham, Chandos Publishing.
- SIMES, Laura y PYMM, Bob (2009). "Legal Issues Related to Whole-of-Domain Web Harvesting in Australia", *Journal of Web Librarianship*, 3 (2).
- SMITH RUMSEY, Abby (2016). *When We Are no More, How Digital Memory is Shaping our Future*, New York, Bloomsbury.
- STEWART, Brand (1999). "Escaping the Digital Dark Age", *Library Journal*, 124 (2), p. 46.
- UNESCO (1996). CDNL Working Group *The Legal Deposit of Electronic Publications*. Paris, CII-96/WS/10.
- (2002). *Report by the Director-General on a Draft Charter on The Preservation of the Digital Heritage*. Paris, 164 EX/21.
- (2003). *Charter on the Preservation of the Digital Heritage GC Res 42, XXXII*.
- (2003). National Library of Australia, *Guidelines for the Preservation of Digital Heritage*. Paris, CI-2003/WS/3.
- (2012). *El Compañero del Registro de Memoria del Mundo*, París, UNESCO.
- VALERIE, Michiele Cloonan (ed.) (2015). *Preserving Our Heritage Perspectives from Antiquity to the Digital Age*, Chicago, American Library Association, Chicago.

- WALKER, Alison (2007). "Preservation". En: J. H. BOWMAN (ed.). *British Librarianship and Information Work 2001-2005*, Aldershot, Ashgate.
- WELLER, Toni (2013). "Introduction, History in the Digital Age". En: Toni WELLER (ed.). *History in the Digital Age*, New York, Routledge.
- WOODYARD, Deborah (1998). *Farewell my Floppy: a Strategy for Migration of Digital Information*, Canberra, National Library of Australia.
- WOODYARD, Deborah & WEBB, Colin (1997). *Physical Format Electronic Publications in the National Library of Australia*. Canberra , National Library of Australia.
- WORKING PARTY ON THE INFORMATION ECONOMY PARTICIPATIVE (2007). *Web: User-Created Content*. OECD, Paris, DSTI/ICCP/IE (2006)7/FINAL.

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados: El caso de Oxchuc, Chiapas

ELISA CRUZ RUEDA¹

NATALIE LONG²

Han transcurrido 28 años desde el reconocimiento de los derechos de indígenas y sus pueblos a sus propias formas de organización y otros derechos fundamentales, sin embargo, ese reconocimiento en el caso del Municipio de Oxchuc, Estado de Chiapas, no se ha concretizado. Intentamos explicar cómo en el caso confluyen el contexto histórico y las reclamaciones judiciales con el derecho de consulta y elección en otros estados de la República, cómo se da la relación entre el derecho a la consulta y el derecho a la elección de autoridades con base en un sistema de usos y costumbres o interno, y si esto da cumplimiento al derecho a la participación política de los indígenas y sus pueblos.

Son antecedentes del caso de Oxchuc sobre elección de autoridades municipales por usos y costumbres, el marco jurídico nacional e internacional sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas y su correspondiente en el Estado de Chiapas. De igual manera, son antecedentes del caso, los Acuerdos de San Andrés de 1996 y los reclamos por parte de los indígenas en materia electoral en otros estados de la República mexicana, que han provocado sentencias adversas o a su favor, o bien tensiones por los cambios que implican en las dinámicas de relación entre el Estado mexicano

¹ Abogada y Antropóloga. Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, maestra y doctora en Ciencias Antropológicas por la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa. Profesora investigadora, Escuela de Gestión y Autodesarrollo Indígena, Universidad Autónoma de Chiapas. Correo: elisacruzrueda@hotmail.com

² Abogada. Licenciada en Derecho, integrante del Departamento de Asuntos Ambientales de la Procuraduría General del Estado de Illinois, Estados Unidos. (Las observaciones y opiniones contenidas en este artículo no son las opiniones de la Oficina de la Procuraduría General del Estado de Illinois) Correo: long.natalie@gmail.com

y los pueblos indígenas en lo local. En el caso chiapaneco, se localiza la tensión, por un lado, entre el afán del gobierno del Estado de Chiapas en sostener poderes locales (caciquiles o de facto), y por otro dar cumplimiento al Sistema Internacional de Derechos Humanos que abarca los derechos civiles, políticos, económicos y culturales de los indígenas, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

El caso de Oxchuc da cuenta de esas tensiones, sobre todo porque pone en cuestionamiento la pertinencia de la aplicación de un sistema electoral y de participación ciudadana que no contempla la especificidad social, política, histórica, étnica, o de culturales locales, por tanto, se muestra ajeno a las dinámicas comunitarias indígenas. En otras palabras, los mecanismos electorales de participación son insuficientes y culturalmente inadecuados para promover el cumplimiento y respeto de los derechos políticos de los indígenas y sus pueblos. El caso chiapaneco es particular porque, además de contener un crisol de contradicciones entre el discurso oficial en materia de derechos humanos y su cumplimiento, existen dinámicas sociales y políticas que le imprimen características distintas a las realidades de estados vecinos como el de Oaxaca o Michoacán. Es decir, encontramos un reconocimiento de los derechos indígenas sin mecanismos para hacerlos efectivos (derechos que solo están declarados, pero sin procedimientos ni autoridades responsables) y por tanto sin eficacia ni eficiencia en su cumplimiento.

Dado que existe el reconocimiento de ese derecho a nivel internacional y nacional nos preguntamos: ¿Qué intereses motivan que no se establezcan los mecanismos jurídicos y políticos apropiados, para concretar y hacer efectivo su ejercicio? Si los derechos no se negocian, ¿por qué los gobiernos esperan que los indígenas y sus pueblos exijan sus derechos, más cuando se ha llegado a niveles de violencia social de tal magnitud que ya no permiten su concreción? En el apartado correspondiente de este trabajo trataremos, si no de responder, sí de plantear algunas reflexiones que guíen a posibles respuestas.

Para exponer el caso y desarrollar su análisis el trabajo se divide en tres partes. En la primera parte, titulada “La consulta en materia electoral

para los indígenas”, exponemos *grosso modo* los antecedentes sobre el Derecho a la Consulta; cómo se ha dado el reconocimiento del sistema de elección de autoridades indígenas concretándonos en los casos de Oaxaca del año 1997 y de Michoacán de los años 2012-2014; y analizamos el marco normativo en materia de elección de autoridades indígenas o sistema de usos y costumbres y su relación con el Derecho a la Consulta en el Estado de Chiapas. En la segunda parte, “El Derecho a la Consulta y su relación con participación política en Oxchuc”, exponemos a grandes rasgos el contexto étnico, cultural y sociopolítico, para posteriormente centrarnos en la Resolución del Tribunal Electoral del Estado de Chiapas. Este trabajo lo concluimos con una sección de “Reflexiones finales”.

1. La consulta en materia electoral para los indígenas

a. Antecedentes

La elección de autoridades bajo los mecanismos internos de una comunidad o pueblo indígena es lo que se conoce como elección por usos y costumbres. Este derecho está reconocido en el artículo 8º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (C169), en el artículo 20 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (la Declaración) y en el artículo 2º de la CPEUM. Los tres instrumentos son ordenamientos cuyos artículos están relacionados entre sí por los principios de unidad y coherencia (FIGUEROA, 2009), para hacer posible la obligación del Estado de tomar en cuenta y respetar los derechos de indígenas y sus pueblos. Esto incluye considerar sus formas de organización y decisión como ejercicio de la libre determinación y expresión de la autonomía señalados en el artículo 2º de la CPEUM, para lo cual los funcionarios y órganos de gobierno deberán, en primer lugar, conocerlas. Estando obligados a proveerse de información de los indígenas y sus pueblos y de dictámenes de expertos en la materia mediante herramientas como el peritaje antropológico y la Consulta (CRUZ, 2013 y 2009). De esta manera, los Estados están obligados a consultar a los pueblos indígenas cuando las decisiones del gobierno o de los poderes del Estado afecten sus derechos fundamentales a la tierra, el territorio, la

autonomía, sus formas de organización, o a tener un derecho propio. Por ello, los indígenas y sus pueblos han hecho del Derecho a la Consulta un argumento y discurso contestatario contra los intentos del Estado mexicano de afectar sus derechos territoriales y de autonomía. En el caso de Oxchuc, Chiapas, este uso contestatario se concretizó en la solicitud de cambio del sistema de partidos por el de usos y costumbres para la elección de autoridades (22 de enero de 2018, Aristegui noticias).

Los elementos fundamentales de una Consulta se encuentran señalados en los artículos 6 y 7 del C169. El artículo 6 señala que:

- se debe consultar mediante procedimientos apropiados a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- los pueblos indígenas puedan participar libremente, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- se debe establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin;
- se deberá efectuar de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias;
- con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El artículo 7, por su parte, subraya que deben considerarse los valores culturales de los indígenas y sus pueblos respecto del desarrollo, y de la afectación a sus vidas y sus derechos, que incluyen:

- la toma de decisión y autodeterminación para definir el desarrollo desde sus propias prioridades y circunstancias históricas; y
- la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos

pueblos, criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

Por lo que toca a los mecanismos para el cumplimiento de Derecho a la Consulta en el caso mexicano, existen al menos cuatro intentos legislativos de orientar la manera en que deben ser consultados los indígenas:

- 2013. Protocolo aprobado por el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del C169;
- 2013-2014. Protocolo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas;
- 2016. Protocolo del Instituto Nacional Electoral (INE) para la consulta a pueblos indígenas en materia de distritación electoral; y
- 2016. Recomendación General No. 27/2016 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 11 de julio de 2016 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de agosto de 2016, que se centra en promover/recomendar la regulación del Derecho a la Consulta.

Pese a los intentos legislativos, la constante en el caso mexicano es que no se cumple la Consulta como procedimiento para cambiar la relación entre el Estado y la sociedad con los Pueblos Indígenas. Más bien, lo que se presentan son casos de “no consulta”.

b. La consulta y el consentimiento previo e informado

El C169, tanto como la Declaración, señalan como esencial el deber de consultar, sin embargo, hay diferencias complementarias entre estos instrumentos: mientras el primero solo plantea la consulta, el segundo agrega el requisito del consentimiento previo e informado.

El Convenio señala que la Consulta será llevada a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (artículo 6), lo cual no implica necesariamente que si se acepta el proceso de Consulta deba darse el consentimiento por parte de los pueblos indígenas; o bien, que el acuerdo implique aprobar parcial o totalmente las iniciativas o proyectos que afecten sus derechos y territorios.

Por su parte, la Declaración retoma la Consulta en su finalidad de conseguir el consentimiento previo de los pueblos indígenas para ejecutar proyectos sobre sus tierras y territorios –cuando el interés público así lo exija–. La interpretación del entonces Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, señaló en 2009 que los pueblos indígenas no tienen derecho de veto sobre los proyectos que se quieran implementar o se implementen sobre sus territorios (citando al Comité de Expertos de la ONU). Lo cual muestra un punto de tensión entre el derecho de los pueblos indígenas a salvaguardar sus derechos, sobre todo a la tierra y el territorio, y la facultad de los Estados de pasar sobre esos derechos en aras del interés público (sobre el cual se tiene dudas razonables ya que para definir lo que debe considerarse de interés público intervienen causas e intereses políticos y económicos).

En las actuales condiciones de México, lo planteado por Anaya marca un peligro ya que, con las reformas estructurales o energéticas del año 2013 (y otras iniciadas el 1994), los conceptos de interés público y de utilidad pública han pasado, de un sentido social a otro mercantilista, privilegiándose la máxima ganancia y el capital sobre los Derechos Humanos. Además, la condición previa, en nombre del interés o la utilidad pública, de que las consultas no serán vinculantes y por tanto no darán derecho de veto a las poblaciones sobre los proyectos actualiza, sutilmente, una manera unilateral y autoritaria de tomar decisiones y ejecutar leyes y proyectos a costa de los derechos indígenas, rompiendo con el sentido fundamental de la Consulta como mecanismo de negociación para una nueva relación con los pueblos indígenas y salvaguarda de sus derechos. Como argumenta Magda Gómez (2010), la Consulta finalmente es un derecho de procedimiento que no desplaza ni debería desplazar el cumplimiento por parte de los Estados de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

c. El sistema de usos y costumbres para la elección de autoridades indígenas: Oaxaca y Michoacán

Este análisis considera el caso de Oaxaca porque fue el primer Estado en la historia mexicana que reconoce e instaura ayuntamientos con autoridades elegidas por el sistema de usos y costumbres, sustituyendo el sistema de partidos. El caso de Cherán, Michoacán, es un precedente por la invocación de un marco jurídico de reconocimiento de los derechos humanos y el procedimiento en que se reconoce tal derecho en su relación con el Derecho a la Consulta. En el primer caso, se trató de un procedimiento administrativo, donde lo que se ejercía de hecho se reconoció de derecho mediante una reforma constitucional y legal. En el segundo caso, aunque existía el reconocimiento jurídico internacional y constitucional federal, a nivel de la entidad federativa, no existían los ordenamientos que concretaran tal reconocimiento, por lo que la autoridad electoral argumentó esa ausencia para no dar cumplimiento efectivo al derecho de los indígenas y sus pueblos a ejercer su autonomía y libre determinación, por lo que los indígenas tuvieron que recurrir a instancias legales federales. En el primero hubo voluntad política, en el segundo, no.

Elementos comunes a estos casos son la normatividad internacional del artículo 8° del C169, señalando —entre otros aspectos— que los pueblos indígenas tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias”.

Las diferencias radican en el marco Constitucional Federal, para Oaxaca del año 1994 donde la materia indígena se concretiza en el artículo 4° de la CPEUM y los Acuerdos de San Andrés de 1996 que propugnaban una nueva relación entre el Estado y la sociedad mexicana con los pueblos indígenas. Michoacán y Chiapas se encontraron en un nuevo escenario jurídico con la reforma de la CPEUM de 2001, donde la materia indígena pasó al artículo 2°, se firma la Declaración en el año 2007 y en 2011 el reconocimiento del bloque de derechos humanos (del cual forma parte el C169, firmado y ratificado por México desde 1990).

2. Estado de Oaxaca

María Cristina Velázquez, experta en el sistema interno de elección de autoridades indígenas, o sistema de usos y costumbres, señala en entrevista algunas características que distinguen el caso de Oaxaca de otros estados de la República mexicana: demarcaciones municipales coincidentes con las demarcaciones agrarias y con el ejercicio del sistema por usos y costumbres o interno para la elección de autoridades. En otras palabras, en la mayoría de los municipios que optaron por el cambio del sistema de partidos al de usos y costumbres coinciden tres factores: geográficos, normativos y tenencia de la tierra. Velázquez sostiene: “tienes una confluencia entre la cantidad de bienes comunales, propiedad social, y los sistemas normativos de elección” y explica cómo esa conjunción que históricamente se dio en el caso oaxaqueño:

[F]acilitó la reproducción y afincamiento de las normas comunitarias... históricamente el PRI aquí en Oaxaca, durante muchos años consideró las elecciones internas de los municipios como un mecanismo... de elecciones de candidaturas... ¿Qué significaba esto? Era una manera de decir a los municipios: “Mira, tú eliges a tus autoridades como tú quieres con tus usos y costumbres; a esas personas que salgan electas en la asamblea me las registras como candidatos de una planilla por el PRI.” Esa lógica hace que los pueblos pues así lo hacen, es como una especie de trato leal: “me dejas hacer mis usos y costumbres, no te metes en mi pueblo y yo te legitimo como gobierno estatal”. [Entrevista a María Cristina Velázquez, 17 de mayo de 2018]

Según la experta, el llamado sistema por usos y costumbres fue reconocido en el Estado de Oaxaca más por la visión e intereses de una clase política gobernante que por el movimiento indígena de la región. Esa clase política desde 1992 había promovido y reconocido determinados derechos de los indígenas como el trabajo colectivo o “tequio” y la elección de autoridades por usos y costumbres –aunque en esas fechas no se habían establecido los mecanismos correspondientes (es decir, no se declaraba su reconocimiento, ni se establecían los procedimientos ni las autoridades para su cumplimiento). Por lo que, al momento del alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en 1994, con el temor de

que se diera un levantamiento similar en Oaxaca, el entonces gobernador Diódoro Carrasco Altamirano organizó foros de discusión llamados “Diálogos de Santo Domingo”, con la intención de promover una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas (imitando los Diálogos de San Andrés en Chiapas). Durante el proceso hubo, entre otras cosas, un cuestionamiento al Partido Revolucionario Institucional (PRI) por parte de los partidos de oposición, sobre el por qué ese partido se adjudicaba (o decía que eran “suyos”) los municipios donde se elegía por usos y costumbres a las autoridades municipales. También se evidenció la ausencia de un censo cierto y exacto de municipios bajo esa modalidad. Como respuesta a tal cuestionamiento:

[E]n el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Oaxaca, rumbo a las elecciones, se editó un decreto, en agosto de 1995, mediante el cual se reconoce el sistema de usos y costumbres para la renovación de ayuntamientos y que los pueblos que de hecho elegían por usos y costumbres que lo hicieran, y que estaban en la libertad de registrar a su planilla ganadora o a las autoridades electas por el partido que quisiera. Así empezó todo. [Entrevista a María Cristina Velázquez, 17 de mayo de 2018]

Sumado a lo anterior, el Instituto Estatal Electoral comenzó una campaña visitando a los municipios indígenas para informarles que ya no era necesario simular la votación en casillas y el registro de sus autoridades en una planilla. Solo bastaba con la elección por asamblea general del pueblo o de usos y costumbres. Aunque muchos municipios optaron por el sistema de usos y costumbres, otros no lo hicieron por temor a que les quitaran los apoyos económicos, proporcionados por el Estado, ya que el partido en el gobierno era justamente el PRI. María Cristina Velázquez señala: “en 1995 ya al final del proceso electoral las cuentas arrojaron 412 municipios de la normativa de usos y costumbres... [d]e esos, 88 no se registraron con ningún partido... pero la mayoría se registró por el PRI”.

Abonan al reconocimiento del sistema de elección de autoridades por usos y costumbres la movilización de los ayuntamientos con población indígena que empezaron a exigir que los recursos estatales y federales que les correspondían o estaban “etiquetados” para ellos realmente se les

destinaran, generando que de igual forma a su interior las agencias frente a las cabeceras exigieran la parte proporcional que les correspondía por criterios territoriales y de cantidad de población. Observa María Cristina Velázquez que:

[E]n esa época el tema era: “Si no me das más lana, cabecera municipal, voy a solicitar cambiarme al régimen de partidos políticos.”... Es importante precisar que la época del reconocimiento de usos y costumbres en Oaxaca coincide con el proceso de descentralización municipal en México. Entonces por primera vez los municipios recibían cantidades claras de recursos federales y estatales, y estaban obligados a repartir-las y a aplicar criterios claros y ciertos, en este contexto, el Instituto también... “se dedicó a generar un mecanismo de negociación de esa problemática.” [Entrevista a María Cristina Velázquez, 17 de mayo de 2018]

3. Pueblo de Cherán, Estado de Michoacán

En la época en que se presentó el reconocimiento de elección de autoridades indígenas por el sistema de usos y costumbre de Oaxaca, los Derechos Humanos no estaban reconocidos en la CPEUM. A diferencia de este, cuando se presenta el caso de Cherán, Michoacán, la normatividad anterior es adicionada con la Reforma de Derechos Humanos de la CPEUM de 2011. La CPEUM se reformó el 10 de junio de 2011, reconociéndose la aplicabilidad del Sistema Internacional de Derechos Humanos tal como quedó plasmado en el artículo 1º (párrafos segundo, tercero y cuarto).

San Francisco Cherán, corazón de la meseta purépecha en el Estado de Michoacán, presenta su reivindicación de elección de sus autoridades con base en el sistema interno de usos y costumbres, en un contexto de violencia donde la seguridad y los recursos forestales del poblado estaban amenazados:

[S]u territorio está constituido principalmente por bosques, de lo que se desprende que su principal actividad económica ha estado históricamente relacionada con la explotación de la madera, y es de las pocas

comunidades indígenas en la entidad que además es cabecera municipal, aspectos que la colocan entre las más grandes e importantes de la región.

Según refieren comuneras y comuneros, en el año 2007 los efectos de la tala clandestina del bosque y de la acción del crimen organizado, aliado con talamontes y las sistemáticamente omisas autoridades municipales, comenzaron a permear cada vez más en la sociedad cheranense, al grado de que los camiones cargados de madera bajaban del monte y atravesaban la comunidad a cualquier hora del día custodiados por hombres fuertemente armados. Se incrementó pues junto con la administración municipal entrante, según su percepción, una situación de inseguridad tanto para las personas como para el territorio comunal que pronto se hizo insostenible (BÁRCENAS, 2017, p. 66)

Con la intención de hacer frente a la tala clandestina “los talamontes” y al crimen organizado, los indígenas del pueblo de Cherán acudieron a las instancias municipales y estatales, quienes no intervinieron ni tomaron acciones. Esto marcó en los comuneros y comuneras un sentimiento de desconfianza hacia las autoridades gubernamentales y motivó a cuestionar la manera en que llegaron al poder y su ejercicio en contra de quienes, supuestamente, representaban. Por ello, al llegar el proceso electoral de 2011, decidieron expulsar a los partidos políticos.

En este contexto es que la comunidad llegó al proceso electoral de 2011 para elegir presidentes municipales, diputados locales y gobernador en Michoacán, y dada la falta de respuesta del gobierno federal y estatal a su demanda de seguridad y de castigo a quienes por años habían devastado sus bosques, los habían extorsionado e incluso matado, la asamblea general concluyó que no existían las condiciones para celebrar comicios en el municipio. Aunado a ello, la situación había llevado a la comunidad a un proceso de reflexión colectiva a partir del cual era innegable que los partidos políticos sólo habían causado divisiones en la comunidad, nunca habían solucionado los problemas sociales y, además, estaban claramente aliados con el crimen organizado. Así se agregaba a la demanda de seguridad y reconstitución de sus bosques

otra consigna: la expulsión definitiva de los partidos políticos y su democracia electoral (BÁRCENAS, 2017, p. 67).

Los escenarios entre Oaxaca y Cherán, Michoacán, son similares en cuanto a la materia electoral, y diferentes en cuanto a las causas que empujaron a indígenas y sus pueblos a la decisión de cambiar el sistema de partidos por el de usos y costumbres. En Oaxaca, la preminencia del PRI y los cacicazgos locales vinculados a él facilitaban el control regional (CRUZ, 2014). En Cherán, Michoacán, el control estaba en manos del crimen organizado. En ambos, los pueblos indígenas obligaron a los gobiernos locales al reconocimiento de derecho, de aquello que de hecho existía.

Finalmente, después de una serie de procedimientos y acciones legales interpuestas por los comuneros de Cherán desde 2011, pasando por el Instituto Electoral de Michoacán (IEM), por el Consejo Estatal del IEM, por la Sala Regional en Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Sala Superior del mismo Tribunal, lograron una sentencia que ordenaba el proceso de consulta interna para que, en su caso, se sustituyera el sistema de partidos por el de usos y costumbres (DIPLOMADO JUSTICIA Y PLURALISMO, 2013).

Es relevante señalar que, tanto en Cherán como en algunos municipios de Oaxaca, no existía unanimidad en la población sobre el cambio de régimen de partidos, por lo que se hacía necesaria la Consulta y así lo ordenó la sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial en el expediente SUP-JDC-9167/2011 y acumulados:

La comunidad recibió el fallo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el día martes 2 de noviembre del año en curso [2011], permitiendo a la comunidad indígena de Cherán nombrar a sus autoridades bajo sus propias normas y procedimientos; es decir, por usos y costumbres.

En su sentencia el Tribunal Electoral Federal, ordenó al IEM llevar a cabo consultas inmediatamente en el municipio de Cherán para efectivamente establecer que la mayoría de las y los ciudadanos quieren nombrar a sus autoridades para sus formas de gobierno interno según

las reglas de su propio sistema normativo y no el sistema de partidos políticos.

Como seguimiento a su lucha y de la resolución a favor de la elección de autoridades por usos y costumbres; es que el Consejo Electoral del Estado de Michoacán realizó el pasado 15 de diciembre una serie de pláticas informativas sobre usos y costumbres, las cuales se realizaron a partir de los 4 barrios que conforman la comunidad.

Es de destacar que para el próximo domingo 18 de diciembre, se estará realizando la consulta en donde los miembros de la comunidad manifestaran su voluntad de elegir a sus autoridades por sus propios usos y costumbres (KRUSKAYA, 2011).

Es decir, la sentencia en el expediente señalado y sus acumulados, reconoció a las y los cheranenses su derecho a la libre determinación con fundamento en los artículos 1º y 2º de la CPEUM, así como en lo estipulado por el C169, la Declaración, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual permitió que:

Derivado de esta sentencia, el 05 de febrero de 2012 tomó posesión el Concejo Mayor de Gobierno Comunal, autoridad nombrada conforme a los usos y costumbres de la comunidad indígena de San Francisco Cherán y parte de toda una estructura tradicional de gobierno organizada también conforme a sus usos y costumbres, con lo que el municipio se convirtió en el primero que no es regido por un ayuntamiento ni tiene la estructura del municipio constitucional, contemplado en el artículo 115 de la Constitución Federal (BÁRCENAS, 2017, p. 68).

Instalado ese gobierno tradicional que, a decir de Bárcenas (2017), configura un verdadero municipio indígena, otro problema requirió inmediata atención. En la reforma del año 2001 al artículo 2º de la CPEUM donde se agregó la materia indígena (y que como recitaban los Acuerdos de San Andrés de 1996), se señaló que todas las constituciones de las Entidades Federativas ajustaran sus textos al nuevo contenido del artículo en cuestión. Sin embargo, en el caso de Michoacán (igual como en Chiapas), este mandato no se cumplió y así se señalaba en la sentencia de la Sala Supe-

rior. Así, a los pocos días de emitida la sentencia del Tribunal Electoral en un proceso legislativo relámpago el legislativo local reformó la Constitución del Estado de Michoacán para incluir los derechos reconocidos en el artículo 2º de la CPEUM, pero con una notable omisión: nada se dijo sobre los municipios indígenas como el de Cherán, con capacidad para nombrar conforme a usos y costumbres a sus autoridades y para tener una estructura tradicional de gobierno. Una vez más, los cheranenses acudieron a los tribunales y en esta ocasión interpusieron juicio de controversia constitucional ante la SCJN en contra de los poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado, reclamando la falta de Consulta a los indígenas y sus pueblos sobre tal reforma.

d. Del sistema de elección interna y la Consulta en materia electoral en el Estado de Chiapas

4. La CPEUM y los derechos indígenas

El caso de Oxchuc sucede en un contexto de reconocimiento amplio de los derechos humanos y de los derechos de los pueblos indígenas, donde se relacionan la elección de autoridades indígenas y el sistema de usos y costumbres con el derecho a la Consulta en el Estado de Chiapas.

Sin embargo, un punto de confluencia entre Cherán y Oxchuc es la falta de mecanismos legales y de política pública local o estatal, sobre las expresiones de autonomía, que se deriva a las legislaturas de los estados como se señala en el 4º párrafo, preámbulo del artículo 2º, de la CPEUM. Este derecho a la libre determinación está íntimamente relacionado con la elección de autoridades propias de indígenas, sus comunidades y pueblos:

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. [...]

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad [...].

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos (Fracciones I, III y VII, apartado A del artículo 2º, CPEUM).

5. La Materia Electoral y los derechos indígenas

Existe como ley reglamentaria de la materia electoral la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGIPE), publicada el 23 de mayo de 2014 y se aplica a los indígenas y sus pueblos. En el artículo 26 de la LGIPE se señala:

3. Los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los Ayuntamientos. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

4. Los pueblos y comunidades indígenas en las entidades federativas elegirán, de acuerdo con sus principios, normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de hombres y mujeres en condiciones de igualdad, guardando las normas establecidas en la Constitución, las constituciones locales y las leyes aplicables.

En el ámbito estatal, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas (CPECh), concretamente el artículo 7º (2016) en materia indígena, seguido por la Ley de Derechos y Cultura Indígena, que no hace mención alguna de la Consulta ni sobre elección de autoridades indígenas con base en el sistema interno o de usos y costumbres. Esto es impor-

tante porque como lo señala Burguete (2017) y como se apunta arriba, al abordar el caso de Oxchuc, la falta de mecanismos para el efectivo reconocimiento y ejercicio de los derechos indígenas en materia electoral fue uno de los argumentos del Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana (IEPC) para negarse a resolver sobre el cambio del sistema de partidos al sistema de usos y costumbres. Esto a pesar de que, como se ha visto, ya existía la resolución de la Suprema Corte sobre Cherán desde noviembre de 2011.

La mención al derecho de elegir autoridades internas por usos y costumbres se encuentra en el CPECH:

Chiapas es un Estado Democrático de Derecho de composición pluricultural que reconoce los sistemas normativos internos de sus pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y está comprometido con la protección de su biodiversidad (2º párrafo, artículo 7º, CPECh).

Esto, de acuerdo con Burguete (2017), es un triunfo para el reconocimiento de la autonomía indígena:

El derecho de Oxchuc a nombrar a sus autoridades municipales sin la injerencia de los partidos políticos se sostiene sobre una sólida base jurídica que se funda en el “derecho madre”: el principio del derecho a la libre determinación y autonomía, fundamentado tanto en el derecho internacional... como en la legislación nacional y local (BURGUETE, 2017).

Sin embargo, no existe en el Código Electoral del Estado de Chiapas –reconocido y por tanto establecido– el mecanismo de elección de autoridades por sistema indígena interno o de usos y costumbres. Tampoco en este ordenamiento se hace mención del derecho de los indígenas y sus pueblos a ser consultados, aunque hay más de ciento quince menciones a consulta, pero no como derecho ciudadano distinto del plebiscito o de la consulta popular. En otras palabras:

Por estas omisiones la autoridad electoral del Estado negó a Oxchuc su derecho a elegir a sus autoridades propias, cuando se lo fue a solicitar.

Al responder a la demanda de Oxchuc el IEPC manifestó que “la solicitud que ahora se realiza no se encuentra reglamentada en el Código local comicial”. Adicionalmente justificó la negativa en que “no existían las condiciones sociales necesarias para efectuar la consulta respectiva a los habitantes de ese municipio derivado de la disputa que existe en la integración de la autoridad municipal”. Argumentos todos ellos planteados en el Acuerdo del 10 de febrero 2017 dado a conocer por el Consejo General del Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana [IEPC/CG-A/005/2017] (BURGUETE, 2017).

Burguete (2017) afirma que tal omisión del Estado de Chiapas sobre el reconocimiento de los derechos indígenas en materia electoral, denota una gran brecha entre los niveles nacional e internacional en materia de derechos civiles y políticos de los indígenas, es decir, este Estado de la República se encuentra rezagado en cuanto a reconocimiento y cumplimiento de derechos de los pueblos indígenas.

6. El Derecho a la Consulta y su relación con la participación política en Oxchuc

a. El contexto étnico cultural y sociopolítico

Araceli Burguete (2016) atribuye el origen del conflicto en Oxchuc, Chiapas, al control político que descansa en estructuras caciquiles de poder y dominación, ya que quienes lo disputan son las familias que se han repartido el poder en los últimos veinte años en el municipio Tzeltal:

Un rasgo de la estructura de poder y de dominación en Oxchuc es su conformación caciquil de estas familias; de rasgos de impunidad; de usar los recursos públicos y sus redes de poder institucional y con los medios de comunicación, para sostener el poder en las manos de los miembros de la familia.

En los últimos quince años estas dos familias han tenido el poder municipal en sus manos. Con excepción de Cecilia López Sánchez, que no formaba parte de esos grupos familiares de poder; aunque después, en

el contexto local, hizo alianza con la familia Sántiz Gómez, sumándose a la confrontación entre los dos grupos.

El clan al que pertenece la expresidenta municipal María Gloria Sánchez ha buscado mantener su control a punto de asesinatos ejemplares, hostigamientos en las comunidades y ataques armados en la cabecera municipal que ha dejado alrededor de 20 desaparecidos, por lo menos 3 asesinados y una cantidad importante de heridos. Los asesinatos selectivos han estado dirigidos al Movimiento con Justicia y Paz para el pueblo de Oxchuc, desde donde se han presentado amparos promovidos para rechazar la presencia de partidos políticos en el municipio, así como un amparo contra la ejecución en su territorio de la Ley de Seguridad Interior (BURGUETE, 2016)

El fuerte cacicazgo y férreo control partidista ha sido parte de la forma de gobernar del PRI en Oxchuc, al igual que en otros municipios de población mayoritariamente indígena como Chamula, Cancúc, Larrainzar, Tenejapa, y Chenalhó.

Otra característica común a estos poblados es que prácticamente las tierras de todos ellos están integradas en un solo núcleo agrario, a diferencia de otros municipios, como Ocosingo, Altamirano o Venustiano Carranza, con población mayoritariamente indígena, pero que en su demarcación municipal hay más de un núcleo agrario.

Para poder apreciar las fuentes del conflicto actual, se deben tener presentes los esfuerzos políticos anteriores que combatieron el control priista al nivel municipal. El año 1988, cimbró a la clase política a nivel nacional con el Frente Democrático Nacional (FDN). Sin embargo, la “primavera democrática” encabezada o aglutinada ese año por el FDN no alcanzó a llegar al sur ni al sureste del país, manteniéndose Chiapas como el gran reservorio de votos plurinominales del PRI, con los municipios indígenas como ejemplo.

El año 1994 el levantamiento Zapatista trastocó el control político total de Chiapas para el PRI. Lo que derivó en el reemplazo inmediato del gobierno que hasta 1994 tenía las siglas de ese partido, por candidatos expriistas, arropados en los colores azul (Partido Acción Nacional), amarillo

(Partido de la revolución Democrática), Partido Movimiento Ciudadano naranja y hace cinco años en la última elección para la gubernatura, de verde, con el Partido Verde de México.

Con estos momentos de parteaguas, las bases tradicionales priistas se dislocaron provocando un efecto de desequilibrio en las dinámicas de sucesión del poder a nivel municipal y comunitario que había persistido por lo menos durante los últimos setenta años. Esto, aunado al hartazgo en los pobladores por los métodos de control y la profundización de las políticas gubernamentales de (des) re-regulación (CRUZ, 2013) que detonó la pobreza, da lugar a los resultados ahora observables de mayor exigibilidad de los derechos humanos y, principalmente, de los derechos civiles y políticos por parte de los indígenas, sus organizaciones, comunidades y pueblos.

El caso de Oxchuc es ejemplo de los intentos del priismo por no perder el poder cuestionado por la movilización que propició el FDN en 1988 y el EZLN en 1994. De esta manera, los desequilibrios y sus secuelas que ahora se perciben, se gestaron en ese periodo, dando como resultado un trastocamiento en las dinámicas internas/comunitarias de sucesión del poder:

El conflicto que ahora se presenta está relacionado con la pérdida de los equilibrios de poder que anteriormente se lograba al integrar el ayuntamiento municipal de una manera plural, incorporando la representación de los barrios, las regiones y los linajes.

Esos equilibrios se lograban en los ejercicios de acuerdos previos entre los grupos, mediados por los principales; incorporando la alternancia de la autoridad entre los barrios, y a través de las asambleas, que era el lugar en donde se dirimían las jerarquías de los espacios de poder. En esta lógica, idealmente todos ganaban.

El que tenía mayor votación ocupaba el cargo de presidente municipal; el que le seguía en votos, el cargo de síndico; luego el siguiente el cargo de tesorero; luego juez; primer regidor y así sucesivamente.

Pero esta forma de organización de la distribución del poder se perdió. En los últimos quince años comienza una lucha de poder entre dos

grupos familiares que han secuestrado el ayuntamiento municipal, imponiendo sus intereses particulares (BURGUETE, 2016).

Finalmente tal desequilibrio se enrarece porque al igual que los indígenas y sus pueblos han aprovechado de hacer un uso contestatario del derecho positivo, la clase política gobernante ha aprendido a utilizar e invocar en su beneficio acuerdos, cláusulas políticas y acciones afirmativas relacionadas con los derechos humanos. Por ejemplo, María Gloria Sánchez (Presidenta municipal electa de Oxchuc) se declara a sí misma víctima de discriminación dada su condición de mujer, mientras ignora las violaciones a los derechos de otros y otras indígenas en el contexto histórico, político y étnico cultural.

b. Resolución del Tribunal Electoral del Estado de Chiapas: una cronología

1. Hechos jurídicos previos a la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Chiapas y que consisten en la solicitud al Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana, para la elección de autoridades municipales, por el sistema normativo de usos y costumbres en Oxchuc, Chiapas.

El 11 de noviembre de 2016, la Comisión Permanente por la Paz y Justicia de Oxchuc, y Tres Nudos, Asociación Civil (AC) –sector organizado de ciudadanos indígenas de Oxchuc–, solicitaron por separado al Instituto de Elecciones y Participación Ciudadana (IEPC) que en el periodo 2019-2021, se llevará a cabo la elección del Honorable Ayuntamiento de su municipio mediante el sistema normativo de usos y costumbres.

El IEPC respondió a esa solicitud en sentido negativo el día 10 de febrero de 2017, argumentando su improcedencia, toda vez que no existe regulación en la legislación estatal sobre elección de autoridades por usos y costumbres, por lo que, en estricto derecho, no existen autoridades competentes para iniciar el proceso de consulta que conlleve al cambio del sistema de partidos al sistema indígena. Por lo tanto, el IEPC argumentó que no es la autoridad facultada para iniciar un proceso o celebrar alguna

asamblea en Oxchuc para ese propósito. A esto agregó que no se presentaban las condiciones sociales necesarias para realizar una consulta. El IEPC señaló que las condiciones sociales son de tensión, derivada de la disputa por la integración de la autoridad municipal.

En esa respuesta el IEPC no solo ignoró los derechos indígenas, sino que pasó por alto el principio *pro persona*, reconocido desde el año 2011 en el bloque de constitucionalidad de derechos humanos de la CPEUM.

También, para las fechas en que emite su resolución, la presidencia de la SCJN había publicado el *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas*, donde se señalaba:

Los planteamientos y las sugerencias contenidas en este Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, tienen como única finalidad servir como herramienta orientadora al impartidor de justicia para que, en uso de sus facultades constitucionales y en estricto ejercicio de su independencia y autonomía, encuentre más elementos para lograr una justicia más accesible y un conocimiento de los asuntos que se desarrollan en un contexto de pluralidad cultural para emitir resoluciones que salvaguarden de la mejor manera posible derechos reconocidos, a partir de una ponderación adecuada entre derechos contrapuestos, contribuyendo así a evitar conflictos sociales de creciente impacto en la vida nacional. En este sentido, este Protocolo intenta apuntalar el papel social del derecho y coadyuvar a reposicionar la dignidad y el valor social de los jueces y las instituciones de justicia como garantes de gobernabilidad (p. 16).

Es decir, la autoridad no puede invocar ignorancia de la ley para justificar su incumplimiento, más si existían guías emitidas para incorporar a las actuaciones de las autoridades jurisdiccionales y administrativas, no solo el discurso de derechos humanos, sino los mecanismos para su cumplimiento.

2. Hechos jurídicos dentro del Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano y que da lugar a la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Chiapas.

Ante la respuesta del IEPC, el 8 de marzo de 2017 la Comisión Permanente por la Paz y Justicia de Oxchuc y Tres Nudos, A.C., promovieron por separado Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano, ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, vía *per saltum* (saltando la instancia del Tribunal Electoral del Estado de Chiapas (TEECh)). Como resultado de esto, el 4 de abril de 2017 la Sala Superior declaró improcedente los Juicios para la Protección de los Derechos Políticos Electorales del Ciudadano y determinó rencauzarlos a efecto de que el TEECh conociera de las demandas. De esta manera, el 16 de abril de 2017, el TEECh fue notificado.

El 17 de abril de 2017 el TEECh, tuvo por recibidos los juicios de derechos ciudadanos, remitiéndolos al Magistrado Instructor Guillermo Aseburg Archila, en turno para que le diera trámite legal, por lo que el 19 de abril de 2017, el Magistrado Instructor requirió a los actores para que señalaran domicilio donde serían notificados, apercibiéndolos que, de no hacerlo, en lo subsecuente serían notificados en los Estrados del Tribunal.

Dado que la Comisión Permanente por la Paz y Justicia de Oxchuc y Tres Nudos, AC no respondieron al apercibimiento, dicho Magistrado Instructor hizo efectivo el apercibimiento a los actores notificándolos en los Estrados del TEECh, según consta en sentencia de fecha 2 de mayo de 2017, ratificando la improcedencia de su demanda de protección de derechos previsto en el artículo 404 del Código de Elecciones y Participación Ciudadana y ordena que se elabore el Acuerdo Colegiado para la denegación de admisión de los Juicios de Protección de derechos ciudadanos.

La postura del Magistrado para una autoridad no es dable como justificación, dado que no consideró el principio de suplencia de la queja (según los artículos 79 al 85 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral) y mucho menos el principio *pro persona*, y en un intento por remediar la postura del 12 de mayo de 2017, en sesión pública, el Pleno del TEECh, por unanimidad, acordó retirar el Proyecto presentado por el Magistrado Instructor, y dar entrada a los Juicios Ciudadanos, analizarlos a fondo y en consecuencia revocaron el Acuerdo del 2 de mayo de 2017. Por ello, el 18 de mayo de 2017 el Ma-

gistrado Instructor, acordó dar por recibidos los expedientes y dar trámite a los medios de impugnación presentados.

A partir del 15 de junio de 2017 se procedió al desahogo y admisión de pruebas ofrecidas, y las autoridades judiciales expusieron en su plenitud el principio *pro persona* y de suplencia de la queja, así como los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación y a la Consulta. Todo esto se encuentra fundado en el andamiaje jurídico nacional encabezado por la CPEUM (artículos 1º, 2º, 133), en jurisprudencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y en el artículo 7º de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas. De igual forma, en el andamiaje internacional considerando instrumentos legales como el C169, la Declaración, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Con fecha 28 de junio de 2017 el Pleno del TEECh dictó la Sentencia, protegiendo los derechos de la Comisión Permanente por la Paz y Justicia de Oxchuc, así como de Tres Nudos, AC, revocando el Acuerdo del IEPC/CG-A/005/2017 de fecha 10 de febrero de 2017. En esta sentencia se señaló que la autoridad responsable de ejecutarla es el IEPC, y se instruyeron actividades concretas:

- i) Determinar la viabilidad de la implementación del sistema de usos y costumbres de dicha comunidad para la elección de sus autoridades. Verificar por todos los medios atinentes información objetiva, que demuestre la existencia histórica de un sistema interno acorde al marco constitucional de los derechos humanos, para lo cual podrá solicitar la realización de dictámenes, informes de autoridades, federales, estatales y municipales legales y tradicionales, así como estudios antropológicos;
- ii) Deberá allegarse de información, a través de los procedimientos idóneos, sobre las condiciones sociales, políticas, económicas, de seguridad y demás como pudiera ser cualquier situación que prevalezca en esa comunidad en torno a su estabilidad social; y

- iii) Una vez realizadas las acciones señaladas el IEPC deberá dar respuesta de manera fundada y motivada, a la petición de la Comisión Permanente por la Paz y Justicia de Oxchuc, planteada en el escrito de 2 de septiembre de 2016 y que inexcusablemente deberá considerar, los principios y requisitos establecidos en el C169, conforme a los cuales las consultas a los pueblos indígenas deberán hacerse en las cuestiones que les afectan, tales principios de la consulta son: 1. Endógeno; 2. Libre; 3. Pacífico; 4. Informado; 5. Democrático; 6. Equitativo. 7. Socialmente Responsable y 8. Auto Gestionado.

3. Hechos jurídicos posteriores a la sentencia que resultó del Juicio para la Protección de los Derechos Políticos Electorales del Ciudadano

Transcurridos 5 meses sin luces de la ejecución de tal sentencia, el 17 de noviembre de 2017, Juan Encino Gómez y Juan Gabriel Méndez López, presentaron ante el TEECh, Incidente de Ejecución de Sentencia derivado del expediente TEECH/JDC/19/2017, en donde manifestaron que el IEPC no estaba cumpliendo en tiempo y forma dicha Sentencia, argumentando que, a casi 5 meses, no se había hecho el Peritaje Antropológico y menos se había realizado la Consulta.

Con fecha 22 de noviembre de 2017 el TEECh admitió a trámite el Incidente requiriendo al IEPC como autoridad responsable, que manifestara lo que a su interés conviniera en relación a las prestaciones reclamadas, contando con 5 días a partir de la notificación para presentar su respuesta.

El 4 de diciembre de 2017 la autoridad responsable hizo entrega del Informe requerido por el TEECh. Hecho lo cual, el 29 de diciembre de 2017 el juzgador se dio por satisfecho con el informe justificado del IEPC donde este argumentó que el retraso en el cumplimiento de la sentencia se debía a una falta de presupuesto, ya que la Secretaría de Hacienda de Chiapas no había entregado los recursos solicitados. No obstante, el informe aducía que la sentencia se encontraba en vías de cumplimiento.

Las últimas noticias al momento de terminar este trabajo son que el domingo 18 de febrero de 2018 el Congreso del Estado de Chiapas tomó protesta y entregó el nombramiento al presidente municipal que la Comisión Permanente por la Paz y Justicia de Oxchuc y la mayoría de la

comunidad de Oxchuc eligieron mediante votación a mano alzada. El lunes 19 de febrero de 2018 se liberó una orden de aprehensión en contra de María Gloria Sánchez y su cabildo (MENDOZA, 2018).

Reflexiones finales

Consulta, ¿para qué o sobre qué?: El derecho, la identidad indígena y la eventual resolución del IEPC

Concluimos que la consulta organizada y a la que convoque el IEPC debería preguntar a los oxchuquenses si están de acuerdo en cambiar el sistema de elección de autoridades de partidos al sistema por usos y costumbres. Es decir, la consulta no puede poner a consideración de esos ciudadanos, si están de acuerdo en ser indígenas o no, porque de hecho en los alegatos a favor y en contra del cambio del sistema de partidos no está el de poner en duda si Oxchuc es municipio indígena. Las partes en conflicto –los que están a favor y los que están en contra– son y se ostentan como indígenas, lo cual concuerda con el derecho a la autoadscripción señalado en el punto 2 del artículo 1º del C169 y en párrafo segundo del artículo 2º de la CPEUM.

En la sentencia del TEECh que ratificó la decisión del IEPC y la del Tribunal Superior que otorga el juicio, ¿qué intereses se vieron involucrados?

Más allá de la especulación, nos interesa plantear esta pregunta porque el caso de Oxchuc no es el primero que los tribunales electorales reciben, de hecho, en varias conferencias y seminarios se jactan los magistrados del TEECh de que han aplicado el principio de convencionalidad para dar cumplimiento a los derechos humanos de indígenas y sus pueblos.

Al momento en que se produce el caso de Oxchuc existía amplio bagaje jurídico y jurisdiccional, entre ellos las reformas de 2011, el Protocolo de la SCJN, otros protocolos ya señalados, y los casos de Oaxaca y Cherán. Ante esto, resulta prácticamente fuera de lugar que autoridades como el

IEPC y jueces como el Magistrado Instructor del TEECh, adujeran una imposibilidad para hacer una aplicación directa de los derechos de los pueblos indígenas a definir sus formas de gobierno y conforme a derechos humanos. Queda en el tintero la pregunta: ¿será que el Magistrado Instructor del TEECh (haciendo caso omiso de la suplencia de la queja) negó la procedencia del Juicio para la Protección de los Derechos Político-Electorales del Ciudadano por convicción personal o presión política? Y si así fue, ¿por qué?

¿La resolución del IEPC resolverá los conflictos y la división interna en Oxchuc?

No, pero abre una oportunidad a los habitantes y actores locales de Oxchuc de establecer las bases de una gobernabilidad en la alternancia tomando en cuenta los parajes/comunidades que integran el municipio y para reforzar un sistema y estructuras internas de organización ancestrales o reapropiadas del sistema municipal mexicano.

¿En qué debe consistir el peritaje antropológico?

El peritaje antropológico debe seguir las formas que actualmente existen al interior de Oxchuc para tomar decisiones, nombrar representantes y/o asignar cargos y servicios, para que, eventualmente, si se decide cambiar el sistema de partidos por el de usos y costumbres, se tenga una base de integración de autoridades y cargos que gobernarán, así como los mecanismos de decisión interna de asuntos y conflictos.

El caso de Oxchuc sigue la tradición de exigencia de derechos iniciada, desde hace mucho tiempo, por los indígenas y sus pueblos, continuada por los zapatistas del EZLN, y por los pueblos de Oaxaca y Michoacán (principalmente pero no los únicos). En esta herencia y en el actual contexto, Oxchuc abre una brecha para que en el caso chiapaneco se realicen trabajos de sistematización en cada pueblo/municipio/comunidad, para dar cuenta de sus formas de organización, de mando/gobierno y de hacer justicia, porque no existe un modelo único de sistema de usos y costum-

bres para la elección de autoridades y de resolución de conflictos, pero sí un núcleo duro que les da continuidad y los hermana como pueblos mesoamericanos.

Finalmente, retomamos las preguntas planteadas al principio de este trabajo y afirmamos que no es suficiente una regulación normativa que reconozca derechos. Es necesario establecer mecanismos que hagan factibles los derechos de indígenas y sus pueblos, quienes han tenido que pasar por procesos jurisdiccionales inadecuados culturalmente al no reconocer la diversidad cultural, y que corresponden a un modelo de participación política que no los toma en cuenta. Esto provoca un doble efecto: por un lado, la atención a los problemas se retarda haciendo que se compliquen y que se profundicen las tensiones y diferencias. Por otro lado, provoca grados de violencia y confrontación, en donde el gobierno siempre contará con la carta a su favor: “no existen condiciones para intervenir”, asegurando con esto que, ante la adversidad, los actores locales acepten sus condiciones, aunque no les sean convenientes ni sean las más favorables para la población y por tanto garantiza la continuidad del ejercicio del poder y control tanto gubernamental como de grupos de facto en la región.

Referencias bibliográficas

- ARISTEGUI NOTICIAS (2018). Cabildo de Oxchuc interpone amparo en contra de la Ley de Seguridad Interior. Recuperado de: <https://aristeguinoticias.com> (consulta del 2 de junio de 2018).
- ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS (2009). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Recuperado de: <http://www.politicaspUBLICAS.net> (consulta del 15 de mayo de 2018)
- BÁRCENAS ARÉVALO, Erika (2017). “Antropología del derecho: notas sobre sus aportes para la justiciabilidad de los derechos indígenas. Legal anthropology: notes on its role for the exercise of indigenous people rights”.

- Redhes. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. Recuperado de: <https://www.researchgate.net> (consulta del 6 de mayo de 2018).
- BAREÑO, Rosario (2018). “Advierten organismos de la CNC que regrese caciquismo con el actual dirigente”, recuperado de <https://www.eloccidental.com.mx> (consulta del 25 de julio de 2018)
- BURGUETE, Cal & MAYOR, Araceli (2017). “Gana Oxchuc en el Tribunal Electoral. Va por elecciones de Usos y Costumbres”, *Chiapas Paralelo* del 3 de julio de 2017. Recuperado de: <https://www.chiapasparalelo.com> (consulta del 10 de mayo de 2018)
- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN (2017). Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Recuperado de: www.iepc-chiapas.org.mx (consulta del 14 de mayo de 2018).
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2016). Recomendación General núm. 27/2016 sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana. Diario Oficial de la Federación. Recuperado de: <http://www.cndh.org.mx> (consulta del 6 de mayo de 2018).
- CRUZ RUEDA, Elisa (2014). *Derecho indígena: dinámicas jurídicas, construcción del derecho y procesos de disputa*, INAH-CONACULTA.
- CRUZ RUEDA, Elisa (2013). “Derecho a la tierra y el territorio: demandas indígenas, Estado y capital en el Istmo de Tehuantepec”, en Sierra Camacho María Teresa, Hernández Rosalva Aida y Sieder Rachel (eds.) (2013). *Justicia indígena y estado. Violencias contemporáneas*. México, FLACSO – México, CIESAS, pp. 341-382.
- CRUZ RUEDA, Elisa Ma. Eugenia; SANTANA, E. (2013). “¿Reconocimiento jurídico: ¿De la diversidad cultural sin ejercicio de derechos?”, *Pueblos y Fronteras*. Vol.8, Número 16, (pp.1-39). Recuperado de: <http://www.pueblosyfronteras.unam.mx> (consulta de fecha 2 de junio de 2018).
- (2011). “Eólicos e inversión privada. El caso de San Mateo del Mar, en el Istmo de Tehuantepec Oaxaca”. *Journal of Latin American Anthropology*, Vol. 16, Nº. 2, (pp. 257-277).
- (2018). “Los derechos de los indígenas y sus pueblos: entre la contestación del derecho mexicano y los derechos humanos”, en: Terven Salinas, Adriana y Lúevano y Bustamante Guillermo (coords.). *Estudios*

Socioculturales del Derecho. Desafíos Disciplinarios y Defensa de Derechos Humanos, Zapopan, El Colegio de Jalisco.

——— (2008). “Mecanismos de consulta a los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT: el caso mexicano”. *Pueblos y Fronteras Digital*, número 5 Junio-Noviembre 2008 (pp. 1-38). Recuperado de: <http://www.pueblosyfronteras.unam.mx> (consulta del 2 de junio de 2018)

DIPLOMADO JUSTICIA Y PLURALISMO (2013). “Síntesis Caso Cherán”. Recuperado de: <https://justiciapluralidad.files.wordpress.com> (consulta del 3 de junio de 2018)

FIGUEROA GUTARRA, Edwin (2009). “Principios de interpretación constitucional”, *Jurídica*, número 248, *El Peruano*, 28 de abril de 2009. Recuperado de <https://edwinfigueroag.wordpress.com> (consulta del 2 de junio de 2018).

GÓMEZ DÍAZ, Irma & ROMELIA MAZA FERRERA, Ana (2012). “Cambios y Continuidades en la Identidad Étnica de los Keremetik y Ach’ixetik (jóvenes) de la Cabecera Municipal de Oxchuc”. Tesis de licenciatura en Gestión y Autodesarrollo Indígena. Escuela de Gestión y Autodesarrollo Universidad Autónoma de Chiapas. San Cristóbal de las Casas Chiapas.

GÓMEZ, Magdalena (2011). “Ley de consulta indígena. Una simulación jurídica”. Suplemento del Periódico *La Jornada, Ojarasca*, número 165, enero 2011. México. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx> (consulta del 18 de mayo de 2018).

H. CONGRESO DE LA UNIÓN Y CÁMARA DE DIPUTADOS (2018). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de: www.diputados.gob.mx (consulta del 18 de mayo de 2018).

——— (2018). Ley general del sistema de medios de impugnación en materia electoral. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx> (consulta del 6 de junio de 2018).

H. SEXAGÉSIMA SEXTA LEGISLATURA DEL ESTADO DE CHIAPAS (2017). Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas. Recuperado de: <http://www.iepc-chiapas.org.mx> (consulta del 10 de mayo de 2018)

- (2017). Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas. Recuperado de: <http://www.iepc-chiapas.org.mx> (consulta del 10 de mayo de 2018)
- H. SEXAGÉSIMA LEGISLATURA DEL ESTADO DE CHIAPAS (2014). Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas CNDH. Fecha de publicación: 29 de julio de 1999. Última reforma integrada: 27 de noviembre de 2014. Recuperado de: <http://cndh.org.mx> (consulta del 5 de mayo de 2018).
- INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL (2016). Protocolo para la Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas en materia de Distritación Electoral. Recuperado de: <http://portalanterior.ine.mx> (consulta del 18 de mayo de 2018).
- KRUPSKAYA (2011). “Proceso de elección por usos y costumbres en Cheran Michoacan”. *Indymedia* Recuperado de: <http://mexico.indymedia.org> (consulta del 3 de junio de 2018)
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, OIT (1989). *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo para pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra. Recuperado de: <http://www.ilo.org> (consulta del 18 de mayo de 2018).
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2013). “Reforma energética. Toda nuestra energía para mover a México”. Recuperado de: <http://presidencia.gob.mx> (consulta de 18 de mayo de 2018).
- PRESIDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2014). *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Recuperado de: <https://www.sitios.scjn.gob.mx> (consulta del 6 de mayo de 2018).

Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat vs. Argentina: una lectura etnográfica de la audiencia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

MORITA CARRASCO¹

Introducción

El caso 12094, según la denominación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es particular por dos razones. Primero, porque los peticionarios son miembros de cinco pueblos, de base cazadora-recolectora-pescadora, lingüísticamente diversos unidos por lazos de parentesco y vecindad en forma de aldeas (“comunidades”) geográficamente referenciadas. Segundo, porque su demanda que recorrió instancias administrativas y judiciales, a nivel nacional e internacional, ofrece la posibilidad de abordar un análisis en profundidad de las posibilidades y los obstáculos de acceso a justicia de los indígenas en Argentina cuando reclaman su derecho constitucional a la propiedad del territorio². La mayoría de estos obstáculos deriva de la falta de conocimiento y de la incomprensión cultural de los funcionarios de la administración y de los operadores judiciales que son quienes deben resolver el conflicto suscitado por la situación de irregularidad jurídica en que se encuentran los indígenas.

Tomo la audiencia³ como escenario privilegiado para visibilizar, en la voz propia de los participantes (indígenas, representantes, jueces y funciona-

¹ Antropóloga, doctora mención en filosofía del derecho, Universidad de Buenos Aires.

² Artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional reformada en 1994.

³ Accesible en www.corteidh.or

rios), algunos conceptos problematizados en sus intercambios. La transcripción de las preguntas y las respuestas aparece con un estilo de cita en bloque; sin embargo, muchas cosas quedaron fuera: los rostros, las miradas, los gestos, el tono de la voz, la ironía, las sonrisas, los silencios, las pausas. La selección que hago de entre las casi tres horas que durara la audiencia es de mi absoluta responsabilidad. Deseo dejar en claro que, si bien lo que ofrezco es mi interpretación de este caso, no he inventado nada. Acepto que otras personas puedan dar versiones diferentes, y quizás algunas no coincidan con esta, que es mi manera de ver las cosas al cabo de más de veinte años de investigación de campo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos – 130 período ordinario de sesiones – Audiencia pública comunidades indígenas miembros de la Asociación *Lhaka Honhat* vs. Argentina⁴

Secretario de la Corte: El propósito de esta audiencia pública es escuchar las declaraciones de dos presuntas víctimas, ofrecidas por el representante de estas. Asimismo, se escucharán los alegatos finales de las partes y las observaciones finales de la Comisión Interamericana sobre la excepción preliminar y eventuales fondos, reparaciones y costos en [el] presente caso. La Corte escuchará inicialmente a la Comisión Interamericana, la que hará una breve presentación del caso... posteriormente, el Tribunal escuchará las declaraciones de dos declarantes. Los representantes y el Estado podrán interrogar a los declarantes en los tiempos y órdenes previamente acordados. Posteriormente, los representantes y el Estado podrán presentar sus alegatos finales orales...

⁴ Estaban presente en la sala los miembros de la Corte: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (presidente), Eduardo Vio Grossi (vice-presidente). Jueces: Elizabeth Odio Benito, Humberto Antonio Sierra Porto, Patricio Pazmiño Freire, Ricardo Pérez Manrique. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Luis Ernesto Vargas (comisionado), abogadas: Silvia Serrano, Paulina Corominas. Representantes de las víctimas, integrantes del Centro de Estudios Legales y Sociales: Diego Morales, Matías Duarte, Erica Schimbel. Representantes del Estado argentino: Ministerio de Relaciones Exteriores, Justicia y Culto de la Nación: Javier Salgado, Ramiro Badía; Fiscal de estado de la provincia de Salta: Pamela Caletti. Declarantes: miembros de la Asociación de Comunidades Aborígenes *Lhaka Honhat*: Francisco José Pérez (coordinador general), Rogelio Segundo (tesorero). El juez Eugenio Raúl Zaffaroni no se encontraba presente porque es argentino y así lo impide el reglamento de la Corte.

Finalmente, la Comisión Interamericana presentará sus observaciones finales. Gracias presidente.

Comisionado: Este caso trata sobre la responsabilidad internacional del Estado de Argentina por violación a los derechos a la propiedad colectiva, a las garantías judiciales y protección judicial, y a ser consultado de manera previa, libre e informada en perjuicio de las comunidades indígenas miembros de la Asociación *Lhaka Honhat*.

Desde 1984 estas comunidades han venido reclamando el título único e indivisible de sus tierras ancestrales. En 1991 presentaron formalmente su solicitud ante las autoridades correspondientes, y a la fecha de esta audiencia no han recibido dicho título, y continúan compartiendo su territorio con familias no indígenas denominadas a lo largo del caso como criollas, cuyo ganado y alambrados afectan sus tierras, territorios y modo de vida.

El derecho de propiedad de estas comunidades sobre su tierra ancestral no ha estado en controversia durante el trámite ante el Sistema Interamericano, de hecho, el Estado se ha comprometido a través de los años a entregarles el título de propiedad que corresponde en múltiples ocasiones, en reuniones de trabajo ante la Comisión y a través de resoluciones y decretos. Sin embargo, ha persistido la controversia en el ámbito interno en cuanto a la demarcación del territorio y el modo de titulación de sus tierras.

La Comisión en su informe de fondo concluyó que el Estado violó los siguientes derechos de las comunidades indígenas miembros de la asociación *Lhaka Honhat*:

A la propiedad, por no haberles provisto acceso efectivo a un título de propiedad común de su territorio ancestral por más de dos décadas... por cuanto el Estado se abstuvo de materializar los derechos legalmente reconocidos, violando así el acceso de las comunidades indígenas a la implementación efectiva de la ley... al acceso a la información y al derecho a participar en los asuntos susceptibles de afectarles al haber otorgado concesiones y llevado a cabo obras públicas en el territorio... sin realizar estudios de impacto ambiental y social ni consultas previas, libres e informadas... al

haber omitido emprender acciones efectivas de control de la deforestación del territorio indígena mediante la tala y extracción ilegales de madera... a las garantías judiciales y protección judicial, debido a la falta de provisión de un procedimiento efectivo para acceder a la propiedad del territorio ancestral, así como a las variaciones sucesivas en el procedimiento administrativo aplicable al reclamación territorial indígena.

Antecedentes

Historia colonial en la región del Chaco salteño

A principios del siglo XX un contingente de familias no indígenas procedentes del sur de la provincia de Salta ocupó el territorio indígena ahora reclamado. Las presiones impositivas, el agravamiento del deterioro de los pastizales por la acción de las campañas militares y el agotamiento de la cobertura vegetal debido al pastoreo excesivo del ganado vacuno impulsaron el éxodo de estas familias. El gobierno nacional fundó la colonia ganadera Buenaventura dando a cada familia un lote de seiscientos veinticinco hectáreas. A poco de su asentamiento los ganaderos solicitaron al gobierno nacional los títulos de dominio de esa “tierra de indios”. En 1905 el gobierno de Salta advierte que las tierras tituladas no pertenecerían al territorio nacional de Formosa sino a la ya constituida provincia de Salta. Cuando en 1909 se define el límite entre ambos territorios los títulos provisorios otorgados por la nación perdieron validez. Desde entonces hasta la reforma constitucional de 1994 que reconoce los derechos indígenas a la propiedad del territorio, colonos e indígenas permanecen como “ocupantes de tierras fiscales”.

Un territorio sin divisiones internas para todas las “comunidades”⁵ indígenas

Según el último censo nacional (2011) en Argentina 955.032 personas se auto-reconocen pertenecientes o descendientes de un pueblo indígena, más de treinta de ellos han sido reconocidas por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, cinco de los cuales (Chorote, Chulupí, Tapiete, Toba, Wichí) integran la *Lhaka Honhat*⁶; su histórico hábitat es la región ambiental del Chaco semiárido, en la provincia de Salta, al sur del río Pilcomayo, límite internacional con los países de Bolivia y Paraguay. En 1984 un grupo de sus líderes presentaron al gobierno local el documento “Pensamiento aborigen y declaración conjunta”. A la vez que da a conocer sus pretensiones respecto de la distribución de tierras⁷, el documento se refiere, por primera vez, al territorio indígena como “una [única] franja territorial” (CARRASCO & BRIONES, 1996, p. 197):

Teniendo como límite norte el río Pilcomayo y como sur una línea imaginaria equidistante a 40 kilómetros y 60 kilómetros del río nombrado. Será de 40 kilómetros en su parte centro este y 60 kilómetros en la parte este [...]

Y brinda los siguientes argumentos que sustentan esta noción:

De ninguna forma podrá aceptarse la subdivisión en parcelas... porque la gran mayoría del pueblo aborigen tiene arraigadas costumbres de vida en dependencia plena de la naturaleza... desconociendo también, por cultura, el significado de propiedad privada (CARRASCO & BRIONES, 1996, p. 197).

⁵ Empleo comillas para llamar la atención sobre el término comunidad porque no existe unidad de criterio sobre qué es una comunidad. En todo caso, la antropología ha preferido el empleo del término *village*, en inglés, grupo residencial o aldea en español.

⁶ <https://www.indec.gob.ar> consultado el 8-3-2018.

⁷ Este documento representaba la respuesta de los líderes a una propuesta que les hiciera el futuro gobernador durante su campaña electoral. La misma fue que si ganaba las elecciones urbanizaría las comunidades y les entregaría a cada una un título de propiedad individual.

La propuesta del Estado

En 1987 la legislatura salteña sancionó la ley 6469 *Regularización de la situación ocupacional del lote fiscal 55*. La ley se preparó con base en un estudio realizado por técnicos del Consejo Federal de Inversiones⁸. El estudio reveló que el lote se encontraba en situación de extremo deterioro ambiental por efecto del sobrepastoreo, por tanto era necesario liberar las tierras de la presión del ganado e implementar un plan racional de manejo. Para ello propusieron que se parcelara la tierra con base en la unidad de explotación cuya definición quedaba para la etapa de instrumentación. Sin decirlo, la norma estaba favoreciendo la definición de la unidad de explotación ganadera. Los técnicos entendieron que el lote fiscal 55 tenía una capacidad de sustentación de 42 unidades económicas –ganaderas– que abarcaría cada una 5.500 hectáreas de tierra. En tanto los reclamos de los colonos abarcaban unas 550.000 hectáreas. Sin contar con las necesidades de los pueblos indígenas, estaba claro que el lote no bastaba para satisfacer las necesidades de ambos (CARRASCO & BRIONES, 1996; CARRASCO, 2004; MARANTA, s/f.). La ley no se implementó debido a las críticas formuladas por estudiosos y técnicos y el momento fue aprovechado por los líderes indígenas para insistir con su reclamo de un lote sin divisiones internas bajo un título único para todas las comunidades. Se organizaron para elaborar una documentación que demostrara con claridad cuál era su pretensión, la superficie de tierra que abarcaba y la documentación histórica y jurídica que fundamentaba este pedido.

Decreto 2609 que reconoce el pedido indígena

En el mes de junio de 1991, sin hacer distinción del nombre de las, por entonces, 27 comunidades y pueblos, sus líderes presentaron el documento “Comunidad aborigen del lote fiscal 55”, donde enfatizaban:

La entrega de tierras que necesitamos debe ser comunitaria y en extensiones suficientes para permitir el desenvolvimiento de nuestra vida y

⁸ Organismo que integran las provincias argentinas dedicado a promover el desarrollo económico integral del país en sus diferentes regiones y provincias.

la de nuestra descendencia. El fiscal 55 no alcanza (...) los que vivimos cerca del límite, siempre tenemos que salir hasta el fiscal 14. La tierra que ocupamos y cuyo título pedimos al gobierno comprende el fiscal 55 en su integridad más otras tantas hectáreas de la parte colindante del fiscal 14 (CARRASCO & BRIONES, 1996, pp. 213-228).

En respaldo de estos argumentos se presentó un mapa de etnónimos que demuestra las áreas de uso tradicional de los recursos de todas las comunidades.

Con base en estos documentos el gobierno dictó el decreto 2609 que unifica las superficies de los lotes fiscales 55 y 14. Dos tercios del total de las seiscientos cuarenta y tres mil hectáreas serían entregadas a las comunidades y un tercio de las mismas a las familias criollas.

Ingreso al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Este decreto no se implementó, por lo cual *Lhaka Honhat* acudió a la justicia. En 1998, agotadas las instancias nacionales presentó una petición individual ante la CIDH en defensa de sus derechos. Al año se produjo la primera intervención de la CIDH, luego de que el Estado argentino —a través del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) órgano de aplicación de la ley indigenista nacional—, admitiera por escrito ante ella que el puente y las obras provocarían fuerte impacto en las comunidades. El INAI entendía que se debía proceder a la inmediata titulación del territorio, según los criterios de la Constitución Nacional artículo 75 inciso 17 y se ofrecía para llevar a cabo esa tarea⁹.

Entre 2002 y 2006 las partes se reunieron periódicamente con la CIDH en el marco de un Proceso de Solución Amistosa. En 2004 *Lhaka Honhat* elaboró un mapa con referencias geográficas que identifica un territorio de uso tradicional efectivo de 530.000 hectáreas. Las 113.000 hectáreas restantes se establecieron como zona libre para la ocupación de las fami-

⁹ No me ocupo aquí de narrar en detalle el proceso de judicialización del reclamo. Para conocer más sobre el mismo ver CARRASCO, ZIMERMAN, BRIONES (2014).

lias criollas. Aún así, dentro del territorio indígena viven 600 familias criollas que deberán reubicarse en las áreas libres de ocupación tradicional. En el entendido de que dentro del territorio indígena hay algunas zonas de poco uso, *Lhaka Honhat* accedió a ceder 130.000 hectáreas para que puedan ser ocupadas por familias criollas.

En 2006 la Comisión Interamericana dictó su informe de admisibilidad, en 2007 el gobierno salteño refrendó, mediante decreto 2786, lo que consideraba un “acuerdo entre indígenas y criollos”¹⁰. Sin avances, en 2012 la CIDH dictó su informe de fondo, por el que recomienda al estado proceder en el plazo de tres meses a la entrega de cuatrocientas mil hectáreas sin divisiones internas a nombre de todas las comunidades.

Finalmente, en 2018 la CIDH trasladó el caso 12094 a la Corte Interamericana y en 2019 asistimos a la audiencia que aquí se comenta.

Voces en la sala de audiencias de la Corte

Primer declarante: señor Francisco Pérez (F.P.)

Representante: ¿Cuándo y por qué fue creada la Asociación *Lhaka Honhat*?

F.P.: Cuando nosotros empezamos a pensar eso, en el sesenta y seis, no teníamos comunicación con la gente del gobierno, no sabíamos cómo hacer, porque era difícil, no teníamos posibilidad de acercarse con algún gobierno para empezar a pedir las cosas. Pero solamente nosotros, entre todas las comunidades, estábamos buscando la forma de unirnos y estábamos buscando asesoramiento técnico y asesoramiento legal para poder trabajar con los gobiernos. Sí, no... el gobierno no entiende, nosotros no entendemos porque hablamos otro idioma diferente del español y, recién en el año ochenta y cuatro hemos tenido una primera declaración, llamamos declaración conjunta donde nosotros decimos que no podemos permitir que el gobierno parcelé o divida nuestro te-

¹⁰ En el decreto 2786 de 2007 el gobierno salteño se compromete a entregar un total de 400.000 hectáreas para las comunidades y 243.000 para las familias criollas en títulos individuales.

territorio, porque nuestra costumbre es utilizar todo el territorio y desconocemos la propiedad privada.

Representante: ¿Cómo se organiza *Lhaka Honhat* y quiénes participan?

EP: Organizamos con dos cosas, la organización nuestra ya tenemos, pero como le digo recién, para trabajar con el gobierno necesitábamos alguna organización que el gobierno entiende. Entonces lo único eh, la organización que hicimos nosotros era para buscar personería jurídica¹¹. Y... pero la personería jurídica pensábamos diferente la personería jurídica de los blancos, ¿no? Por ejemplo, el estatuto tiene que ser diferente, armar un estatuto y de acuerdo a nuestra forma de vida. Entonces era muy difícil presentar a la oficina de personería jurídica porque eh, como asociación civil y... no, no, no están, eh no coincide con la asociación civil de los criollos, entonces tuvimos que cambiar, cambiar, cambiar, y al final nosotros hicimos, hasta que no podemos cambiar más, porque no podemos tener personería jurídica con un estatuto que no entendemos, no, queremos tener el estatuto que entendemos bien. Y bueno, la participación es todos los caciques de las comunidades diferentes, diferentes grupos, grupo chorote, chulupí, toba, wichí y tapieté, que tenemos diferente idioma, pero la forma de vida es la misma, como indígenas¹².

¹¹ La exigencia de una personería jurídica indígena es, en Argentina, una cuestión de debates persistentes. Mientras el reconocimiento constitucional de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y el de la personería jurídica de sus comunidades indica que la personería como comunidad indígena ya la tienen, y lo que se necesita es solo su registro; ni las leyes anteriores a la reforma ni las posteriores logran aprehender este concepto; viéndose, por tanto, las comunidades obligadas a la realización de engorrosas y confusas tramitaciones para obtener su inscripción (CARRASCO, 2014, p. 159).

¹² Desde sus inicios como organización la *Lhaka Honhat* ha sido cuestionada por los funcionarios del Estado. En 1991, ante la eventualidad de obtener el título de propiedad del territorio, se registró como asociación civil en la Dirección Provincial de Personas Jurídicas de Salta. El modelo adoptado buscó reflejar la forma propia de organización y toma de decisiones si bien se incorporaron nombres y funciones de un personal ajeno a la organización propia (coordinador general, consejo general de caciques, secretario, tesorero, fiscalizador de cuentas) y requisitos como inventario, balance, y convocatoria a asamblea anual mediante convocatoria pública a los socios a través de edictos escritos en español, aunque no pudieran ser leídos por ellos. En el proceso jurídico-político se cuestionó la representación de las autoridades, la función política del coordinador, la unidad de la organización fundada en mecanismos propios de agregación y desagregación. Al igual de lo que se percibe en esta audiencia, la dinámica de participación de todos los socios (caciques y no caciques) habilitados para preguntar, opinar y proponer caminos

Gobierno propio: autoridades, representación, participación, toma de decisiones

Juez Ricardo Pérez Manrique: Le voy a pedir si nos puede contar cómo funcionan ustedes en la Asociación. ¿Cuál es el régimen de reuniones, de toma de decisiones? En fin, porque eso lo considero muy importante para que todos lo conozcamos, ¿verdad?

F.P.: Sí, sí, me parece muy bien la pregunta. La Asociación funciona así: un coordinador, o más que coordinador, secretario, como cualquier organización, después viene el Consejo de caciques, que hacemos cada dos meses, para actualizar los mensajes, las noticias, el pedido del territorio, lo actualizamos cada dos meses. Y... en septiembre de cada año, se eligen los representantes, las autoridades de *Lhaka Honhat*. La participación del Consejo de *Lhaka Honhat* tendría que ser solamente de los caciques, pero sin embargo, cuando se junta el Consejo de caciques, vienen todos los jóvenes para escuchar y muchos ancianos dan la opinión también, es como, como una reunión pública, digamos, como nosotros acá, si hay alguien que le interesa, viene, no hace falta la invitación, no, no, es abierta la reunión.

Jueza Elizabeth Odio Benito: ¿También participan otros caciques?

F.P.: Aparte, de esos representantes de *Lhaka Honhat* también participan los otros representantes que no son caciques, pero representan a su comunidad.

F.P.: [...] Nosotros, como le digo, no podemos rechazar [a] ninguno, esos que dicen que no pertenecen a *Lhaka Honhat* me parece bien, pero no podemos tener como enemigos, somos todos parientes ¿no?

Jueza: Sí

de acción en las reuniones del consejo de caciques donde se toman las decisiones, no parece ser convincente para los funcionarios del Estado que insisten en preguntar y repreguntar sobre este asunto.

F.P.: Nosotros siempre, hace mucho tiempo usábamos, el ejemplo de un palito chiquitito así, como de este tamaño¹³, yo puedo romperlo, pero diez de estos chiquititos ya no se pueden romper. Entonces, es por eso que el reclamo de tierra, está firme hasta ahora. Ahí no hay cambio, no.

Fiscal de estado: Señor Francisco, ¿nos podrá decir si *Lhaka Honhat* representa a todas las comunidades indígenas que hay en la zona?

F.P.: Mirá, yo soy coordinador en general de esta asociación indígena, yo soy el que visito a todas las comunidades, yo soy el que tengo familia en todas las comunidades, en toda la zona, en la zona de Bolivia también tengo familia... entonces yo no veo ningún rechazo en *Lhaka Honhat*, [de] las comunidades, ¿no es cierto?, [de] los dirigentes tampoco. Es difícil decir que no están con *Lhaka Honhat*, no es así. Si ellos dicen que no están con *Lhaka Honhat*, nosotros no aceptamos eso porque ellos viven dentro del territorio donde reclamamos *Lhaka Honhat*, y además *Lhaka Honhat* dice nuestra tierra, no dice tu tierra, o mi tierra, dice nuestra, porque es para todo el que está acá, ¿no? Entonces es muy difícil decir que no está con *Lakha Honhat*. Porque treinta y siete comunidades que empezaron eso [el pedido], y ahora por la división ahora tenemos noventa y... más de noventa comunidades, pero ninguna dice que no está con *Lhaka Honhat*, en este momento están esperando, la vuelta de nosotros, esperando la información que vamos a llevar allá. O sea que no es, porque si ellos dicen que no están con *Lhaka Honhat*, yo, como propio indígena, yo vivo ahí, los conozco a todos, veo la familia, veo los hijos, veo los nietos, veo todo eso, yo no acepto que ellos dicen que están fuera. Ahora de parte del Estado, cómo puede aceptar eso, [como puede aceptar] a los que dicen que no están con *Lhaka Honhat*, ¿cómo, cómo?, ¿cómo solucionar ese problema? si están en nuestro territorio, y [por eso] nuestro territorio no debe ser parcelado¹⁴.

¹³ Ejemplifica con sus dedos el tamaño del palito.

¹⁴ La personería jurídica, especialmente en el caso de *Lhaka Honhat* que reúne un número variable de aldeas es uno de los recursos preferidos por el Estado y sus funcionarios para fragmentar la organización, promoviendo entre las jefaturas indígenas y ellos una relación de necesidad y dependencia, imprescindibles para los intereses electoralistas. Justamente por ello, es que en las reuniones generales del Consejo de Caciques de *Lhaka Honhat* se hacen visibles las presiones

Fiscal de estado: Perdón, voy a reformular don Francisco, la pregunta. Usted dice que usted no acepta que no estén, yo le pregunto: ¿las comunidades que están en territorio, están representadas por *Lhaka Honhat*? El resto de las comunidades.

F.P.: Sí, las comunidades están representadas por *Lhaka Honhat*, como le digo yo, como yo estoy todo el tiempo, estoy con ellos, vienen [de] visita, vienen, preguntan, viene un cacique de noventa kilómetros para preguntar eso [del pedido de tierras] y ellos no dicen que no están con *Lhaka Honhat*".

Fiscal de estado: Los caciques de las comunidades a los que tomamos declaración en el marco del caso, ¿están representados por usted, por *Lhaka Honhat*?

F.P.: Las comunidades sí, pero los caciques tendrán otra... mentalidad, no sé. Pero a nosotros nos llama la atención porque ellos son gente que tienen... son empleados del estado. Son gente que cobra sueldo, y no necesita más, pero sus grupos de familias siguen sufriendo igual que los otros, entonces tendrán algunos intereses, ¿no? Y nosotros no podemos rechazarlos a ellos, no podemos decir nada, pero si ustedes como gobierno tratan de esto, si usted encuentra la solución de esto, me parece bien, pero de mi parte, no va a encontrar la solución.

Fiscal de estado: ¿Desconoce entonces la autoridad de los caciques respecto de sus comunidades?

F.P.: No desconozco, porque yo también soy cacique, ¿no? Y yo hablo con ellos, ¿no? No somos enemigos los caciques, somos los que reunimos todo el tiempo. Pero, si un cacique por ejemplo los cinco¹⁵, el cacique cuando tenemos reunión... hemos tenido reunión el primero de marzo pasado, cuando nos reunimos [ellos] nos decían siempre, [que] el representante está ahí [en la reunión]. Entonces no hay, [diferencia],

que recaen sobre algunos jefes que aceptan firmar una solicitud de personería por comunidad. De ahí que en las reuniones se reitera la importancia de mantenerse unidos en el reclamo del territorio indiviso.

¹⁵ Se refiere a quienes se tomó declaración, según lo afirmado por la fiscal de Estado en su pregunta anterior.

realmente el cacique que dice que no quiere estar con *Lhaka Honhat*, ¿cómo quiere?, esa es mi pregunta, ¿cómo quiere [qué quiere], si el tiene [algún] plan, o usted tiene [una] contestación para él, ¿cómo es? Nosotros no desconocemos la autoridad nuestra porque son, somos caciques, pero hasta que nos diga algo bien claro por qué, entonces, sí lo aceptamos.

Fiscal de estado: Don Francisco, le consulto, esas comunidades de las que hablamos de estas, otras etnias, o a los que tomamos declaración, usted estuvo presente, ¿participan de la toma de decisiones de *Lakha Honbat*?”

F.P.: En el principio participaban, ¿no? Eh, pero después por interés político, o por cosas así; yo no estoy al tanto pero más o menos me doy cuenta que el problema que tenemos nosotros ahora con estos cinco son problemas políticos, [pero] ellos no entienden lo político, no es como usted que entiende lo político y dice usted como tienen que manejar [los caciques a] las comunidades. ¿Cómo puedo ser un cacique que voy a rechazar a los más de siete mil personas? ¿Yo voy solo en un camino, como una oveja perdida que se va solita, o voy con cincuenta personas? yo voy por eso no?, esa es nuestra forma de manejar nuestra comunidad. Es muy difícil que ustedes entiendan”.

Fiscal de estado: Don Francisco si... me puede aclarar en el caso de Francisco Gómez, en las declaraciones, porque él como cacique de comunidad del área, no se siente representado, y no quiso que esté usted [presente] en su declaración.

F.P.: Es como le digo, yo como, como indígena igual que él, no, no puedo entender por qué, porque la mujer de él es wichí, y el, claro es toba, la madre toba y el padre es criollo tucumano, ¿no? Entonces se mezcla la cosa. Entonces, ¿cómo, cómo voy a entender lo que él piensa?, ¿el piensa algo igual que criollo? No sabemos, por eso, al no saber eso no puedo ir preguntando, preguntando, preguntando, porque su comunidad tiene tres partes ahora, es muy difícil, entonces ahora él queda como cacique de su familia, y su familia pertenece a... Santa

María, ¿no? a otra comunidad, entonces cómo es que su familia va a rechazar *Lhaka Honhat* si por su familia está en *Lhaka Honhat*.

Fiscal de estado: Recordemos, don Francisco, las etnias en el lugar. Le pido me corrija si no es así: son wichí, chorote, chulupí, toba y, me está faltando... ehm, ¿tapieté? Tapieté, ¿verdad?

F.P.: Sí”.

Fiscal de estado: Bien. ¿Usted desconoce el carácter de cacique de la comunidad toba de Francisco Gómez?

F.P.: No.

Fiscal de estado: ¿Por ser hijo de criollo?

F.P.: No, no, no desconozco a ningún cacique, porque ellos, viven ahí, eh, son la ocupación tradicional de ellos, son, como te digo, la ocupación de otras comunidades cerca, son mismo uso de tierra, es lo mismo, entonces yo no desconozco a ningún cacique. Yo, porque yo conozco a todos desde chiquitos conozco como son todos. Por eso digo, él tendrá algún problema que nosotros no sabemos. Pensamos porque el es cruzado, porque él es un poco criollo, un poco toba, pensamos eso, o pensamos que es porque él cobra sueldo del estado, el auxiliar bilingüe, no sé, pero no, no voy a preguntarle a él porque, porque no, no sé.

Fiscal de estado: Don Francisco, ¿cree que la pureza de la sangre indígena hace que se tomen distintas decisiones?

F.P.: ¿Cómo?

Fiscal de estado: ¿Cree que la pureza en la sangre indígena puede determinar distintas decisiones.

F.P.: Mirá, no, no, nosotros tenemos libertad, ¿no?, para hacer lo que queramos, pero no, eh, no no no queremos que alguien viene a decir eso, porque no es verdad. Yo por ejemplo, mi mujer es un poco chorote y yo soy wichí, yo vengo de otra comunidad a noventa kilómetros y mi mujer es chorote, eso no tiene importancia, no tiene importancia de

hablar eso, no tiene nada de importancia, lo importante acá es, el territorio de cuatrocientas mil hectáreas sin división, nada más, ese es la...

Fiscal de estado: Perfecto. Don Francisco, paso a otra pregunta: cuando los niños de su comunidad se enferman, ¿a dónde son atendidos? Y, en su caso, ¿dónde reciben educación? ¿Dónde van? ¿Van a la escuela?

F.P.: Bueno, como le digo, esas son las preguntas que ya están fuera [del] interés [de esta audiencia] ¿no? Están fuera, o sea fuera [de] lo que, nosotros venimos [a hacer] hasta aquí, las preguntas tienen que ser, del interés para eso [para lo que] estamos [aquí], pero la educación es otro [interés], la salud es otra cosa, la...

Fiscal de estado: Don Francisco, tiene que ver con la situación de las comunidades en la zona y la intervención del Estado, por eso le preguntaba. Cuando los niños se enferman, ¿quién los atiende?, ¿quién los cura?

F.P.: Los atienden los médicos.

Fiscal de estado: Bien. ¿Y van a la escuela?

F.P.: Y para la escuela los atienden los maestros.

Fiscal de estado: ¿Y los médicos son del estado? Y con relación a los medios de vida ¿viven solo de la recolección o reciben otro beneficio o asignación de parte del estado?

F.P.: Nosotros venimos solamente por el tema tierra.

Fiscal de estado: Don Francisco, ¿reciben asignación universal por hijo y a cambio de eso los niños van a la escuela?

F.P.: Sí pero no todos, somos más de diez mil [en] toda el área pero nosotros somos menores cuando hay programas sociales son los criollos, que reciben antes.

Fiscal de estado: Una última pregunta y ya termino, durante las inundaciones...¹⁶

Segundo declarante: Señor Rogelio Segundo (R.S.)

Fiscal de estado: ¿Existen comunidades indígenas que no están representadas en *Lhaka Honhat*?

R.S.: Yo...

Fiscal de estado: Que no formen parte de la toma de decisiones de *Lhaka Honhat*...

R.S.: Eh, yo creo que no son comunidades. Son personas que dicen no estar dentro de *Lhaka Honhat*, pero a nosotros eso no nos incumbe ni nos parece mal, ¿por qué? Porque son nuestra gente. La gente que dice que no está dentro de *Lhaka Honhat* son nuestra gente, convive con nosotros, comen la misma comida, viven todos los días pescando juntos. Y, aparte de eso, que en el con, en el decreto del 2014¹⁷ dice que cuatrocientas mil hectáreas están para las [comunidades], en ese decreto solamente había setenta y un comunidades, y dentro de esas setenta y un comunidades están la gente esta que dicen que están fuera de *Lhaka Honhat*. Entonces, ellos están dentro del decreto, y están dentro de las cuatrocientas mil hectáreas, que es para el pueblo indígena.

Fiscal de estado: Una consulta, Rogelio. O sea, estas personas, ¿son caciques de comunidades?

R.S.: Sí, son caciques de las comunidades. Son caciques. A ver, no sé si decirlo aquí, o... Porque hay cosas, hay cosas que la comunidad a

¹⁶ En este momento el representante de los peticionarios solicita al presidente que reitere cuál es el tema de la audiencia y el objeto de los testimonios. Se considera pertinente la solicitud y se convoca al siguiente declarante.

¹⁷ Decreto 1498/2014. Este decreto establece: "reconócese y transférase" a las comunidades indígenas mencionadas en el anexo I parte de la propiedad de las tierras y parte en forma individual a las familias criollas mencionadas en el anexo II. Cabe resaltar que no se definen las superficies puesto que resta hacer la delimitación, demarcación y mensura. <http://boletinoficialsalta.gob.ar> (Consultado el 12 de julio de 2019).

veces no está sabiendo lo que hace el cacique. No quiero entrar mucho, menos de ir a la comunidad y ponerle en contra del cacique este que dice que quiere estar fuera de *Lhaka Honhat*, por eso anteriormente dije, el gobierno, la obligación del gobierno, es de delimitar, demarcar, titularizar, hasta ahí termina el trabajo del gobierno. De ahí, para adentro, eso lo arreglamos nosotros. El gobierno no puede venir a decir a la comunidad qué es lo que tenemos que hacer. Eso ya pasó. Ya pasó eso de que el gobierno, o la gente blanca entre en las comunidades y haga lo que se le antoje. Ya pasó esos tiempos. Eso es lo que nosotros estamos pidiendo: respeto a las comunidades, respeto a la forma de vida, y según al decreto este donde dice cuatrocientas mil y están dentro todas las comunidades que dicen que están fuera de *Lhaka Honhat*. ¿Cómo puedo pensar yo que esta gente están afuera si convive conmigo, es mi vecino, es una comunidad, y los hijos míos vienen a jugar con mis hijos? ¿Cómo puedo decir que estos están afuera de *Lhaka Honhat*? Los hijos de esta gente se están juntado con mis hijas, los nietos de ellos son mis nietos. ¿Cómo puedo decir, o cómo puedo dividir esto? Por eso estoy pidiendo nuevamente que el gobierno haga el trabajo de él que es cerrar las cuatrocientas, titularizar, y de ahí para adentro lo arreglamos nosotros como pueblo indígena, si es que quieren respetar nuestros derechos.

Juez: Humberto Antonio Sierra Porto: ¿Cuál es la diferencia entre pueblo y comunidad? Porque hay cinco pueblos pero noventa y una comunidades. ¿Cada comunidad tiene una organización diferente?

Declarante Francisco Pérez

F.P.: No hay diferencia. O sea, la organización de cada comunidad no tiene diferencia [con las demás]. No. Por ejemplo [cuando fue] la inundación salieron [del lugar que ocupaban] como otras comunidades que se van, cambian el lugar [donde ocupaban] y su organización sigue lo mismo. Y nosotros como *Lhaka Honhat*, cuando hay problemas de *Lhaka Honhat* recién podemos tratar[los], pero los problemas de otras

cositas, el cacique mismo puede resolver en su comunidad, me parece muy bien. Pero lo que no pude resolver cada cacique es la tierra.

Identidad, pureza de sangre, tradición y transformación en la forma de vida

Juez Humberto Antonio Sierra Porto: ¿Podría comentarnos, qué es lo que se entiende o deberíamos entender por un modo de vida nómada? ¿Ustedes tienen una forma de vida nómada?

F.P.: Sí, sí, eh...

Juez Humberto Antonio Sierra Porto: ¿Qué, qué, qué significa eso?

F.P.: Esto significa que para mí es la vida nómada es, no es mi idioma, pero más o menos yo entiendo que la vida nómada, cuando yo eh, instalo esa parte con mi comunidad, usamos esta parte [haciendo gestos con las manos]. Después, cuando no hay muchos recursos, o se terminan, o [hay] peligro que termine, nosotros levantamos la comunidad [y nos vamos] a otro lado. Eso es lo que entiendo que es la vida nómada. Eso es lo que hacemos ahora, pero no es como [antes], no es lo mismo que antes. Nosotros [lo] hacíamos cada año, [nos] cambiábamos. Hoy no. Nosotros, la comunidad nos quedamos ahí nomás fijos. No cuando viene inundación, algo que pasa así, ahí sí [nos] preocupamos, cambiamos, pero si no, no.”

F.P.: Siguiendo como costumbre de... nómades, esto que decían. Lo que nosotros queremos [es] seguir [así] cuando [tengamos] título único. Que la comunidad que tiene problemas y tiene que cambiar [de lugar], trasladar diez kilómetros, veinte kilómetros, que no nos consulte porque ellos también son dueños. Si quiere [puede] consultar por un respeto o no, como autoridad de este territorio.

F.P.: Bueno está cambiando [la costumbre de] nosotros, por el tema de la alimentación. Eso es, lo principal es la alimentación, porque ustedes pueden darse cuenta, porque yo sé que ustedes ninguno tiene... no conocen cuando uno tiene hambre, no conocen. Pero nosotros sí.

Hay mujeres, por ejemplo, hay viudas que no tienen marido, perdió al marido, pero tiene hijos. Esos familiares que sufren mucho más que nosotros tienen que buscar comida en los montes, si no tiene, ¿cómo va a conseguir comida?, entonces eso es lo que nosotros estamos preocupados. El cambio que hay [es que ahora] no es suficiente, esperamos que los cambios, más adelante, [en] veinte años, treinta años, ¿vamos a volver todos como criollos?, eso no, yo tengo mucha duda. Siempre, siempre vamos a quedar donde estamos.

Humberto Antonio Sierra Porto: O sea, ¿existe la posibilidad, usted cree, que cuando se manejen ustedes [en] su territorio, ustedes pueden volver a tener las costumbres que tenían antes?

F.P.: No, no, no, no es eso. Más bien, tenemos que buscar la forma de organizarnos también para mejorar la alimentación nuestra. Por ejemplo ahí, en los algarrobos, se puede hacer varias cosas que lo pueden vender. Harina de algarrobo por ejemplo pueden hacer, trabajar para mejorar y pueden vender en la ciudad también.

Territorio único, identidad, autoctonía, autonomía

F.P.: Bueno, desde el [año] ochenta y cuatro [en] la primera declaración dijimos nosotros ¿cómo podemos hacerle entender al mundo blanco porqué no queremos que lo parcele [al territorio], porqué queremos el título único. Porque la forma de manejar nosotros el territorio de una comunidad de veinte kilómetros lo usan, el mismo lugar donde usamos nosotros. Es decir de pescar, de buscar miel, de buscar, buscar todo, esas comunidades usan los veinte kilómetros, el mismo lugar que nosotros usamos. Entonces veíamos que era difícil, como propiedad comunitaria es difícil porque no se puede, como dije recién, desconocemos la propiedad privada, entonces si una comunidad tiene [que] separar su territorio, no va a haber mucho respeto, entonces, era muy difícil, casi todos los caciques rechazaban otra forma de título, únicamente nosotros aprobamos siempre el título único para todas las comunidades, chorote, chulupí, toba... todos los que habitan en esa zona.

Representante: ¿Cuánto hace que ustedes viven ahí?”

F.P.: Mirá, yo tengo setenta y un años, pero no quiero decir hace cuánto porque mis abuelos se murieron en el mismo lugar, hay cementerios en todos lados que no sabemos en dónde están esos cementerios, más o menos sabemos el lugar, sí, pero no lo veo nada. No puedo decir cuántos años vivimos ahí, puede ser mil años, dos mil años, no sé, pero sí son zonas donde ocupamos siempre.

Representante: ¿Por qué es importante el título único para ustedes?

R.S.: Para nosotros es muy importante el título único porque tener el título único es respetar los derechos, las pautas culturales del pueblo indígena. A ser así sí, si nosotros, por eso pedimos el título único. No individual. Porque al ser individual rompe las costumbres, la cultura, porque hay lugares que a veces más de diez comunidades ocupan. Por eso es lo que luchamos para que sea el título único para las comunidades.

Juez Ricardo Pérez Manrique: Usted a lo largo de toda su declaración ha hecho, ha señalado con mucha energía, que ustedes lo que quieren es la titulación y demarcación, y que luego cualquier inconveniente interno, problema interno, lo van a solucionar en sus comunidades, ¿de acuerdo?”

R.S.: Sí, señor.

Juez Patricio Pazmiño Freire: La pregunta es, ¿por qué?, Además fue una pregunta específica de la señora representante del ilustre estado. ¿Ustedes consideran que algún inconveniente interno que pueda existir entre ustedes, es utilizado como una excusa para no cumplir, o como un pretexto, para no cumplir de parte del Estado?”

R.S.: Yo creo que nosotros lo tenemos bien claro en las comunidades, no sé si debo explicar esto, que lo que yo siento [es] que mis hermanos aborígenes que dicen que están fuera de *Lhaka Honhat* es por presión del gobierno, pero dentro de esto que hay algún conflicto que [lo] diga, que se plante y diga: yo no estoy de acuerdo. Nosotros hemos conversado con todas las comunidades, hasta incluso hay gente que en

el último momento de su testimonio, cuando fueron la fiscal, fueron la doctora para [interrogar] a los testigos, dos semanas antes tuvimos una asamblea, y dentro del informe nuestro mandamos una carta [a la CIDH] que uno de los testigos, dos de los testigos firman donde dice que nosotros queremos el título único, dice eso, que en el informe está, por eso digo yo, nosotros, ¿por qué lo digo?, porque este hombre que habla es indígena. Y la sangre que corre es de un indio que conoce las costumbres de su pueblo, conoce la gente. Como [en] toda sociedad, hay gente mala, hay gente buena, dentro de nuestras comunidades. Pero sabemos y tenemos fe que nosotros vamos a solucionar. Si nosotros no solucionamos, entonces nosotros no somos dirigentes de un pueblo. A nosotros si nos eligen como dirigentes del pueblo indígena, es porque nos halla capaz de solucionar problemas internos; hasta, a veces, solucionamos problemas internos que están dentro de las familias, cosas muy finas tenemos que solucionar. Esta cosa, nosotros vemos y tenemos la claridad, una visión, por eso es lo que, estoy firme diciéndole al gobierno que el trabajo de él es hasta la titularización, desde ahí para adentro, lo podemos solucionar nosotros los dirigentes. No solamente estamos nosotros, yo y Francisco, sino que hay, ahorita, noventa y un caciques, y estos jefes son lo que entre todos estos jefes, somos los que vamos a solucionar en el tema interno, cómo ocupar el territorio que nos corresponde a nosotros.

La Asociación de Comunidades Aborígenes *Lhaka Honhat* es una organización comunal

Lhaka Honhat no es una organización centralizada, tampoco es una asociación civil. Se vio en la necesidad de registrarse como persona jurídica ordinaria en el Estado provincial, pero mantuvo la dinámica de relacionamiento sociopolítica propia de estas sociedades de cazadores-recolectores-pescadores. Se organiza como entidad política en representación de una comunidad de jefaturas locales para demandar al Estado la titularidad de sus tierras ancestrales con una peculiaridad y es que no existe en *Lhaka Honhat* concentración de poder; cada jefe o cacique mantiene su autonomía y libre ejercicio de sus funciones en el ámbito al que perte-

nece. Cumplió con la ley estatal que le exigía tener una representación unificada. No obstante, el constante ejercicio de los participantes en las reuniones del Consejo de Caciques donde todos los integrantes de las aldeas tienen derecho a participar, plantear dudas, disidencias, y acuerdos impuso el funcionamiento de la ley propia que supone una forma de poder descentralizado, lábil, relativamente inestable, sujeto a la vigilancia atenta de los poderes locales, así como en la aldea estos últimos están sujetos a la vigilancia y control de los primeros¹⁸.

De allí que el ejercicio de la jefatura sea inestable y sujeto a vigilancia continuamente y podrá mantenerse, si sirve a los intereses del grupo, de modo que si el jefe pretende disponer de su rol para que el grupo esté a su disposición y sirva a sus intereses personales, pierde la jefatura porque el grupo lo deja solo (CLASTRES, 1978). Se puede cuestionar el alcance de este enfoque, sobre todo si se lo adopta como explicativo, pero lo que no admite cuestionamientos es que el poder en las sociedades de cazadores-recolectores es flexible, abierto, no estratificado e inestable, aún en el caso de jefaturas más o menos hereditarias o incluso vitalicias. Pero no se puede desconocer que *Lhaka Honhat* funciona como una organización comunal actualizando, en la situación presente, continuidades de la forma tradicional propia de ejercicio del poder.

¹⁸ La antropología y, en especial, los estudiosos de cazadores-recolectores se ocupan extensamente de la cuestión del poder en estas sociedades; existiendo amplio acuerdo sobre varios puntos. Ante todo, que es el prestigio y no la habilidad coercitiva lo que amerita para que alguien se convierta en autoridad de su grupo. En segundo lugar, que cualquiera puede acceder al poder, si demuestra, claro está, poseer los atributos valorados como indispensables para ello: paciencia, oratoria, generosidad, destreza en la guerra. Algunos autores enfatizan el aspecto económico, destacando que en las sociedades de cazadores-recolectores el igualitarismo en lo político y el compartir en lo económico son los principios axiales que han permitido la pervivencia de ellas o que es la ausencia de acumulación económica lo que las distingue, asimismo que el bajo nivel demográfico hace innecesaria la concentración de poder, el cual se encuentra distribuido entre varias figuras y, por así decir, al alcance de cualquiera. Otros autores prefieren destacar los aspectos puramente políticos, y se focalizan en el análisis del liderazgo: sus atributos, competencias, alcances, limitaciones; o en los mecanismos de toma de decisiones, la existencia o no de asociaciones que atraviesan las fronteras del parentesco, y los medios de acceso al poder (LEWELLEN, 1982). En algún sentido, todos estos autores toman como evidencia que en las sociedades de cazadores-recolectores no existen desigualdades entre sus miembros, o que por lo menos, si las hay no generan estratificaciones jerárquicas, rígidas, sino simplemente diferencias, que si son observadas en la vida diaria pueden confundirse con desigualdades estructurales (FLANAGAN, 1989).

El territorio único: sustrato y síntesis de la identidad colectiva

Para la comunidad de *Lhaka Honhat* el territorio posee diferentes significados que no son excluyentes entre sí “lugar donde se encuentran los alimentos”, “donde se da la vida”, “donde siempre hemos estado”, “donde están nuestros cementerios”. Es sobre estos dos ejes combinados: el antes y el ahora que se otorga sentido y proyección futura a la identidad colectiva. Como ha sido dicho, es la forma de vida y no el espacio geográfico lo que brinda unidad a la comunidad de *Lhaka Honhat*; y ese espacio geográfico nombrado “territorio”, “nuestra tierra”, es el sustrato indispensable para defender y asegurar la forma de vida y libertad que aspira. Pero no es el nombre que se da a ese mundo de vivencias, no es la palabra sino el sentido que tiene para ella. La identidad no deviene como resultado de la ocupación de un espacio físico. No es la identidad geográfica-territorial lo que constituye la comunidad en sentido sociológico, no es la localización física sino la forma de vida históricamente desarrollada por los grupos de personas, familias, aldeas, parientes propios y políticos. Su identidad¹⁹ se constituye y defiende en las relaciones que mantienen con sus parientes en las actividades que realizan en su entorno, con todos los seres que lo habitan, y con el cual se sienten íntimamente ligados, por experiencia e historia, acompañados de los cambios que ensayan en las diferentes circunstancias de su existir. Se reconocen como argentinos y como tales reclaman atención y respeto de las autoridades estatales, pero se ven a sí mismos como diferentes.

El pedido de un solo título a nombre de todas las comunidades se fundamenta, por una parte, en el hecho de la subsistencia de las familias que ha estado basada desde antiguo en el uso directo, sin intermediarios, de

¹⁹ Téngase presente que la identidad no es una substancia; y que no existe una “auténtica identidad”; la autenticidad no es una condición inicial de la identidad, una variable independiente, una esencia que hay que ir a buscar en algún origen, desconocido e incierto; no es eso. La identidad solo puede reconocerse la si se la describe en el contexto en que se manifiesta y se la confronta con otras identidades; es resultado de un juego de oposiciones entre el adentro (nosotros) y el afuera (los otros). Para sus portadores, ella es una condición tanto subjetiva (sentirse parte de) como objetiva (actuar de acuerdo a los valores significativos para el grupo a partir de los cuales serán juzgados).

los recursos naturales. Cada familia desarrolla una variedad de actividades de subsistencia de manera autónoma. Si bien hay variaciones entre ellas respecto de las estrategias de subsistencia de que se valen, todas saben dónde se encuentran los recursos que precisan y conocen las técnicas de manejo para explotarlos en forma directa compensando con mecanismos de intercambio las diferencias ecológicas entre aquellos ubicados en el monte y en el río. Por otro lado, la ausencia de nociones de uso o posesión exclusivos permite que las aldeas ubicadas en uno u otro nicho ecológico puedan acceder a los recursos que se encuentran distantes de su lugar de asentamiento (CARRASCO, 2014). La libertad de desplazamiento en busca de alimento y la libertad para moverse y visitar diferentes grupos de familias con las cuales intercambiar recursos, o encontrar una esposa son razones, tanto o más trascendentes que las ecológicas, en la defensa de un territorio unificado. Este complejo sistema de intercambios que atraviesa fronteras étnicas y geográficas y su contraparte necesaria, la libertad política para adoptar el camino socialmente correcto, no puede ser sostenido a menos que se disponga de un amplio espacio físico donde “moverse”. Partir la comunidad territorial del conjunto de las aldeas indígenas conlleva quebrar el núcleo de su sistema social y la destrucción de su vida como cultura singular.

En síntesis, el sentido de libertad de movimiento, asociado a la forma de vida nómada, como fuera aludida en la audiencia, está íntimamente ligado con la libertad y flexibilidad sociopolítica del mundo indígena de tradición cazadora-recolectora-pescadora de la cual la integridad ecológica del territorio de uso es una parte esencial para el ejercicio de la autonomía para el mantenimiento de la identidad del colectivo social.

Referencias bibliográficas

- CARRASCO, Morita (2014). *Derecho a la identidad: organización comunitaria y territorio indígena. Estudio de caso: Lhaka Honhat c/Estado Argentino*. Buenos Aires: Thomson Reuter/La Ley, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA.

- (2008). *Tierras duras: historias, organización y lucha por el territorio en el Chaco argentino*. Buenos Aires: IWGIA.
- CARRASCO, Morita y BRIONES, Claudia (1996). “*La tierra que nos quitaron*”. *Reclamos indígenas en Argentina*. Serie Documentos en español # 18. Copenhague: IWGIA.
- CARRASCO, Morita y ZIMMERMAN, Silvina (2006). *El caso Lhaka Honhat*. Argentina Informe IWGIA 1, Copenhague, IWGIA.
- CLASTRES, Pierre (1978). *La sociedad contra el Estado*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- FLANAGAN, James (1989). “Hierarchy in Simple ‘Egalitarian’ Societies”. *Annual Review of Anthropology* 18:245-266.
- LEWELLEN, Ted C. (1992). “Types of Preindustrial Political Systems”. En: *Political Anthropology. An Introduction*. Westport: Bergin & Garvey Second Edition, pp.21-45.
- MARANTA, Aristóbulo (s/f) Un intento de distribución de los recursos naturales: el lote fiscal 55 (Chaco Pilcomayo). Dto. Rivadavia B/N Salta (inédito).

¿La identidad cultural como límite de la Consulta Indígena en el SEIA? Notas para una subversión de la comprensión “procedimental” de la consulta

CRISTÓBAL CARMONA CALDERA¹

*“Life is so terrifyingly dependent on law”
Karl Llewellyn, What Price Contract?*

Introducción

Si se tiene en cuenta lo central que es para la reproducción de la identidad cultural indígena –en el discurso jurídico, al menos– la relación que estos pueblos tienen con las tierras, territorios y recursos naturales que usan tradicionalmente, se podría pensar que, en los Procesos de Consulta Indígena (PCI) que se llevan a cabo en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), la posible restricción a la identidad cultural derivada de la afectación de dichas relaciones territoriales tendría un lugar prominente en la discusión. En la práctica, sin embargo, esto no ocurre.

En efecto, en las consultas realizadas en el contexto de la evaluación ambiental de industrias extractivas o proyectos de energía, típicamente las

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Abogado. Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado y Magíster en Derechos Humanos y Democracia para América Latina y el Caribe, Centro Internacional de Estudios Políticos/UNSAM, Buenos Aires, Argentina. Candidato a doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Investigador Adjunto y docente de la cátedra “Derecho Indígena” en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Consultor Externo de la OIT.
Correo: cristobal.carmonac@mail.udp.cl

discusiones relativas a cuestiones sustantivas o de fondo, como el impacto que podría tener un determinado proyecto sobre la identidad cultural de un pueblo, son “desplazadas” –el concepto es de Rodríguez Garavito– por los debates procesales; de esta forma, “las controversias sobre los plazos, las certificaciones y el cronograma de reuniones tienden a soslayar los conflictos sobre la tierra, los recursos y la autodeterminación que están en el fondo de las consultas” (RODRÍGUEZ, 2012, p. 23). Siguiendo esta lógica, las consultas se vuelven “barreras formales” para la efectividad de las demandas estructurales de los pueblos indígenas, al atraparlas en un entramado institucional en donde los términos de la discusión concluyen limitándose, muchas veces, a la extensión de la participación (MERINO, 2018, p. 81). Y esto sucede, aun cuando los temas de “fondo” de las consultas en el SEIA ya se encuentran severamente limitados, restringiéndose típicamente al contenido y alcance de las medidas de mitigación, reparación o compensación.

En suma, en el ámbito ambiental chileno, por más deficitaria que pueda parecer la regulación de la consulta, no puede decirse que se trate de un escenario “des-regulado”, en donde el Convenio N° 169 de la OIT y el derecho a consulta no son aplicados; se trata, más bien, de lo que LARSEN (2015) denominaba como “un espacio multicultural re-regulado que considera distintas formas de derechos de reconocimiento”² (p. 14), derechos cuyo significado es profundamente disputado por los distintos actores en juego (SCHILLING & VACAFLOR, 2019, pp. 326-333), y que muchas veces son instrumentalizados y ajustados a las realidades comerciales y a las prioridades de desarrollo nacionales (LARSEN, 2016, p. 42).

Pues bien, una de las formas en las que puede decirse que el derecho a consulta ha sido “instrumentalizado” se refiere a su comprensión como mero “proceso” u “obligación de medio”, cuyo test de cumplimiento se agotaría en la verificación de las salvaguardas procedimentales requeridas, con independencia del “resultado” al que se pueda llegar. En este orden de ideas, el objetivo principal de este trabajo es intentar pensar cómo el derecho a la mantención y fortalecimiento de la identidad cultural puede

² Esta y todas las traducciones que siguen corresponden a traducciones libres efectuadas por el autor.

subvertir esta interpretación, al funcionar como límite “externo” a los resultados a los que se pueda arribar a propósito de un Proceso de Consulta Indígena en el cual no se haya llegado a acuerdo con todas o algunas de las comunidades participantes, restringiendo así el espacio de decisión que la autoridad tendría para adoptar la medida consultada.

Para abordar este objetivo, explicaremos la comprensión “procedimental” de la consulta, haciendo referencia para ello al proyecto “*Central Hidroeléctrica Añihuerraqui*” y describiendo cómo la interpretación de la consulta que fuera desplegada en ese caso por la autoridad, es sintomática de este tipo de interpretación. Continuaremos analizando de qué forma el derecho a la identidad cultural puede funcionar como un límite “externo” a la mentada interpretación, lo que significará estudiar tanto la naturaleza y objetivos que presenta este derecho, así como determinar cuál sería el test de cumplimiento que debiese llevar a cabo la autoridad frente a una consulta que termina sin acuerdo. Finalizamos con unas breves conclusiones sobre el tema.

1. La comprensión “procedimental” de la consulta

El análisis busca delinear los contornos conceptuales de la comprensión “procedimental” de la consulta indígena en Chile. Para ello, puede ser útil examinar la interpretación que al respecto efectuara la autoridad ambiental en el icónico caso *Añihuerraqui*. Este proyecto –vale acotar–, si bien fue aprobado hace ya unos años por la Comisión de Evaluación de la Región de La Araucanía (COEVA) (Res. Ex. N°177/2015), a la fecha de término de este artículo, todavía no se había comenzado a construir³.

El proyecto consiste en la construcción y operación de una central hidroeléctrica de paso de 9 MW en el río Añihuerraqui, en la comuna de Curarrehue, Región de La Araucanía. En virtud de que durante la evaluación ambiental se constató, entre otros impactos, que las tuberías del proyecto intervenirían directamente los cerros Punowemanke (*Txen*

³ Toda la información sobre el proyecto y su evaluación, puede encontrarse en el expediente ambiental, disponible en línea: en seia.sea.gob.cl. Para un detallado análisis del proceso y sus consecuencias sociales, véase SUAZO (2018).

Txen) y Penewe (*Kai Kai*), dos sitios de significación cultural mapuche ritualmente conectados con el *Nguillatuwe* –la cancha donde se realiza el *Nguillatún*–; que la casa de máquinas se emplazaría a 300 m de dicho espacio ceremonial; y que el agua utilizada para la generación de energía correspondía a un río (*Trayenko*) –el estero *Pichitrancura*– utilizado durante la celebración del *Nguillatún*. El Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) de la Región de La Araucanía determinó que el proyecto generaría, entre otros, los impactos establecidos en las letras c) y d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente⁴, procediendo –según la práctica administrativa desarrollada hasta ese momento– a decretar el inicio de un Proceso de Consulta Indígena.

Si bien participaron y llegaron a acuerdo diversas organizaciones indígenas del territorio, la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, el sujeto colectivo que tendría una relación espiritual y cultural más cercana con los sitios de significación cultural⁵ –entre otras cosas, era la comunidad encargada de la organización del *Nguillatún*– y, por tanto, la principal comunidad afectada en esta materia, rechazó las medidas de mitigación y compensación propuestas por el titular para “hacerse cargo” de los impactos sobre los sitios de significación cultural. Así, como se lee en el “Epílogo de las comunidades consultadas”, contenido en el Protocolo de Acuerdo Final firmado entre la comunidad y el SEA, para la comunidad:

⁴ Art. 11. Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias: c) Reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) Localización en o próxima a poblaciones (...) protegidas (...) susceptibles de ser afectad[as] (...).

⁵ Así, por ejemplo, según se lee en los propios informes del titular del proyecto, los comuneros de la C.I. Juanita Curipichun de Carén, “no participan en rituales ni ceremonias indígenas del sector” (Anexo N°11: Informe Antropológico - Adenda 1 EIA Central Hidroeléctrica Añihue-rraqui, p. 21); esto fue reafirmado durante el PCI que el SEA llevó a cabo con esta comunidad, en donde no identificó ningún impacto al medio humano en su dimensión antropológica (Protocolo de Acuerdo Final C.I. Juanita Curipichun, p. 13). En el caso del Comité de Pequeños Agricultores Pichitrancura y del Comité de Salud Punowemanke Trancura, si bien un 80% de los socios de ambos comités son integrantes de la Comunidad Indígena Camilo Coñoequir Lloftunekul, por lo que estos dentro de su comunidad reconocen los sitios y participan de las ceremonias, como organizaciones funcionales en sus respectivos Procesos de Consulta Indígena no identificaron ningún impacto relativo a la dimensión antropológica del medio humano.

[...] la espiritualidad mapuche del Lofmapu se vería vulnerada por la intervención de espacios ancestrales sagrados, referentes principales del territorio Trankura, como son el Guillatuwe ritualmente conectado a los cerros Txen Txen Punowemanke y Kai Kai Penewe, que conforman y delimitan socioculturalmente el territorio, que sirven como fuente de conocimiento, que dan sentido a la vida, a la naturaleza, a la cultura. De esta forma, los cerros junto al estero y el río, son parte constitutiva de la identidad cultural de las comunidades que participan del Guillatuwe.

Vale preguntarse, entonces, cómo se hizo cargo el organismo estatal de este desacuerdo o, mejor dicho, de qué forma entendió cumplida la obligación de consulta. La respuesta es sencilla y, de hecho, predecible. En el punto 12.11.1 de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA), “Cumplimiento de los Estándares del Convenio N° 169 de la OIT por parte del SEA de la Región de La Araucanía”, la autoridad ambiental explica con cierto detalle cómo los principios que inspiran estos procesos –a saber, que la consulta sea previa, libre e informada, de buena fe, a través de sus instituciones representativas y por medio de un procedimiento consensuado– fueron “cumplidos a cabalidad”, refiriendo solo en los párrafos finales y de manera general, el cómo –en contra de lo sostenido por CONADI– “el espíritu de la evaluación ambiental ha tendido a que el proyecto se haga cargo de las afectaciones ambientales vinculadas al proyecto, entorno a medidas ambientales, acuerdos y beneficios de acuerdo al estándar ambiental y del Convenio OIT N° 169 entre las comunidades del área de influencia”.

En ningún momento, y esto es lo importante, la autoridad analizó el fondo del “desacuerdo”; más precisamente, no se hizo cargo del hecho que, aun después de aplicadas todas las medidas de mitigación propuestas por el titular, el proyecto seguía interviniendo los cerros, el estero y el río, los que eran, como decía la Comunidad en el fragmento citado, “parte constitutiva de la identidad cultural de las comunidades” y, en consecuencia, suponía de todas maneras una restricción al derecho fundamental a

la identidad cultural⁶. Para la autoridad, lo importante era que se había cumplido adecuadamente el proceso.

1.1. La consulta como “obligación de medio”

El razonamiento de la autoridad no es ajeno, en general, a la comprensión “procedimental” que se ha tenido de la consulta en Chile, en el sentido de entenderla –siguiendo la nomenclatura del derecho privado– como “obligación de medio” y no como “obligación de resultado”. Esta perspectiva ha sido expuesta con nitidez por el profesor Sebastián Donoso, cuando señala que:

(...) la obligación de consulta no implica un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento. En otras palabras, si bien la consulta indígena debe estar inspirada por el deseo sincero de llegar a un acuerdo, la falta de dicho acuerdo no invalida el proceso de consulta en cuestión. En su esencia, entonces, la consulta constituye una ‘obligación de medios’ y no una ‘obligación de resultados’ (DONOSO, 2014, p. 13).

Bajo esta interpretación, el cumplimiento de la norma se agota en “realizar los esfuerzos necesarios para alcanzar el acuerdo o el consentimiento de los pueblos afectados” (art. 3, Reglamento General de Consulta (D.S. Nº 66/2013)) o –como señaló alguna vez la Corte de Apelaciones de Santiago– “procurando acciones que reflejaran la voluntad real de concretar el procedimiento respectivo, agotando los esfuerzos para que el proceso de consulta se llevara adelante y culminara en un acuerdo con respecto a la medida administrativa consultada”⁷. De esta forma –lo dice el ya citado art. 3 del D.S. Nº66/2013– “se tendrá por cumplido el deber de consulta, aun cuando no resulte posible alcanzar dicho objetivo”. En otras palabras, la falta de acuerdo o, en su caso, el abandono de las comunidades del proceso consultivo, “no resta validez al procedimiento a condición que se

⁶ Sobre el concepto y justificación del derecho a la identidad cultural, véase FAUNDES (2019b, pp. 513-535).

⁷ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 20 de octubre de 2014, Rol Nº 19.839-2014, Considerando 9º.

hayan cumplido con todos los requerimientos procedimentales para convocar a una consulta previa, libre, informada, culturalmente apropiada y de buena fe” (NÚÑEZ POBLETE, 2015, p. 34).

Por todo lo anterior, no es extraño que se asocie esta interpretación con el concepto civil de “obligación de medio”. En este tipo de compromisos, el deudor está obligado a asumir un comportamiento o conducta tendiente a obtener un resultado, el cual es esperado por el acreedor para la satisfacción de su interés; pero si el deudor no alcanza dicho resultado, dado que no se había comprometido a hacerlo, no incurrirá en responsabilidad si demuestra que actuó con la diligencia de un buen padre de familia para tratar de obtenerlo. Extrapolando este razonamiento a la consulta, podemos conceptualizarlo de la siguiente forma: el Estado se obligaría a un tipo de comportamiento –consultar de buena fe a través de procedimientos apropiados– con miras a obtener un resultado determinado, como es el consentimiento o acuerdo de los pueblos indígenas; sin embargo, en los casos que no se obtiene ese resultado, se entenderá que de todas formas la consulta es válida si se demuestra que actuó con la diligencia debida para tratar de obtenerlo. Por eso, el foco para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de la obligación se pone en la conducta del Estado.

En este orden de ideas, parece tener razón el profesor Millaleo cuando asocia esta concepción de la consulta al concepto de “justicia puramente procedimental” concebido por RAWLS (1990, p. 90), por cuanto funcionaría como un mecanismo “en el cual se le atribuye legitimidad a un resultado, solo debido a las características del procedimiento” (MILLALEO, 2014, pp. 56 y 57); en síntesis es, “como si el proceso por sí solo hiciera al resultado justo” (NELSON, 1980, p. 503).

2. ¿La identidad cultural como límite “externo”?

Para determinar la forma en que la identidad cultural puede subvertir esta interpretación constituyéndose en un límite “externo” del resultado de un PCI, es necesario detenerse previamente en identificar los dos objetivos que tendría el derecho a consulta, para luego explicar las implicancias que supondría para el análisis de cumplimiento de un PCI y la existencia

de estos objetivos. Finalmente, a partir del ejemplo de *Añihuerraqui*, se mostrará cómo se manifestaría en la práctica este límite.

2.1. El doble objetivo de la consulta

Volvamos a la frase del profesor Donoso citada con anterioridad. En esta, se presentaban dos afirmaciones unidas por un nexo causal; se decía, primero, que la obligación de consulta no implicaba “un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”, lo que –salvo determinadas excepciones en donde el consentimiento sí opera como “requisito” (OLMOS GIUPPONI, 2018)– podría ser calificado como correcto, al menos en términos generales. A partir de esto, concluye que “la consulta constituye una ‘obligación de medios’ y no una ‘obligación de resultados’”, lo que puede ser acertado respecto de la necesidad de obtener el consentimiento, pero es erróneo si se tienen en cuenta los derechos –al territorio, recursos naturales, libre determinación, identidad cultural, etc.– que están en el fondo de estos procesos y que son los que la consulta está orientada a proteger.

Para mejor comprensión, un primer punto a relevar es la interpretación de la consulta como “obligación de medio”, lo que identifica correctamente a la “obtención del consentimiento” como un objetivo de la consulta. Este objetivo encuentra su fundamento en el entendimiento de la consulta como derecho con su propio contenido sustantivo, vinculado a la dignidad y capacidad de los pueblos: a la dignidad, por cuanto su respeto implica que el Estado no debe tomar decisiones sin tener en cuenta su punto de vista; a la capacidad, en tanto su valoración supone que los estados aseguren que los pueblos indígenas puedan controlar su vida y destino (YRIGROYEN, 2009, p. 32) –por esto es que suele conceptualizarse en doctrina a la consulta como una expresión del derecho a la libre determinación (CABRERA, 2017, p. 60). Sin embargo, aun cuando acierte en este punto, la interpretación instrumental sostenida por autores como Donoso termina oscureciendo la preocupación por los derechos sustantivos implicados en las consultas, enfocándose en su cumplimiento formal (ANAYA & PUIG, 2017, p. 448).

En términos analíticos, lo que el antedicho enfoque omite es que la consulta tiene también una naturaleza adjetiva (GÓMEZ, 2013, p. 53), que es la protección de derechos de los pueblos indígenas a la tierra, los recursos naturales, a determinar sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, etc.; constituye –como diría Anaya en su época como relator especial de Naciones Unidas– “una norma especial que protege el ejercicio de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y funciona como un medio para garantizar su observancia” (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2012a, p. 13). En otras palabras, la finalidad de la consulta no solo está dada por la búsqueda y construcción del consentimiento o el acuerdo, sino también, por la protección de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas.

Este objetivo de la consulta ha sido relevado en diversas instancias. De partida, la consulta tiene precisamente el rol de “garantía” o “salvaguarda” en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) relativa la restricción del derecho de propiedad indígena⁸; mediante estas salvaguardas, diría la Corte, “se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros de [*los pueblos indígenas y tribales*] tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia [*como pueblo indígena*]”⁹. En el mismo sentido, en distintas oportunidades la propia Corte Suprema chilena ha reafirmado esta finalidad, al declarar –en el caso *Paguanta I*– que la ausencia de este proceso significaba que las comunidades “no tienen posibilidades reales de influir en la gestación y forma de desarrollo del [*proyecto*], en consideración a la necesidad de protección de los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad”¹⁰; o también cuando señaló –en *Terminal GNL Penco-Lirquen*– que la “interrupción abrupta del proceso de consulta causa un agravio a los afectados (...) pues (...) en ese escenario, [*la Asociación Indígena*] no tiene posibilidades reales de influir en la implementación,

⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Fondo y Reparaciones)*, 27 de junio de 2012, párrs. 156 y ss.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 8 de octubre de 2015, párr. 215.

¹⁰ CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de marzo de 2012, en causa Rol N° 11.040-2011, Considerando 9°.

ubicación y desarrollo del proyecto, con el objeto de brindar la protección de sus derechos y garantizar el respeto en su integridad”¹¹.

Si esto es correcto, es decir, si la consulta efectivamente tiene, además de un objetivo vinculado a la operativización de la participación de los pueblos indígenas, uno relacionado con la protección de sus derechos sustantivos, entonces, como se verá en el próximo apartado, no es posible detenerse en el mero cumplimiento formal de las etapas procesales de la consulta para entender que esta ha sido válida, sino que se requerirá, adicionalmente, examinar el “resultado” del Proceso de Consulta Indígena, en relación con la posible afectación a los derechos de los pueblos indígenas.

2.2. Análisis de cumplimiento de un Proceso de Consulta Indígena

Como lo señalara hace ya diez años YRIGOYEN FAJARDO (2009, pp. 31-33), la existencia de este doble objetivo o finalidad de la consulta significa a su vez que el análisis de validez de un Proceso de Consulta Indígena—sea efectuado por la Comisión de Evaluación de la Región de La Araucanía (COEVA), un tribunal del contencioso administrativo ambiental o los tribunales superiores de justicia conociendo en sede proteccional—, no solo debe concentrarse en que el órgano estatal haya cumplido con los requisitos de buena fe, representatividad, antelación, etc.; sino que deberá detenerse, *inter alia*, en si “las medidas por adoptarse no afectan la integridad física o cultural de tales pueblos, o tal afectación es la mínima posible y es legítima, es decir, está justificada razonablemente” (YRIGOYEN, 2009, p. 33). En este mismo sentido se ha pronunciado la OIT, al indicar que, “incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad” (OIT, 2013, pp. 17).

¹¹ CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de enero de 2017, en causa Rol N° 65.349-2016, Considerando 8°.

Esta línea de razonamiento puede encontrarse también en el informe del Comité Tripartito de la OIT, de 2016, sobre la reclamación presentada contra Chile por la regulación reglamentaria de la consulta, tanto ambiental como general. En este caso, dicho comité, al mismo tiempo que indicaba que el Convenio N° 169 “no proporciona un derecho de veto a los pueblos indígenas, ya que alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es el propósito al iniciar el proceso de consulta, y no un requisito independiente”, clarificaba que, de igual forma, el Estado debía “asegurarse de la conformidad con el Convenio de todas las medidas legislativas y administrativas vigentes”¹².

Bajo este enfoque, entonces, un examen de cumplimiento de la consulta en el caso que no haya acuerdo o que la comunidad se retire de la misma supone, por una parte, que el Estado deba revisar si es que se realizaron todas las etapas procesales de manera adecuada –lo que efectivamente podría conceptualizarse como una “obligación de medio” en relación al consentimiento–; y por otra, debe cerciorarse que la medida que finalmente se adopte y respete los derechos establecidos en el Convenio N° 169, lo que constituiría, a su vez, una “obligación de resultado”. Si esto es así, entonces el derecho a mantener y fortalecer la identidad cultural, en tanto derecho sustantivo, se erige ahora como un criterio independiente o “externo” al procedimiento, que permite evaluar la justicia (o legalidad) de su resultado, si se quiere, como una especie de Justicia Procesal Imperfecta (RAWLS, 1995, p. 90), presentándose, en consecuencia, como un “límite” al poder de decisión del Estado tras un Proceso de Consulta Indígena que haya terminado sin acuerdo¹³.

¹² OIT, Consejo de Administración, *Informe del director general, Quinto informe complementario: Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por el Gobierno de Chile del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato Interempresas núm. 1 de Panificadores Mapuches de Santiago, GB.326/INS/15/5., párr. 130.

¹³ En el mismo sentido, ERRICO (2018) ha señalado: “In fact, it can be argued that in the case of a project which will have a severe impact on Indigenous communities, States’ obligations to safeguard cultural diversity, to protect Indigenous peoples’ cultural and physical integrity, and to respect their self-determination will come into play as a constraint to the realization of the project” (p. 441).

2.3. La identidad cultural como límite “externo” en *Añihuerraqui*

Habiendo dilucidado ya que la consulta no se agota en un mero “chequeo” del cumplimiento de estándares procesales, puede ser instructivo volver a revisar el PCI de *Añihuerraqui*. Este proyecto, recuérdese, suponía el emplazamiento de una central hidroeléctrica en un complejo ceremonial mapuche, generando una serie de impactos significativos sobre su religiosidad e identidad cultural, respecto de los cuales la principal comunidad afectada señalaba que no eran posibles de mitigar ni compensar. Por lo mismo, esta comunidad, habiendo participado de un PCI realizado de buena fe y mediante los procedimientos apropiados, manifestó que no daría su consentimiento al proyecto en cuestión. La autoridad ambiental, actuando bajo la interpretación de la consulta como “obligación de medio”, determinó que esta era válida, dado que se había cumplido con los estándares procesales en su realización.

Si se tiene en cuenta, ahora, que uno de los objetivos de la consulta es la protección de la identidad cultural de estos pueblos y que, en consecuencia, es deber del Estado asegurar que este derecho se vea respetado o que su limitación se encuentre justificada, entonces ¿qué obligaciones tendría que cumplir el Estado para poder dictar la medida consultada y/o entender que la consulta fue válida?

Una alternativa sería considerar en el mismo acápite en que se revisa el PCI, si los impactos sobre los derechos sustantivos de la comunidad fueron adecuadamente mitigados o compensados, toda vez que –se señalaría– las medidas de mitigación, reparación y compensación ambientales son precisamente garantías pensadas para hacerse cargo de los impactos sobre tales derechos. Sin embargo, y aun cuando pueden ser salvaguardias necesarias para la protección de estos derechos, no parecen ser mecanismos particularmente idóneos para lidiar con la restricción a un derecho fundamental con las características de la identidad cultural, que se vincula con el patrimonio cultural inmaterial de cada pueblo (FAUNDES, 2019, p. 55).

Frente a esto, es importante pensar una manera en que la dimensión adjetiva de la consulta pueda ser aplicada sin desvirtuar completamente el instrumento de gestión ambiental en cuestión; *i.e.*, el SEIA. Una po-

sibilidad en este sentido, está dada por que la COEVA, para entender que la consulta ha sido válida y calificar favorablemente un proyecto en donde no existió acuerdo con las comunidades afectadas, debiese cumplir con un estándar de motivación mayor respecto la suficiencia de las medidas propuestas para hacerse cargo de los impactos, asegurándose que la limitación al derecho fundamental a la identidad cultural esté justificada.

Como es sabido, en el ámbito de los derechos fundamentales, la justificación involucra que la medida en cuestión “debe, como mínimo, cumplir las normas de necesidad y proporcionalidad en relación con un fin público válido, como generalmente exige el derecho internacional de los derechos humanos cuando son permisibles restricciones en materia de derechos humanos” (CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, 2012b, párr. 70). A ello ha agregado la Corte IDH que, “un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”¹⁴.

Siguiendo este razonamiento, una restricción al derecho a la identidad cultural como aquella que acontece en *Añihuerraquí*, solo podrá entenderse justificada cuando la autoridad pueda demostrar (a) que la RCA favorable contribuye a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (*idoneidad*); (b) que dicha medida es el “medio más benigno” para alcanzar dicha finalidad (*necesidad*); (c) que la intensidad de la intervención sea la adecuada al objetivo de la intervención (*proporcionalidad en sentido estricto*)¹⁵; y (d) que esta restricción no ponga en peligro la subsistencia del grupo¹⁶. En otras palabras, aun cuando la consulta no requiera la ob-

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 28 de noviembre de 2007, párr. 128.

¹⁵ Sobre el “test de proporcionalidad”, la referencia básica es a ALEXY (2007).

¹⁶ Este requisito fue incorporado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre derechos de los pueblos indígenas y pueblos afrodescendientes, específicamente en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 28 de noviembre de 2007, párr. 128 (“Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”).

tención del consentimiento para ser considerada válida, de manera que incluso en ausencia de este la Comisión de Evaluación de la Región de La Araucanía podría aprobar un proyecto, sí necesita demostrar que las restricciones que dicho proyecto implique a la identidad cultural de los pueblos se encuentren justificadas en los términos descritos. Y, si no puede justificar esta restricción, entonces la consulta no podrá ser calificada de válida, de manera tal que la identidad cultural termina funcionando como límite “externo” al poder del Estado de llevar adelante la medida.

3. Conclusiones

En este breve artículo, se ha intentado conceptualizar una comprensión del derecho a consulta, según la cual este no se agota en un simple cumplimiento formal de garantías procesales que permitan la participación indígena en los procesos de toma de decisión estatal, sino que implica además la verificación del resultado de acuerdo un criterio externo de legalidad, independiente de la forma en que se llevó a cabo la participación. En el caso revisado en este trabajo, ese criterio externo estaría dado por el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer su identidad cultural. En otras palabras, el test de cumplimiento de la consulta debiese incluir el evaluar si se ha restringido este derecho y, si esto es así, se tendrá que examinar si esta restricción se encuentra justificada, según los parámetros que el derecho internacional de los derechos humanos ha considerado para ello. En el caso que la restricción al derecho a la identidad cultural no pueda considerarse justificada, entonces el proyecto no podría llevarse a cabo y, en consecuencia, este derecho funcionaría como límite al resultado de la consulta. Si el razonamiento anterior es correcto, parece claro también que el derecho a la identidad cultural permitiría subvertir la comprensión “procedimental” de la consulta.

Referencias bibliográficas

- ALEX, Robert (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ANAYA, S. James, & Puig, Sergio (2017). “Mitigating State Sovereignty: The Duty to Consult with Indigenous Peoples”. *University of Toronto Law Journal*, 67(4), pp. 435–464.
- CABRERA, María Victoria (2017). *The requirement of consultation with indigenous peoples in the ILO: between normative flexibility and institutional rigidity*. Leiden: Brill Nijhoff.
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2012a). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/HRC/21/47*.
- (2012b). *Comentarios del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el documento titulado: “Propuesta de gobierno para nueva normativa de consulta y participación indígena de conformidad a los artículos 6° y 7° del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”*. Disponible en: unsr.jamesanaya.org
- DONOSO, Sebastián (2014). “Empresas y comunidades indígenas: el nuevo escenario que plantea el Convenio 169 de la OIT”. *Temas de la agenda Pública*, 9 (73), pp. 3-20.
- FAUNDES, Juan (2019). “Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico”, *Revista Izquierdas*, N° 45, febrero 2019, pp. 51-78.
- (2019b). “El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación”. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, 9.2, 2019, pp. 513-535.
- ERRICO, Stefania (2018). “Control over Natural resources and Protection of the Environment of Indigenous Territories”. En: Jessie Hohmann & Marc Weller (Eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A Commentary* (pp. 425-457). Oxford: Oxford University Press.

- GÓMEZ RIVERA, Magdalena. (2013). “Los pueblos indígenas y la Razón de Estado en México: elementos para un balance”. *Nueva Antropología*, XXVI (78), pp. 43-62.
- LARSEN, Peter Bille (2015). *Post-frontier Resource Governance. Indigenous Rights, Extraction and Conservation in the Peruvian Amazon*. Basingstoke, Hampshire: Palgrave Macmillan.
- (2016). “The ‘New Jungle Law’: Development, Indigenous Rights and ILO Convention 169 in Latin America”. *International Development Policy* 7(1). Disponible en: journals.openedition.org
- MERINO, Roger (2018). “Re-politicizing participation or reframing environmental governance? Beyond indigenous’ prior consultation and citizen participation”. *World Development*, (111), pp. 75–83.
- MILLALEO, Salvador (2014). “¿Gobernar Consultado? Análisis comparativo respecto a los problemas en relación a las bases y objetos de la consulta indígena (Convenio 169) de los reglamentos aprobados en Chile”. En: *¿Chile indígena? Desafíos y oportunidades para un nuevo trato* (pp. 52-102). Santiago: Fundación Chile.
- NELSON, William (1980). “The Very Idea of Pure Procedural Justice”. *Ethics*, 90 (4), pp. 502-511.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel Antonio. (2015). “Estándares de cautela, consulta indígena y fundamentación en los procesos de evaluación de impacto ambiental. Comentarios a El Morro”. En: *Sentencias Destacadas 2014* (pp. 19-36). Santiago: Libertad y Desarrollo.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2013). *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT*. Ginebra: OIT.
- OLMOS GIUPPONI, Belén. (2018). “Free, Prior and Informed Consent (fpic) of Indigenous Peoples before Human Rights Courts and International Investment Tribunals: Two Sides of the Same Coin?” *International Journal on Minority and Group Rights*, pp. 1-45.
- RAWLS, John. (1995). *Teoría de la Justicia*, México: FCE.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2012). “*Etnicidad.gov. Los recursos naturales, pueblos indígenas y el derecho a consulta previa en los campos sociales minados*”. Bogotá: Dejusticia.

- SCHILLING-VACAFLOR, A. (2019). “Norm Contestation and (Non-) Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries”. En: Isabel Feichtner, Markus Krajewski & Ricarda Roesch (Eds.), *Human Rights in the Extractive Industries. Transparency, Participation, Resistance* (pp. 311-337). Cham: Springer.
- SUAZO, R. (2018). *Proceso de consulta indígena en el SEIA: en la frontera intercultural* (Tesis para optar al grado de Magister en Desarrollo Humano Local y Regional, UFRO).
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2009). “De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento”. En: *El Otro Derecho*, (40), pp. 12-53.

Este libro se terminó de imprimir
en Santiago de Chile,
diciembre de 2020

Teléfono: 22 22 38 100 / ril@rileditores.com

Se utilizó tecnología de última generación que reduce el impacto medioambiental, pues ocupa estrictamente el papel necesario para su producción, y se aplicaron altos estándares para la gestión y reciclaje de desechos en toda la cadena de producción.

Este libro da cuenta de la relevancia de las cuestiones del derecho a la identidad cultural. Su lectura es una oportunidad para reenfrendar los idearios críticos sobre los derechos humanos, ya que no son dogmas de fe ni tampoco incuestionables. Las autoras y los autores abordan preocupaciones éticas, cuestionan los modelos de justicia que aún perviven después del retorno a la democracia en nuestra región, que se niegan a comprender los derechos colectivos a la identidad cultural de los pueblos indígenas y naciones originarias como derechos fundamentales.

El libro se forma por estudiosas y estudiosos de los fundamentos teóricos del derecho a la identidad cultural; de las afectaciones de las empresas transnacionales a la dignidad de los pueblos indígenas; se ofrecen testimonios y análisis de caso. El texto es un logro peculiar con alientos a la práctica de los derechos humanos desde los contextos concretos de inconformidad y resistencia, y al mismo tiempo de creatividad.

[...] El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, que es sin duda relevante, requiere a estas alturas una actualización en la que se exija a las autoridades el cumplimiento de manera obligatoria de los resultados de las consultas libres e informadas a los pueblos indígenas; se requiere que los gobiernos tengan respeto a los derechos humanos de manera sistemática. Por ello mismo, también hay urgencia de otro documento que sea vinculante para los Estados y adquieran la obligación de someter a control de los criterios de los derechos humanos a las empresas transnacionales, ya que los principios rectores son solo deseos, ni siquiera llegan a planteamientos firmes en tanto que dejan a las poblaciones y los pueblos del mundo en manos de sujetos privados. El libro conmina a mantener las expectativas de respeto de los derechos humanos con base en la crítica, la inventiva y la intervención para mejores relaciones políticas inclusivas e incluyentes.

ANA LUISA GUERRERO GUERRERO
(Extracto del prólogo)



RIL editores

ISBN 978-956-01-0790-9



9 789560 107909