

1-2/10

ASUNTOS

INDIGENAS

DESARROLLO Y DERECHO CONSUETUDINARIO



IWGIA

contenido

CONTENIDO

editorial

4

áfrica

APLICACION DE LA LEY CONSUECUDINARIA DE
LOS PUEBLOS INDIGENAS PARA PROTEGER
SUS DERECHOS TERRITORIALES EN AFRICA

George Mukundi Wachira

6

DERECHO CONSUECUDINARIO Y RESOLUCION
DE CONFLICTOS ENTRE LAS COMUNIDADES
PASTORALISTAS DE KENIA

Abraham Korir Sing'oei

16

EL POTENCIAL EMANCIPATORIO DEL DERECHO
CONSUECUDINARIO PARA EL DERECHO A LA
TIERRA DE LAS MUJERES

Wilmien Wicomb

22

asia

EL DESARROLLO LIBREMENTE DETERMINADO
DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

John Bamba

28

PUEBLOS INDIGENAS Y DERECHO
CONSUECUDINARIO EN SABAH, MALASIA

Jannie Lasimbang

38

DEFINICION DE COSTUMBRE
INTERPRETACION Y MANIPULACION COLONIAL DE
LAS COSTUMBRES INDIGENAS EN INDIA

Asoka Kumar Sen

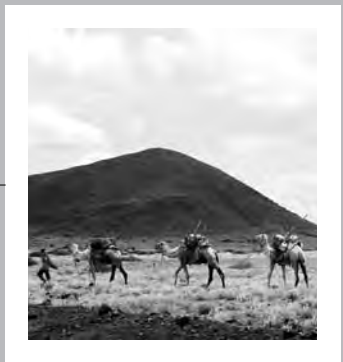
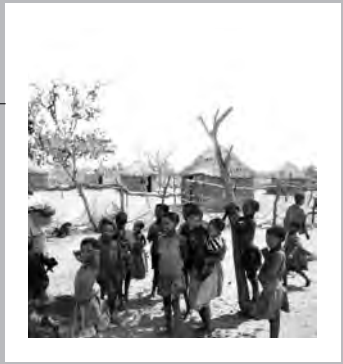
44

américa latina

ACERCA DE LA VISION DEL BUEN VIVIR DE
LOS PUEBLOS INDIGENAS EN LATINOAMERICA

Mirna Cunningham

52



LA MADRE TIERRA Y EL "BUEN VIVIR"
¿NUEVOS PARADIGMAS ANALITICOS Y ESTRATEGICOS
DE LAS LUCHAS INDIGENAS?

Efraín Jaramillo Jaramillo

60

LA FELICIDAD COMO INDICADOR
DE CALIDAD DE VIDA

Alberto Chirif

66

LA JUSTICIA INDIGENA EN BOLIVIA EN
EL MARCO DEL ESTADO PLURINACIONAL

Elba Flores Gonzáles

74

ártico

EL DERECHO HUMANO INDIGENA
AL DESARROLLO

Dalee Sambo Dorough

80

LA SITUACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS
DEL NORTE DE RUSIA EN EL MARCO
DEL PLURALISMO LEGAL

Natalya Novikova

88



ISSN 1024-3275



GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDIGENAS 2010

Secretariado Internacional

Classensgade 11 E, DK-2100

Copenhague, Dinamarca

Tel.: (+45) 35 27 05 00

Fax: (+45) 35 27 05 07

E-mail: iwgia@iwgia.org - Pág. web: www.iwgia.org

Editores: Geneviève Rose y Jens Dahl

Proof reading and translation from Spanish: Elaine Bolton

Traducción del ruso: Olga Povoroznyuk

Precio por ejemplar 7.50 US\$ + franqueo

Las opiniones expresadas en las publicaciones de IWGIA no reflejan necesariamente las del Grupo de Trabajo. No se autoriza la reproducción total o parcial de esta publicación sin autorización de la organización.

**Todas las publicaciones de IWGIA se pueden adquirir a través de nuestra tienda web:
shop.iwgia.org**

Ante cualquier consulta respecto a nuestras publicaciones, no dude en contactarse con el secretariado.

Si desea ser miembro de IWGIA, recibirá descuentos al adquirir otras publicaciones de nuestra tienda web.

En muchas partes del mundo, los pueblos indígenas sufren los efectos de una historia de discriminación y exclusión que les ha dejado al margen de las sociedades generales en las que viven. Por esta razón, se enfrentan a grandes dificultades para mantener y afianzar sus propios modelos de desarrollo y se ven desproporcionadamente afectados por la pobreza y la exclusión. De acuerdo con los principios básicos de universalidad, igualdad y no discriminación, los pueblos indígenas están legitimados a todos los derechos humanos individuales establecidos en el derecho internacional. Sin embargo, para ser capaces de disfrutar de derechos equitativos similares a los de otras colectividades, y para poder hacer valer su proceso de desarrollo libremente determinado, se requieren medidas especiales.

El presente ejemplar de Asuntos Indígenas es un número conjunto que reúne una mezcla de diferentes artículos y perspectivas acerca del desarrollo, la libre determinación y el papel del derecho consuetudinario. Los artículos inciden sobre el desarrollo económico, legal, social y político de los pueblos indígenas.

Libre determinación y desarrollo

Los pueblos indígenas, como colectividades, tienen culturas, sistemas y cosmovisiones distintivas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de aquellas de la población mayoritaria. La vida y el futuro de los pueblos indígenas pueden únicamente ser asegurados mediante el reconocimiento y la protección de no solo sus derechos individuales sino también de sus derechos colectivos como pueblos diferentes. Es por lo tanto al hacer valer su derecho a la libre determinación, como establecido en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que los derechos colectivos de los pueblos indígenas se pueden hacer realidad de un modo significativo.

Durante el proceso completo de negociación para la elaboración de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, estos constantemente defendieron el reconocimiento de su derecho a la libre determinación como un requisito imprescindible para la protección y promoción, y también para el ejercicio y disfrute, de todos sus derechos. Los pueblos indígenas hicieron hincapié en que, además de los derechos humanos individuales, los derechos colectivos son la piedra angular de las comunidades y culturas indígenas. Los sentidos de comunidad y colectividad impregnan su espiritualidad, relación con la tierra, modos de resolver conflictos, su visión del medioambiente y sus aspiraciones de progreso. Las visiones de futuro y los

deseos para aumentar el bienestar de los pueblos indígenas son, ante todo, de orientación comunal y vinculados más a la colectividad que al ser humano individual. Disponer de un bienestar mayor y del control de su propio futuro constituye el paradigma de desarrollo de los pueblos indígenas, tanto si el énfasis es en la prosperidad económica, las leyes consuetudinarias, la resolución de conflictos o las relaciones espirituales. En este número, Dalee Sambo ilustra como el desarrollo es un derecho inalienable y una parte integral de la libre determinación de los pueblos indígenas, tal y como estipulado en la Declaración, y utiliza como ejemplo la Ley de Resolución de Reclamaciones Territoriales de la Población Nativa de Alaska (*Alaska Native Claims Settlement Act*).

Como Victoria Tauli Corpuz¹ ha señalado en varias ocasiones, se necesita un modelo de desarrollo humano que proporcione a los pueblos indígenas la posibilidad de continuar viviendo en sus tierras y decidir como van a ser utilizados sus recursos naturales, y esto significa que tienen que ser los mismos pueblos indígenas quienes deben decidir el tipo de desarrollo cultural, económico, legal y espiritual que quieren. Tal desarrollo libremente determinado respetaría la cultura e identidad de los pueblos indígenas y reflejaría sus propias visiones, perspectivas y estrategias.

Más recientemente, los sentidos de comunidad o colectividad de los pueblos indígenas han sido restablecidos en el planteamiento actual de celebración y respeto hacia la "Madre Tierra". El concepto de Madre Tierra utilizado por los pueblos indígenas de las Américas contiene elementos religiosos pero, ante todo, representa valores culturales y un deseo de cuidar el futuro de las generaciones venideras. Relacionado con el concepto de Madre Tierra se encuentra la noción de Buen Vivir que expresa la estrecha relación entre los seres vivos y la naturaleza y que enlaza con el pasado histórico de libre determinación indígena antes de la invasión y conquista. Representa todo lo contrario a explotación de recursos, comercialización y opresión y da prioridad a la subsistencia y al uso renovable y sostenible de la naturaleza. En este sentido, representa una forma indígena de progreso alternativa al desarrollo occidental de dominio capitalista. Sin embargo, existen razones para ser cautelosos ante el creciente uso de referencias a los *derechos de la Madre Tierra* inherentes o interrelacionadas con el marco de derechos humanos internacionales. Aunque tal lenguaje puede mejor reflejar una cosmovisión indígena que el expresado en el texto de derechos humanos propiamente dicho, sigue aún latente la cues-

¹ Miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (UNFPPII) y directora ejecutiva de la Fundación Tebtebba, un centro de investigación de los sistemas de actuación de los pueblos indígenas con sede en Filipinas.

tión de determinar quien es el legítimo portavoz de la Madre Tierra. Es por lo tanto importante ser precavidos ante las posibles consecuencias. El nuevo discurso sobre los Derechos de la Madre Tierra tiene que contribuir a reforzar la integridad del marco de los derechos humanos internacionales. Si es en cambio utilizado para cuestionar la validez de esos derechos humanos, ello significará un grave revés para el respeto por los derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas incluidos. Los conceptos de Madre Tierra y buen vivir se resumen y discuten en los artículos de Mirna Cunningham y Efrain Jaramillo.

La insistencia sobre los derechos colectivos y sus conexiones con culturas y tradiciones indígenas es, en gran parte, un mecanismo de supervivencia. Es un intento de hacer frente a la desposesión cuando se está constantemente amenazado por proyectos de minería, tala, plantaciones de palma aceitera, etc. En esta publicación, John Bamba, un líder indígena de Kalimantan Occidental, Indonesia, da un importante ejemplo de como al establecer cooperativas de crédito comunitarias se unifican las necesarias conexiones comunales con las demandas individuales de préstamos.

La importancia del derecho consuetudinario para el desarrollo de los pueblos indígenas

Las culturas indígenas contienen sólidas tradiciones colectivas tales como el compartir, la solidaridad y la propiedad comunitaria de las tierras. Los pueblos indígenas necesitan controlar su propio futuro y progreso y, para hacer eso, necesitan que se reconozcan sus costumbres y tradiciones. En este sentido, el derecho consuetudinario es primordial para el desarrollo de los pueblos indígenas.

En este número, los artículos sobre Malasia (por Jan-nie Lasimbang), Bolivia (por Elba Flores Gonzales) y Rusia (por Natalia Novikova) proporcionan ejemplos de la importancia del derecho consuetudinario para los pueblos indígenas. En Sabah, Malasia, se han producido movimientos alentadores para promover y proteger el sistema de gobierno tradicional de los pueblos indígenas conocido como *adat* (que incluye el derecho consuetudinario y las instituciones tradicionales). Este avance puede ayudar a los pueblos indígenas de Sabah a retener sus tradicionales modos de vida y costumbres sociales. En Bolivia, se reconoce en la actualidad el pluralismo legal y se están tomando medidas para legalizar el sistema de justicia de los pueblos indígenas. Esta realidad crea algunos retos pero también oportunidades para desarrollar un nuevo sistema, que el autor ve como caracterizado por “respeto, reciprocidad, coordinación y complementariedad mutuos”. En cuanto a Rusia, el autor argumenta que el sistema legal existente ofrece espacio para la inclusión de las leyes consuetudinarias y las tradiciones de los pueblos indígenas. Esta posibilidad puede ser trascendente, especialmente para las formas

tradicionales de gestión de recursos naturales y la regulación de los asuntos locales.

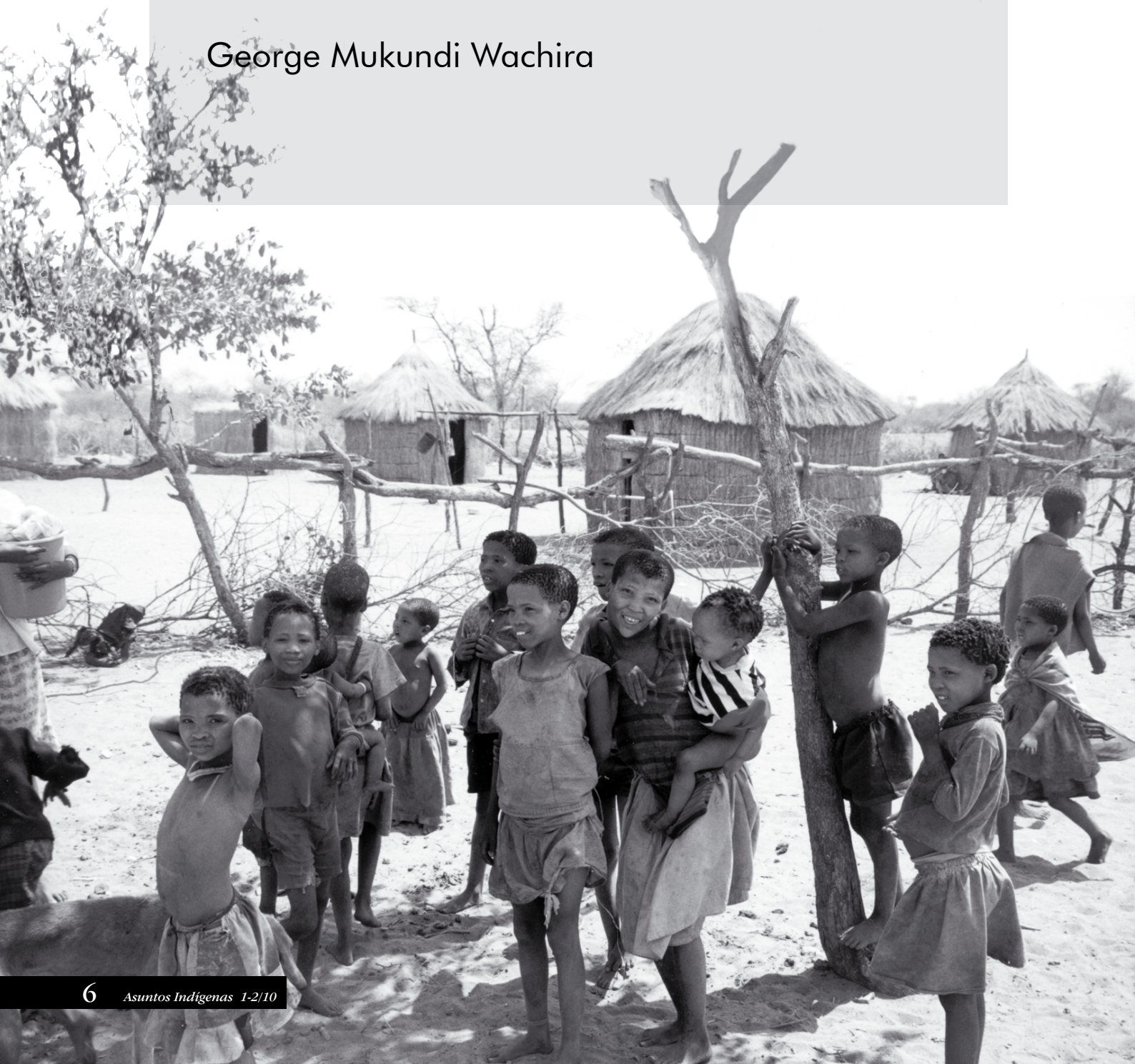
En su artículo, Sing’oei Korir razona que, para los pueblos indígenas, las prácticas tradicionales y el derecho consuetudinario pueden ser más apropiadas para resolver conflictos que las normas legales. El autor demuestra este punto mediante el proceso de resolución de conflictos entre las comunidades pastoralistas en el norte de Kenia. Como enfatiza en su escrito: “Dada la índole no segregacionista que caracteriza a los individuos en los Estados africanos y el hecho de que pertenecer a grupos es aún una realidad notable, tiene que haber un espacio de utilización de mecanismos comunitarios para abordar litigios contenciosos que trascienden al individuo y tengan consecuencias generalizadas en el grupo”. En la misma línea, el artículo de George Mukundi describe la importancia de las leyes, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para sus derechos a la tierra y a los recursos naturales. El artículo muestra como las leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas pueden proteger y promover la propiedad, el control y la gestión colectivos de la tierra, en conformidad con sus culturas y tradiciones.

La naturaleza adaptable y evolutiva del derecho consuetudinario puede a veces constituir una desventaja dado que, durante la historia, a veces ha sido distorsionado por el sistema legal colonial imperante. El artículo de Asoka Kumar Sen presenta el ejemplo de India, donde el sistema colonial británico manipuló las costumbres indígenas. Como el mismo manifiesta: “dado que ambas fuerzas internas y externas las inventaron y recrearon [las costumbres], de vez en cuando, para adaptarse a las exigencias de la comunidad en cuestión y a los imperativos del estado colonial”. Sin embargo, como Wilmien Wicomb señala en su artículo, el derecho consuetudinario “y la naturaleza adaptable del mismo” puede también ser utilizado por las mujeres para promover y proteger sus derechos de acceso a la tierra. De acuerdo al autor y otros investigadores, el hecho de que el derecho consuetudinario no es un área de derecho estática y el factor de que esté siempre evolucionando y adaptándose al entorno, da a las mujeres una oportunidad para “negociar un cambio dentro de sus comunidades para el avance de su propia posición”. Esta naturaleza mutable del derecho consuetudinario puede por lo tanto ser también un factor positivo y contribuir al desarrollo de grupos especiales, tales como mujeres y pueblos indígenas.

Este ejemplar conjunto de Cuestiones Indígenas ofrece una discusión general sobre posibles modelos de desarrollo que respetan los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación y presta atención específica al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y como este puede afianzarse paralelamente a la búsqueda de los pueblos indígenas encaminada al desarrollo libremente determinado, autogobierno, control y gestión de sus territorios, e incluso ayudarles a abordar sus propios retos internos, tales como resolución de conflictos y los derechos de las mujeres. ○

Aplicación de la ley consuetudinaria de los pueblos indígenas para proteger sus derechos territoriales en África

George Mukundi Wachira



Introducción

El reconocimiento y protección de los derechos territoriales es el núcleo de las luchas de los pueblos indígenas. La centralidad de la tierra para los pueblos indígenas de África se debe a que ellos dependen de sus tierras tradicionales y los recursos naturales como medio de vida y para su sustento económico, como también para su vida cultural y religiosa.¹ “Los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y los recursos naturales emanan no sólo de la posesión, sino también de sus ideas articuladas sobre la administración comunal de la tierra y de un nexo profundo y emocional con la tierra y sus frutos”.² El derecho al acceso, control, utilización y posesión de las tierras tradicionales y los recursos naturales son por lo tanto críticos para la supervivencia de los pueblos indígenas de todo el mundo.

La propiedad, el acceso y el uso de los derechos territoriales de los pueblos indígenas han estado, desde tiempos inmemoriales, gobernados mediante costumbres, prácticas y tradiciones bien desarrolladas. Los pueblos indígenas han cultivado y desarrollado una relación especial en conexión con su tierra como base de su existencia.³ Están por lo tanto apegados a sus tierras tradicionales específicas y no simplemente a cualquier pedazo de tierra.⁴ Son tierras en las que han habitado por generaciones y el apego está relacionado con el hecho de que tienen un significado cultural y espiritual.⁵ En efecto, mientras que la mayor parte de las otras comunidades consideran que sus tierras son algo más que un medio de producción, para aquellas que se identifican como pueblos indígenas de África su tierra y sus recursos naturales tipifican su naturaleza cultural y colectiva única, y son usualmente su único medio de subsistencia.

La preferencia de los pueblos indígenas –especialmente los pastoralistas– por los derechos colectivos sobre la tierra se debe al hecho de que un sistema de tenencia individualizado es a menudo una opción inviable e incompatible con sus aspiraciones culturales y su modo de vida.⁶ Sobre esa base, los pueblos indígenas buscan la propiedad comunal de la tierra en contraposición a los sistemas de tenencia individual.⁷ Aparte de las razones culturales y tradicionales para buscar el reconocimiento colectivo de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, estos grupos habitan territorios que sólo son aptos para el uso comunitario de los recursos.⁸ Los pastoralistas, por ejemplo, que se identifican como pueblo indígena, ocupan tierras en regiones áridas y semiáridas, incluyendo sabanas, que son aptas principalmente para la cría de ganado.⁹ Mientras que estas tierras son expansivas, no son aptas para la agricultura sedentaria a pequeña escala y la naturaleza exige que estos recursos sean utilizados y administrados de manera sustentable, ya que en caso contrario se

pueden experimentar serias repercusiones adversas, como sequías y degradación ambiental.

En efecto, más allá de los esfuerzos concertados y los intentos de varios estados africanos para individualizar la tenencia de la tierra, los conceptos de la propiedad comunal y consuetudinaria siguen vivos en muchas comunidades de pueblos indígenas. Además, las constituciones de los Estados –que son las leyes supremas– a menudo subordinan el derecho consuetudinario africano a las leyes escritas.¹⁰ La falta de reconocimiento de los pueblos indígenas y sus aspiraciones, lo que incluye la propiedad, el control y la administración de sus tierras de acuerdo con sus costumbres y sus tradiciones, continúa excluyendo y afianzando la discriminación histórica que ha sufrido esta población por generaciones.¹¹ Esta exclusión toma sobre todo la forma de leyes y políticas que no reflejan los derechos de propiedad de los pueblos indígenas.¹²

El reconocimiento de las leyes, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas es por lo tanto fundamental para la protección de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y a los recursos naturales.¹³ Esta contribución busca resaltar la importancia del reconocimiento legal del derecho consuetudinario para garantizar y proteger los derechos territoriales de los pueblos indígenas de África. Por medio del análisis comparativo de avances legales selectos de África, el artículo sostiene que el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas protege su derecho colectivo a la tierra y merece promoción y reconocimiento legal.

Desafíos clave afrontados por los pueblos indígenas en busca de la aplicación de su ley consuetudinaria para proteger sus derechos territoriales

Uno de los desafíos principales para la utilización del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas para proteger sus derechos territoriales es la existencia de cláusulas de contradicción en las leyes, lo que limita la aplicación del derecho consuetudinario en relación con la protección de los derechos territoriales. Estas cláusulas, presentes en Estados que tienen una herencia legal en común, estipulan que las normas del derecho consuetudinario son válidas sólo en tanto no sean inconsistentes con la constitución y otras leyes escritas.¹⁴

El otro desafío, relacionado con el anterior, para los derechos territoriales de los pueblos indígenas sobre la base del derecho consuetudinario es la prueba de propiedad. Los pueblos indígenas de África dependen principalmente de las tradiciones orales y su conexión con lugares culturalmente significativos, como cementerios, para reclamar y probar su propiedad. La mayor parte de las leyes, costumbres y tradiciones de los pueblos indíge-

nas de África no están escritas. Fueron transmitidas oralmente de generación en generación. En estas circunstancias, los pueblos indígenas se ven enfrentados con el desalentador desafío de asegurar que sus tierras sean reconocidas, apropiadamente demarcadas y protegidas de acuerdo con su derecho y sus tradiciones consuetudinarias.¹⁵

Para proteger efectivamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas de África, es imperativo que los Estados reconozcan y tomen en cuenta las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas.¹⁶ Esto podría implicar asegurar que el marco legal repare las injusticias históricas y garantice el reconocimiento y la aplicación equitativa de los sistemas legales tradicionales de los pueblos indígenas.¹⁷

Aplicación contemporánea en África del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas

África es tan diversa como lo son sus pueblos; en consecuencia, una revisión integral de la aplicación del derecho consuetudinario en el continente no es factible en el marco limitado de esta contribución. Un examen elaborado de estas leyes requeriría una investigación de los diferentes sistemas y tradiciones legales y cómo estos se ven influenciados por el derecho consuetudinario, la ley civil y la ley islámica. Este estudio busca mostrar la aplicación del derecho consuetudinario africano para la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas por medio de ejemplos de tres países tomados como casos con los que el autor está familiarizado: Kenia, Sudáfrica y Namibia. Es necesario reconocer que el análisis de los tres países no es necesariamente representativo del continente con respecto a la situación de los pueblos indígenas de África. Sin embargo, sí ilustra hasta qué punto el derecho consuetudinario africano se aplica en términos de reivindicar los derechos territoriales de los pueblos indígenas que podrían igual y generalmente obtenerse en el resto del continente. La aplicación en África de la ley consuetudinaria de los pueblos indígenas fue recientemente reafirmada por un desarrollo en la jurisprudencia dentro del sistema africano de derechos humanos a través del cual la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos reconoció los derechos territoriales de una comunidad indígena –los endorois de Kenia– sobre la base del derecho consuetudinario africano.¹⁸

Kenia: la promesa de una nueva exención constitucional

En Kenia, hasta la promulgación de la nueva Constitución en agosto de 2010, la aplicación del derecho consue-

tudinario africano estaba limitada por las cláusulas de contradicción e inconsistencia.¹⁹ La revocada Constitución keniana de 1963 estipulaba que “ningún derecho, interés u otro beneficio bajo la ley consuetudinaria tendrá efecto... si se contradice con alguna ley escrita”.²⁰ Esta limitación restringía la aplicabilidad de la tenencia comunal de tierras bajo la ley consuetudinaria cuando esta entraba en conflicto con la tenencia individual.²¹ Aunque esa Constitución disponía expresamente la protección de tierras en fideicomiso de acuerdo con las necesidades y aspiraciones de la comunidad,²² los marcos legales existentes “facilitaban el deterioro del derecho de tenencia de tierras comunales”.²³ Esta situación surge del hecho de que las tierras y territorios tradicionales de los pueblos indígenas no están registradas a un individuo, sino que son tenidas en fideicomiso por los gobiernos de los condados, quienes pueden entregarle la tierra a individuos una vez que está registrada.²⁴

Un intento por parte de Kenia de tener en cuenta la tenencia comunal de tierras a través de un plan de granjas colectivas, particularmente en base al derecho consuetudinario de los maasai –una comunidad indígena pastoralista–, finalmente fracasó cuando el plan de granjas colectivas colapsó en gran medida.²⁵ La conversión de las tierras de propiedad comunal –en ese momento gobernadas según las tradiciones, costumbres y prácticas maasai– en granjas colectivas fue facilitada por la legislación. La adaptación se hizo mediante la promulgación de la Ley de Adjudicación de Tierras de Kenia de 1968, que disponía el registro de derechos e intereses en tierras consuetudinarias y su asignación a sus usuarios consuetudinarios, y la Ley de Tierras (Representantes Grupales),²⁶ que determinaba cómo se debían gobernar y administrar las granjas colectivas.²⁷

Sin embargo, mientras que el plan de las granjas colectivas se ancló en el marco legal escrito, fue criticado por convertir las relaciones comunales armoniosas relativas a la tierra en un régimen reglamentado que ignoraba las tradiciones de la comunidad y la forma de vida preferida por los maasai.²⁸ El fracaso del plan de granjas colectivas, que culminó con la subdivisión generalizada de la tierra maasai, resulta una fuerte evidencia de la falta de apreciación y consideración hacia los pueblos indígenas de Kenia y de los principios fundamentales de justicia, no discriminación e igualdad prevalecientes en ese momento.²⁹ En efecto, los expertos sostienen que “aunque los maasai no aceptaron o incluso no entendieron algunas de las características de los ranchos grupales como por ejemplo las cuotas de pastoreo, el mantenimiento de límites y el comité administrativo, ellos aceptaron la idea de las granjas colectivas fundamentalmente porque les daba protección contra una mayor apropiación de tierras por parte del gobierno, contra la incursión de no maasai y contra la apropiación de tierra por parte de la elite maasai”.³⁰

De todos modos, el verdadero culpable fue el hecho de que la Ley Suprema –la Constitución de Kenia de 1963– y otras leyes escritas daban primacía a la tenencia individual de tierras.³¹ En consecuencia, el intento de legislar los derechos territoriales comunales en la forma de granjas colectivas sobre la base del derecho consuetudinario no protegía a las comunidades indígenas de la incursión de individuos. De hecho, la introducción del plan de granjas colectivas puede entenderse como una forma indirecta de afianzar la tenencia individualizada de la tierra entre estas comunidades con el fin de cumplir con el régimen de tenencia de tierra de ese momento, que subsiste actualmente.

La Constitución de Sudáfrica, por otro lado, le da al derecho consuetudinario africano el mismo estatus que las leyes escritas cuando se trata de asuntos relevantes para la aplicabilidad del derecho consuetudinario, que está sujeto sólo a los valores y normas de la Constitución.³² Sin embargo, la Constitución de Namibia, como la recientemente revocada Constitución de Kenia, todavía supedita el derecho consuetudinario africano a todas las otras leyes escritas.³³ Es interesante notar, sin embargo, que Namibia reserva la administración de todos los derechos de tierras comunales de Namibia al derecho consuetudinario. De todos modos, en vistas de la falta de una garantía constitucional respecto al tratamiento y la aplicación equitativa del derecho consuetudinario africano en Namibia en relación con el derecho escrito, el

estado difícilmente podría ofrecer gran protección para los derechos territoriales de los pueblos indígenas.³⁴

Mientras que la nueva Constitución de Kenia mantiene la cláusula de inconsistencia, su aplicación está ahora encomiablemente limitada sólo a la Constitución.³⁵ Esta disposición es ahora similar a la cláusula de la Constitución sudafricana de supremacía de la Constitución.³⁶ De hecho, y como un notable y encomiable progreso, en la nueva Constitución de Kenia de 2010, los derechos territoriales de los pueblos indígenas tienen una protección equitativa de sus derechos territoriales sobre la base de sus leyes consuetudinarias. La Declaración de Derechos de la nueva Constitución dispone por primera vez que “una persona perteneciente a una comunidad lingüística o cultural tiene el derecho, con otros miembros de la comunidad, de disfrutar de su cultura...”³⁷ y aun “el estado implementará programas de discriminación positiva diseñados para asegurar que los grupos minoritarios y marginados desarrollen sus valores culturales, lenguaje y prácticas”.³⁸ Podría decirse que estas nuevas disposiciones constitucionales deberían traducirse en la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas sobre la base del derecho consuetudinario. El jurado por lo tanto no participa en la consideración de hasta qué punto la implementación de la nueva Constitución de Kenia, que ya ha comenzado, le dará sentido a los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

Comunidad Richtersveld luego de haber ganado su caso en el Tribunal Constitucional de Africa del Sur – Foto: archivo de IWGIA



Adicionalmente, la sección 63 de la nueva Constitución de Kenia elaboró disposiciones sobre tierras comunitarias.³⁹ La Sección 63 (1) dispone que la tierra comunitaria será conferida a y tenida por comunidades que se identifiquen en base a su etnicidad, cultura o interés comunitario similar –lo que sin duda incluye a las comunidades indígenas-. Estas disposiciones se alejan claramente de la Constitución revocada de 1963, que confería la tierra comunitaria a la comunidad pero decía que la tierra era entonces tenida en fideicomiso por las autoridades locales. Esta situación a menudo llevó al abuso de la relación de fideicomiso, ya que era común que los gobiernos de los condados dispusieran de las tierras de los pueblos indígenas sin tener para nada en cuenta los intereses de la comunidad.⁴⁰ Se espera que con la promulgación de la nueva Constitución estos abusos pasen a la historia, ya que la comunidad tendrá el título de sus tierras en pleno derecho, basado en leyes consuetudinarias.

Sudáfrica: reconocimiento legal expreso junto con una interpretación progresista de la Constitución

Los pueblos indígenas de Sudáfrica han invocado la cláusula de restitución de la Constitución y procesos legales para recuperar sus tierras ancestrales en base al derecho.⁴¹ La restitución de los derechos territoriales fue uno de los intentos de Sudáfrica para devolver las tierras y brindar una solución a individuos y grupos que fueron desposeídos de sus tierras como resultado de las leyes y políticas racialmente discriminatorias del apartheid.⁴² De acuerdo con la Ley de Restitución, la desposesión relevante se refiere al “derecho a la tierra”, que no necesita estar registrada.⁴³ Resulta instructivo que el “derecho a la tierra” en Sudáfrica puede ser de naturaleza consuetudinaria.⁴⁴

Mientras que las disposiciones expresas de la Constitución y la legislación de Sudáfrica brindan una vía clara para la restitución de tierras a través de procesos judiciales, los pueblos indígenas del país –entre los que se destaca la comunidad Richtersveld-, han explorado reclamos alternativos basados en el derecho consuetudinario africano.⁴⁵ Aunque la comunidad Richtersveld abandonó el reclamo por sus derechos aborígenes que había presentado ante la Corte de Cabo Alto para favorecer su reclamo de restitución, resulta instructivo que la Corte Constitucional haya hecho todo lo posible por ilustrar la aplicabilidad del derecho consuetudinario africano como medio de probar los derechos territoriales indígenas.⁴⁶ Efectivamente, mientras que la Corte Constitucional declaró que la comunidad tenía derecho a la tierra a través de la vía más directa de la Ley de Restitución, reconoció que los derechos de la comunidad a la tierra en cuestión se basaban en su ley indígena.⁴⁷

En particular, la Corte Constitucional sudafricana declaró que la comunidad indígena de Richtersveld tenía derecho a la tierra no en virtud de su derecho consuetudinario sino en virtud de la Constitución.⁴⁸ En lo que podría considerarse una afirmación de la independencia del derecho consuetudinario africano bajo la constitución sudafricana, la Corte sostuvo que:

Mientras que en el pasado la ley indígena fue vista a través de la lente del derecho consuetudinario, ahora debe ser vista como parte integral de nuestra ley. Como toda ley, ésta depende de la Constitución para su fuerza y validez definitiva. Su validez debe ahora determinarse por referencia no a la ley común sino a la Constitución... [L]a Constitución reconoce la originalidad y particularidad de la ley indígena como una fuente independiente de normas dentro del sistema legal... [L]a ley indígena se alimenta, se nutre, se funde y deviene parte de la amalgama de la ley sudafricana.⁴⁹

Es también notable que la Constitución sudafricana limita la aplicabilidad del derecho consuetudinario africano sólo en la medida en que cumple con los propósitos y valores de la Declaración de Derechos.⁵⁰ Algo importante para los pueblos indígenas de Sudáfrica que dependen del derecho consuetudinario africano es que la Constitución sudafricana reconoce los derechos que emanan de este sistema de leyes.⁵¹ Estos derechos podrían incluir probablemente los derechos territoriales de los pueblos indígenas basados en el derecho consuetudinario africano. El reconocimiento del derecho consuetudinario africano por la Constitución sudafricana y la afirmación de la Corte Constitucional de que éste forma parte del sistema legal sudafricano son hechos significativos. El hecho de que, a diferencia de Kenia, el derecho consuetudinario africano en Sudáfrica no está sujeto a otras leyes escritas o limitado por contradicción entre cláusulas es importante para que los grupos de individuos que dependen de ese derecho reclamen por sus derechos humanos fundamentales.⁵²

La Constitución sudafricana, además, obliga a las cortes a aplicar el derecho consuetudinario africano cuando sea aplicable, “sujeto a la Constitución y a cualquier legislación que se refiera específicamente al derecho consuetudinario”.⁵³ Esto significa que el derecho consuetudinario africano tiene la misma forma que otras fuentes legales, como la legislación y la ley común, siempre que sea en conformidad con la Declaración de Derechos.⁵⁴ Una disposición similar en otros países de África garantizaría el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales, ya que ellos dependen principalmente del derecho consuetudinario africano para probar estos derechos.

El reconocimiento expreso de que las leyes indígenas forman parte del marco constitucional del sistema legal de Sudáfrica⁵⁵ es particularmente útil para un argumento comparable en otros países africanos donde esto no



Charles Kamuren, del Endorois Welfare Council, Kenya, luego del dictamen favorable de la African Commission for Human and Peoples' Rights, 2010.
Foto: Endorois Welfare Council

existe. Efectivamente, se argumentó que, para aquellos que no pueden alcanzar los requisitos de la Ley de Restitución de los Derechos Territoriales, el título aborígen podría ser una vía de acción alternativa.⁵⁶ La prueba del título aborígen depende de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas.⁵⁷ La Corte Constitucional de Sudáfrica citó las observaciones del Consejo Privado en *Amodu Tijani v Secretary, Southern Nigeria*,⁵⁸ que sostuvo que el título nativo requería una determinación basada en la evidencia de la ley indígena.

La aplicabilidad del derecho consuetudinario africano encontró también validación legislativa en Sudáfrica a través de las reformas en la seguridad de tenencia de la tierra, que apuntan a mejorar la "seguridad de la tenencia para todos los sudafricanos y a albergar diversas formas de tenencia de tierra, incluyendo las figuras de tenencia comunal".⁵⁹ La Constitución sudafricana garantiza la seguridad en la tenencia de la tierra o la compensación equitativa a personas o comunidades cuya tenencia fuera insegura o un resultado de leyes y políticas racialmente discriminatorias.⁶⁰ Es importante notar que la seguridad de la tenencia para los pueblos indígenas de Sudáfrica, como es el caso en la mayor parte de los estados colonizados en todo el mundo, se vio afectada por la imposición de leyes coloniales que subyugaron el derecho consuetudinario africano.⁶¹

Una de las partes importantes de la legislación promulgada en la Sudáfrica posdemocrática para mejorar la seguridad en la tenencia de tierra de las comunidades históricamente marginadas fue la Ley sobre Derechos Terri-

toriales Comunes de 2004.⁶² La Ley busca otorgar la "seguridad de la tenencia por medio de la transferencia de la tierra comunal a las comunidades, u otorgando una compensación comparable".⁶³ La mayor parte de las comunidades rurales de Sudáfrica poseen la tierra comunalmemente,⁶⁴ lo que significa que la Ley es relevante para una parte representativa de la población sudafricana más allá de los pueblos indígenas. Los nama (khoe), por ejemplo, "particularmente las comunidades Richtersveld, se las arreglaron para mantener la tierra comunal para el pastoreo. Ésta llega hasta el Parque Nacional Richtersveld".⁶⁵ Sin embargo, la tenencia de la tierra comunal durante el apartheid estaba ampliamente fuera de regulación, y esto dejaba a la mayor parte de los miembros de la comunidad librados a los antojos de las autoridades tribales.⁶⁶ "En la raíz del problema está el hecho de que durante la época del apartheid el derecho consuetudinario era interpretado como algo que debía dar la propiedad legal de la tierra a los líderes tradicionales antes que a los miembros de la comunidad".⁶⁷ La ley sobre Derechos Territoriales Comunes buscó rectificar esta malinterpretación de la ley consuetudinaria, ya que, tradicionalmente, los derechos territoriales comunales eran conferidos a la comunidad y no a las autoridades tradicionales, cuyo rol eran simplemente administrar el recurso.⁶⁸

Las tierras comunales durante el apartheid tenían los problemas de la tenencia insegura y la distribución inequitativa.⁶⁹ La Ley buscó rectificar esta situación promoviendo la seguridad de la tenencia, el acceso equitativo y el uso justo, como también un sistema de administra-

ción de las tierras comunales abierto y justo.⁷⁰ Es clave para los pueblos indígenas de Sudáfrica, particularmente para los que continúan poseyendo las tierras en base al derecho consuetudinario africano, el requisito de la Ley de que la tierra comunal debe ser distribuida y administrada de acuerdo con las "reglas de la comunidad".⁷¹ Aunque estas reglas son requisito para registrarse con el Director General de Asuntos Territoriales,⁷² su adopción es un asunto de la comunidad y está regido por el derecho consuetudinario, las tradiciones y los valores de la comunidad. Estas reglas pueden ser enmendadas o revocadas por la comunidad en una reunión general, para reflejar las necesidades cambiantes de la misma. Esta posibilidad es muy importante, ya que la cultura no es estática.⁷³

Namibia: la lucha continúa

En Namibia, La Ley de Reforma sobre las Tierras Comunales⁷⁴ fue promulgada para regular la administración de tierras comunales y la distribución de derechos a tierras comunales, lo que está sujeto a la aprobación de la Junta de Tierras.⁷⁵ La Ley es un desarrollo importante, ya que permite a los pueblos indígenas acceder, controlar y utilizar sus tierras tradicionales de acuerdo con el derecho consuetudinario africano. La Constitución de Namibia reconoce y da legitimidad a las autoridades tradicionales que gobiernan sobre la base del derecho consuetudinario y sus tradiciones. Las autoridades aconsejan al Presidente sobre el control y la utilización de las tierras comunales.⁷⁶ Las autoridades tradicionales de Namibia ejercen también varios poderes, incluyendo la distribución del acceso y el control de las tierras comunales de acuerdo con el derecho consuetudinario de la comunidad y las tradiciones.⁷⁷ En consecuencia, los líderes tradicionales, incluidos los de las comunidades indígenas, tienen cierta influencia sobre los asuntos relacionados con las tierras ancestrales de sus pueblos.

Sin embargo, es importante notar que, durante los regímenes coloniales y del apartheid, los pueblos indígenas san y nama de Namibia no tenían autoridades tradicionales reconocidas por el Estado.⁷⁸ De hecho, "mientras que todas las otras comunidades disfrutaban de algún tipo de reconocimiento en la Constitución ligada al régimen del apartheid del llamado desarrollo separado, nunca se estableció una autoridad representativa en Bushmanland, hogar de los grupos san y separada para toda la población san de Namibia por la administración del apartheid".⁷⁹ Las autoridades tradicionales de los san y su forma de gobierno, por lo tanto, no era reconocida, lo que significaba que sus asuntos, incluidos los referidos a la tierra, no fueron tenidos en cuenta y en gran medida no fueron tratados. No sorprende, por lo tanto, que el

régimen colonial continuara enajenando las tierras de los san y los nama como si no fuesen de nadie.⁸⁰

El establecimiento de un Consejo de Líderes Tradicionales en 1997 por medio de una Ley del Parlamento⁸¹ encaró el asunto del reconocimiento oficial de las autoridades tradicionales de algunos de los pueblos indígenas, particularmente de los grupos san. Siguiendo esta ley, a tres comunidades san se les dio un estatus de autoridad tradicional.⁸² El Consejo de Líderes Tradicionales de Namibia se compone de dos representantes de cada una de las 42 autoridades tradicionales reconocidas oficialmente según la Ley de autoridades tradicionales de 2000,⁸³ que enmendó una ley anterior de nombre similar.⁸⁴ Sin embargo, algunos de los grupos indígenas, incluyendo algunos grupos san, como los khwe, se siguen enfrentando a la renuencia del Estado al momento de reconocer sus autoridades tradicionales.⁸⁵ Consecuentemente, estas comunidades indígenas encuentran numerosos obstáculos en la administración de sus derechos territoriales comunales.⁸⁶

Es destacable una decisión reciente del Consejo de Líderes Tradicionales de requerir a las comunidades tradicionales de Namibia que replanteen su derecho consuetudinario africano.⁸⁷ De acuerdo con Manfred Hintz, que es miembro del equipo que asiste a las comunidades tradicionales de Namibia para que replanteen su derecho, este no es un intento de codificar el derecho sino más bien de poner por escrito lo que una comunidad considera importante para sus futuras generaciones, de acuerdo con los requisitos constitucionales, y por el beneficio de las personas que trabajan con estas leyes por fuera de la comunidad.⁸⁸ Se espera que el proyecto de replanteo, que se está llevando adelante en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Namibia, documente y haga públicas estas leyes para referencia futura.⁸⁹ La importancia del proyecto de reafirmación del derecho consuetudinario africano no puede ser exagerada, dada la histórica marginación y exclusión de estas leyes del marco legal dominante. Se espera que, mediante la documentación de estas leyes, las disputas puedan ser resueltas expeditivamente en línea con la Declaración de Derechos, especialmente teniendo en cuenta el establecimiento de las Corte Comunitarias.⁹⁰ El establecimiento de estas cortes seguramente tenga ramificaciones positivas para los pueblos indígenas en relación con sus derechos territoriales indígenas, ya que las cortes fallarán sobre los asuntos en base al del derecho consuetudinario africano.⁹¹

Conclusión

Los pueblos indígenas de África continúan afirmando y reclamando sus derechos territoriales en base al derecho consuetudinario y tradicional.⁹² Esto a pesar de los numerosos intentos por suprimir y subvertir el derecho

consuetudinario africano elevando las leyes escritas.⁹³ Sin embargo, debido a la imposición de las leyes territoriales coloniales y poscoloniales, la mayoría de las comunidades indígenas siguen privadas de sus tierras.⁹⁴ La destrucción y exclusión del derecho consuetudinario africano del régimen legal de tierras en varios estados africanos tuvo el efecto de desposeer a los pueblos indígenas de sus tierras. Para los pueblos indígenas, la tenencia consuetudinaria de tierras otorga seguridad de tenencia a los miembros del grupo.⁹⁵ Donde la tenencia consuetudinaria de tierras no tiene reconocimiento legal o está sujeta a otras formas del régimen de propiedad, estas comunidades sufren algunas de las mayores injusticias en lo relativo a sus tierras, injusticias legitimadas por leyes territoriales impuestas desde afuera. En consecuencia, enfrentan desafíos legales insuperables para alcanzar sus derechos territoriales. Esto se debe al hecho de que, mientras legalmente uno puede contar con el derecho consuetudinario africano, su aplicación es limitada.

Con el fin de brindar a los pueblos indígenas una protección equitativa de la ley en relación con sus derechos territoriales, es imperativo que su derecho consuetudinario sea tratado a la par de las otras leyes escritas. La justificación para equiparar el derecho consuetudinario africano con otras leyes escritas en lugar de subordinarlo, es que esto eliminará la discriminación y asegurará la igualdad tal como se consagra en la Declaración de Derechos y valores constitucionales como también en las normas y estándares internacionales.⁹⁶ De hecho, de acuerdo con el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial, no reconocer y respetar la tenencia indígena consuetudinaria de tierras es una forma de discriminación racial incompatible con la Convención.⁹⁷ El Comité instó a los estados a “reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, desarrollar, controlar y usar sus tierras, territorios y recursos comunales y, donde han sido privados de las tierras y territorios tradicionalmente suyos o en todo caso han sido habitados o usados sin su consentimiento libre e informado, tomar medidas para devolver esas tierras y territorios”.⁹⁸

Dado que las constituciones son la ley suprema, deberían tomar en cuenta el hecho de que ciertas comunidades todavía se gobiernan por el derecho consuetudinario africano. Hasta este punto, las leyes preferidas por pueblos indígenas no deberían estar sujetas a otras leyes escritas, asumiendo que estas leyes deben ser consistentes con los principios y valores de la Constitución. Esto supondría que los pueblos indígenas posean sus tierras de acuerdo con el derecho consuetudinario africano, siempre y cuando la interpretación de estas leyes sea conforme a los valores de la Carta de Derechos. Por ejemplo, en el caso de que el derecho consuetudinario discrimine a las mujeres en lo relativo a posesión o acceso a las

tierras tradicionales, estas leyes podrían resultar inconsistentes con la Constitución.⁹⁹ Efectivamente, la Corte Constitucional Sudafricana sostuvo que la regla del derecho consuetudinario sobre primogénitos es injustificable debido a la injusta discriminación hacia la mujer.¹⁰⁰ Una mujer indígena a la que, como resultado de esta discriminación, se le niega el derecho a poseer o estar implicada en la administración de los recursos de la tierra tradicionales de los que depende podría recurrir a las disposiciones constitucionales.¹⁰¹

Hacer aplicable el reconocimiento y la protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en base al derecho consuetudinario africano requeriría inevitablemente una revisión del derecho y las prácticas consuetudinarias relevantes relacionadas con el sistema de tenencia de tierras.¹⁰² Esto podría suponer enmiendas constitucionales para purgar de ambigüedades lo relativo a la situación equitativa del derecho consuetudinario africano cuando se trata de asuntos específicos de los pueblos indígenas. Es por lo tanto imperativo que la Constitución de los países africanos disponga explícitamente que el derecho consuetudinario africano se aplique con igual fuerza a asuntos relacionados con tierras ancestrales, cuando las comunidades pertinentes lo elijan. ○

Notas

- 1 Ver Study on Indigenous People and their Relationship to Land, por Daes EI, Documento de la ONU/CN.4/Sub.2/1999/18, 3 de junio de 1999, párrafo 18 (estudio de Daes); ver también Anaya, S J (2004) *Indigenous peoples in international law*. Nueva York: Oxford University Press, 141. J Asiema y FDP Situma “Indigenous peoples and the environment: The case of the pastoral Maasai of Kenya” (1994) 5 *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 150; R Hitchcock R y D Vinding (2004) “Indigenous peoples’ rights in Southern Africa: An introduction” in R Hitchcock R y D Vinding (ed) *Indigenous peoples’ rights in Southern Africa* 11.
- 2 Anaya 2004, 141; ver también Submisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías de la ONU, Estudio de los Problemas de Discriminación Contra las Poblaciones Indígenas, UN ESCOR, 1986 UN Doc E/CN4 Sub2 1986/7/ Anexos 1-4, párrafo 379 (Informe de Cobo).
- 3 Informe de Cobo párrafos 196 y 197.
- 4 Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Documento de trabajo de los diez Presidentes-Relatores, El Daes sobre el Concepto de “Indígenas”, U.N ESCOR, Comisión de Derechos Humanos, Submisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías, Sesión 14ta., Documento de la ONU.E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2, 1996, 5 (Documento conceptual), párrafo 64; Brownlie, I (Brookfield, FM (ed) (1992) *Treaties and indigenous peoples*: Oxford: Clarendon Press, 39.
- 5 HJ Deacon y J Deacon *Human beginnings in South Africa: Uncovering the secrets of the Stone Age* (1999) 132; Hitchcock & Vinding 2004, 11.
- 6 Ver Report of the African Commission’s Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, submitted in accordance with the Resolution on the Rights of Indigenous Populations/Communities in Africa Adoptado por la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana) en su Sesión Ordinaria 28°, ACHPR & IWGIA (2005) (ACHPR & IWGIA) 24.

- 7 Comité Consultivo sobre Derechos Humanos y Política Exterior "Indigenous Peoples" (1993) 16 *Advisory Report, Netherlands*, 4 (Comité Consultivo, Países Bajos).
- 8 *Ibíd.*
- 9 ACHPR e IWGIA 2005, 17.
- 10 Ver, por ejemplo, L Juma "Reconciling African customary law and human rights in Kenya: Making a case for institutional reformation and revitalization of customary adjudication processes" (2002) 14 *Saint Thomas Law Review* 505.
- 11 Ver el informe preparado por El Daes "Indigenous peoples and their relationship to land: Final working paper" UN Doc E/CN.4/SUB.2/2001/21(Documento de trabajo final de Daes), 144 párrafo 40-48.
- 12 Anaya 2004, 142.
- 13 Ver la parte II del Convenio Nro. 169 de la OIT; Art 26 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; ver también *Länsman v Finland*, Comunicación Nro. 511/1992, Documento de la ONU CCPR/C/52/D/511/1992, párrafo 9.5; ver también Comité de Derechos Humanos, Comentario General 23, Art. 27 (sesión 55ta., 1994), Compilación de Comentarios Generales y Recomendaciones Generales Adoptado por Organismos de los Tratados de los Derechos Humanos, Documento de la ONU HRI\GEN\1\Rev.1 (1994) 38, párrafo 7.
- 14 Ver, por ejemplo, sec 115(2) and 117(5) de la Constitución revocada de Kenia de 1963; Ver también secc. 69 Kenya Trust Land Act (Cap 288).
- 15 ACHPR & IWGIA 2005, 21.
- 16 Anaya 2004, 142.
- 17 Documento de trabajo final de Daes, 78; ver también "Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people: Kenya" por Stavenhagen, R., Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, enviado de acuerdo con la Resolución de la Asamblea General 60/251, Documento de la ONU A/HRC/4/32/Add.3, 26 de febrero de 2007 (Informe de la Misión Stavenhagen a Kenia) párrafo 25.
- 18 Ver la recomendación de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el caso *Centre for Minority Rights Development (CEMIRIDE) on behalf of the Endorois Community versus Kenya*, Comunicación 276/2003, (caso Endorois); caso Endorois, párrafo 238.
- 19 Secc. 115 (2) de la Constitución Revocada de Kenia de 1963; ver también secc. 3 Leyes de la Judicatura de Kenia Cap. 8: el Tribunal Supremo, la Corte de Apelaciones y todas las cortes subordinadas se guiarán por el derecho consuetudinario africano en las causas civiles en las que una o más partes estén sujetas o afectadas por el, en cuanto sea aplicable y no contradictorio con la justicia y la moralidad o inconsistente con alguna ley escrita, y decidirán todas estas causas de acuerdo con los tecnicismos del procedimiento y sin demoras indebidas.
- 20 *Ibíd.*
- 21 La única ley que pretende legitimar la tenencia comunal de la tierra es la Ley de la Tierra (Representantes grupales), la que, como será ejemplificado en la sección siguiente, es en realidad una extensión formal de la individualización de la tenencia de la tierra en nombre de ranchos comunales.
- 22 Sec 114-120 de la Constitución revocada de Kenia.
- 23 Ver I Lenaola, H Hadley H. Jenner y T Wichert "Land tenure in pastoral lands" en C Juma y JB Ojwang (ed) *In land we trust, environment, private property and constitutional change* (1996) 242.
- 24 Secc. 115-116 de la Constitución revocada de Kenia.
- 25 Ver J Kieyah "Indigenous peoples' land rights in Kenya: A case study of the Maasai and Ogiek people" (2007) 15 *Penn State Environmental Law Review*, 2007 406; ver también S Coldham "Land-tenure reform in Kenya: The limits of law"(1979) 17 *Journal of African Modern Studies* 620.
- 26 Ley de la tierra (Representantes grupales) (Cap. 287).
- 27 Ver J Ngugi "The decolonization-modernization interface and the plight of indigenous peoples in post-colonial development discourse in Africa" (2002) 20 *Wisconsin International Law Journal* 345; ver también Lenaola 1996, 245.
- 28 Ver J Kieyah "Indigenous peoples' land rights in Kenya: A case study of the Maasai and Ogiek people" (2007) 15 *Penn State Environmental Law Review*, 2007 406; ver también S Coldham "Land-tenure reform in Kenya: The limits of law" (1979) 17 *Journal of African Modern Studies* 620.
- 29 Ngugi 2002, 347; ver también Lenaola 1996 247.
- 30 Mwangi "The transformation of property rights in Kenya's Maasai land: Triggers and motivations" (2005) 35 *International Food Policy Research Institute*, Documento de trabajo CAPRI 11, 7.
- 31 SC Wanjala "Land ownership and use in Kenya: Past, present and future" in SC Wanjala (2000) *Essays on land law: The reform debate in Kenya*: University of Nairobi. Nairobi, 35 citando la sec 27 y 28 de la RLA y *Obiro v Opiyo* (1972) EA 227; and *Esiroyo V Esiroyo* (1973) EA 388; ver también L Cotula and B Neve "The driver of change" en L Cotula (ed) *Changes in customary land tenure systems in Africa* (2007) 33.
- 32 Ver secc. 211(3) Constitución de Sudáfrica.
- 33 Ver art. 66 de la Constitución de Namibia.
- 34 Ver la Ley de Reforma de las Tierras Comunales No 5 de 2002.
- 35 Ver la Constitución de Kenia, 2010; sección 29(4): Cualquier ley, incluyendo el derecho consuetudinario, que sea inconsistente con esta Constitución será nula al extremo de la inconsistencia, y cualquier ley u omisión que contravenga esta Constitución será inválida.
- 36 Ley 108 de la Constitución de Sudáfrica de 1996, sección 2: Esta Constitución es la Ley Suprema de la República: cualquier ley o conducta que sea inconsistente con ella será inválida, y las obligaciones que impone deberán ser cumplidas.
- 37 Constitución de Kenia 2010, 1 artículo 44.
- 38 Constitución de Kenia 2010, artículo 56.
- 39 Sección 63 Constitución de 2010.
- 40 Ver República de Kenia, *Report of the Commission of Inquiry into the Illegal/Irregular Allocation of Public Land*, Imprenta del Gobierno, Nairobi, 2004, 16.
- 41 Ver sección 25(7) de la Constitución de Sudáfrica de 1996; "Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people: South Africa" por Stavenhagen, R., Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos enviado de acuerdo con la resolución 2005/51 de la Comisión de Derechos Humanos, Documento de la ONU E/CN.4/2006/78/Add.2 ,15 de diciembre de 2005, párrafo 37:
- 42 Ver T Roux "The Restitution of Land Rights Act" in G Budlender, J Latsky y T Roux *Jutas new land law* (1998) capítulo 3.
- 43 Ver secc. 1 de la Ley de Restitución de Tierras; ver la discusión sobre el impacto de la definición extendida de un "derecho en la tierra" en la Ley en Van der Walt, A J (2005) *Constitutional property law*: Cape Town: Juta & Company Ltd, 292-293.
- 44 *Ibíd.*
- 45 Ver también *Richtersveld Community and others v Alexkor Ltd and Another* 2001 (3) SA 1293 (LCC) párrafo 6; ver también T Roux "Pro poor court, anti-poor outcomes: Explaining the performance of the South African Land Claims Court" (2004) 20 *South African Journal of Human Rights* 522.
- 46 *Alexkor Ltd and the Government of the Republic of South Africa v Richtersveld Community* 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (Sudáfrica) párrafo 50-82.
- 47 *Ibíd* para 62 y 64.
- 48 *Ibíd* párrafo 51.
- 49 *Ibíd* párrafo 51.
- 50 Ver secc. 39 (2) de la Constitución de Sudáfrica; ver también *Ibíd* para 51 (referido al derecho consuetudinario); ver también párrafo 7 n.8 que afirma que el derecho consuetudinario es sinónimo de ley indígena.
- 51 Ver 39 (2) de la Constitución de Sudáfrica.
- 52 Ver *Mabusa v Mbatha* 2003 (7) BCLR 43 (C) párrafo 32.
- 53 Ver 211 (3) de la Constitución de Sudáfrica.
- 54 Ver 39 (3) de la Constitución de Sudáfrica.
- 55 *Alexkor v Richtersveld community* (CC).
- 56 TW Bennett *Human rights and African customary law* (1995) 148; ver también *Richtersveld v Alexkor Ltd* (LCC) párrafo 48, donde la Corte dio a entender que la doctrina del título indígena era un reme-

- dio alternativo a la restitución según la Ley de Restitución pero caía fuera de la jurisdicción del LLC, una posición luego revocada por el SCA y CC.
- 57 Ver *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1 (Australia), 58.
- 58 *Amodu Tijani v The Secretary Southern Nigeria* citado en *Alexkor v Richtersveld community* (CC) párrafo 56.
- 59 Ver el Documento de trabajo de Sudáfrica sobre Política Territorial párrafo 2.3.
- 60 Ver 25(6) de la Constitución de Sudáfrica.
- 61 Ver C Toulmin y J Quan, *Evolving land rights, tenure and policy in Sub-Sahara Africa* en C Toulmin y J Quan (Ed) *Evolving land rights, policy and tenure in Africa*, DFID/IIED/NRI, Londres, 2000, 9-10.
- 62 Ley de Derechos Territoriales Comunales Nro. 11 de 2004; para una exposición crítica de esta Ley ver B Cousins "More than socially embedded: The distinctive character of 'communal tenure' regimes in South Africa and its implications for land policy" (2007) 7(3) *Journal of Agrarian Change*, 281-315.
- 63 Ley de Derechos Territoriales Comunales ver 1; ver también Cousins, 2007 287; ver también T Bennett y C Murray "Traditional leaders" en S Woolman et al *Constitutional Law of South Africa* (2005) 26:56.
- 64 Ver Cousins 2007, 283.
- 65 Ver N Crawhall *Indigenous peoples of South Africa: Current trends project to promote ILO Policy on Indigenous and Tribal Peoples* (1999) 8.
- 66 Van der Walt 2005 334; ver también C Toulmin y J Quan, *Registering customary rights* en C Toulmin y J Quan (Ed) (200) *Evolving land rights, policy and tenure in Africa*, DFID/IIED/NRI, Londres, 225.
- 67 Toulmin y Quan 2000, 225 citando A Claassens y S Makopi "South African proposals for tenure reform: The draft Land Rights Bill - key principles and changes in thinking as the bill evolved". Trabajo presentado en el taller DFID sobre Derechos territoriales y desarrollo sustentable en África Subsahariana: Lecciones y caminos en *Land tenure policy*, Sunningdale, UK, 16-19 February 1999.
- 68 Bennett, T W (1995) *Human rights and African customary law*: Ciudad del Cabo: Juta & Company Ltd. 152.
- 69 Van der Walt 2005, 334.
- 70 Ver sec 14-18 de la Ley de Derechos Territoriales Comunales de 2004.
- 71 Ver secc. 19 de la Ley de Derechos Territoriales Comunales de 2004.
- 72 Ley de Derechos Territoriales Comunales de 2004, secc. 19(4).
- 73 Ver visiones contrarias que sugieren que el derecho consuetudinario, una vez escrito, pierde su dinamismo en Bennett, T W (1991) *Source book of African customary law for Southern Africa*: Ciudad del Cabo: Juta & Company Ltd, 139.
- 74 Ver la Ley de Reforma de Tierras Comunales Nro. 5 de 2002.
- 75 *Ibid*, secc. 20 y 24.
- 76 *Ibid*, secc. 102 (5).
- 77 MO Hinz "Traditional governance and African customary law: Comparative observations from a Namibian perspective" en N Horn y A Bosl (Ed) (2008) *Human rights and the rule of law in Namibia* Windhoek: Human Rights and Documentation Centre (HRDC), Faculty of Law, University of Namibia, Windhoek, 76.
- 78 *Ibid* 70.
- 79 *Ibid* (no se incluyen las notas al pie).
- 80 Ver Haring, SL "Indigenous land rights and land reform in Namibia" en Hitchcock, R K y Vinding, D (eds.) (2004) *Indigenous peoples' rights in Southern Africa*: Copenhagen: (IWGIA) International Work Group for Indigenous Affairs, 71-81.
- 81 Ley de Consejos de Líderes Tradicionales, 13 de 1997.
- 82 Hinz 2008 74.
- 83 Ver la Ley de Autoridades Tradicionales, 25 de 2000.
- 84 Ver la Ley de Autoridades Tradicionales, 17 de 1995.
- 85 Daniels, C "Indigenous rights in Namibia" en Hitchcock, R K y Vinding, D (eds.) (2004) *Indigenous peoples' rights in Southern Africa*: Copenhagen: (IWGIA) International Work Group for Indigenous Affairs, 50.
- 86 *Ibid* 56-58; ver también Hinz 2008, 81.
- 87 Ver Hinz 2008 85.
- 88 *Ibid*, 85.
- 89 *Ibid*.
- 90 Ver Ley de Cortes Comunitarias Nro. 10 de 2003.
- 91 *Ibid*, sec 19.
- 92 Ver HWO Okoth-Ogendo, "The tragic African commons: A century of expropriation, suppression and subversion". Conferencia dictada en un taller sobre Ley de interés público y Derechos de propiedad de base comunitaria, organizado por Grupo de Abogados de Acción Ambiental, Tanzania, y el Centro para la Ley Ambiental, EEUU, en colaboración con el Instituto de Recursos Mundiales, en la Asociación Internacional para el Estudio de la Propiedad Común, celebrado en el MS-TSC DC Centro Danés de Voluntariado, Arusha Tanzania, agosto 1-4, 2000, 7 (Archivo del autor).
- 93 *Ibid*; ver también P Kameri-Mbote "Righting wrongs: Confronting dispossession in post-colonial contexts", Discurso de Apertura en una conferencia sobre tierra, memoria, reconstrucción y justicia: Perspectivas sobre la restitución de tierras en Sudáfrica, 13-15 septiembre de 2006, Ciudad del Cabo, 4, disponible en <<http://www.plaas.org.za/events/Past-Events/landmemory/papers/Kameri-Mbote.pdf>>. Consultado el 20 de octubre de 2010, 7.
- 94 Ver HWO Okoth-Ogendo (1991) *Tenants of the Crown: Evolution of agrarian law and institutions in Kenya* (1991) 63-65.
- 95 Ver Banco Mundial, *Land policies for growth and poverty reduction* (2003) 54.
- 96 Ver Comité de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *General Recommendation XXIII: Rights of Indigenous Peoples*, Documento de la ONI. A/52/18 Anexo V (18 de agosto, 1997), párrafo 5.
- 97 *Ibid*.
- 98 *Ibid*.
- 99 Ver *Bhe & others v Magistrate, Khayelitsha; Shibi v Sithole and others; SAHRC & another v President of the RSA & Another* 2005 (1) SA 580 (CC), 2005 (1) BCLR 1 (CC) ("Bhe"); ver también *Tinyiko Shilubana & others v Sidwell Nwamitwa & others* Case CCT 03/07(2008) ZACC 9, <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgi-sir-si/20080605083932/SIRSI/0/520/J-CCT3-07C>>. En este caso, la Corte Constitucional de Sudáfrica ratificó la legitimidad de las autoridades tradicionales para desarrollar su derecho consuetudinario en conformidad con los principios y valores de la Constitución.
- 100 *Ibid*, párrafo 179-191.
- 101 *Ibid*.
- 102 Ver, por ejemplo, párrafo 68 del Borrador de la Política Nacional de Tierras de Kenia, que insta al Gobierno de Kenia a: a) documentar y mapear los sistemas consuetudinarios de tenencia de tierra en consulta con las comunidades afectadas, e incorporarlos en amplios principios que faciliten la evolución ordenada del derecho consuetudinario para la tierra; y b) establecer un marco legislativo claro y procedimientos para el reconocimiento, protección y registro de los derechos consuetudinarios a la tierra y recursos basados en la tierra. El marco y los procedimientos legislativos previstos tomarán en cuenta particularmente los múltiples intereses de todos los usuarios de tierras, incluidas las mujeres.

George Mukundi, miembro de un panel de expertos legales ante el Grupo de Trabajo de la Comisión Africana sobre Poblaciones/Comunidades Indígenas en África y Coordinador Regional de África del Programa de Justicia Transicional, Centro para el Estudio de la Violencia y la Reconciliación, Sudáfrica. Esta contribución es una versión abreviada de los capítulos relevantes de la tesis doctoral del autor en Derecho, aprobada en 2008 por la Universidad de Pretoria, Sudáfrica, intitulada "Reivindicando los Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas de Kenia".

Derecho Consuetudinario y Resolución de Conflictos entre las Comunidades Pastoralistas de Kenia

Abraham Korir Sing'Oei



Camellos trasportando agua para un campamento de indígenas nómades gabra en Marsabit, norte de Kenya – Foto: Sue Cavanna



Introducción: la inevitabilidad del dualismo legal en África

El Derecho es el principal instrumento utilizado por el Estado para regular los asuntos de su población y facilitar así la conducta ordenada de las esferas pública y privada. Por circunstancias históricas o razones de limitada capacidad, los Estados postcoloniales de África han dejado, intencionadamente, ciertas áreas relativas al comportamiento de los ciudadanos fuera del alcance de la ley oficial. De igual manera, en algunas partes del país donde la presencia del Estado es mínima, se permite automáticamente a los sistemas tradicionales coexistir al lado de un sistema de justicia estatal y, de esta manera, reducir los costes de tramitación. Históricamente, muchos Estados africanos, incluyendo Kenia, han permitido la intermediación del derecho consuetudinario para remediar asuntos de carácter personal, en particular, los relativos al matrimonio y al traspaso de propiedad tras defunción, mientras que los asuntos penales siguen perteneciendo a la exclusiva jurisdicción de los sistemas legales oficiales. Esto se explica, en gran parte, por el hecho de que las leyes coloniales importadas eran tan diferentes a las normas de las comunidades africanas, que su imposición llevaría a más conflicto e incrementaría más el coste de imponer conformidad a las mismas. Por lo tanto, el dualismo, un espacio legal híbrido donde más de un régimen legal o cuasilegal ocupan el mismo contexto social, constituye una característica clave de la mayoría de los ámbitos legales, incluyendo el de Kenia.

Aunque muchos positivistas legales no reconocen este aspecto, la ley consuetudinaria en África tiene una base autónoma para su existencia, más allá de meramente rellenar los vacíos dejados por los instrumentos legales de los Estados. La intervención de la ley consuetudinaria se contempla en situaciones donde las sanciones ordinarias penales o civiles han fallado. Esta práctica resulta pertinente especialmente en el caso de la sociedad africana que, aunque cada vez más individualizada, continua mostrando un impulso colectivo. Dada la índole no segregacionista que caracteriza a los individuos en los Estados africanos y el hecho de que pertenecer a grupos es aún una realidad notable, tiene que haber un lugar de utilización de mecanismos comunitarios para abordar litigios contenciosos que trascienden al individuo y tengan consecuencias generalizadas en el grupo. El derecho estatutario ha dado la impresión de ser bastante incapaz de proporcionar remedio para asuntos relativos a la colectividad. Este área de intersección entre el grupo y el Estado (Adejumobi, 2001) constituye la parte arbitrada por normas de ley consue-

tudinaria. Más que valorar la robustez de la ley consuetudinaria en el contexto africano, su lugar ha estado siempre subordinado no solo al derecho estatutario sino también a los decretos emanados de la matriz deficientemente estructurada que engloba la “política, sanidad y moralidad públicas”. Lamentablemente, las normas consuetudinarias siguen siendo el hermano pequeño de la ley, una posición que mina su crecimiento, adaptabilidad y resistencia.

Los conflictos, especialmente los relativos a violencia masiva, han sido abordados deficientemente por el derecho estatutario. Esto se debe, en gran parte, a que la violencia masiva genera una compleja amalgama de incumplimientos de las leyes penal y civil – casos de tierras y políticos – y la mera magnitud de sus consecuencias siempre deja un efecto residual que la mayoría de los sistemas legales no pueden abordar adecuadamente. Además, aunque es posible resolver estos casos mediante nociones de culpabilidad individual, los conflictos también destruyen la cohesión de la comunidad, un aspecto al que la ley escrita no puede hacer frente ni eficazmente ni con prontitud.

¿De que modo han contribuido las normas consuetudinarias de las comunidades indígenas a la resolución de conflictos en Kenia, un área donde las normas estatutarias han resultado ser un fracaso abismal?

Norte de Kenia: Estado incompleto

El gobierno colonial instituyó el marco administrativo inicial separando las tierras de pastoreo del norte del resto del país, creando la Kenia del Sur y la del Norte. Los nómadas del norte eran considerados contrarios a la ética de la empresa colonial, debido a su distancia geográfica del centro en Nairobi, además de por sus medios de sustento, que chocaban con el imperativo colonialista de establecer comunidades para obtener beneficios mediante una moderna agricultura y un sistema tributario. En el norte de Kenia, el gobierno colonial legalizó el uso de fuerza militar y autorización administrativa para sofocar cualquier resistencia pastoralista contra la *Pax Britannica*, estableciendo las bases para la instrumentalización de violencia como árbitro fundamental en la región. Las leyes de emergencia aprobadas inmediatamente después de la independencia, con el objetivo de dominar a la milicia prosomalí, la *Shifita*, dio al nuevo gobierno dirigido por africanos *carta blanca* legal para combatir dicha insurgencia. Lo que comenzó como una lucha legítima por la libre determinación rápidamente degeneró en bandolerismo generalizado. Las armas de fuego que quedaron después de que se diera por concluida oficialmente la rebelión, y la necesidad de repoblar los rebaños mermados, explican

los altos niveles posteriores de robos de ganado y atracos. Desde entonces, la Provincia del Noreste ha sido sinónimo de inseguridad. Aunque los derechos civiles y políticos estaban englobados en la constitución de independencia, incluyendo estar libres de arresto arbitrario, tortura y asesinatos extrajudiciales, comunidades en la frontera norte de Kenia fueron expuestas a un flagrante abuso de estos derechos. Por la Ley de Indemnización promulgada tras la Guerra *Shifita*, las acciones llevadas a cabo por los funcionarios de seguridad en los cerrados distritos del norte del país no podían ser recusadas en los tribunales.

Durante los años 1990, se hizo patente que los métodos convencionales para abordar los conflictos, bien mediante el uso de fuerza bruta o de medios judiciales oficiales, no eran capaces, por más tiempo, de contener las recrudecidas disputas del norte. La apertura del espacio democrático en el país proporcionó oportunidades a las comunidades del norte para reconsiderar nuevos modos de solucionar enfrentamientos arraigados entre tribus y clanes. La respuesta era buscar resoluciones mediante las atemporales normas consuetudinarias de estas comunidades que, aunque fuertemente minadas o manipuladas durante la inmediata era colonial o postcolonial (Mamdani, 1996; Joireman, 2008), aún seguían siendo adecuadas como medio legítimo para resolver conflictos insolubles. En el caso del norte de Kenia, recurrir bien a formas puras o reinterpretadas de instituciones consuetudinarias parece haber sido la única opción, dada la absoluta inexistencia o total incompetencia de los mecanismos de resolución de disputas dirigidos por el estado. Recientes estudios indican que los tribunales oficiales en el norte de Kenia son pocos, burocráticos y a menudo se considera que administran un tipo de justicia que o se caracteriza por la larga duración de los procedimientos o tiene un impacto más castigador que reconciliador en los individuos y comunidades en cuestión (Chopra, 2009).

Búsqueda de justicia consuetudinaria pura: el modelo de paz de los borana y gabra

Los pueblos pastoralistas de los borana y los gabra del norte de Kenia y el sur de Etiopía habían estado inmersos en un violento conflicto entre ellos que alcanzó su punto álgido con las atrocidades de 2005; todo ello a pesar de sus estrechos lazos lingüísticos, territoriales y sociales. En lo que se ha dado a conocer como la masacre de Turbi, 100 miembros gabra fueron asesinados en su comunidad el 12 de julio de 2005. Durante este incidente, atribuido al ala militar de la comunidad borana, cientos de hombres armados con una surtida mezcla de armas, incluyendo desde rifles AK-47 y gra-



nadas a machetes y lanzas, descendieron sobre el pueblo de Turbi con el objetivo de matar brutalmente el mayor número posible de personas. Tres días después de la masacre, con las tensiones étnicas aún exaltadas, el obispo católico de Zica, Luigi Locati, fue asesinado en Isiolo, a 300 kilómetros de Turbi. Al tomar este conflicto dimensiones legales, políticas y económicas, los líderes políticos de la región, que hasta entonces se habían mostrado reacios a entablar contacto, lanzaron una

campaña de paz. Desafortunadamente, esta campaña fue suspendida exactamente un año después, cuando un avión de la armada de Kenia que transportaba a seis miembros del Parlamento se estrelló antes de aterrizar en Marsabit.

Empujados a tomar acción tras los dolorosos incidentes del año anterior, las comunidades de gabra y borana lanzaron un proceso de paz a través de sus sistemas tradicionales. La paz fue finalmente restaurada

en 2009 después de un proceso que utilizó una combinación de tradición e innovación. Este camino hacia la paz se inició formalmente en los consejos consuetudinarios de los borana y gabra – *gada* y *yaa* – quienes emitieron mensajes recordando a las personas, las antiguas leyes relacionadas con la paz. La ley consuetudinaria (*aada*) abarca aspectos religiosos, judiciales y culturales de la vida de los borana y gabra y es ampliamente respetada. Los mensajes de paz se transmitieron desde los consejos a líderes espirituales, jueces, líderes de clan (*ja-laab*), y a hombres y mujeres, ganaderos, ciudadanos, mayores y jóvenes. Los mensajes se movieron de una persona a otra en la forma de *daimtu*, una conversación cuya forma básica es preguntar “¿Tenemos paz?” para recordar al otro que, “Debemos tener paz” y a continuación formular la cuestión de, “¿Cómo podemos tener paz?” (*Pastoralist Shade Initiative*, 2010).

Entre las comunidades pastoralistas indígenas del norte de Kenia, los ancianos han estado indiscutiblemente a la vanguardia de la paz, pues son capaces de mantener esta posición por su control sobre el acceso a los recursos, ser parte de una red de estructuras de clan/étnicas y porque imponen respeto y legitimidad por razón de su edad (Kratli & Swift, 2000). Los ancianos son aún vistos como los guardianes de normas/prácticas culturales además de también ser los depositarios de conocimiento y patrimonio cultural (Makumi Mwangiru, 2001). Entre los oromo, de los que los borana forman parte, los ancianos constituyen un componente dominante de los mecanismos consuetudinarios de gestión de conflictos (Watson 2001).

Durante un periodo de cuatro años, como parte de la *Pastoralist Shade Initiative* (una ONG para la consolidación de la paz legalmente constituida en 2008 y cuya Junta está formada por nueve ancianos representantes de comunidades pastorales), las personas mayores de las comunidades gabra y borana continuaron pasando mensajes y manteniendo reuniones, incluyendo en lugares donde las personas no querían o no creían en la paz. Finalmente, cuando estuvieron seguros que en gran medida se habían alcanzado acuerdos, convocaron a pastoralistas, políticos y funcionarios a encuentros públicos por la paz. Las reuniones fueron mantenidas en términos pastoralistas, de acuerdo a normas tradicionales, una a una, en una serie de reuniones, cada una construida a partir de la última, para confirmar y ampliar el área que estaba en paz. En junio de 2009, el enfrentamiento entre las aldeas de Dillo y Dukana había llegado a su término. En julio, la paz se había extendido a Chalbi y North Horr, en una reunión en Maikona. En agosto, había abarcado Turbi, Rawan, Walda y Sololo, lugares donde políticos e insurgencia habían complicado la situación y debilitado el liderazgo.

La “Declaración de Maikona” es un breve acuerdo preparado en Maikona, una pequeña ciudad polvorienta a unos 700 Km. al norte de Nairobi, y firmado por representantes gabra y borana. Establece las leyes específicas relacionadas con el mantenimiento de la paz. Después de acordar acertar la *ebb*, una bendición que permite una amnistía para las historias traumáticas de la guerra, los pueblos acordaron restablecer la implementación de las leyes tradicionales. Esto implica una combinación de sistemas judiciales tradicional y estatal donde los robos y agravios son tratados por ambos sistemas de derecho operando en acuerdo. En la reunión de Walda, la última de la serie, el Comisario de Distrito de Chalbi hizo que se dispusiera por escrito de la Declaración en inglés y ordenó que se pegaran copias en las paredes de las oficinas de la administración en todo el distrito.

Los contratos sociales tales como la Declaración de Maikona y su predecesora, la Declaración de Modagashhe, firmada en 2001 entre las comunidades borana y somalí, han tenido un gran impacto en términos de mitigar conflicto, a pesar del hecho de que no son legalmente vinculantes. De acuerdo a Chopra, “Las declaraciones y el trabajo de los comités para la paz han tenido un impacto positivo en resolver conflictos persistentes en sus áreas. En Isiolo, por ejemplo... el número de conflictos desde 2001 ha disminuido debido a estos acuerdos. La cantidad de robos de ganado se dice que ha decrecido, se ha devuelto más ganado y ocurren menos asesinatos” (Chopra, 2009). El dilema presentado por modelos de paz tradicionales es que, bajo las costumbres indígenas, algunos delitos – robo de ganado, asesinatos por venganza o rapto de niños – no son necesariamente considerados delitos individuales. Tales hechos en cambio implican a la comunidad o clan en su conjunto del que el autor responsable individual es un miembro. Al atribuir castigo o indemnización, la comunidad es por lo tanto culpable y se espera que compense al individuo agraviado mediante la estructura comunitaria del infractor/a. Aunque esta responsabilidad comunitaria es un importante factor de control social interno, implementarla bajo las declaraciones entra en desacuerdo con las normas de leyes oficiales.

El modelo tradicional reinterpretado: el Comité de Paz de Wajir

Debido a la percibida disconformidad con la ley oficial de los modelos de justicia consuetudinarios puros, tales como los empleados por los borana y gabra, se han intentado sistemas más integrales. El Modelo de Paz Wajir que surgió en los años 1990, tras los conflictos de aniquilación mutua entre clanes por los recursos, fue uno de estos modelos. Dado el contexto en el que se

probó, dicho modelo estaba mucho menos estructurado debido a la inmediatez con la que fue necesaria su utilización. La severa sequía de 1992 había diezclado más del 70% del ganado y del 30% de los camellos de la comunidad somalí en el norte de Kenia. Los conflictos por los recursos naturales se tornaron cada vez más violentos, con cada clan buscando defender los precarios recursos de agua y pastos. Diversas muertes siguieron a los incidentes entre los clanes ogaden y degodia sobre presuntas usurpaciones de tierra y violación del espacio administrativo. Las mujeres del clan ogaden rehusaron vender o comprar productos alimenticios de las mujeres del clan ajuran, y no les permitían entrar en el mercado, lo que propició una escalada en la tensión.

Con la ayuda de la administración y policía provinciales de Kenia, las mujeres líderes somalíes y las mujeres profesionales de todos los clanes se reunieron y formaron un Comité Conjunto de clanes para actuar como organismo vigilante de prevención de la violencia. El marco normativo que definió lo que pronto se convertiría en el Comité de Paz y Desarrollo Wajir (*Wajir Peace and Development Committee*, WPDC) era una combinación de normas somalíes y directrices aprobadas por el Estado. El principal éxito de la iniciativa de paz Wajir ha sido su capacidad para restablecer métodos básicos tradicionales somalíes de resolución de conflictos que eran utilizados en tiempos precoloniales para fomentar el reparto equitativo y acceso a los recursos limitados de la región. Otro notable logro ha sido el talento para aprovechar energía y recursos (que de otra manera hubieran sido utilizados en conflictos) para desarrollo. La iniciativa ha promovido también el uso de los sistemas tradicionales de alarma precoz para prevenir conflictos en la región. Aún más importante, el WPDC ha sido capaz de “exportar” este modelo de paz a otros distritos de la región, y a Kenia en su conjunto. Donde otras iniciativas han fallado, la iniciativa de paz Wajir ha conseguido crear y sustentar integración vertical y horizontal estratégicamente necesaria para implementar la consolidación de la paz a largo plazo.

La infraestructura de soporte fue proporcionada con la ayuda de la comunidad donante. Las reuniones y los debates públicos involucraron a una completa variedad de líderes comunitarios. Prevalció un nuevo ambiente más consultivo. Los talleres de trabajo ahondaron en las raíces del conflicto, y en como éste guarda relación con las actuales condiciones económicas a la que se enfrenta la población de la región. En cinco años, el WPDC ha tocado el corazón de casi todo el mundo en la región y más allá, especialmente por su uso de los recursos de la comunidad y el dialogo constante como herramientas para la resolución de conflictos y la consolidación de la paz.

La estructura resultante, el Comité de Paz Wajir (*Wajir Peace Committee*), reconcilió a ancianos de la co-

munidad y funcionarios gubernamentales además de a la sociedad civil con el objetivo de proporcionar un espacio seguro para mitigar el conflicto. En sus deliberaciones, el comité utilizó praxis consuetudinarias como la base más importante para crear diálogo y preparar el terreno para el fortalecimiento de la confianza mutua. Tan popular se hizo este modelo que, en 2004, cuando el Gobierno de Kenia comenzó a formular una política de consolidación de la paz, fue adoptado como la estructura cuya replica en todo el país se debía respaldar. La violencia postelectoral de 2007-8 en Kenia que causó la muerte de 1.500 personas y el desplazamiento de 300.000 más, proporcionó una oportunidad para hacer justamente eso y, en la actualidad, casi todos los distritos en Kenia disponen de comités de paz de distrito. La resistencia y la adaptabilidad de las estructuras consuetudinarias parece que claramente se han hecho valer.

Conclusión

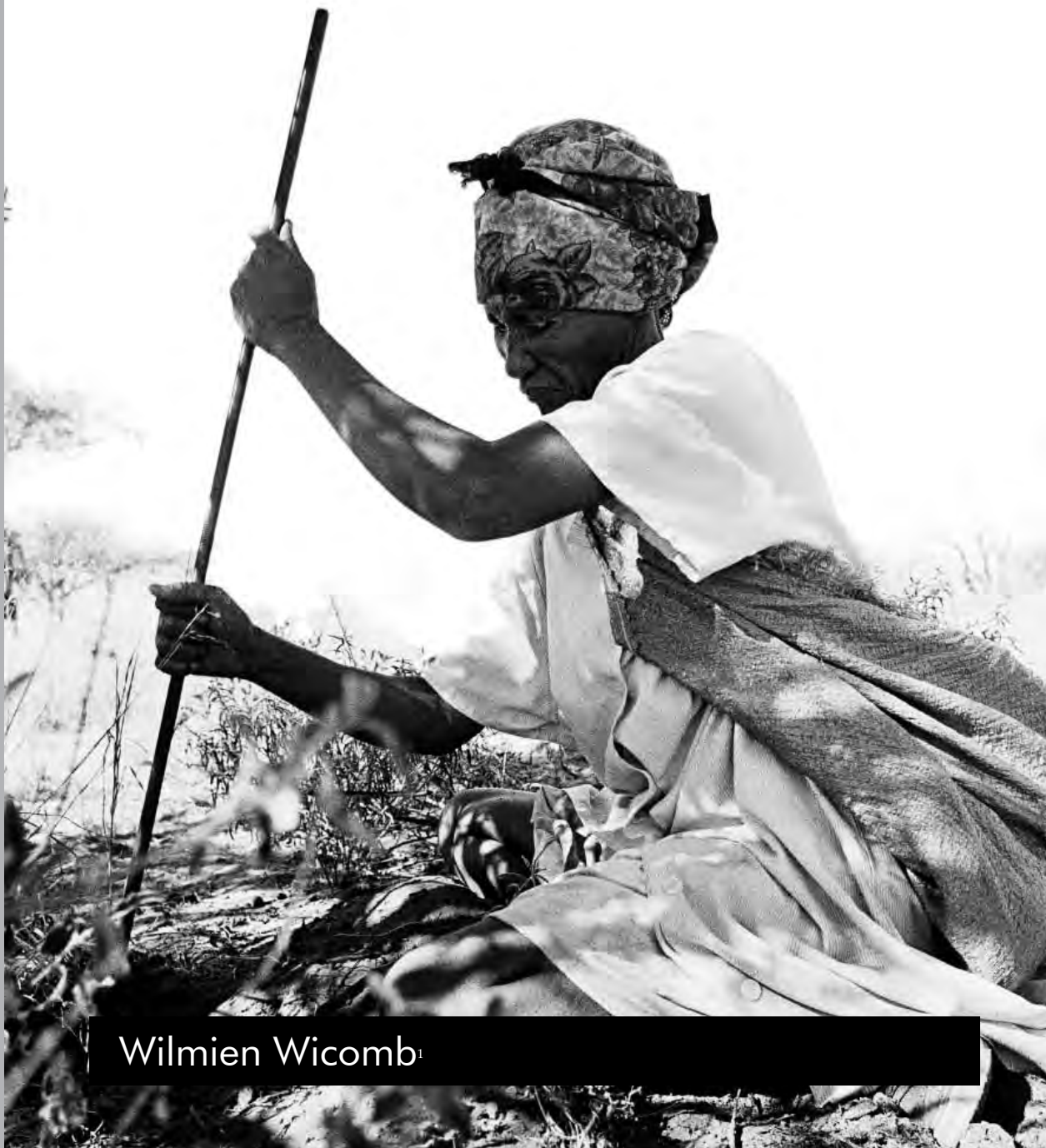
Elinor Ostrom, galardonada con el Premio Nobel de Economía 2009, ha señalado que con “mecanismos simples y locales para hacer públicos los conflictos inmediatamente y resoluciones generalmente conocidas en la comunidad, el número de conflictos que menoscaban la confianza se puede reducir” (Ostrom 2000). Tales regímenes de acción colectiva, representados por el modelo Borana-Gabra por una parte y el Comité de Paz Wajir por otra, no se pueden ignorar. Esto es especialmente cierto cuando los costes de tramitación de los sistemas de justicia oficial en Kenia, bien sea por precio, retraso, relevancia o corrupción, resultan imposiblemente altos. ○

Bibliografía

- Said Adejumobi, *Citizenship, Rights and the Problem of Conflicts and Civil Wars in Africa* 3 Human Rights Quarterly, 148 (2001).
- Mahmood Mamdani:** *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*. (Princeton NJ: Princeton University Press, 1996)
- Sandra F. Joireman:** *Entrapment or Freedom: enforcing customary property rights regimes in common law Africa* (Octubre, 2008)
- Kratli, S. and Swift, J.:** *Understanding And Managing Pastoral Conflict In Kenya: A Literature Review* (Informe DFID, 2000).
- Tanja Chopra:** *Peace Versus Justice in Northern Kenya* (World Justice Project, 2009).

A. Korir Sing'Oei, miembro fundador del Centro para el Desarrollo de los Derechos de las Minorías (Centre for Minority Rights Development, CEMIRIDE, Kenia) es abogado de derechos humanos.

El potencial emancipatorio del derecho consuetudinario para el derecho a la tierra de las mujeres



Wilmien Wicomb

Mujer san en el sur de Africa – Foto: Paul Weinberg

Uno de los temas centrales en el continente africano es el problema del acceso a, y el uso equitativo de, la tierra. La cuestión es compleja y tiene muchos niveles, y se ve afectada en gran medida por la persistencia de los sistemas de derecho consuetudinario de tenencia de la tierra, a pesar de la gran distorsión de los mismos como consecuencia de las imposiciones coloniales y del régimen del apartheid, y del hecho de que algunos gobiernos africanos poscoloniales derogaron el derecho consuetudinario. El resultado es que hoy en día, la mayoría de los africanos (incluyendo a todos los grupos indígenas) viven en tierras cuya tenencia está bajo los términos de un sistema consuetudinario, pero ningún país africano ha logrado resolver exitosamente la difícil relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario para asegurar la seguridad de tenencia de estas comunidades consuetudinarias.

A pesar de este problema, las instituciones internacionales y regionales de derechos humanos están aceptando cada vez más a la idea de que el reconocimiento adecuado de los sistemas consuetudinarios de tenencia podría ser una solución a los problemas africanos de pobreza y distribución desigual de los recursos, así como también para efectivizar el derecho a la tierra.¹ También se enfatizan los principios consuetudinarios en muchos documentos regionales de derecho blando que promueven la sustentabilidad. En este sentido, en el recientemente elaborado Marco y pautas sobre política territorial en África, la Comisión de la Unión Africana, el Banco de Desarrollo Africano y la Comisión Económica de la ONU para África alentaron a los países a “reconocer la legitimidad de los derechos territoriales indígenas” y “reconocer el rol de las instituciones y estructuras de administración de la tierra locales y de base comunitaria, a la par de las del Estado”.

Este artículo intenta esclarecer la importante evidencia documentada sobre el potencial emancipatorio del derecho consuetudinario para las mujeres africanas en zonas rurales, incluyendo las mujeres indígenas, tal como fue expuesto por Aninka Claassens y Sindiso Mnisi.² En la primera sección se discute la naturaleza de los sistemas de derecho consuetudinario y el significado amplio de su lugar a la par de los sistemas de derecho estatales para contextualizar el argumento de Mnisi y Claassens de que la protección de los derechos territoriales de las mujeres en África requiere la vinculación directa del derecho estatal con los sistemas existentes de derecho consuetudinario. La segunda sección se centra específicamente en los logros que han tenido las mujeres rurales en su utilización de los sistemas de derecho consuetudinario para mejorar su propio sustento, como documentan estos autores.

El lugar de los sistemas de derecho consuetudinario

La discusión sobre la naturaleza del derecho consuetudinario y la posibilidad de que este sistema tenga un lugar a la par del derecho estatal es a la vez muy importante y muy difícil.

Es importante no sólo debido a la persistencia de los sistemas de tenencia de derecho consuetudinario en África. En términos prácticos, se ha observado que la aplicación insensible del derecho estatal en comunidades de derecho consuetudinario lleva a uno de dos resultados: por un lado, el sistema fijo y jerárquico del derecho estatal, que es intolerante hacia las reglas negociadas, a veces ha opacado el derecho consuetudinario de las comunidades. Por el otro, el carácter irreconciliable entre estos dos sistemas a menudo lleva a una absoluta falta de relación local con el derecho estatal más allá de lo estrictamente formal, donde las comunidades eligen ignorar las “reglas” del estado en la medida de lo posible. En países como Etiopía, donde el derecho consuetudinario fue abolido por completo, las comunidades rurales se ven obligadas a regular sus vidas por fuera del único sistema legal que puede brindarles una protección reconocida y regulada a través de las cortes formales.

También hay un motivo puramente ético para redefinir la relación entre el estado y el derecho consuetudinario. Una serie de filósofos posestructuralistas y poscoloniales –incluyendo filósofos del derecho– han redefinido la relación ética como una relación que intenta tomar en cuenta la diferencia del otro³ de manera completa e igualitaria. El otro no se reduce a un objeto (en términos de mi subjetividad), sino que hay una consideración por su subjetividad y otredad. Esta es la base de una relación no violenta con el otro. La violencia en sí es definida como cualquier acción que intenta reducir al otro y su identidad, es decir, cualquier intento por imponer una descripción del otro sobre él.

El derecho estatal no puede darle un lugar al derecho consuetudinario si lo entiende por medio de sus propios conceptos de, por ejemplo, propiedad, y le niega su “otredad”. Lo que es peor, el derecho estatal a menudo reduce su interpretación del derecho consuetudinario a unos pocos denominadores comunes y arma una relación que funciona en base a eso. Para ser ético, el derecho estatal debe poder darle un lugar al derecho consuetudinario *en su diferencia*.

Finalmente, ha surgido mucha evidencia del potencial emancipatorio del derecho consuetudinario para las mujeres a nivel de las comunidades locales, que incluyen a muchas mujeres indígenas. Esta es una postura que parece contraintuitiva, como señalan Claassens y Mnisi:⁴

Los activistas y abogados de los derechos de las mujeres en África generalmente han tratado la arena consuetudinaria como algo inherentemente peligroso a los intereses de las mujeres, señalando la frecuencia y regularidad con la que el discurso de lo consuetudinario se utiliza para desempoderar a las mujeres y fomentar los intereses patriarcales.[...] En este contexto, las estrategias para asegurar los derechos territoriales de las mujeres en África generalmente han evitado la arena del derecho consuetudinario y han favorecido las iniciativas legales formales como el registro de títulos de la tierra conjuntos para ambos cónyuges. Sin embargo, estas estrategias legales también han demostrado ser problemáticas. Los programas de titulación a menudo son capturados por las élites y utilizados para afianzar la posición de quienes detentan derechos formales (mayormente hombres) a expensas de superponerse a derechos 'secundarios' conferidos a las mujeres, especialmente las mujeres solteras. Además, las estrategias que se centran en la propiedad individual para las mujeres han sido criticadas por ser relevantes sólo para un grupo reducido de mujeres de clase media y por no articularse con los problemas de las mujeres cuya supervivencia está imbricada dentro de una trama de relaciones familiares y comunitarias recíprocas, para quienes la protección y la preservación de los derechos territoriales conferidos a la familia o el grupo pueden ser una prioridad.

La dificultad importante de darle un lugar a los sistemas de derecho consuetudinario a la par del derecho estatal se relaciona con la naturaleza de estos sistemas. El derecho consuetudinario no es un cuerpo unificado y estático de leyes que existían en determinado momento de la historia, sino un sistema que evoluciona y se adapta constantemente a su medioambiente —que es precisamente el motivo por el cual estos sistemas han perdurado frente a la distorsión colonial y del apartheid.

Mnisi y otros han reconocido que “el derecho consuetudinario vivo” debe verse como distinto al derecho consuetudinario oficial. Citando a Mnisi,⁵ el derecho consuetudinario vivo es una “manifestación del derecho consuetudinario observado por las comunidades rurales y la libertad condicional es prueba de ello. Si bien el término ‘derecho consuetudinario vivo’ da la impresión de un sistema legal singular y unificado como referente, este término apunta a un conglomerado de sistemas de derecho variados y localizados, observados por muchas comunidades”. El derecho consuetudinario oficial, en cambio, es aquel que está denotado por el derecho estatal. Además, argumenta que el derecho consuetudinario, tal cual está protegido por la Constitución de Sudáfrica, se refiere tanto al derecho consuetudinario oficial como al vivo.

Es destacable que ha surgido una discusión sobre la naturaleza del derecho consuetudinario y su relación con el derecho estatal en las cortes de Sudáfrica en el contexto de la tenencia de la tierra, que comenzó con el caso *Richtersveld*⁶ y más recientemente siguió con *Tongoane*,⁷ donde en mayo de este año un fallo dictaminó que la Ley de derechos territoriales comunales era enteramente inconstitucional.

En *Richtersveld*, la Corte Suprema de Apelaciones sostuvo que:

Es importante señalar que el derecho indígena no es un cuerpo fijo de reglas formalmente clasificadas y fácil-

Mujer san hablando en una aldea del sur de Africa – Foto: Paul Weinberg



*mente determinables. Por su naturaleza misma, evoluciona en la medida en que las personas que viven bajo sus normas cambian sus modos de vida. ... Al aplicar el derecho indígena, es importante tomar en cuenta que, a diferencia del derecho consuetudinario, el derecho indígena no está escrito.*⁸

En el fallo *Tongoane*, la Corte Constitucional señaló clara y específicamente que la presencia del derecho consuetudinario vivo, en tanto forma de regulación en el campo, no era equivalente a un vacío legal. En cambio, consideró que era una presencia genuina y que debía ser

tratado con debido respeto, incluso cuando fuera necesario intervenir en él.⁹

El “campo ... no desocupado” con “la ley indígena viva tal cual fue evolucionando con el tiempo” incluye a toda la tierra comunal en Sudáfrica:

Originalmente, antes de la colonización y de la llegada del apartheid, esta tierra estaba ocupada y administrada de acuerdo con la ley indígena viva tal cual fue evolucionando con el tiempo. La tierra comunal y la ley indígena están por lo tanto tan íntimamente ligadas que es casi imposible tratar con una sin tratar con la otra. Cuando la CLARA (Ley de Derecho territorial



comunal 11 de 2004) habla de derechos territoriales, se refiere predominantemente a derechos en tierras que están definidas por la ley indígena y en áreas donde los líderes tradicionales juegan un rol significativo en la administración de la tierra.

La naturaleza evolutiva del derecho consuetudinario en tanto sistema adaptativo y el daño hecho por la codificación distorsionada de los sistemas legales coloniales también fueron reconocidos por la Corte Constitucional sudafricana. En *Shilubana*,¹⁰ la Corte sostuvo que:

Como ha sido enfatizado repetidamente por esta corte y otras, el derecho consuetudinario es por naturaleza un sistema en evolución constante. Bajo los regímenes pre-democráticos coloniales y de apartheid, este desarrollo se vio frustrado y el derecho consuetudinario se estancó. Este estancamiento no debería continuar y se debe respetar y facilitar el desarrollo libre por parte de las comunidades de sus propias leyes para alcanzar las necesidades de una sociedad rápidamente cambiante.

El fallo también señaló que:

No siempre es fácil establecer cuál es el derecho consuetudinario 'vivo' y a veces puede no ser posible determinar una nueva postura con claridad. Sin embargo, donde hay una disputa acerca de la ley de una comunidad, las partes deberían intentar mostrar la evidencia de las prácticas actuales de esa comunidad ante las cortes, y las cortes tienen la obligación de analizar la ley en el contexto de una comunidad y de reconocer los cambios, si los ha habido.

El potencial emancipatorio del derecho consuetudinario para las mujeres

Claassens y Mnisi¹¹ informan que sus consultas con mujeres rurales en Sudáfrica, incluyendo mujeres indígenas, indican la medida en que, por un lado, los sistemas de derecho consuetudinario se adaptan a medida que cambia el medioambiente y, por el otro lado, las mujeres pueden negociar cambios dentro de sus comunidades para promover su propia situación.

En las reuniones, las mujeres explicaron la 'regla' de que la tierra residencial debe ser asignada sólo a hombres, y sólo cuando los hombres se casan y forman una familia. La racionalidad subyacente es que sólo las familias (y no los individuos) tienen derecho a establecerse como unidades separadas dentro de la comunidad. Las mujeres en las reuniones describieron los procesos de cambio desparejos que planteaban un desafío a estas

reglas. Explicaron los cambios como consecuencia de la gran cantidad de mujeres no casadas que tienen hijos y necesitan espacios de residencia para establecer hogares para sus hijos. En Mpindweni, en el Cabo Oriental, dijeron que ahora se les asignan espacios de residencia a las madres solteras, aunque la tierra a menudo es asignada a nombre de algún pariente masculino. En muchas zonas de KwaZulu-Natal, las mujeres contaron que sólo las mujeres solteras con hijos varones recibieron espacios de residencia. Los participantes de las reuniones de Sekhukhuneland dijeron que era común que las mujeres solteras establecidas que eran mayores y tenían hijos recibieran espacios.

En relación con los cambios negociados por las mujeres mismas, Claassens y Mnisi escriben que:¹²

En nuestra experiencia, las mujeres utilizan una variedad de argumentos para promover sus reclamos. Muchos están formulados en relación con valores 'consuetudinarios'. Uno de estos valores es que todos los miembros de la comunidad tienen el derecho (por nacimiento) a la tierra para cubrir sus necesidades básicas y mantener a sus hijos; las mujeres señalan el hecho de que los hombres tienen derecho a la tierra sólo cuando se casan y arman familias. Ahora que la estructura familiar está cambiando y que las mujeres están cumpliendo el rol de proveer en la familia, a menudo sin hombres, tienen derecho a recibir tierra de acuerdo con los mismos criterios que los hombres que mantienen familias.

A menudo se afirma el principio de la igualdad, y las mujeres hacen referencia a la 'democracia' y la Constitución. Dicen que los tiempos y las leyes han cambiado, y que la discriminación ya no es legal. En muchos casos, se entrelazan argumentos sobre los valores que subyacen a los sistemas consuetudinarios (en particular, la primacía de los reclamos por necesidad) y de los derechos por nacimiento y pertenencia junto con el derecho a la igualdad y la democracia en los reclamos.

Otra forma de agencia es la de las mujeres que viven en tierras familiares y que se resisten al desalojo por parte de parientes masculinos, y que afirman que deben tener un lugar dentro de la tierra familiar. A menudo también se basan en argumentos que combinan tanto las costumbres como la igualdad. Claassens y Ngubane cuentan la historia de una mujer que logró enfrentar exitosamente los intentos de su hermano por desalojarla con el argumento de que como miembro de la familia tenía un 'derecho de nacimiento' a pertenecer. Hacen referencia a viudas y divorciadas que lograron mantener sus hogares matrimoniales a pesar de intentos de desalojo. Hay una cantidad cada vez mayor de mujeres cuyos

padres les heredan a ellas (y no a sus hermanos) el control del hogar y la tierra familiar en reconocimiento del rol que han tenido a lo largo del tiempo en el apoyo a sus padres y en encontrar un equilibrio entre los intereses y las necesidades de otros miembros de la familia. Un rasgo notable de las historias anecdóticas acerca de cómo ocurren los cambios –particularmente en relación con las mujeres a las que se les asignan espacios de residencias cómo a menudo se los describe como algo que se inició con los intentos valerosos de una mujer por desafiar el estatus quo. Una y otra vez, cuando se les pide que establezcan una fecha para los cambios, la respuesta incluye el nombre de una mujer en particular y la frase ‘después de 1994’. Otro rasgo llamativo de las historias del cambio son las acciones de apoyo de hombres centrales de la comunidad.

En base a estos hallazgos, argumentan que las estrategias legales para apoyar los derechos de las mujeres a la tierra no deberían –y, ciertamente, no pueden– evitar la arena del derecho consuetudinario. En cambio, debería haber un esfuerzo coordinado para facilitar la vinculación directa con estos sistemas.¹³

Las mujeres rurales no tienen otra opción que lidiar con las cuestiones de los derechos y las costumbres en las arenas locales del derecho consuetudinario. Los peligros relacionados con el discurso no deberían engecernos respecto a las posibilidades democráticas y de transformación inherentes a los desacuerdos que se están planteando en estas arenas. Son estos desacuerdos los que, al salir a la luz, constituyen la refutación más efectiva a las versiones distorsionadas de las costumbres predominantes en el discurso nacional.

La Constitución sudafricana facilita esta vinculación brindando un reconocimiento adecuado al derecho consuetudinario¹⁴ y la Corte Constitucional ha dado un paso para afirmar este reconocimiento. La pelota está ahora en la cancha de los legisladores, los abogados y los activistas de los derechos de las mujeres, que deben redefinir el discurso sobre el derecho consuetudinario no en términos de la dicotomía entre estos derechos y la costumbre, sino como un discurso con un gran valor emancipatorio y de empoderamiento para las mujeres rurales, incluyendo las mujeres indígenas. ○

Notas

1 Este movimiento hacia el reconocimiento de los sistemas de tenencia de derecho consuetudinario a la par de los modelos occidentales de propiedad privada también está en línea con el énfasis que ha puesto el Comité de la ONU para los derechos sociales, económicos y culturales en lo apropiado de las medidas que se han tomado para la realización progresiva de los derechos. En su Comentario general sobre el derecho a una vivienda adecuada, por

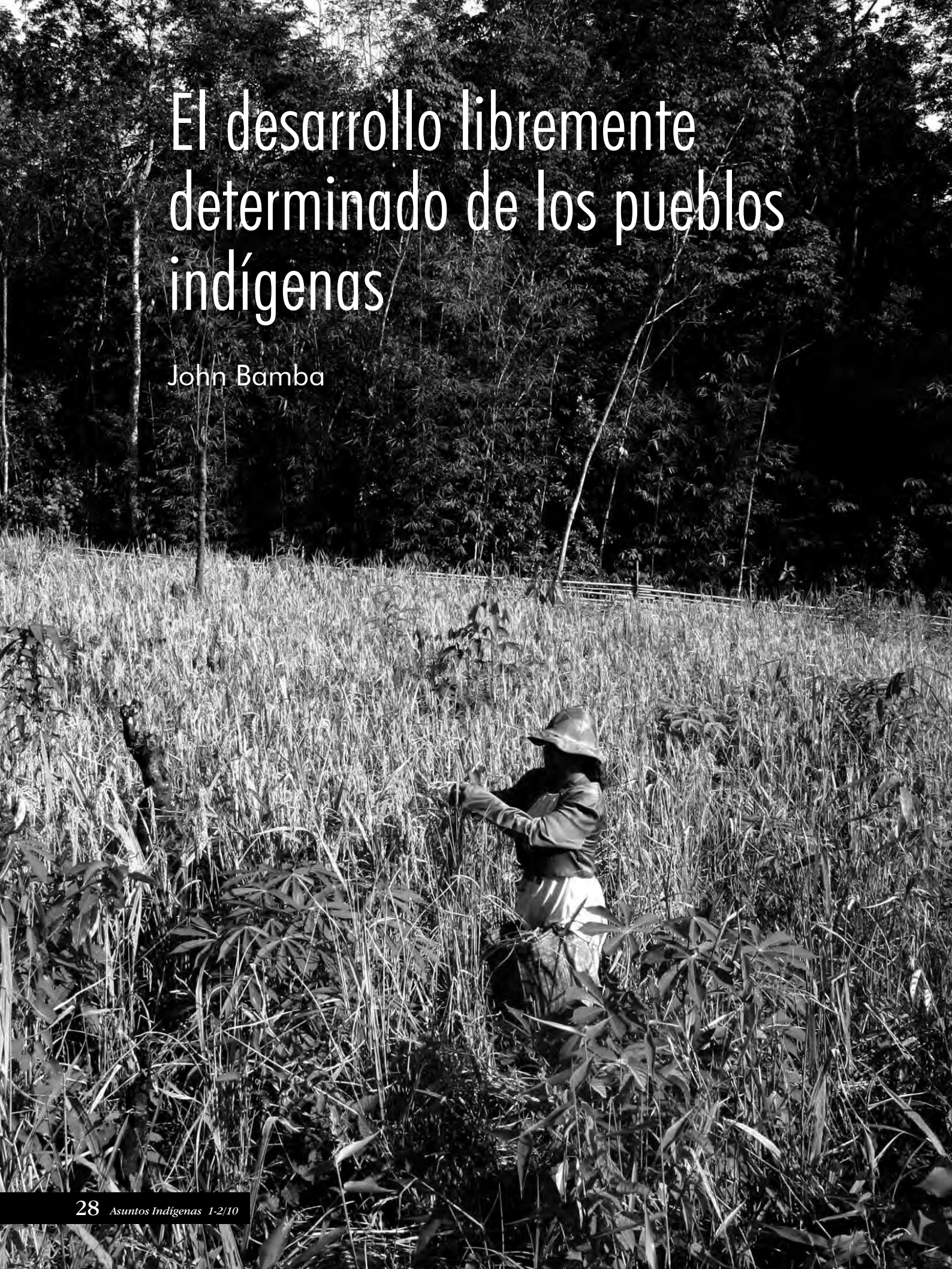
ejemplo, agregan: “La forma en que se construyen las viviendas [...] y las políticas que las apoyan deben permitir la expresión de la identidad y diversidad cultural de la vivienda de manera adecuada”. El Comité del Convenio para la eliminación de todas formas de discriminación ha declarado que no se reconocen las formas indígenas de tenencia de la tierra, lo cual va en contra del Convenio (Recomendación General 23).

- 2 En Claassens, Aninka y Mnisi, Sindiso 2009 “Rural women redefining land rights in the context of living customary law” en *South African Journal of Human Rights*. Claasens y Mnisi son investigadores sénior en la Unidad de Investigación sobre Derecho, Raza y Género de la Universidad de Ciudad del Cabo, Sudáfrica.
- 3 El Otro como concepto filosófico a menudo se asocia con el trabajo de Emmanuel Levinas. Una vez que el sujeto perdió su ubicación central, la relación sujeto-objeto se volvió problemática. El objeto ya no podía ser entendido en términos del sujeto. Esto llevó a Levinas a llamar al objeto el “Otro”, para articular su comprensión de este objeto como un otro por completo y por lo tanto fuera del sistema. Como explica Gibson, “...el otro al que encuentro es siempre radicalmente más que lo que mi ego, mis poderes cognitivos, mi conciencia o mis intuiciones indicarían que es. El otro siempre y definitivamente escapa el marco en el cual intentaría encasillarlo”. Intentar encasillar al otro en un marco de este tipo implicaría un acto de violencia y, por lo tanto, no sería ético.
- 4 Claassens y Mnisi (ver 2 arriba), pág. 491-516.
- 5 Mnisi, S 2007 *[Post]-colonial culture and its influence on the South African legal system – exploring the relationship between living customary law and state law* Tesis de doctorado no publicada, Universidad de Oxford.
- 6 *Alexkor Ltd and the Republic of South Africa v. The Richtersveld Community and Others*, (CCT19/03) [2003] ZACC 18; 2004 (5) SA 460 (CC); 2003 (12) BCLR 1301 (CC) (14 October 2003), párrafo 62.
- 7 [2010] ZACC 10; 2010 (6) SA 214; 2010 (8) BCLR 741 (CC).
- 8 *Alexkor* párrafos 52-3.
- 9 Tongoano, párrafo 90 dice: “Ya sea que las reglas comunitarias adoptadas bajo las disposiciones de la CLARA repliquen, registren o codifiquen la ley indígena o representen un conjunto de reglas completamente nuevas que reemplacen el sistema basado en la ley indígena de administración de la tierra, el resultado es el mismo: un impacto sustantivo en la ley indígena que regula la tierra comunal en una comunidad en particular”. Ver también párrafo 79 (así como párrafo 89): “El campo que la CLARA busca cubrir ahora no está desocupado. Existe actualmente un sistema de derecho que regula el uso, la ocupación y la administración de la tierra comunal. Este sistema también regula los poderes y las funciones de los líderes tradicionales en relación con la tierra comunal. Es este sistema que será revocado, reemplazado o enmendado por la CLARA”.
- 10 Shilubana & otros c/ Nwamitwa 2009 (2) SA 66 (CC).
- 11 Claassens y Mnisi (ver 2 arriba), pág. 499.
- 12 *Ibid*, pág. 500.
- 13 *Ibid*, pág. 493.
- 14 Sección 211(3).

Wilmien Wicomb es experta en asuntos legales de la institución Legal Resource Center en Cape Town, África del Sur.

El desarrollo libremente determinado de los pueblos indígenas

John Bamba



“... la palabra “progreso” en su equivalente pali denota “desorden” o “confusión”. ... Ivan Illich una vez me comentó que la palabra latina *progressio*, raíz etimológica de “progreso”, puede significar también “locura.”...”

Sivaraksa, 1992:35

Desde que a partir de la Segunda Guerra Mundial, la palabra “progreso” fuera introducida y se convirtiera en jerga común en asuntos y diplomacia internacionales, ha llegado a ser un término predominante con efectos quizás solo comparables a aquellos de la difusión de una religión. Progreso ha sido utilizado por varias dictaduras, tales como la de Suharto en Indonesia, para suprimir cualquier crítica dirigida hacia sus políticas antidemocráticas. Cuestionar cualquier proyecto o actividad gubernamental llevados a cabo en nombre del “progreso” adquiriría la calificación de acto de subversión contra el Estado y el Gobierno, pudiendo resultar en una posible pena carcelaria.

Expertos de todo el mundo han intentado definir “progreso” y clarificar lo que Ivan Illich cree “puede significar también locura”. Amartya Sen, ganador del Premio Nobel de Ciencias Económicas de 1998, entre otros, sugiere que debemos aceptar “progreso como libertad” (Sen, 2000). Por otra parte, “libertad sin oportunidades”, de acuerdo a Noam Chomsky, “es el regalo del diablo.” (Chomsky, 2000:135)

Si tomamos el caso de Indonesia como ejemplo, la Constitución de 1945 reconoce a los pueblos indígenas (denominados “Comunidades de Derecho Consuetudinario” en la Constitución) de acuerdo a cuatro condiciones:

1. que aún existan;
2. que estén en conformidad con el avance de sociedades, tiempos y civilizaciones;
3. que estén en conformidad con los principios del Estado Unitario de la Republica de Indonesia; y
4. que estén regulados por ley.

Este reconocimiento, mismamente expresado en la Constitución del Estado, es sin duda un “progreso” avanzado que ha dado a los pueblos indígenas de Indonesia algunas libertades. Sin embargo constituye, al mismo tiempo, un reconocimiento condicional que les ha dejado sin oportunidades de ejercitar esas mismas libertades. Tal reconocimiento legal, incluso cuando está contemplado en la Constitución del Estado, pierde por lo tanto su utilidad. Es, después de todo, un “regalo del diablo”.

Como pueblos indígenas, hemos sido testigos y víctimas de este denominado “regalo del diablo” del progreso. En su nombre nuestras tierras han sido usurpadas, nuestros hogares destruidos, nuestras madres tie-

rras violadas y desnudadas. En el pasado en muchos lugares, nuestros hermanos y hermanas, incluyendo mujeres y niños, han sido incluso asesinados o torturados, secuestrados o se les han lavado el cerebro. Quizás el caso reciente más espeluznante fue el reportado desde Perú por *The Guardian* sobre “Una banda peruana que supuestamente mataba personas y extraía grasa de sus cadáveres...y exportaba el líquido ámbar a Europa como crema antiarrugas.”¹ Esta banda ha sido apodada los “Pishtacos”, tomando como referencia un antiguo mito peruano relativo a colonos blancos que asesinaban a personas indígenas y descuartizaban sus cuerpos con machetes antes de sacar la grasa y convertirla en una gama de jabones perfumados.² Utilizando las adecuadas palabras de Boris Pasternak que describió esta macabra acción como, “... la alma humana desnudada y estremecida, pelada hasta el último jirón...” (Pasternak, 1958:394).

Y sin embargo el mundo ha asistido también al constante e inflexible compromiso de pelear por un cambio de la realidad protagonizado por los pueblos indígenas y sus partidarios no indígenas. Durante más de dos décadas, nuestras luchas han sido capaces de conseguir el factor real más importante que el “progreso” debe ser capaz de ofrecer: “oportunidades”, que nos retan a ejercitar nuestra “libertad” y que nos aportan los frutos verdaderos del mismo. La adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el 13 de septiembre de 2007 por la 61ª Sesión de la Asamblea General de la ONU, proporciona inmensas “oportunidades” a través de las cuales ejercitar nuestra “libertad” y nuestro propio modelo de “progreso” — desarrollo libremente determinado.

Además de ser un logro de nuestra lucha, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración), sin embargo, también plantea desafíos. Es un hecho innegable que la Declaración no fue apoyada por todos los países miembros de las Naciones Unidas. Es obvio que los Estados Unidos de América, como el país con el papel más importante a desempeñar en los asuntos del mundo actual, junto con Canadá, Australia y Nueva Zelanda (también conocido como el grupo CANZUS), no apoyaron la Declaración. En el ámbito nacional, cada uno de nosotros está también experimentando diversos obstáculos incluso si nuestros Gobiernos apoyaron la Declaración. Aunque el tema del “derecho a la libre determinación” (artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) sigue siendo “insostenible” para la mayoría de nuestros Gobiernos, los pueblos indígenas lo acogieron con satisfacción como la más importante “oportunidad” para promover el tipo de desarrollo que querían.

“Progreso con Cultura e Identidad”: filosofías y espiritualidad

Las siete fortunas

“Progreso” es indudablemente un concepto extraño para los pueblos indígenas. Se trata de un concepto que tenemos que analizar con cuidado adicional, con mentes críticas y determinación, por una simple razón: para asegurar que nos trae la “libertad” que entraña y las “oportunidades” que es capaz de ofrecer. Tenemos que evitar aceptar cualquier forma de “progreso” que inicial o finalmente tenga el efecto opuesto: explotación, destrucción, apropiación de nuestras tierras y recursos naturales y genocidio cultural de nuestras identidades indígenas, en la mayoría de los casos únicamente motivados por intereses económicos y políticos. Incluso en el contexto de “Desarrollo Sostenible”, siempre tenemos que asegurarnos que los beneficios económicos, ecológicos, sociales, culturales y espirituales son tenidos en consideración. Ninguno de estos beneficios puede sacrificarse o descuidarse por razón única de los beneficios económicos, pues ese planteamiento entraría en contradicción con el significado auténtico de “sostenibilidad”.

“Tierras, Territorios y Otros Recursos” son de hecho los tres elementos más importantes que determinan la cultura e identidad de los pueblos indígenas. Sin embargo, al mismo tiempo, también se convierten en los tres factores fundamentales de los intereses y objetivos del

“progreso”. Y esto se ha convertido en lo esencial del asunto, una fuente de conflicto y un reto eterno para todos los pueblos indígenas en todas las partes de este planeta, pasado, presente y futuro.

Inspirado por las lecciones y experiencias en Asia, especialmente entre los pueblos indígenas de Kalimantan (Borneo), he resumido lo que habitualmente denomino las “Siete Fortunas” (Bamba, 2008:241-249) recibidos por los dayaks (pueblos indígenas de Kalimantan), que abarca los principales principios y filosofías de su gestión de los recursos naturales. Estos siete principios y filosofías pueden ofrecernos algunos criterios e indicadores para nuestro concepto de Desarrollo Libremente Determinado o Desarrollo con Cultura e Identidad. Lamentablemente, estos principios y filosofías entran a menudo en contradicción directa con las actividades del “Modelo Global de Desarrollo” implementado por la mayoría de gobiernos y agencias de desarrollo en todo el mundo.

Esos 7 principios y filosofías se resumen brevemente en la página siguiente.

1. SOSTENIBILIDAD (BIODIVERSIDAD) frente a PRODUCTIVIDAD (MONOCULTIVOS)

Es difícil alcanzar una solución intermedia entre sostenibilidad y productividad. La sostenibilidad requiere biodiversidad, dando como resultado producciones re-



Indígenas dayak, Kalimantan occidental, Indonesia – Foto: Christian Erni

	Modelo de desarrollo libremente determinado de los Dayaks'		Modelo global de desarrollo
1.	SOSTENIBILIDAD (BIODIVERSIDAD)	frente a	PRODUCTIVIDAD (MONOCULTURA)
2.	COLLECTIVIDAD (COOPERACION)	frente a	INDIVIDUALIDAD (COMPETICION)
3.	NATURALIDAD (ORGANICO)	frente a	INGENIERIA (INORGANICO)
4.	SPIRITUALIDAD (RITUAL)	frente a	RACIONALIDAD (CIENCIA)
5.	PROCESO (EFICACIA)	frente a	RESULTADO (EFFICIENCIA)
6.	SUBSISTENCIA (DOMESTICIDAD)	frente a	MERCANTILISMO (MERCADO)
7.	DERECHO CONSUECUDINARIO (LOCALITY)	frente a	DERECHO ESTATAL (GLOBAL)

lativamente menores, mientras que la productividad exige cultivos masivos, a gran escala y monocultivos para saturar el mercado y generar ingresos al contado. Los jardines comerciales de caucho y arrozales (sistema de agricultura indígena) de los dayaks son dos ejemplos de como este principio de biodiversidad constituye una prioridad máxima de su filosofía. Estos jardines de caucho son muy ricos en biodiversidad ya que los árboles gomeeros crecen junto a otros árboles en los bosques y no es necesario limpiar un área para su plantación, reduciendo así las cargas medioambientales y conservando la biodiversidad. Esta prioridad de biodiversidad puede también verse en los campos de arroz donde cultivan cientos de productos locales diferentes, no solo campos de arrozales. Tanto los jardines de caucho como los arrozales de los dayak se encuentran bajo el enorme ataque que representan las plantaciones de monocultivos tales como la palma aceitera y los planteles de árboles comerciales. El principal argumento del Gobierno, que está implementando estas inmensas plantaciones de monocultivos y adoptando el Modelo de Desarrollo Global, es que los jardines de caucho y arrozales son "improductivos".

2. COLECTIVIDAD (COOPERACIÓN) frente a INDIVIDUALISMO (COMPETITIVIDAD)

La filosofía subyacente de este principio es que el mundo es el hogar de todos los seres, no solo de humanos, animales y plantas sino también de los espíritus. Existe una interdependencia y coexistencia no solo entre los seres humanos sino también con los no humanos. La naturaleza está dirigida teniendo en consideración esta coexistencia. La creación de espacio para los intereses humanos y sus necesidades debe llevarse a cabo considerando y respetando los intereses de otros seres. Antes de que los dayaks limpien una zona para sus campos de arroz, realizan un ritual para pedir permiso y conformidad de los espíritus que creen pueden existir en esa área. Utilizan presagios y augurios como métodos de comunicación. Por otra parte, trabajar en un campo de arroz, construir una casa, la curación de enfermedades, muerte y bodas son todos aspectos que involucran

colectivamente a toda la comunidad. Esta es una de las razones por las que los dayaks viven en casas grandes. No están acostumbrados a la competitividad y a trabajar individualmente. Conviven con un espíritu colectivo de cooperación para guiar su bienestar. Por lo tanto no son la mejor opción para trabajar en plantaciones o para compañías mineras porque éstas se quejan de que los dayaks son menos disciplinados, menos inteligentes y no reúnen los criterios que ellos requieren debido a su falta de educación oficial. Así que las compañías emplean a trabajadores emigrantes y, cuantas más compañías operan, mayor flujo de emigrantes llega a los pueblos y territorios de los dayaks. De hecho, los pueblos indígenas, incluyendo los dayaks, son malos competidores y se ven siempre relegados en los avances competitivos sobre los usos de los recursos naturales.

3. NATURALIDAD ³(ORGÁNICO) frente a INGENIERÍA (NO ORGÁNICO)

"Naturalidad" aquí debe ser entendida como una filosofía de interacción con la naturaleza basada en las leyes y la capacidad portadora de la misma. La ética y moralidad subyacentes son que los seres humanos no deben explotar la naturaleza por encima de su capacidad, no importa los sofisticados y poderosos que las tecnologías y el conocimiento de los seres humanos hayan llegado a ser, porque ellos mismos no pueden vivir sin naturaleza. Las palabras clave son "gestionar y mantener/conservar" la naturaleza, al mismo tiempo estas dos acciones son inseparables como requisitos imprescindibles para evitar la sobreexplotación y violación de los límites de las leyes y capacidades de la naturaleza. Esta filosofía rechaza la sobreexplotación, que esta basada en codicia más que en beneficios mutuos y coexistencia. Rehúsa cualquier forma de ingeniería genética tanto en seres humanos como no humanos y también la revolución "verde", que contamina la naturaleza con sustancias químicas hechas por el hombre tales como fertilizantes y pesticidas. Los pueblos indígenas creen que el sufrimiento humano en la forma de desastres naturales, la propagación de nuevas e incur-



Mujer y niño dayak, Kalimantan occidental, Indonesia – Foto: Christian Erni

bles enfermedades, hambruna y extrema pobreza son el resultado del fallo de la humanidad para “gestionar y mantener” la naturaleza en base a su capacidad.

4. ESPIRITUALIDAD (RITUAL) frente a RACIONALIDAD (CIENCIA)

La espiritualidad se manifiesta en varios rituales realizados para mantener la conexión de los seres humanos con la naturaleza y otros seres. Al realizar rituales regularmente, los seres humanos manifiestan, enseñan y recuerdan su interconectividad e interdependencia con la naturaleza. También sirve como un medio para mejorar su capacidad y comprensión de “el modo de funcionar de la naturaleza.” En contraste con el Modelo de Desarrollo Global, esto se percibe como extravagante, irracional y un signo de atraso pues de acuerdo a este modelo, la naturaleza se tiene que conquistar mediante el avance de ciencia y tecnología y la racionalidad es glorificada como símbolo de modernización y propia de una sociedad educada y civilizada.

5. PROCESO (EFICACIA) frente a RESULTADO (EFICIENCIA)

Su coherencia en realizar varios rituales muestra que el “proceso” es una prioridad principal para los dayaks. Los resultados eficaces se obtienen mediante un proceso coherente que a veces pasa por largos y complicados periodos para mantener la conexión con la naturaleza y otros seres. Se debe actuar por lo tanto de una manera eficaz determinada por el proceso que se lleva a cabo. Según la creencia del Desarrollo Global, es el resultado lo que cuenta. Los resultados deben conseguirse lo más



Vivienda en Kalimantan occidental, Indonesia – Foto: Christian Erni

eficientemente posible para aumentar la producción. No es de extrañar que los sistemas de gestión de los recursos naturales llevados a cabo por los pueblos indígenas, al igual que su modo de vida, sean objeto de masiva amenaza y destrucción en todo el mundo debido a las actividades del Desarrollo Global.

6. SUBSISTENCIA (DOMESTICIDAD) frente a MERCANTILISMO (MERCADO)

Los dayaks creen que vivir en prosperidad significa vivir en armonía con la naturaleza. La sobreexplotación y el maltrato de la naturaleza causarán sufrimiento, miseria y desastre para los seres humanos. Así que la posesión de riqueza tiene que tener sus límites. El dinero es una herramienta, no el objetivo final, en la vida. La meta en la vida es calidad de vida no cantidad. Los seres humanos tienen cuatro principales necesidades en la tierra: supervivencia, sostenibilidad, necesidades sociales y necesidades espirituales. La gestión de los recursos naturales debe limitarse a satisfacer estas cuatro necesidades básicas. La vida no debe estar basada ni impulsada por la codicia. La decisión de llevar un modo de vida basado en la subsistencia, en el que el uso de los recursos naturales se limita a las necesidades domésticas, es una manifestación de esta filosofía. Aunque algunos productos locales se producen también para venta mediante trueque con otros pueblos, la producción está limitada y controlada por los principios y filosofías en los que creen. Cuando se adopta el mercantilismo para cumplir con las demandas del mercado global, como demostrado por el sistema de Desarrollo Global, la sobreexplotación de los recursos naturales es inevitable y la capacidad portadora de la tierra se rompe, dando como resultado el sufrimiento de la humanidad, desastre tras desastre.



Aldea dayak, Kalimantan occidental, Indonesia – Foto: Christian Erni

7. DERECHO CONSUECUDINARIO (LOCALIDAD) frente a DERECHO ESTATAL (GLOBAL)

Las leyes consuetudinarias (Leyes del *Adat*) sirven de base para controlar y proteger las relaciones armoniosas entre los seres humanos y su relación con otros seres y la naturaleza. Las leyes consuetudinarias no solo implican penas y sentencias para los infractores sino un proceso de reconciliación y sanación de la relación agraviada con la naturaleza tras la ruptura de los compromisos con los principios y filosofías. Las leyes consuetudinarias por lo tanto no son leyes globales y no tratan normas y valores universales. El derecho consuetudinario está por lo tanto regulado por el contexto local e impulsado por las necesidades locales. Por otra parte, las leyes estatales no se elaboran únicamente para proteger los intereses nacionales sino que están también influenciadas por intereses globales. Algunas leyes nacionales sobre ingeniería forestal, inversión y comercio, tienden a proteger los intereses globales más que los intereses de las personas locales y son ejemplos perfectos de como no se puede en este caso depender de las leyes del Estado. Sin embargo, las leyes consuetudinarias tienen también sus puntos débiles. Cuando un gobernante autoritario está en el poder, la justicia estará en manos de ese gobernante o cacique. Las personas que no son miembros de esa comunidad específica, o aquellas ajenas, también tienden a subestimar las leyes consuetudinarias. Dado que las multas impuestas por el derecho consuetudinario son relativamente bajas, los no miembros tienden a infravalorarlas. Por otra parte, algunos miembros comunitarios pueden también comercializar con ellas para su propio beneficio, incumpliendo el valor moral de castigo por parte de la ley consuetudinaria.

Los siete principios o filosofías anteriormente mencionados están fuertemente amenazados por parte del

Sistema de Desarrollo Global y pueden pronto estar restringidas a los libros de historia de las bibliotecas de escuelas y universidades. Como estamos atestigüando y experimentando en el día a día en nuestras propias comunidades, esta lucha es del tipo “David y Goliat”. La mayoría de los Gobiernos apoyan a las corporaciones multinacionales e instituciones financieras en arrebatar la gestión de los recursos naturales a los pueblos indígenas, con el completo respaldo de las fuerzas policiales y militares. Tres principales actividades de desarrollo se producen en la actualidad en los territorios de los pueblos indígenas: plantaciones de monocultivo (para biocombustibles y pulpa/papel), minería y tala. “David” está en lucha continua contra “Goliat”.

Sin embargo, con la apertura actual de oportunidades para los pueblos indígenas mediante varios logros, a nivel internacional en particular, existe la posibilidad de explorar, promover y ejercitar en mayor medida el concepto de Modelo de Desarrollo Libremente Determinado (*Self-Determined Development Model*). Utilizando los siete principios y filosofías anteriores de los dayaks de Kalimantan, podemos claramente ver como el Modelo de Desarrollo Libremente Determinado difiere del Modelo de Desarrollo Global. Estas filosofías pueden ser enriquecidas más ampliamente con la abundancia de conocimientos y experiencias de otros pueblos indígenas en todo el mundo.

El Movimiento Dayak de Cooperativas de Crédito: empoderamiento y liberación

El Modelo de Desarrollo Libremente Determinado se puede únicamente conseguir si está enraizado y pro-

viene de los mismos pueblos indígenas. Tiene que ser una iniciativa emprendida por, desde y para los pueblos indígenas en si mismos. Las personas ajenas pueden proporcionar apoyo ofreciendo alternativas, experiencias compartidas o instalaciones. Un ejemplo excelente de esta armoniosa colaboración e iniciativa es el Movimiento de Cooperativas de Crédito (*Credit Union Movement*) implementado por los dayaks en Kalimantan desde 1987. El movimiento ha crecido de manera impresionante y se ha esparcido por toda Indonesia y varios grupos de otros países se han desplazado al país para conocer in situ las características del mismo.

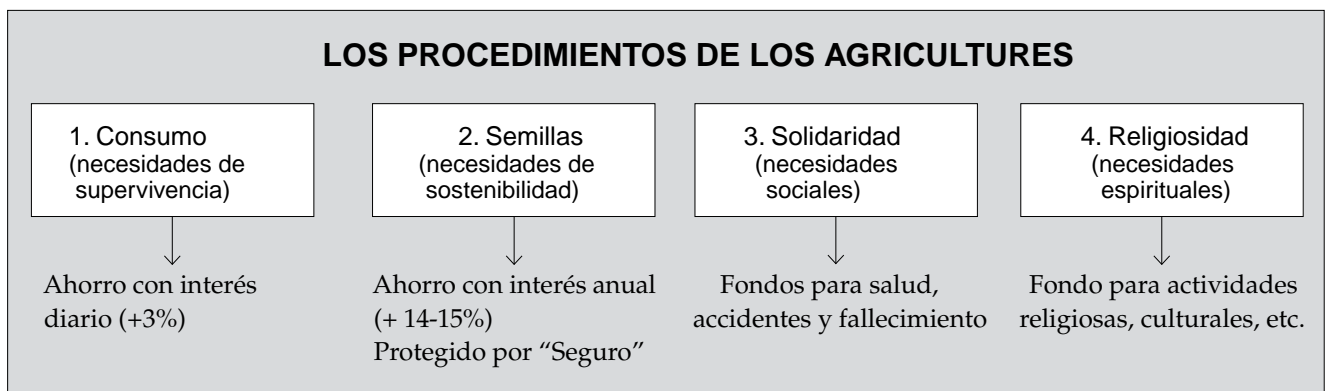
Al igual que sucede con el Progreso en sí, una Cooperativa de Crédito no es originariamente un concepto dayak. La cooperativa de crédito urbana fue primero desarrollada en 1852 en Alemania por Franz Hermann Schulze-Delitzsch, y la cooperativa de crédito rural por Friedrich Wilhelm Raiffeisen en 1864. Es esta última la que se conoce también como idea paterna de la cooperativa de crédito.⁴ Los dayaks simplemente tomaron prestado el sistema de gestión financiera de esta institución para crear su propio modelo basado en sus valores y principios culturales. Las corporativas de crédito les fueron primero introducidas a los dayaks por la Iglesia Católica a principios de los años 1970. En 1975, había 95 establecidas en toda Kalimantan Occidental y sin embargo ¡un año más tarde solo seguían operando cinco de ellas! Las cooperativas de crédito de aquellos tiempos estaban basadas en el modelo original y los dayaks tuvieron que adaptarse al mismo. El fracaso del primer movimiento de cooperativas de crédito en los años 1970 muestra como un modelo de desarrollo extranjero tiene una posibilidad muy limitada de tener éxito cuando se introduce e implementa sin consideración por la cultura e identidad local.

En 1987, una ONG llamada PancurKasih estableció su propia cooperativa de crédito con un enfoque y filosofía totalmente diferente. Las cooperativas de crédito pasaron a ser consideradas una herramienta y, como tal, adaptables a las necesidades de los usuarios y a los propósitos que se pretenden conseguir. PancurKasih cree que el dinero no es el objetivo de una cooperativa de crédito

sino los seres humanos (los miembros de la misma) que la componen. Las cooperativas de créditos se consideran una herramienta para el empoderamiento y la liberación de los dayaks de los muchos y serios problemas a los que se enfrentan, tales como la pobreza, la falta de educación y asistencia sanitaria, además de ser un modo de invertir en sus generaciones actuales y futuras.

Las filosofías adoptadas en la Cooperativa de Crédito PancurKasih están extraídas de los propios agricultores dayak. De acuerdo a AR. Mecer, fundador y presidente del Movimiento PancurKasih, se basan en cuatro obligaciones principales que los agricultores tienen que cumplir para asegurar su sustento dentro de la comunidad (GPPK, 2009: 127-128). Primero, tienen que tener cubiertas sus necesidades diarias básicas de consumo (Necesidad de Supervivencia); segundo, tienen que asegurar semillas para la próxima temporada (Necesidad de Sostenibilidad); tercero, tiene que mostrar solidaridad (Necesidad Social) con sus compañeros agricultores; y cuarto, tienen que realizar rituales como una obligación hacia la naturaleza y los otros seres que coexisten con ellos (Necesidad Espiritual). Los dayaks creen que estas cuatro obligaciones son las cuatro necesidades básicas que nadie puede eludir para vivir de manera segura y pacífica. Estas Cuatro Necesidades son luego implementadas mediante varios productos o servicios que proporcionan en la cooperativa de crédito, como se muestra en el siguiente gráfico:

Y sin embargo la cuestión sigue latente: ¿por qué cooperativas de crédito? ¿Por qué se debe utilizar un sistema originario de Alemania? Una respuesta rápida y simple es que las cooperativas de crédito ofrecen “libertad” y “oportunidades” a los dayaks. Les dan la libertad para ejercer sus conocimientos culturales y explorar novedosas posibilidades para responder a los nuevos desafíos, mientras al mismo tiempo les ofrece oportunidades de gestionar sus recursos independiente y colectivamente. En la cooperativa de crédito, los dayaks encuentran un modo de ejercitar su modelo de desarrollo libremente determinado basándose en su propia cultura e identidad. Aunque están utilizando sistemas de organización y ges-





Niños dayak, Kalimantan occidental, Indonesia – Foto: Christian Erni



ción extranjeros, tienen la libertad de escoger cuales les son beneficiosos y contribuyen a su empoderamiento mientras, al mismo tiempo, obtener independencia al alterar el modelo para adaptarlo a sus necesidades locales.

Dentro del Movimiento Pancur Kasih, las cooperativas de créditos giran en torno a la idea principal de provocar cambios. Cambios en el círculo de empobrecimiento, desesperación, en sentimientos de impotencia e inutilidad, en dependencia de extraños, todos ellos resultado de siglos de opresión y marginalización. Y estas transformaciones tienen que llevarse a cabo al cambiar uno mismo con la ayuda de los demás. En este sentido, se puede conseguir una mejor calidad de vida y, cuando esto sucede, es un proceso liberador y de empoderamiento para la comunidad.

Las cooperativas de crédito tienen como fundamento principal el guiar a las personas. Al cambiar uno mismo, uno contribuye al cambio de la situación. Eso se consigue simplemente al cubrir primero las necesidades de uno mismo (1° Principio: Autosuficiencia); al conseguirlo, esa persona está también ayudando a los demás (al no ser una carga para ellos) y será capaz de asistirles (2° Principio: Solidaridad). No importa como de pequeño es el potencial de una persona, cuando se une al de otros, puede gradualmente convertirse en una poderosa fuerza de cambio. Cuando este proceso que lucha por abrirse camino comienza, se desarrolla, se controla y depende de la educación (3° Principio: Educación), es seguro que el cambio acontecerá más tarde o temprano. En el proceso de educación y mediante varias sesiones de formación y debates, la comunidad intenta cambiar su actitud (que la gente es inútil), falsa creencia (que ellos son demasiado pobres e ignorantes para tomar acción) y mentalidad (de dependencia) para que juntos pueden comenzar a tomar acción concreta.

Como resultado de este proceso de avance, a finales de 2008 la cooperativa de crédito del Movimiento PancurKasih por si sola contaba con casi 100.000 miembros y bienes totales de más de 6 millones \$US (PKCU, 2009). Cuando se estableció en 1987, tenía solo 61 miembros y un total de haberes de 16 \$US. La cooperativa de crédito del Movimiento PancurKasih no es, sin embargo, la única cooperativa de crédito desarrollada y facilitada por dicho movimiento. A finales de 2008, habían establecido un total de 54 cooperativas de crédito en toda Indonesia en 13 provincias en las nueve islas. El número total de miembros de estas cooperativas de crédito en su conjunto se acerca a las 500.000 (496.007) personas y bienes por un total de 313 millones \$US (BKCUK, 2009).

El éxito de la cooperativa de crédito del Movimiento PancurKasih puede claramente constatarse no solo por su volumen de membresía y bienes sino también al compararlo con otras cooperaciones de crédito en Indonesia (cooperativas de crédito no pertenecientes al Movimien-

to PancurKasih). A finales de 2008, había 851 cooperativas de crédito en toda Indonesia con un total de 1.154.208 miembros y haberes por valor de 575 millones \$US (CU-CO-Indonesia, 2009). Aunque el número de cooperativas de crédito del Movimiento PancurKasih es solo de 54 (6.3% de todas las cooperativas de créditos en Indonesia) casi la mitad de todos los miembros pertenecientes a este tipo de cooperativas en Indonesia se encuentran dentro de esas 54 y el 54.43% de todos los bienes pertenecen a cooperativas de crédito del mencionado movimiento.

La contribución de las cooperativas de crédito a la reducción de la pobreza y el fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas

Dos décadas de existencia del Movimiento de Cooperativas de Crédito en Kalimantan ha traído cambios muy significativos en el modo en el que los dayaks se perciben a si mismo en términos de su propio potencial y capacidad para provocar cambio. Les ha dado confianza renovada de que el desarrollo libremente determinado es posible. Mediante la cooperativa de crédito, han estado experimentando un nuevo proceso de desarrollo que puede empoderarles y liberarles de sus previas condiciones desesperadas, sin destruir sus identidades y culturas como pueblos indígenas. Las cooperativas de crédito les han apoyado tanto financiera como no financieramente, como se explica a continuación.

Beneficios Financieros

Las cooperativas de crédito han proporcionado a los pueblos indígenas la oportunidad de asegurar su futuro al poder realizar como miembros inversiones en acciones o de otro tipo con ingresos productivos fiables provenientes de dividendos de hasta el 15% por año. Como miembros de una cooperativa de crédito, tienen ahora acceso directo a los recursos financieros que pueden usar para cubrir sus necesidades de una mejor asistencia sanitaria y educación, además de actividades productivas que aseguren ingresos para sus familias a bajas y razonables tasas de interés (2% variable o 1.5% fijo). Mediante un espíritu de compañerismo y trabajo en grupo, ahora cuentan con más oportunidades para gestionar proyectos comunitarios, proporcionando mejores infraestructuras públicas tales como carreteras, electricidad, agua potable, etc. Las cooperaciones de crédito también les permiten gestionar los fondos de la comunidad para uso en sus actividades culturales y religiosas.

Beneficios No Financieros

Al tener acceso a recursos financieros mediante las cooperativas de créditos, las comunidades han encontrado mejores soluciones para sus necesidades inmediatas y urgentes. Antes de que hubiera cooperativas de crédito en sus áreas, las personas solían recurrir al único bien que tenían para cubrir su necesidad de metálico inmediato: la

tierra. Las cooperativas de crédito han ayudado significativamente a reducir la venta de tierras de las comunidades y la eliminación de recursos naturales como madera para cubrir sus necesidades de dinero en metálico. Como las cooperativas de crédito dan prioridad a la educación en curso de sus miembros en gestión financiera segura, las comunidades están protegidas de juego y consumismo. Los valores universales y no discriminatorios pertenecientes a las cooperativas de crédito han promovido la consolidación de la paz y reconciliación en áreas propensas a conflictos al implementarse el multiculturalismo y pluralismo mediante acciones concretas dentro de las comunidades. Estas y las otras contribuciones que las cooperativas de crédito son capaces de proporcionar han reforzado la seguridad, unidad y solidaridad de los miembros de comunidades en las que operan y, bastante posiblemente, han contribuido directamente a conseguir la dignidad y soberanía de los pueblos indígenas.

Conclusión

Las cooperativas de crédito son solo un ejemplo de un posible modelo de desarrollo libremente determinado implementado por los pueblos indígenas en Kalimantan y que, al mismo tiempo, también tienen un impacto de empoderamiento y liberación. Muestra como un modelo de "progreso" que originariamente vino desde fuera de la cultura de los pueblos indígenas puede ser implementado y transformado de acuerdo con sus culturas e identidades locales. Puede no ser un ejemplo perfecto y, en este sentido, solo el tiempo lo dirá. El desarrollo de este movimiento durante más de dos décadas en Kalimantan e Indonesia en general, al menos ha enseñado varias lecciones, y éstas pueden ser valiosas experiencias para compartir con pueblos indígenas de todo el mundo.

Como sucede con otros modelos de desarrollo que son exógenos para los pueblos indígenas, sin embargo, las cooperativas de crédito deben ser implementadas sabiamente y cuidadosamente. En lugares donde las comunidades han perdido buena parte de su organización y naturaleza colectiva debido a la continua marginalización y opresión, el establecimiento de una cooperativa de crédito debe quizás ser el paso final. Hay por lo tanto varios retos a los que se tienen que enfrentar aquellos que deciden implementar tal proyecto en sus comunidades. La experiencia nos ha enseñado que el mayor desafío se refiere a gestionar una cooperativa de crédito acorde a los principios, filosofías y espiritualidades de los pueblos indígenas. Estas filosofías tienen primero que ser entendidas y cumplidas por sus miembros antes que se pueda proporcionar algún crédito. Los movimientos de cooperativas de crédito deben por lo tanto ser respaldados por fuertes esfuerzos organizativos de la comunidad, la revitalización y transformación cultural además de un fortalecimiento de la gestión de los recursos naturales. Las cooperativas de crédito tratan con capital y cuando los principios, filosofías y espiritualidades son reemplazadas por codicia y mentalidad de enriqueci-

miento rápido, pueden también convertirse en una muy poderosa fuerza destructora para los pueblos indígenas al ser desenmascaradas y mostrar su auténtica cara del "desarrollo", una cara que muchos han advertido es capaz de crear "desorden", "confusión" e incluso "locura". Cuando la comunidad es capaz de gestionar una cooperativa de crédito con su propia sabiduría, conocimiento y filosofía, sin embargo, puede convertirse en una poderosa herramienta para fomentar cambio y provocar el verdadero empoderamiento y liberación de los pueblos indígenas. ○

Notas

- 1 <http://www.guardian.co.uk/world/2009/nov/20/peru-gang-killing-human-fat>
- 2 <http://www.belfasttelegraph.co.uk/news/world-news/peruvian-gang-killed-farmers-to-extract-fat-for-antiwrinkle-treatment-14571889.html>
- 3 El término "Naturalidad" es utilizado aquí en vez de "Naturalismo" para evitar que sea asociado o confundido con "Fatalismo" que es percibido como, "...vivir en armonía con cualquier realidad que el destino depare." Véase: Darrow.L. Miller, "The Development Ethic: Hope for A Culture of Poverty, University of the Nations." <http://www2.gospelcom.net/uofn/kona/resources/world-view/devethic.html>
- 4 http://en.wikipedia.org/wiki/Credit_union 12/18/09 2:27:45 PM

Referencias

- Informe Anual de Rendición de Cuentas de los Auditores y Junta de Directores de PK CU, Pontianak, 7 de febrero de 2009. No publicado.
- Informe Anual de Rendición de Cuentas de los Auditores y Junta de Directores de BKCUK (Kalimantan Credit Union Coordinating Body), Sanggau, 9 de mayo de 2009. No publicado.
- Informe Anual de Rendición de Cuentas de los Auditores y Junta de Directores de CUCO-Indonesia, Pontianak, 28 de mayo de 2009. No publicado.
- Bamba, John:** "Seven Fortunes versus Seven Calamities: Cultural Poverty from an Indigenous Peoples' Perspective", in Indicators Relevant for Indigenous Peoples: A Resource Book, Fundación Tebtebba, Filipinas, 2008.
- Chomsky, Noam:** "Market Democracy in a Neo-Liberal Order: Doctrines and Reality", en Chomsky on Mis-Education, Rowman and Littlefield, 2000. (<http://www.csulb.edu/~mault/pdffiles/market-1.pdf>)
- GPPK Transformation Team (Tim Transformasi GPPK):** "Manifiesto Gerakan Pemberdayaan Pancur Kasih", Gerakan Pemberdayaan Pancur Kasih (GPPK), junio de 2009.
- Pasternak, Boris (ganador del Premio Nobel de Literatura en 1958):** "Doctor Zhivago," Collins Fontana Books, Londres, 1958.
- Sen, Amartya:** "Development as Freedom", Anchor Books, Nueva York, agosto de 2000.
- Sivaraksa, Sulak:** "Seeds of Peace: A Buddhist Vision for Renewing Society", Parallax Press, Berkeley, California, 1992.

John Bamba es Dayak, director del Instituto Dayakologi, con base en Pontianak, Kalimantan Occidental, Indonesia.



Pueblos indígenas y derecho consuetudinario en Sabah, Malasia

Jannie Lasimbang

Mujer dusun de Sabah, Malasia – Foto: Christian Erni

1. Antecedentes

A lo largo de este año 2010, las novedades acontecidas en el sistema legal indígena¹ de Sabah, en especial las relativas a los tribunales nativos, han traído a muchas de las partes interesadas a la vanguardia del proceso.² Estos avances son hitos para el derecho de los pueblos indígenas a participar en asuntos que les afectan tanto a ellos como a su futuro. Se organizaron una serie de eventos, incluyendo debates a través del laboratorio nacional del Gobierno Áreas de Resultados Clave sobre tribunales nativos, la Asamblea de la Judicatura del Tribunal Nativo (*Native Court Judiciary Convention*), la admisión de abogados defensores en la Corte Nativa de Apelación, y el Seminario sobre el Sistema Legal Indígena en Sabah dirigido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Malasia (*Malaysian National Human Rights Commission, SUHAKAM*). La introducción de nuevos puntos de vista ha añadido también atención e importancia a este tema. SUHAKAM ha organizado también varias visitas y coloquios con los tribunales nativos y ha analizado las quejas que sobre esta realidad ha recibido durante los años. Asimismo está planeando mantener un Foro de alto nivel con el objetivo de reforzar las diversas opiniones y solicitar cuestiones y comentarios pertinentes que puedan ayudar a conseguir un buen conocimiento de tales asuntos.

2. Aspectos Claves

Para los pueblos indígenas de Sabah, el sistema legal indígena gira en torno al *adat*, que engloba leyes, conceptos, principios y prácticas consuetudinarias, además de la institución consuetudinaria que implementa y regula el *adat*. En pocas palabras, podemos definirlo como un sistema de gobierno indígena holístico. El *adat* incluye costumbres, leyes y normas tanto escritas como no escritas que gobiernan a cada persona indígena en su comunidad.

Aunque el *adat* de los pueblos indígenas está reconocido en varias disposiciones de diferentes leyes, tales como la Constitución Federal, la Ley de Ordenamiento de Tribunal Nativo (*Native Court Ordinance*) y la Ley de Ordenamiento Territorial de Sabah (*Sabah Land Ordinance*), no existe una sola ley en Sabah que defienda el derecho de los pueblos indígenas de dicha zona a determinar como se deben promover y proteger el *adat* y las leyes consuetudinarias. Como tal, esa búsqueda que realizan las comunidades indígenas enfocada a la promoción de sus distintivos modos de vida y tradiciones sociales no recibe el apoyo adecuado ni por parte del gobierno federal ni del estatal. Algunos de los temas



Foro sobre el sistema legal indígena – Foto: Suhakam

claves que han resurgido en relación con las leyes consuetudinarias se explican a continuación.

2.1 Revitalizar el Adat y el Papel del Ketua Kampung y el Tribunal Nativo

Los tribunales nativos de Sabah y Sarawak en el este de Malasia se encuentran entre los pocos tribunales indígenas en el mundo que están reconocidos por el Estado. Sin embargo, en el actual planteamiento relativo al tribunal nativo, el papel del *Ketua Kampung* (jefe del pueblo) no ha recibido mucha atención en lo que se refiere a reforzar su posición como guardián o aplicador del *adat*. El concepto de justicia para los pueblos indígenas está basado en la necesidad de que cada miembro de la comunidad sepa que se considera buen comportamiento y que acciones constituyen un mal comportamiento, y que en base a estas pautas desistan de realizar acciones incorrectas. Como tal, desde muy temprana edad, a cada miembro de la comunidad indígena se le instruye en el conocimiento del *adat* y a ser una persona *ki-adat* (en kadazan significa *conocedora del adat*). Cuando alguien viola el *adat*, esa persona, junto con la persona agraviada, es llevada ante el *Ketua Kampung* para mediación y resolución de la infracción cometida. Si alguna de las partes no está satisfecha con la decisión del *Ketua Kampung*, el caso puede remitirse al tribunal indígena nativo. El papel tradicional del *Ketua Kampung* es por lo tanto el de asegurar que a los miembros de la comunidad se les enseña a respetar tanto el *adat* como a los demás miembros de la comunidad.

Se necesita clarificar cual es el papel del *Ketua Kampung* para que así todas las partes se centren firmemente en reforzar y promover el *adat* y se detengan las designaciones políticas. Los criterios de selección tienen que estar basados, entre otros factores, en el conocimiento y la experiencia de las personas mayores – tanto mujeres como hombres - para hacer respetar el *adat* en sus respectivas comunidades, ya que estas personas son entendidas en la materia, sabias y respetables a los

ojos de la comunidad. Asimismo se les puede ascender a la posición de jueces de los tribunales nativos, también basándose en mérito y criterios. Los jueces del tribunal nativo actuarán como consejeros del *Ketua Kampung* aconsejándole como se puede mantener el *adat*, basándose en los casos con los que tienen que tratar en el tribunal nativo, pero ninguna de las partes interferirá con los papeles del otro respectivamente. La interacción de ambos, el tribunal nativo y el *Ketua Kampung*, garantizaría que el *adat* sigue siendo un espacio vivo, y que se mejora la administración de la justicia. Debido al rápido desgaste del *adat* entre las comunidades indígenas, el *Ketua Kampung* y las comunidades necesitan estar completamente involucradas en su revitalización. Por lo tanto, es necesario desarrollar un tribunal indígena eficiente conforme al concepto de sistema de justicia indígena que promueve la armonía y la solidaridad de la comunidad.

2.2 Jurisdicción del tribunal nativo

Aunque el pluralismo legal no existe en Sabah, siendo el tribunal nativo uno de los tres sistemas jurídicos paralelos, la jurisdicción de los tribunales nativos ha ido gradualmente mermando por varias razones. Los tribunales nativos son considerados de rango inferior, y algunas de las resoluciones de los jefes nativos o de distrito cuando administran leyes consuetudinarias, no son respetadas por los tribunales civiles ni de ley *sharia* (islámica) por considerar que carecen de autoridad judicial. El juez decano de Sabah y Sarawak, Richard Malanjum, ha solicitado pluralismo legal auténtico mediante el cual los tribunales nativos no sean considerados tribunales de rango legal inferior sujetos a la jurisdicción supervisora del tribunal civil. Asimismo, es de la opinión que el Tribunal Nativo de Distrito, al ser un tribunal de apelación, debe contar con personal compuesto por jefes de distrito independientes de los funcionarios administrativos de distrito, como es la práctica común en Sabah.

Mientras que se admite que las deficiencias existentes en los tribunales nativos han de ser mejoradas, es también importante enfatizar que los mecanismos de resolución de disputas aplicados por jefes nativos/de distrito y las leyes consuetudinarias pueden estar basados en cosmovisiones completamente diferentes. Un tema adicional de interés que necesita ser abordado es la creación de un mecanismo por el que el tribunal nativo pueda proporcionar claridad jurisdiccional con respecto al *adat* y a las leyes religiosas del tribunal de ley *sharia* (como indicado en el artículo 9 de la Ley sobre Tribunales Nativos de 1992). Por otra parte, se debe mantener un debate sobre si el tribunal nativo se limita/está limitado a ocuparse solo de asuntos “suaves” tales como casos sociales, culturales, de familia y cultu-

Tribunales Nativos de Sabah, Malasia

Sabah es un ejemplo interesante de estado autónomo donde se respeta la autonomía legal, procesal y judicial en los niveles básicos, y la autoridad judicial en los niveles intermedios es compartida entre los jefes indígenas y líderes con los funcionarios judiciales del estado. Además, los tribunales nacionales superiores mantienen la más alta autoridad para apelaciones y revisiones. Todos los tribunales aplican derecho consuetudinario, a menos que sea reemplazado por leyes codificadas. La Ley sobre Tribunales Nativos (*Native Courts Enactment*) de 1992 estipula un detallado sistema de tribunales. En el plano más bajo se sitúa el Tribunal Nativo, que tiene jurisdicción sobre un territorio de consideración menor a un distrito. Un tribunal nativo se compone de tres miembros, que son jefes nativos o líderes residentes y, excepcionalmente, un jefe de distrito, debidamente autorizado por la Secretaría de Estado. Los tribunales nativos actúan como tribunales de jurisdicción en primera instancia y deciden en asuntos legales de índole personal entre “nativo” y “nativo”, y entre nativo y no-nativo (si se obtiene la autorización del Jefe de Distrito). Si expresamente así lo autoriza la ley pueden también arbitrar en otros asuntos y tienen poderes para imponer multas y penas de prisión (conforme al respaldo de un magistrado), y las decisiones se toman por unanimidad o por mayoría.

Por encima de los tribunales nativos se sitúan los tribunales nativos de distrito – uno por cada distrito componente de un estado – que están constituidos por el jefe de distrito actuando como presidente y otros dos miembros, que son designados de entre los jefes de distrito y los jefes nativos. Por encima de los tribunales nativos de distrito están las cortes de apelación nativas, que están presididas por un juez (del Ministerio de Justicia) e incluyen otros dos miembros – jefes de distrito o nativos (designados por el ministro pertinente). Los litigantes no pueden estar representados por abogados defensores en los tribunales nativos o en los tribunales nativos de distrito.

Extracto de *Traditional Customary Laws and Indigenous Peoples of Asia* por Raja Devasish Roy, *Minority Rights Group International*.

rales, como opuesto a temas “más duros” tales como tierras, territorios y recursos. En Sarawak, las disputas por la tierra nativa entre nativos se encuentran dentro de la esfera del tribunal nativo pero actualmente no sucede lo mismo en el caso de Sabah.

2.3 Revisión Legal

En 1992, la Ley de Ordenamiento de Tribunales Nativos fue instituida por el Gobierno estatal para proporcionar una nueva y enmendada versión de la Ley de Ordenamiento de Tribunales Nativos de 1953, dando como resultado la Ley de Tribunales Nativos Número 3 de 1992 que estipula la constitución, procedimiento, jurisdicción y poderes de los tribunales nativos. En 1995 se introdujeron tres reglamentos adjuntos a la ley, concretamente el Reglamento de Tribunales Nativos (Uso y Trámites), el Reglamento de Tribunales Nativos (Leyes Consuetudinarias Nativas), y el Reglamento de Tribunales Nativos (Inscripción de Abogados de la Corte Nativa de Apelación).

En la actualidad se está llevando a cabo una revisión de la Ley de Tribunales Nativos de 1992 y de los reglamentos adjuntos de 1995 por parte de un comité que

incluye a la Secretaria Permanente del Ministerio de Gobernación Local y Vivienda y a la Cámara del Fiscal General del Estado. Uno de los temas principales planteados es la necesidad de una participación general del personal del tribunal nativo, además de otras partes interesadas, en la revisión de la ley y sus reglamentos y no solamente en la fase final del proceso de revisión, incluso si esto significa que puede llevar más tiempo. De igual manera y también como materia de debate de la revisión legal en curso se ha señalado la posibilidad de evitar la codificación de las leyes consuetudinarias nativas. Por su parte los jefes nativos ya han identificado las actuales Normas del Tribunal Nativo (Leyes Consuetudinarias Nativas) de 1995 como uno de los escollos fundamentales, pues *congelan* las penas delictivas a aquellas ordenadas en las Normas. Al no ser excesivamente prescriptivas, pueden propiciar un mayor conocimiento de los conceptos jurídicos indígenas.

2.4 Soporte administrativo/de infraestructuras para tribunales nativos

La posibilidad de que el gobierno extienda el apoyo administrativo y de infraestructuras a los tribunales nati-

Mujeres dusun de Sabah, Malasia – Foto: Christian Erni



vos ha sido muy alentadora, incluyendo también propuestas por parte de la Asamblea de la Judicatura del Tribunal Nativo (*Nativos Court Judiciary Convention*). El Gobierno federal ha identificado también los tribunales nativos como una de las Áreas de Resultados Clave en los que ha decidido centrarse como medida de su actuación y por lo tanto comprometerse con financiación. Casi todos los tribunales nativos están situados en recónditas localizaciones dentro de las oficinas de distrito, con casi nada de apoyo administrativo o financiero.

Existe también una creciente atención por parte de los abogados indígenas, a través de la Asociación Jurídica de Sabah (*Sabah Law Association*), y peticiones para establecer un instituto que pueda realizar programas de formación para personal de tribunal nativo, junto con otras actividades, para ayudar a mejorar el conocimiento y cualidades de los jueces y demás personal de tribunal nativo, además de proporcionar oportunidades para el debate de asuntos de actual interés, en especial las leyes consuetudinarias nativas. Preocupaciones en relación a los temas mencionados en el apartado anterior 2.1 podrían ser también incluidos, tales como el traspaso intergeneracional del *adat* mediante métodos más contemporáneos. Las organizaciones indígenas en Sabah, tales como PACOS Trust, ya han decidido establecer esfuerzos para facilitar diálogo y formación para jóvenes indígenas por parte de mayores o líderes.

2.5 Propuesta de establecimiento de un Departamento Judicial Nativo

El primer ministro de Sabah ha tomado también en consideración la solicitud realizada por el juez decano de Sabah y Sarawak de oficializar la judicatura de tribunal nativo en un departamento propio y reconocido dentro del sistema judicial de Sabah. Tal departamento dispondría de su propia administración y presupuesto anual, similar al de otras judicaturas en Sabah, facilitando así al tribunal nativo la solicitud de reconocimiento y estatus, como concedidos a los tribunales civiles y de ley *sharia* (islámica).

2.6 El Papel de los Abogados en la interfaz entre el sistema legal tradicional y otros sistemas legales

El artículo 27 (1) de la Ley de Tribunales Nativos de 1992 claramente especifica que solamente aquellos abogados defensores inscritos pueden comparecer en representación de la partes en los procesos ante la Corte Nativa de Apelación. El reciente ingreso de 20 abogados de tribunal es considerado por muchos como un importante paso. Menos comentarios ha propiciado la reacción de algunos miembros del personal del tribunal nativo que han expresado sentimientos de intimidación.

Es necesario explorar este aspecto en más detalle, dado que la Corte Nativa de Apelación es una interfaz entre los tribunales nativos y civiles, tanto en términos de procedimientos como de cosmovisiones. Otro tema a tratar de acuerdo a las discrepancias que suscita es la posibilidad de que estos abogados defensores cobren una tarifa comercial, que por lo tanto haría la Corte Nativa de Apelación menos accesible para algunos nativos. Otro aspecto relacionado también a debate se refiere a la posibilidad de que aquellos nativos más ricos puedan presionar a la Corte para que se les permita su representación por parte de abogados defensores como dispuesto en el artículo 27 (2).

2.7 Designaciones Políticas y Autoridades de Control

La designación política de Jefes de Distrito (*District Chiefs, DC*) y Jefes Nativos (*Native Chiefs, NC*) como jueces de tribunales nativos es un tema delicado y también un elemento de gran preocupación para muchos, especialmente ciudadanos nativos de la sociedad general que esperan que la justicia se administre de manera equitativa e imparcial. El tema de designar los Jefes de Distrito y Jefes Nativos ha comprometido la independencia del tribunal nativo. Una recomendación principal realizada por SUHAKAM es que se deben establecer una serie de criterios y el proceso de selección para Jefes de Distrito y Jefes Nativos, asegurando que esté libre de interferencia política.

También se necesita abordar la selección y criterios para *Ketua Kampung* ya que este puesto representa la primera línea de implementación para asegurar que las leyes consuetudinarias sean entendidas y aplicadas a nivel local. En el pasado, los cometidos inherentes a este puesto se habían distorsionado pues las designaciones políticas conferían también al *Ketua Kampung* la tarea de prestar atención a otros asuntos además de ser guardianes del *adat*.

En la actualidad, el personal anteriormente mencionado es nombrado por el Consejo de Asuntos Nativos (*Native Affairs Council*), que se encuentra enmarcado dentro del Gobierno Local de Sabah y del Ministerio para la Vivienda. El Consejo está autorizado por la Ley sobre el Consejo de Asuntos Nativos de Sabah (*Nativos Affairs Council Enactment*) de 1998 que, sin embargo, también contiene muchas otras disposiciones y objetivos del Consejo cuestionables.³ Las comunidades indígenas se mostraron escépticas de contar con este Consejo, dada la negativa experiencia sufrida por su homólogo para los orang asli (Departamento de Asuntos Orang Asli, *Orang Asli Affairs Department*) en Malasia peninsular. Muchos son de la opinión que el Consejo no sigue un programa encaminado a la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, principalmente por-

que el proceso de toma de decisiones, en su mayor parte no involucra a los interlocutores pertinentes, especialmente al tribunal nativo, al Ketua Kampung y a los mismos representantes de la comunidad entendidos en la materia.

Algunas de las actividades del Consejo son cuestionables, por ejemplo, en el artículo 2c: “controlar y coordinar todas las actividades relativas a la investigación en leyes consuetudinarias y al *adat* de los nativos” o simplemente confusas, como en el artículo 2h: “escuchar y resolver conflictos y disputas en asuntos relativos a las leyes consuetudinarias y al *adat* de los nativos”, dado que estas funciones han sido ya confiadas a los tribunales nativos y jefes locales. Esto es especialmente así dado que los miembros del Consejo son designados por el gobierno y estos son principalmente burócratas.

2.8 Codificación e Incorporación del *adat*

Debido a que, en general, el *adat* no se entiende correctamente ni está bien documentado, a menudo existe miedo de que el Gobierno no lo reconozca. Los esfuerzos pasados emprendidos por el Gobierno para reconocer leyes consuetudinarias han significado frecuentemente su codificación, que va en contra de los diversos *adat* y leyes consuetudinarias de las comunidades. Se prefiere la documentación de leyes consuetudinarias ya que promueve flexibilidad y pertinencia en el tiempo. Se trataría de elaborar un listado de principios indígenas para mantener las leyes consuetudinarias que permitirían a las comunidades acomodarse al cambio progresivo. De este modo, las leyes consuetudinarias se podrían escribir y conservar sin necesidad de codificación oficial.

La tendencia a formar comités para gobernar la comunidad y sus recursos naturales elimina el control tradicionalmente ejercido por la comunidad indígena. Aunque bien es verdad que tales comités pueden permitir una más amplia participación, en especial de mujeres y jóvenes, esto significa que las ya de por sí debilitadas estructuras tradicionales serán mayormente marginadas. A largo plazo, esto disminuirá más notablemente las aspiraciones de las comunidades indígenas a la libre determinación y a una sociedad plural.

De igual modo, se han dado también muchos casos donde los procesos consuetudinarios han sido incorporados a derecho. Sin embargo, estos intentos para incluir estos procesos como disposiciones legales o bien han demostrado una falta de comprensión por parte del personal gubernamental, o bien, al aplicar estas leyes, han subrayado la absoluta diferencia que existe entre las percepciones indígena y no indígena. El intento de incorporar leyes consuetudinarias indígenas relativas a la propiedad de la tierra en el artículo 15 de los

Derechos Consuetudinarios Nativos sobre la Tierra (*Native Customary Rights Land*) de la Ley de Ordenación Territorial de Sabah (*Sabah Land Ordinance*) de 1930, muestra una falta de comprensión de los conceptos de gestión de la tierra y los recursos naturales de los pueblos indígenas, dando como resultado la interpretación equivocada de su derecho consuetudinario. Esta disposición ha dado como resultado, por su parte, vacíos legales en el proceso de demarcación de la tierra.

3. Conclusión

El *adat* y las instituciones que lo rigen tienen aún una alta transcendencia para los pueblos indígenas en Malasia no solo por el reconocimiento de los tribunales nativos, que ofrece una alternativa mucho más barata y accesible frente a otros sistemas judiciales, sino también porque sus conceptos legales están de acuerdo con sus cosmovisiones indígenas. Han surgido movimientos muy alentadores por parte de varios organismos estatales e individuos para promover y proteger el *adat* y para superar varios retos. ○

Notas

- 1 El sistema legal indígena incluye aspectos legislativos (leyes indígenas o consuetudinarias), judiciales y procesales. El sistema jurídico indígena se usa también de manera intercambiable.
- 2 Tanto Sabah como Sarawak tienen tribunales nativos que están reconocidos por el Estado; sin embargo, aunque los orang asli de Malasia Peninsular también tienen líderes tradicionales que arbitran en disputas, su sistema legal no está reconocido por el Gobierno.
- 3 Artículo 4 (1). Los objetivos del Consejo serán:
 - a) asesorar en general al Gobierno Estatal en todos los temas relacionados con el sistema nativo de ley personal y *adat* en Sabah;
 - b) examinar los varios *adat* de los indígenas nativos y hacer recomendaciones para su aplicación y cumplimiento;
 - c) revisar de vez en cuando las leyes consuetudinarias de los pueblos indígenas y hacer recomendaciones para sus enmiendas;
 - d) trabajar hacia la abolición del *adat* no productivo que es perjudicial para el progreso del Estado;
 - e) explicar y aclarar las diferentes formas de *adat* de los indígenas; y
 - f) servir como un centro para la recopilación y divulgación de información y consejo sobre el *adat* de los indígenas.

Jannie Lasimbang pertenece al pueblo Kadazan de Sabah, Malasia. Actualmente es comisionada de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Malasia (SUHAKAM) y presidenta-relatora del Mecanismo de Expertos de los Derechos de los Pueblos Indígenas, dentro del Consejo de Derechos humanos de la ONU.

DEFINICION DE COSTUMBRE

Interpretación y manipulación colonial de las costumbres indígenas en India

Asoka Kumar Sen



Mujer oraon cosechando arroz, Jharkhand, India – Foto: Christian Erni

El dominio británico provocó la transformación de las costumbres indígenas¹ en derecho consuetudinario como parte de la colonización del derecho indio. Asociado con este proceso se produjo un intento de entender que significaba costumbre para las personas indígenas, verdaderos exponentes de la misma. Dado que el propósito preciso de los colonizadores era incorporar lo colonizado dentro del marco administrativo británico, sin embargo, más que reproducir textualmente la definición indígena de costumbre, redefinieron e inventaron las costumbres y tradiciones que tenían un impacto en las ideologías occidentales y los imperativos del imperialismo británico. Esto les llevó a inventar y reinterpretar el preciso significado de costumbre y tradición. Es por lo tanto crucial entender las definiciones indígena y colonial de costumbre, los motivos que influenciaron a los funcionarios británicos y cual fue la definición final del término.

El presente ensayo² busca analizar esta parte crítica de la historia de los *adivasi* en el contexto de las comunidades munda, santal, ho y oraon de Jharkhand. En primer lugar se ofrece la definición léxica y jurisprudencial del término, para proporcionar una base teórica, y a continuación se incide en aquellos aspectos que la sociedad indígena y los funcionarios coloniales entendían como tal. Esto ayudará a comprender los criterios de definición, los puntos tanto de énfasis como de disolución, las ideologías que están latentes en estos enfoques, y finalmente, los puntos de vista contradictorios y los intentos de inventar costumbre y tradición. Dado que este tema ha suscitado una corriente de estudio en todo el mundo,³ la parte final proporciona información sobre las connotaciones legales, oficiales y sociales adicionales de costumbre.

Significado léxico/legal

Léxicamente,⁴ costumbre denota modos de comportamiento y actuación habituales o generalmente aceptados y establecidos durante largo tiempo. Se define además como “lo que uno suele hacer” o “usanza”; comercio o negocio regular; cualquiera de las prácticas y convencionalismos característicos de un pueblo o localidad, y costumbres de un barrio o de un distrito. Las prácticas y usanzas santificadas por la sociedad debido a su prolongado uso vinieron a representar una cultura, un orden social tradicional prelegal.⁵ El orden o el potencial creador de un sistema de usos sociales atrajeron a legisladores al llevar a cabo la tarea de redactar leyes para incorporar una sociedad prelegal en el ámbito de una red oficial y autorizada gobernada por la ley. Esto presagiaría la definición legal de costumbre.

El léxico legal⁶ califica costumbre como “ley no escrita” o derecho establecido por antiguo uso y consentimiento de los antepasados. La costumbre se divide en dos tipos, general y particular, para denotar su difusión territorial. Si se extiende sobre el ámbito completo, es considerada costumbre universal o general, o derecho consuetudinario. Pero cuando una costumbre solo se extiende más allá de algunos pueblos/distritos, es *de facto* una costumbre particular. Desde el punto de vista jurisprudencial⁷, una costumbre con la fuerza de ley se puede dividir en costumbre legal o convencional. “Una costumbre legal es aquella cuya autoridad legal es absoluta, una que por si misma... posee la fuerza de ley.” Por otra parte, una “costumbre convencional es aquella cuya autoridad está condicionada por su aceptación e incorporación a los acuerdos entre las partes que van a estar regidas por la misma.” En el derecho inglés, costumbre exclusivamente significa costumbre legal, mientras que costumbre convencional es considerada una usanza. Legalmente, “para dar por buena una costumbre” tiene que datar de tiempo inmemorial, es decir, en uso “desde tan antiguo que la memoria del hombre no recuerde lo contrario”. Tiene también que ser continua, pacífica, razonable, segura, obligatoria y coherente con otras costumbres.⁸ Tras haber definido costumbre desde el punto de vista legal, me ocuparé a continuación de describir porqué y como las comunidades indígenas y los británicos definieron el término, y la extensión hasta la que siguieron o se desviaron del significado teórico y con que objetivo.

Noción de costumbre: indígena y británica

Las regiones Chotanagpur y Santal Pargana de la antigua Bihar, que son ahora parte del estado de Jharkhand, fueron predominantemente el hogar de los pueblos munda, santal, ho y oraon. Chotanagpur surgió como el lugar de convergencia⁹ de derecho consuetudinario¹⁰ y normas también de índole consuetudinarias durante la segunda mitad del siglo 18, especialmente después de la formación de la Agencia de la Frontera Suroeste (*South West Frontier Agency*) y la formulación de las normas civiles en 1834 por Thomas Wilkinson, su agente político. Aunque Inglaterra representaba una *lex non-scripta*, o una sociedad de derecho no escrito o consuetudinario, se mantuvieron también las estrechas conexiones entre costumbre y derecho consuetudinario, desarrolladas a partir de antiguas costumbres y decisiones realizadas por jueces.¹¹ Wilkinson era consciente del potencial que tenían las costumbres para crear leyes. Su contacto inicial con las sociedades tribales comenzó en Nagpur y progresó en mayor medida mientras dirigía el ejército británico para conquistar las áreas tribales de Chotanagpur.

Los británicos convirtieron Chotanagpur y Santal Pargana en un territorio no regulado, para distinguirlo del territorio regulado que comprendía el territorio de las partes no tribales del imperio indio. De este modo Chotanagpur precedió largamente en el tiempo la diferenciación que los administradores británicos enfatizaron más predominantemente desde los años 1870 en adelante, entre comunidades gobernadas por ley y costumbre dentro de la sociedad hindú.¹² La ley general fue sustituida por costumbres reconocidas e hipotéticas. Los *adivasis* estaban regidos por su sistema indígena de *pir/parha* y de gobierno del pueblo conocido entre los mundas/hos como el sistema manki-munda (un manki es el jefe de un grupo de pueblos llamado *pir* y un munda es el jefe de un pueblo) bajo la supervisión y control de un líder omnipotente de distrito.¹³ Al igual que sucedía en África,¹⁴ esta normativa dual creaba la impresión de que los gobernadores colonizadores estaban dando más importancia a los métodos indígenas de gobierno. Así en Chotanagpur, los administradores del tiempo de Bentinck¹⁵ reprodujeron exactamente el sistema de gobierno munro¹⁶, cuya base fundamental es el reconocimiento de las instituciones indígenas¹⁷ y su modo de gobierno a través de sus costumbres.

No está claro si los *adivasis* tenían una palabra específica para denotar costumbre. Para determinar esto, tenemos que volver primero a las agencias externas de funcionarios colonizadores y misioneros cristianos. Neeladri Bhattacharya, sin embargo, nos advierte que su relación con la tradición nativa era “compleja, ambigua y variada” y por lo tanto su interpretación no era necesariamente “ninguna clausura de la tradición”, dejando así espacio para la distorsión.¹⁸ Los léxicos preparados por administradores y misioneros contenían términos tales como *dastur/dostur*, significando costumbres o modos de los pueblos, hábito, usanza y *niyom* o norma.¹⁹ De igual manera, documentos coloniales muestran que tenían una vaga noción de como estaba regulada y ordenada la vida cotidiana y que por lo general entendieron que costumbre debía referirse a un tiempo más allá de la memoria. Sin embargo, dado que este aspecto no se ajustaba a la noción de tiempo medido por uso horario o de calendario, no especificaron su fecha o era con ninguna precisión.

Durante el *Sardari Larai*,²⁰ en una petición enviada al teniente gobernador de Bengala en 1867, los mundas se quejaron de que los *thikadars* (hacendados, arrendatarios) cargaban excesiva renta por “tierras que habían ocupado exentas de renta tanto ellos como sus antepasados desde tiempo inmemorial”.²¹ Cuando los santal mencionaban que sus normas fueron elaboradas por sus “antiguos antepasados”, se estaban refiriendo obviamente a un pasado no especificado.²² De igual modo, los ho generalmente utilizaban un palabra cuyo equivalente

en hindú era “*prachin samay me*” (en la antigüedad).²³ Su-brayando el parámetro temporal anterior, B. S. Solanki, un *peshkar ho* (oficial nativo en una oficina de un juez o un recaudador) en la administración Kolhan (parte suroeste del antiguo Singhbhum, denominado estado gubernamental de Kolhan, *Kolhan Government Estate*) especificaba que en “la antigüedad” su costumbre era enterrar los huesos o el cadáver quemado en su *sasan* (lugar de enterramiento) familiar original.²⁴ Por otra parte, era sinónimo de un pasado antiguo o bastante lejano en la memoria cuando los mankis, los mundas y los inquilinos manifestaban que, antes de que Kolha fuera sometido bajo control británico, los mankis habían sido los señores de sus *elakas* (área); los mundas y los inquilinos tenían derechos absolutos sobre los productos forestales para su uso y el derecho a limpiar el territorio forestal para cultivo y pasto de su ganado.²⁵ Aunque esto implicaba criterios como continuidad y aceptación social, los indígenas no consideraban la costumbre como inmutable. En relación con una ruptura con la continuidad, los santal recordaban un pasado cuando sus antecesores habían “alterado las normas de los antiguos antepasados”. B. S. Solanki igualmente observó que, en aquellos días, este “procedimiento” no existía, ya que la gente había hecho nuevos *sasans* (véase ref. 21 anterior) en sus nuevos lugares de residencia.²⁶

La afirmación de que los mankis eran los señores de sus *elakas* y los mundas e inquilinos tenían derecho absoluto sobre la tierra forestal era inherente a la noción de forma de gobierno social a través de sus jefes locales y de *pir/parha*. Aparte de lo mencionado anteriormente, el periodo precolonial fue testigo del desarrollo de instituciones por las que los líderes y los ancianos resolvían disputas en los ámbitos de familia y *killi* respectivamente. Cuando estos asuntos de litigio pasaban más allá de estos niveles a los tribunales superiores, el juicio era no solamente abierto sino también socialmente participativo.²⁷ Los santals añadieron a esta estructura consejos especiales de cinco manjhis bajo el *parganait* (jefe de *pargana*), el más alto organismo de “personas en consejo”, al que se remitían para su resolución los asuntos “de peso” relativos a la *shikar* (caza) anual, que no podían ser resueltos en otros tribunales indígenas.²⁸ *In fine*, costumbre era definida desde el punto de vista indígena no solo como tiempo inmemorial, consensual y socialmente recreable, pero también como un conjunto de normas de gobernabilidad social.

La noción colonial de costumbre utilizó dos fuentes. Los funcionarios británicos disponían de un considerable volumen de bibliografía mediante el cual adecuar el significado teórico de costumbre. En el contexto del Punjab, usaron “los escritos de teóricos de derecho consuetudinario inglés y de antropólogos evolucionistas del siglo diecinueve”.²⁹ Podemos suponer que *La Enciclopedia Británica* no era la fuente de conocimiento más práctica y

útil sobre el orden tribal. Los volúmenes de las publicaciones de la Real Sociedad Asiática de Gran Bretaña (*Royal Asiatic Society of Great Britain*), la Sociedad Asiática de Bengala (*Asiatic Society of Bengal*) y las Investigaciones Asiáticas (*Asiatic Researches*) eran también informativos. Otras obras relevantes fueron *Ancient Society* de L. H. Morgan, *Ancient Law* de H. Maine o *Family among the Australian Aborigines* de B. Malinowski. Sobre el significado de costumbre en especial, eran fuente de consulta *The Complete Copyholder* de Edward Coke o *Lex Custumaria* de S. Carter o los más famosos *Commentaries* de Blackstone. La deuda de los funcionarios británicos a la teoría de conocimiento antropológico-jurisprudencial proporcionado por las fuentes antes mencionadas generalmente permaneció, sin embargo, sin ser debidamente reconocida. L. B. Burrows fue quizás el único funcionario que citó el estudio de Maine al escribir su comentario en el "Inheritance and partition of property among aboriginal".³⁰

El impacto de la teoría en los etnógrafos-administrativos fue considerablemente diluida por pruebas empíricas e imperativos coloniales. En las áreas de los *adivasi*, ellos abrieron un diálogo con los jefes o los vecinos del pueblo para obtener información sobre el significado y el contenido de costumbre.³¹ Esto podía crear la impresión de que la transformación colonial de costumbre indígena en derecho consuetudinario fue el producto de un diálogo o negociación.³² Sin embargo no debemos ignorar la realidad de la injusta asociación entre los negociadores y la naturaleza inventada del producto. Es pertinente citar a Neeladri Bhattacharya: "La voz nativa fue inscrita dentro del discurso imperial, pero está restringida, regulada y en última instancia apropiada."³³

Curiosamente, los funcionarios no fueron unánimes al seleccionar el término preciso para definir costumbre. En relación a los santal, y tomándolo prestado del gurú Kolean, Bodding utilizó ambos costumbre y "norma de los antiguos antepasados"; O'Malley más uniformemente utilizó el término costumbre.³⁴ Por otra parte, los funcionarios locales discreparon en su uso. Algunos utilizaron este aspecto como un sinónimo para norma de gobierno; otros, sin embargo, no estaban enfocados al contexto jurisprudencial. Mientras que Tickell³⁵ prefirió utilizar ceremonias y ritos ho de una naturaleza genérica, O'Malley³⁶ y Dalton escogieron tales expresiones como costumbre y norma heredada además de ceremonias.³⁷ Esta confusión en la etnográfica británica podía ser atribuida a la tarea específica que estos administradores-etnógrafos tenían que realizar, o bien escribir informes etnográficos o bien emitir normas.

Los funcionarios-etnógrafos no tenían certeza de como se debía definir costumbre. Mientras más general y persistentemente significaba normas para el orden de la sociedad, costumbre también llegó a denotar el método o

sistema de gobernar la vida material, tales como "tumbul" o la costumbre agrícola de espigar de los ho³⁸ y la actitud o comportamiento típico de una comunidad tal como los ho cuando se retiraban a las colinas como un gesto de protesta contra la estipulación de trabajos forzados para la construcción de carreteras.³⁹

Los funcionarios fueron igualmente ambivalentes con respecto a aplicar los criterios de definición. Los registros coloniales están repletos de expresiones tales como "universal", "original" y "costumbre del país" como prueba de la naturaleza social o general de costumbres que satisfacían los criterios de consenso y pacífica adecuación. Para fundamentar esto, W. H. Grimley, el Comisionado de Chotanagpur, anotó que la prohibición de transferir terrenos más allá de los descendientes era una "costumbre general" o "costumbre del país" en Chotanagpur.⁴⁰ En su carta a Bompas, el Subcomisionado de Singhbhum, Manook, su asistente, afirmaba que el derecho de enajenación, en el ámbito familiar, era la costumbre originaria entre los ho.⁴¹

Por otra parte, como sus homólogos africanos,⁴² los funcionarios coloniales en la tribal Bihar estaban marcadamente divididos en el criterio de inmemorabilidad/antigüedad implicando de tipo invariable. La alusión a "normas de los antiguos antepasados" claramente sugería el origen antiguo de las costumbres santal. Refiriéndose a los pobladores originarios en Chotanagpur, tales como los munda, oraon y kharia, J. Davidson, ayudante personal del Agente del Gobernador General en 1839 mencionaba su "vieja costumbre".⁴³ J.A. Craven observó que, "Una de las condiciones esenciales para establecer costumbre es que ésta haya existido desde tiempo inmemorial; y esto tiene que ser probado mediante pruebas rigurosas."⁴⁴ Otros funcionarios insistieron en cambio más que en la inmemorabilidad en la continuidad como un parámetro para definir costumbre. Ellos se remitieron a la mitología santal por la que, en *Tore Pokhori Baha Bandela*,⁴⁵ "nuestros antepasados, quien sabe porque razón, alteraron las normas de nuestros antiguos ancestros", aunque estos habían deseado que "nuestras normas y costumbres continuaran siendo nuestras por siempre jamás".⁴⁶ En el caso de los ho, tales referencias son más numerosas: su adopción de "ceremonias, ritos, festivos y prejuicios" de los hindúes;⁴⁷ el uso del idioma no-ho por la generación más joven; el de dinero junto con ganado como *gonong* (dote de la novia), sugieren así una mezcla de moderno (dinero) y antiguo (ganado);⁴⁸ los cambios en las costumbres funerarias desde el enterramiento a la cremación; un incremento en el índice de matrimonios irregulares además de una creciente tendencia hacia el agnosticismo o el hinduismo.⁴⁹

Teniendo en mente mutabilidad de costumbres, los administradores clasificaron costumbre en "antigua no datada" y "antigua datada". La primera significaba

aquella perteneciente a los tiempos precoloniales, mientras que la última, aunque con el determinante de antigua, a menudo denotaba una costumbre de la era británica. Sirva como ejemplo de ello las referencias al pasado como “desde una fecha muy temprana los hombres de la tribu pagaban una renta de ocho annas al gobierno,”⁵⁰ que en realidad se refería a la creación de una nueva costumbre o práctica desde 1821. De igual manera, la afirmación de que la ley consuetudinaria originaria enraizada en la justicia civil se había mantenido intacta⁵¹ no hacía referencia al sistema originario sino al heredado y recreado por Wilkinson en 1837.

Este énfasis oficial en mutabilidad coincidía con la de sus homólogos africanos, y también con aquellos del Punjab, subrayando la naturaleza evolutiva de las costumbres indígenas.⁵² Sin embargo, ambos enfoques sirvieron a diferentes estrategias coloniales. Los etnógrafos británicos insistieron que la continua mutación de la vida material indígena infundía una cierta variación centrífuga a su cultura. Para algunos, tales como los santal y ho,⁵³ ello significaba un movimiento hacia los hindúes mientras que para otros tales como Dalton, estar “directamente bajo nuestro gobierno durante unos treinta y siete años” significaba que los ho habían comenzado a derivar hacia un orden de creación británica.⁵⁴ Lo que ellos parecían resaltar era que esta mayor adaptabilidad hacía que las costumbres *adivasi* fueran consideradas discontinuas y flexibles más que rígidas e invariables. Este énfasis en el cambio en el orden original proporcionó la base ideológica para otra dilución, principalmente que no era la sociedad sino la costumbre que podía ser redefinida y recreada por otros, en este caso también el gobierno británico. Esto fue contrario a algunos de los administradores coloniales británicos en África que usaron esto como una razón para rechazar codificar costumbres para no detener su evolución.⁵⁵ En partes de la administración colonial en India, sin embargo, esta práctica constituyó una estrategia hegemónica para consolidar gobierno colonial en las tribales Bihar, Bengala y Punjab.⁵⁶

La actitud de los *adivasi* hacia los intentos coloniales de inventar sus costumbres y diluir su método de gobierno social fue, en su conjunto ambivalente. A pesar de que los movimientos tribales para proteger sus derechos sobre *Jal*, *Jungle* y *Jameen* (agua, bosque y tierra), personificada por la muy bien documentada Rebelión Kol (1831-2), la Santal *Hul* (1855-6) y la Birsite *Ulgulan* (1895-1901), los *adivasis* tuvieron que más o menos racionalizar la realidad de sujeción a un gobierno extranjero. Ellos preferían tribunales y jueces británicos a sus instituciones consuetudinarias y funcionarios para la resolución de disputas, tal y como se evidencia por el amplio número de casos archivados en los tribunales británicos.⁵⁷ En el caso de los santal, esta observación es aún más revelado-

ra: “Las personas del campo no son tampoco educadas. No informan al jefe del pueblo, ni se quejan al Pargana, y no apelan tampoco a sus convecinos. Incluso una pelea entre marido y mujer estos locos miserables enseguida la traen ante los magistrados europeos, una vergüenza clamorosa...”⁵⁸ A pesar de esta capitulación, encontramos varios ejemplos de apelaciones y protestas tribales contra la base legal de norma colonial y afirmación de derechos consuetudinarios sobre sus recursos, que demandaban les fueran devueltos como tema de derecho natural.⁵⁹ Estas aseveraciones de alguna manera desconcertaron a la administración local. Ellos ignoraron algunos de los actos de terquedad, convocaron una reunión de los jefes del pueblo y *pir* (grupo de pueblos) para que aceptaran obrar de acuerdo a las decisiones oficiales y retiraron las normas forestales que restringían los derechos de pasto de los pueblos tribales de Singhbhum.⁶⁰ Estos ejemplos clarifican que los intentos coloniales para redefinir procesalmente costumbre como principalmente de dominio oficial más que social fueron burladas por contienda tribal, estableciendo así un ámbito compartido de forma de gobierno. De acuerdo a los escritos podemos igualmente atestiguar colaboración en los aspectos sustantivos de costumbre. Funcionarios en Singhbhum convocaron una reunión con los líderes sociales de la comunidad ho para bajar la tasa del *gonong*, intercambio de lo que era una prueba tradicional de matrimonio indígena, y para fijar una fecha uniforme para el *Maghe parab*.⁶¹ Dalton convocó una reunión similar de varios jefes de los mundas para regularizar el derecho de un hijo, nacido fuera del matrimonio, a heredar propiedad de su padre.⁶² Estas fueron, sin embargo, retractaciones estratégicas por parte de los británicos que continuaron, mediante tribunales y leyes, a transformar costumbres en derecho consuetudinario para afianzar la noción occidental de propiedad individual, igualdad y justicia.

Connotación legal, oficial y social adicional de costumbre

Recientes escritos⁶³ han enfatizado que la búsqueda léxica y legal anteriormente mencionada estaba saturada de ideas contemporáneas occidentales e imperativos del gobierno colonial. Así que no había ni una definición generalmente aceptada ni eran los criterios definidores uniformes ni definitivos. Al estudiar tradición y costumbre⁶⁴ para analizar la colonización de costumbres y tradiciones en India y África, estos trabajos se centran generalmente en la ideología y tecnología de elaboración del conocimiento. Se nos informa que, durante décadas tempranas, los orientalistas mostraron una “veneración romántica” por los *sastras*⁶⁵ y Brahman hindúes como sus depósitos naturales. Con el auge de ideas utilitarias co-

mo ideología gobernante, sin embargo, razón y utilidad desplazaron a estas agencias del poder. Esta búsqueda estuvo, sin embargo, repleta desde su comienzo con dudas sobre la uniformidad de las costumbres y la integridad de los Brahmins, llevando a la burocracia británica a pensar que el enlace tradición-*sastra* no era ni esencial ni totalmente representativo de la tradición india. En segundo lugar, tradición y costumbre no estaban “congeladas en el tiempo” ni eran continuas. Por último, la mutabilidad para adaptarse a los tiempos cambiantes fue una característica intrínseca de tradición y costumbre. Desviándose de los significados léxicos y jurídico, estos escritos por lo tanto enfatizaban que tradición y costumbre eran categorías que se podían adecuar e inventar.

Conclusión

Esta interpretación relativa del significado de costumbre revela un contraste entre teoría y práctica. Hubo acuerdo en los ámbitos léxico, legal, social y administrativo que costumbre significaba prácticas y usos de sociedades indígenas prelegales que les apartaba de la *corriente principal gobernada por la ley*. En el ámbito funcional, sin embargo, hubo una divergencia perceptible sobre los parámetros. Aunque tanto antigüedad como apoyo social fueron aceptados social y administrativamente, asegurando su

continuidad y pacífica adecuación, el énfasis sobre los criterios fue distinto. Los cambios que sucedieron entre estas comunidades plantearon un debate entre el significado teórico y práctico de costumbre. Consecuentemente antigüedad, continuidad y consenso no eran considerados criterios básicos del significado. Sin embargo no fueron totalmente retirados de la noción ideal, dejando a estas sociedades en un estado de dilema. Similarmente, la prueba empírica de cambio y también la búsqueda de poder⁶⁶ llevaron a los oficiales coloniales a valorar mucho más la mutabilidad que la continuidad. Por lo tanto podemos concluir que costumbre puede ser entendida como un modo de vida, usanza o norma de gobierno social indígena de origen antiguo socialmente aceptable. Sin embargo, ésta no pudo mantenerse inmutable, dado que ambas fuerzas internas y externas la inventaron y recrearon de vez en cuando para adaptarse a las exigencias de la comunidad en cuestión y a los imperativos del estado colonial que promulgó la transformación de costumbres indígenas en derecho consuetudinario. ○

Notas

- 1 Tribu, *adivasi* e indígena han sido términos utilizados de manera intercambiable para el mismo grupo, denominado tribu en archivos coloniales, pero ellos mismos prefieren ser reconocidos como los

Mujeres munda, Jharkhand, India – Foto: Christian Erni



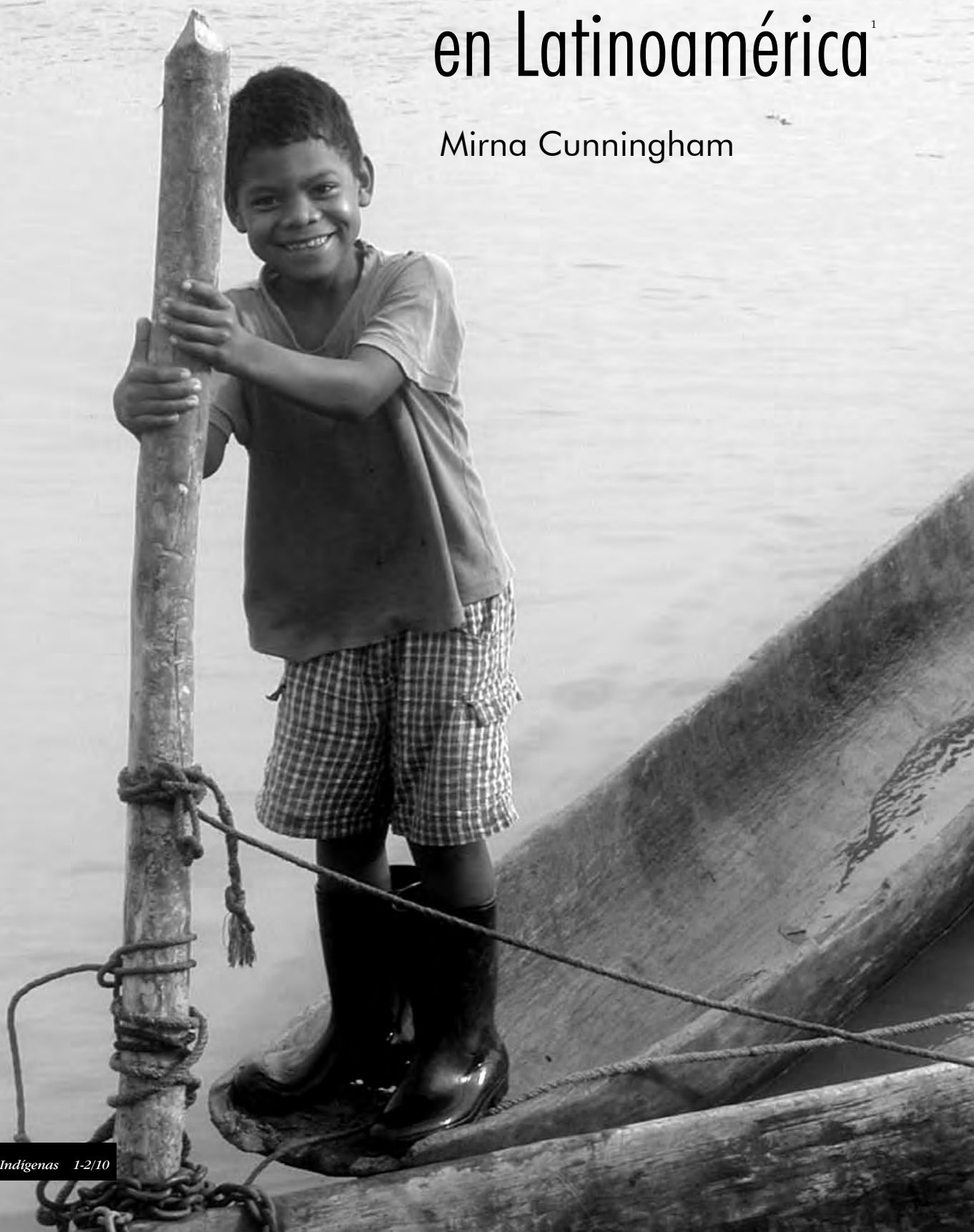
- adivasi* o indígenas para hacer valer su reivindicación de ser los primeros pobladores en India.
- 2 Este ensayo es un versión modificada de un capítulo de mi trabajo en forma de libro titulado *From Village Elder to British Judge: Custom, Customary Law and Tribal Society* sobre la transformación de costumbres tribales (munda, santal, ho y oraon de Jharkhand) en derecho consuetudinario durante el gobierno colonial.
 - 3 E. Hobsbawm y T. Ranger, *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, 1996; A. Mukhopadhyay, *Behind the Mask: The Cultural Definition of the Legal Subject in Colonial Bengal (1715-1911)*, Oxford University Press (OUP), Nueva Delhi, 2006; N. Bhattacharyya-Panda, *Appropriation and Invention of Tradition: The East India Company and Hindu Law in Colonial Bengal*, OUP, Nueva Delhi, 2008.
 - 4 *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Edición India, 1989, pág. 294; *Chamber's 20th Century Dictionary*, New Edition, 1983, pág. 309.
 - 5 La distinción entre legal y prelegal se basa en el determinante de que el derecho sea de dominio estatal, las sociedades legales son aquellas gobernadas tanto por ley y estado, mientras que las otras, incluyendo comunidades indígenas, son consideradas previas al estado y por lo tanto prelegales es decir, gobernadas no por ley sino por sus costumbres. Es pertinente señalar que, durante el periodo precolonial, todas las cuatro tribus de este ensayo estaban regidas por la costumbre, aunque los munda y oraon estaban bajo gobernantes Rajputized Nagvanshi mientras que los ho y los santal estaban gobernados por sus instituciones sociales locales y supralocales.
 - 6 E.R.HardyIvamy (ed.) *Mozley & Whitley's Law Dictionary*, Décima Edición, Butterworths, Londres, 1988, pág.123; A.S. Oppe (ed.), *Wharton's Lexicon*, Edición Catorce, Londres, 1937, pág. 292.
 - 7 Jurisprudencia de Salmond, Capítulo IX.
 - 8 Hardy Ivamy, *Mozley & Whitley's Law Dictionary*, pág.123.
 - 9 J. C. Jha, *The Tribal Revolt of Chotanagpur (1831-32)*, K.P. Jayaswal Research Institute, Patna, 1987, págs. 233-44.
 - 10 El Derecho consuetudinario se entiende generalmente como "un sistema de leyes que han sido desarrolladas a partir de costumbres y de decisiones realizadas por los jueces" y no legisladas por el Parlamento.
 - 11 Jurisprudencia de Salmond, pág. 209; *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, pág. 303.
 - 12 L.I. Rudolph & S.H. Rudolph, "Barristers and Brahmans in India: Legal Cultures and Social Change", *Comparative Studies in Society and History*, Vol.8, N.1, (Oct. 1965), págs. 33-38.
 - 13 Jha, *The Tribal Revolt*, págs. 241-44; A.K.Sen, *Wilkinson's Rules: Context, Content and Ramifications*, Tata College, Chaibasa, 1999, págs. 24-37.
 - 14 M. Chanock, *Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pág. 47.
 - 15 William Cavendish Bentinck fue el Gobernador General de India durante 1828-35.
 - 16 Thomas Munro fue el gobernador de la Presidencia (o Provincia) Madras.
 - 17 E.T. Stokes, *The English Utilitarians and India*, Londres, 1959, págs. 10, 15, 142.
 - 18 Neeladri Bhattacharya, "Remaking Custom: The Discourse and Practice of Colonial Codification", in R. Champaklakshmi & S. Gopal (Eds), *Tradition, Dissent and Ideology: Essays in honour of Romila Thapar*, OUP, Delhi, 1996, pág. 48.
 - 19 J. Hoffmann, & A.V. Emelen, *Encyclopaedia Mundarica*. Vol. IV, Gyan Publishing House, (Nueva Delhi, 1998), pág.1005; P.O. Bodding, *A Santal Dictionary*, Vol. II, Gyan Publishing House, Nueva Delhi, 1999, 138; J. Denney, *Ho Grammar and Vocabulary*, Xavier Ho Publications, Chaibasa, 1975, pág. 132.
 - 20 Durante 1859-95, los *adivasis* de Chotanagpur, dirigidos por sus líderes indígenas denominados *Sardars*, y reformistas llevaron a cabo una lucha predominantemente contra los *zamindars* (propietarios impuestos por los británicos) para proteger sus derechos a la tierra y el bosque. Conocido como *Sardari* o *Mulki Larai*, culminó en el más famoso *Ulgulan* o levantamiento (1895-1901) bajo el liderazgo de Birsa Munda.
 - 21 Citado en la obra de John MacDougall, *Land or Religion? The Sardar and Kherwar Movements in Bihar 1858-95*, Manohar, Delhi, 1985, pág.63
 - 22 P.O. Bodding (Traductor), *Traditions and Institutions of the Santals: Horkoren Mare Hapramko Reak Katha*, Bahumukhi Prakashan, Nueva Delhi, 1994, pág.13.
 - 23 Colonización de Craven (*Craven Settlement, CS*), Village Enquiry Paper, Kaparsai, pág. 31, Vasta (Bag) No (VN) 98. Otra expresión utilizada fue "sabek". Lomba Munda de Kamarhatu comentó que, en el festival local Maghe, la celebración conjunta era una costumbre realizada desde antaño (sabek). CS, Combined Title Page y Fly Leaf, Serial 22, Mis Case No.351 de 1914-15, Informe de Loba Munda of Kamarhatu contra raiyats de Kamarhatu por no ayudar a los *Deori* durante Mage, Kamarhatu, págs. 1-5, VN 176.
 - 24 Oficina del Subcomisionado (*Deputy Commissioner, DC*), Departamento General (*General Department, GD*), Sección de Recaudación (*Revenue Branch, RB*), Colonización de Tuckey (*Tuckey Settlement, TS*), Kolhan Settlement, Collection No III Settlement, File No (FN) 5 of 1915, File Serial (FS) 15, Nota de BR Sulanki, párrafo 2.
 - 25 Gobierno de Bihar y Orissa, Departamento de Recaudación, FN S/6 of 1915, Nos 1-12, Reasentamiento del estado gubernamental de Kolhan en el distrito de Singhbhum, Serie N. 6, Carta No 17-215-5, fechada 14 de diciembre de 1914, de la Junta de Recaudación, Bihar y Orissa, presentando propuestas para la continuidad de las operaciones de repoblación bajo las estipulaciones de la Ley de Arrendamiento de Chota Nagpur, 1908, Apéndice C, Copia del Memorial presentado por los hos en Chaibasa el 9 de julio de 1914, págs. 28-29, párrafos 4,7.
 - 26 Nota de B.R. Sulanki, párrafo 2.
 - 27 S. C. Roy, *The Mundas and their Country*, Asia Publishing House, Calcuta, 1970, págs. 66, 238-41; L.S.S.O'Malley, *Bengal District Gazetteers: Santal Parganas (BDGSP)*, Logos Press, Nueva Delhi, 1999, págs.111-12; S. C. Roy, *The Oraons of Chotanagpur*, Man in India Office, Ranchi, 1984, págs. 231-39. D. N. Majumdar, *A Tribe in Transition: Study in Cultural Pattern*, Longmans Green & Co., Ltd., (Calcutta, 1937), págs.60-5.
 - 28 O'Malley, *BDGSP*, pág.112; W.G.Archer, *Tribal Law and Justice: A Report on the Santal*, Concept Publishing Company, Nueva Delhi, 1984, págs.15-24.
 - 29 Bhattacharya, "Remaking Custom", pág. 38.
 - 30 L.S.S.O'Malley, *Census of India, 1911*, vol. V, Bengala, Bihar y Orissa y Sikkim, parte I, Informe, Calcuta, 1913, Apéndice, págs. I-IV.
 - 31 S.T.Cuthbert escribió "Al detenernos en un pueblo era mi practica mandar ir a buscar a la persona principal y a los jefes de cada profesión, a quienes podía preguntar sobre las costumbres peculiares imperantes en los pueblos, los derechos del campesinado..." citado en la obra de S.C.Roy, "Ethnographical Investigation in Official Records", *Journal of the Bihar and Orissa Research Society, Vol.VII, Part IV*, 1921, pág.29.
 - 32 Bhattacharya, "Remaking Custom", págs.47-50; Bhattacharya-Panda, *Appropriation and Invention of Tradition*, págs.3-5.
 - 33 Bhattacharya, "Remaking Custom", pág. 47.
 - 34 Bodding, *Traditions and Institutions*, pág.13; O'Malley, *BDGSP*, págs. 90-3.
 - 35 Lt. S. R. Tickell, "Memoir on the Ho desum (improperly called Kolehlan)", *Journal of Asiatic Society of Bengal*, vol. XI, parte II, (1840), págs. 788-808.
 - 36 L.S.S. O'Malley, *Bengal District Gazetteers: Singhbhum, Saraikela and Kharsawan*, Bengal Secretariat Depot, Calcuta, 1910, págs. 73 -7; O'Malley, *BDGSP*, págs.110-12.
 - 37 E. T Dalton, *Tribal History of Eastern India (original title Descriptive Ethnology of Bengal)*, Cosmo Publication, Delhi, 1973, págs. 201-2.
 - 38 Tuckey, *Final Report*, pág. 126.
 - 39 Esta era considerada "su costumbre habitual cuando estaban descontentos y enaltecidos". Dalton, *Tribal History*, pág. 184.
 - 40 W. H.Grimley, Comisionado de la División Chotanagpur, a la secretaria de la Junta de Recaudación (*Board of Revenue*), Provincias del Sur (*Lower Provinces*), N. 876 L.R., 14 de octubre de 1895, párrafo 2, véase F. Finucane, Secretaría Oficiante de la Junta de Recaudación de la Provincias del Sur a la secretaria del Departamento de Recau-

- dación del gobierno de Bengala, N. 1194 A, 25 de noviembre de 1895, Departamento de Recaudación (*Revenue Department*), Ns.116-7, File 16-S/2.
- 41 S. J. Manook, Comisionado Adjunto, Singhbhum, a C.H.Bompas, Subcomisionado, Singhbhum, 3 de septiembre de 1895, véase J.A.Craven, Funcionario de Asentamientos (*Settlement Officer*), Kolhan, al Subcomisionado, Singhbhum, N. 108, 21 de agosto 1895, anexo a W. H. Grimley a la Secretary etc.
- 42 En relación a su caso análogo africano, véase Chanock, *Law, Custom and Social Order*, págs.76-7.
- 43 Citado en S.C.Roy, "Ethnographical Investigation in Official Records", *Journal of the Bihar and Orissa Research Society*, Vol. XXI, Part IV, 1935, pag.240.
- 44 S. J. Manook, Comisionado Asistente, Singhbhum, a C.H.Bompas, Subcomisionado, Singhbhum, 3 de septiembre de 1895, véase J.A.Craven, Funcionario de Asentamientos (*Settlement Officer*), Kolhan, al Subcomisionado, Singhbhum, No. 108, 21 de agosto de 1895, anexo a W. H. Grimley a la Secretaría etc.
- 45 La tradición santal de migración identificaba esto como un lugar, situado en alguna parte al noroeste de la fuente del río Damodar, donde ellos vivieron durante "un periodo de tiempo muy largo".
- 46 Bodding, *Traditions and Institutions*, pág.13; W.G Archer, *Tribal Law and Justice: A Report on the Santal*, Concept Publishing Company, Nueva Delhi, 1984, págs. 3-24. Véase también O'Malley, *BDGSP*, págs.90-3;
- 47 Tickell, "Memoir", pág. 803.
- 48 Dalton, *Tribal History*, págs. 184, 191-93.
- 49 Tuckey, *Final Report*, págs. 3, 5, 126,128.
- 50 Apéndice de las Notas, D.O. No. 194T, 17 de junio de 1928, J. R. Dain, Subcomisionado, Singhbhum, a J.A. Hubback, Funcionario Especializado, Hinoo, Ranchi , párrafo 5, Departamento de Recaudación Territorial (*Land Revenue Department*), Gobierno de Bihar y Orissa , mayo de 1931, Prog. N. 39-40, FN IIT -26 de 1931, págs. 5-7.
- 51 Ibid. párrafo 3.
- 52 Chanock, *Law, Custom and Social Order*, págs.25-6; Bhattacharya, "Remaking Custom", pág.38.
- 53 Tickell, "Memoir", pág. 80; Bodding, *Traditions and Institutions*, pág.13.
- 54 Dalton, *Tribal History*, pág. 205.
- 55 Chanock, *Law, Custom and Social Order*, pág. 136.
- 56 Mukhopadhyay, *Behind the Mask*, pág. 4; Bhattacharya, "Remaking Custom", págs. 44-5.
- 57 Me refiero aquí a mi estudio inédito en forma de libro "From Village Elder to the British Judge". Se puede recurrir a los Documentos Locales de la Colonización de Craven y Tuckey (*Settlement Village Papers*) conservados en la Sala Chaibasa del Archivo del Distrito (*District Record Room Chaibasa*) para información.
- 58 Bodding, *Traditions and Institutions*, págs.128-9.
- 59 Contra la introducción del asentamiento de contribución territorial basado en la medida del *hal* (arada), los campesinos no recurrieron a la ocultación en gran escala del número exacto de aradas. Durante la colonización de Craven, aunque los *raiya*s no acordaron entregar tierras *gora* que se encontraban dentro de los bosques protegidos, rehusaron ceder sus tierras de arroz . Los jefes del pueblo permitieron a los *dikus* asentarse y poseer tierras en los pueblos tribales en contravención de las estipulaciones prohibitivas de las normas civiles de Wilkinson y las normas de Thomson (1900), para así hacer valer sus privilegios precoloniales, como fundadores o pertenecientes a la familia del fundador, de repartir espacios del pueblo, que estas normas violaban. De igual manera, en contraste con la política oficial de reservar y proteger bosques, los *adivasis* no prendían fuego a los bosques, clandestinamente talaban árboles, retiraban productos forestales sin permiso e ilegalmente llevaban su ganado a pastar en las zonas de bosque prohibidas. Recurrieron a métodos pacíficos y legales de demanda contra las normas forestales de 1906 y 1924. A.K.Sen. "Collaboration and Conflict Environmental Legacies of the Ho of Kolhan (1700 – 1918)", Deepak Kumar, Vinita Damodaran & Rohan D'Souza (editoriales), *The British Empire and the Natural World: Environmental Encounters in South Asia*, Oxford University Press, Nueva Delhi, 2010, págs.212-17.
- 60 Ibid.
- 61 Dalton, *Tribal History*, pág.192. La administración local, en consulta con el pueblo y los jefes *pir*, estableció que el *Maghe parab* tenía que celebrarse entre el 15 y el 20 de febrero cada año mientras que tradicionalmente los pueblos elegían libremente sus fechas, generalmente en enero y febrero.
- 62 H. H. Risley, *The Tribes and Castes of Bengal*, Vol. II, Calcuta, 1998, págs.102-3.
- 63 Bhattacharya, "Remaking Custom", págs. 38-49; Bhattacharya-Panda, *Appropriation and Invention of Tradition*, págs.2-5, 36, 71 ; Mukhopadhyay, *Behind the Mask*, págs.9-10; T. Ranger, "The Invention of Tradition in Colonial Africa" en Hobsbawm y Ranger, *The Invention of Tradition*, pág. 211.
- 64 Curiosamente, Bhattacharya utiliza estas dos palabras prácticamente como sinónimos, Bhattacharya, "Remaking Custom", págs. 36-7 mientras que Hobsbawm forjó una distinción entre las dos. Eric Hobsbawm, "Introduction: Inventing Traditions" en Hobsbawm y Ranger (editoriales), *The Invention of Tradition*, págs.2-3.
- 65 La palabra hindú *sastra* significa Dharmasatras: *Manusmriti*, *Yajnavalkyasmriti*, *Naradasmriti* etc.
- 66 Esta interdependencia de conocimiento y poder se pone de manifiesto en la obra de B.S.Cohn, *Colonialism and its forms of knowledge. The British in India*, Oxford University Press, Delhi, 1997, Capítulo II.

Asoka Kumar Sen es un investigador independiente en historia tribal. Vive en Chaibasa, Singhbhum Oeste, en el estado de Jharkhand en India. Autor de varios libros y publicaciones, se le concedió un breve membresía a la junta directiva del Departamento de Sociología, Delhi School of Economics. Ha tenido también el honor de trabajar como Investigador para la Universidad de Sussex, Reino Unido en el Proyecto de la Academia Británica titulado: *The East India Company of and the Natural World: Environment, Innovation and Ideas at the Core of the British Empire*, diciembre 2005- junio 2007. Es actualmente el redactor de *Manwa Katha*, una publicación del Instituto de Historia Tribal Ashin Dasgupta (Ashin Dasgupta Institute of Tribal History), Calcuta. Se le puede contactar en asokakumarsen@sify.com

Acerca de la visión del “buen vivir” de los pueblos indígenas en Latinoamérica¹

Mirna Cunningham



Introducción

Es común definir el desarrollo en función del aumento de la productividad, la modernización, la tecnología y la acumulación de riquezas. Una riqueza que es vista en función de la posesión y acumulación de bienes materiales y capital financiero. Ese ha sido un concepto de desarrollo exógeno a los pueblos indígenas.

Este artículo resume el debate y algunas prácticas de los pueblos indígenas en América Latina, en torno al desarrollo de los pueblos indígenas desde su propia visión.

En los últimos años se ha comenzado a plantear en América Latina un concepto de desarrollo que trata de incorporar la visión de los pueblos indígenas: se conoce como el Sumak kawsay en idioma Qhichwa, suma qamaña en idioma Aymara, sumak ñandereco en Guaraní, Laman Laka en idioma Miskitu, Buen Vivir o Vivir Bien. En Ecuador y Bolivia,² el concepto fue incluido en las recientes reformas constitucionales.

Buen vivir

El buen vivir está referido a la profunda espiritualidad que los pueblos continuamos manteniendo con la madre naturaleza, a las condiciones económicas a partir de sistemas e instituciones propias, que mueven la vida productiva y relaciones de intercambios económicos, a la identidad indígena, que ha sido el sustento de decir quiénes somos, de dónde venimos y hacia dónde vamos, a los sistemas de organización social a partir de relaciones que se establecen entre los mismos pueblos, las autoridades tradicionales, que cumplen con su rol de servicio a los pueblos, comunidades, ayllus, markas y suyus, capitanías, tentas;³ así como las formas de relacionamiento con actores externos, incluyendo los Estados.

El buen vivir se refiere al derecho de los recursos provenientes de territorios indígenas ejerciendo el derecho al control y administración de esos recursos. La relación estrecha de los pueblos indígenas con la madre naturaleza es a partir de la dualidad y la complementación⁴ entre todos los elementos con componen su cosmovisión, incluyendo mujeres y hombres. Existe una dialéctica de oposición dual, complementaria, por la cual las partes restablecen el mundo social y natural e incluso el universo simbólico.

Vivir bien, significa vivir en armonía y en equilibrio⁵ entre todos esos elementos. Toda forma de existencia desde la cosmovisión indígena tiene la categoría de igual, todos en una relación complementaria, todo vive y todo es importante. Sin embargo, la base fundamental para la continuidad del buen vivir, es el respeto a la madre naturaleza, el acceso a la tierra y territorio, en el

marco del derecho a la libre determinación de los pueblos, pues ¿dónde se vive, sino es en el territorio?

Choque (2010) ha señalado que los pueblos indígenas establecen la concepción del buen vivir a partir de sus propias experiencias o sistemas de vida y a partir de una relación integral con la madre naturaleza. Se trata de la constante búsqueda y el restablecimiento del bienestar colectivo, individual, político, económico, social, cultural, espiritual, físico, en el marco del ejercicio de sus derechos históricos. Esta noción no debe ser entendida desde una concepción anquilosada en el tiempo, sino al contrario: se plantea desde el punto de vista de pueblos que han estado constantemente enfrentados a la lucha por el restablecimiento del buen vivir.

La misma autora plantea que la reconstrucción o construcción del buen vivir, está referida a una relación estrecha entre lo que fuimos como pueblos, el presente y el futuro; el referente es la memoria al pasado histórico, conocido como el tiempo de la libertad, que desde la invasión han ido socavando el buen vivir, pasando por las repúblicas coloniales, que dentro de sus constituciones políticas de Estado refieren “abolición de tierras colectivas, abolición de autoridades tradicionales”, en resumen: asimilación de los pueblos indígenas hacia una lógica de vida occidental. Es en este marco de hostilidad que la lucha por la reconstrucción del buen vivir ha sido incesante y responde en todo caso a la capacidad de resistencia.

Características del desarrollo desde la visión indígena del buen vivir

Los principios de la construcción y reconstrucción del buen vivir deben ser entendidos en el marco jurídico de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el ejercicio del derecho a la libre determinación.⁶

La Declaración del Derecho Al Desarrollo, en el artículo primero establece que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable, en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos, están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.⁷

En el debate entre los pueblos en América Latina se han identificado algunos elementos que caracterizan el Buen vivir. Señalaré a continuación sus elementos principales⁸

a. La visión indígena

Uno de los primeros aspectos que destaca es el hecho de la que naturaleza es un “ser vivo” en el cual todos sus componentes establecen múltiples vinculaciones, siendo

los humanos una parte del tejido cósmico. Para el Consejo Indígena de Centro América,⁹ la visión cosmogónica es el eje filosófico del pensamiento y actuación individual y colectiva de los pueblos indígenas. Algunos fundamentos del pensamiento cosmogónico son: comunitarismo, registro del tiempo, equilibrio y armonía, consenso, dialogo, respeto y sistema de derecho.¹⁰

Una consecuencia de esa visión se refleja en que los recursos naturales como tierra, agua, minerales y vida vegetal no son comerciables. La finalidad de la producción es la calidad de vida y se destina principalmente al consumo propio. Es por ello que en muchas comunidades el excedente se ritualiza y se redistribuye, buscando el equilibrio y armonía y el crecimiento económico.¹¹

El territorio ocupa un papel central en la visión indígena de buen vivir. Para la nación Mayangna en Nicaragua, el territorio es el espacio geográfico en donde vive la población, los recursos faunísticos, florísticos, hídricos, subsuelo, recursos naturales renovables y no renovables, materias orgánicas e inorgánicas. Este espacio conforma una unidad territorial, que se desarrolla de acuerdo a sus costumbres y tradiciones; sobre él tienen derecho de posesión de dominio ancestral y/o con título moderno facilitado por el Estado nicaragüense. En ese territorio practican actividades sociales, económicas, culturales, ambientales, conservación de sitios sagrados, la caza, la pesca y la agricultura sostenible.¹²

Para la organización de la gestión territorial y formular su plan de desarrollo territorial cuentan con Normas ecológicas de manejo del territorio indígena.

b. El sujeto económico es colectivo

Esta una diferencia fundamental con otros modelos de desarrollo. Si bien esta característica presenta sus variantes, especialmente ante el flujo masivo de personas indígenas hacia centros urbanos, tiene connotaciones culturales particulares independientemente de la ubicación geográfica y espacial del pueblo indígena.

En Centroamérica¹³ se ha planteado que desde la cosmovisión indígena los recursos naturales distan mucho de ser una posesión económica; la espiritualidad indígena incluye la creencia de que todas las formas de vida en la naturaleza poseen un alma. Un espíritu está presente en cada cosa y es el que le da sus características peculiares. La territorialidad, "Madre Tierra", es un elemento que da identidad colectiva y pertenencia a un pueblo indígena, es considerada sagrada y no puede ser objeto de venta ni adjudicarse individualmente. Los territorios indígenas son colectivos y representan un espacio en el universo donde se convive entre la madre naturaleza y ser humano. El territorio está compuesto por todos los elementos que la conforman: suelo, sub-suelo y espacio aéreo (ríos, lagos, animales, plantas, metales). Coinciden

Indígenas awajún en Peru – Foto: Franziska K. Nyffenegger



que el territorio es la base para desarrollar el modelo de buen vivir con su sistema jurídico, político, económico y social. En ese contexto, plantean que los Pueblos Indígenas poseen y han generado conocimientos propios en torno a su convivencia con la madre tierra, recursos naturales, cultura, producción y modo de vida.¹⁴

Un paso necesario en el proceso de definición de un modelo de desarrollo propio de cada pueblo indígena es la identificación de cuáles son esos conocimientos que son propios de su cultura, y la forma en que la comunidad los protege, preserva y recrea.

c. El papel que juegan las instituciones económicas propias

A partir de una base territorial y sus relaciones con la naturaleza, los pueblos indígenas han generado conocimientos que aplican en sus relaciones para la organización política, económica y social, y que les permitió en determinados momentos, alcanzar niveles de sostenibilidad en la seguridad alimentaria y los intercambios de productos. Maldonado (2009) ha mencionado algunas de las instituciones económicas propias, tales como la Minga y Ranti Ranti, entre otros. Todos esos sistemas están basados en los principios de reciprocidad, complementariedad y trabajo comunitario.

d. Relaciones interculturales con el resto de la sociedad

Otra característica del modelo de desarrollo de los pueblos indígenas es la búsqueda de formas de convivencia con otros sectores, incluyendo el Estado. Vivir Bien es respetar las semejanzas y diferencias entre los seres que viven en el mismo planeta. Va más allá del concepto de la diversidad. Este planteamiento se traduce en que los seres semejantes o diferentes jamás deben lastimarse. Asimismo, Vivir Bien es buscar el consenso entre todos, lo que implica que aunque las personas tengan diferencias, al momento de dialogar se llegue a un punto neutral en el que todas coincidan y no se provoquen conflictos.

e. Relaciones de igualdad entre mujeres y hombres y relaciones intergeneracionales

Un aspecto que ha cobrado relevancia en los debates sobre desarrollo indígena es la necesidad de abordar las relaciones entre mujeres y hombres, así como las relaciones intergeneracionales. Choquehuanca (2010) recordaba al respecto, que Vivir Bien es respetar a la mujer, porque ella representa a la Pachamama, que es la Madre Tierra- poseedora del don de la vida y del cuidar a todos sus frutos. En las comunidades, la mujer es valorada y está presente en todas las actividades orienta-

Mujeres indígenas en México – Foto: Pablo Lasansky



das a la vida, la crianza, la educación y la revitalización de la cultura. Los pobladores de las comunidades indígenas valoran a la mujer como base de la organización social, porque transmiten a sus hijos los saberes de su cultura. Para las mujeres indígenas para vivir bien se requiere superar las situaciones de violencia que enfrentan las mujeres dentro y fuera de las comunidades.

La experiencia de desarrollo de los pueblos indígenas en el marco del sistema regional autónomo en Nicaragua

En el caso de los pueblos indígenas de Nicaragua, los derechos basados en la propiedad ancestral sobre el territorio están garantizados en el Estatuto de autonomía de las Regiones Autónomas del Caribe de Nicaragua aprobado en 1987,¹⁵ y actualmente está concluyendo el proceso de demarcación y titulación de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas.¹⁶ En este caso se plantea que el concepto de buen gobierno en las Regiones Autónomas, se entiende como la articulación entre los diferentes niveles de autoridades autonómicas existentes: autonomía de las comunidades y territorios indígenas, autonomía municipal y autonomía regional multiétnica. Bajo el concepto de buen Gobierno, el Estado participa, pero a través de las Regiones Autónomas y los municipios, en cambio, las autoridades tradicionales son el órgano de gobierno en los niveles comunal y territorial.¹⁷

Cabe señalar que hay algunas condiciones básicas que se requieren para que las propuestas de desarrollo indígena puedan avanzar. En el caso de Nicaragua, el establecimiento de un régimen de autonomía multiétnica sienta las bases para el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, empezando por los derechos territoriales. El gobierno nicaragüense ha definido el Plan de Desarrollo Humano, que incluye como uno de sus componentes el Plan de Desarrollo de las Regiones Autónomas. El Plan parte del supuesto de que existe un sujeto con una identidad colectiva, que participa plenamente en la gestión pública a través del ejercicio de los derechos autonómicos.

En el caso de Bolivia, el proceso de transformaciones estructurales impulsados por el actual gobierno también sienta las bases para avanzar en el Buen Vivir.

Laman Laka: concepto de buen vivir del pueblo Miskitu

El desarrollo como herramienta de sobrevivencia y bienestar de vida de los pueblos indígenas de Nicaragua se basa en el aprovechamiento racional y sostenido de los

recursos naturales disponibles en sus territorios, manejados bajo principios ancestrales de interacción entre los seres humanos y los espíritus; las formas de trabajo bajo los principios de reciprocidad y solidaridad comunitaria y familiar; y, la aplicación y transmisión de conocimientos ancestrales. Entre los recursos a utilizar se cuentan: el suelo, agua, la flora y fauna en el territorio, entre los cuales el ser humano interactúa como un elemento más.

En el caso de los pueblos Miskitu, el desarrollo se vincula a lo que se denomina *laman laka*, que puede ser interpretado como las normas de convivencia, que ofrecen armonía al interior de la familia, independientemente de grupos de edad o género.

El principio sobre el cual se basa el concepto del Laman Laka ha sido definido como el bien común¹⁸. Ese principio funciona como un elemento articulador del sistema de cooperación en las comunidades, que logra incluir a todas las personas y familias y, se basa en la igualdad y la equidad social. Contribuye a fortalecer las relaciones asociativas para lo cual requiere necesariamente confianza, solidaridad, reciprocidad y pertenencia étnica y territorial. El principio del bien común está ligado a la protección y uso adecuado del patrimonio natural y cultural de la comunidad, formado por el territorio, los recursos naturales, el idioma, los conocimientos y prácticas sobre producción, salud, alimentos, formas de vida. Por lo tanto, el bien común contribuye a garantizar la reproducción económica, social y cultural del pueblo.

A través de la *laman laka* se practican normas económicas sobre el uso del territorio, que conllevan el sentido de: *si yo tengo vos tenés; si vos tenés, yo tengo*. Ello implica el intercambio, pana pana o bakahnu, que permite la interacción entre persona y donde predomina el valor de la palabra, el respeto a la familia, confianza mutua, la lealtad étnica, la mancomunidad. En este marco se producen acuerdos tácitos sobre el uso del ecosistema, en el cual todos saben en donde se realizan las siembras individuales y cuáles son las áreas de uso colectivo, dónde realizar la caza y la pescar, y las zonas en donde se establecen las relaciones con el mundo espiritual.

Todo lo anterior está ligado a un sistema de instituciones ancestrales comunitarias, que a su vez están concatenadas con la administración territorial, municipal y regional. Actualmente, se hacen esfuerzos también para establecer las intersecciones e interacciones en la administración de la salud, la educación, la justicia comunitaria y la elección de autoridades. Todo ellos puede ser considerado como un marco de gobernanza hacia adentro.

Existe otra esfera del desarrollo, que se extiende "hacia afuera" y que está enfocada a las relaciones con el Estado y otros actores. En estos casos los pueblos indígenas tienen roles encaminados a la gestión y negociación en función de intereses colectivos, por ejemplo, para el otorga-

Comunidad Alamikangban en Nicaragua – Foto: Mie Buus



miento de concesiones o uso masivo de los recursos, sea por parte de la comunidad o por actores externos.

Tanto las relaciones internas como las externas han pasado a formar parte del marco constitucional nicaragüense, en el que el desarrollo es resultado de relaciones equilibradas, multiétnicas y multiculturales, en el marco del derecho a la libre determinación, a través del estatuto de la autonomía regional multiétnica. Esto abrió las puertas a que los pueblos indígenas puedan gozar plenamente su derecho de ciudadanía intercultural, acceso al poder y a participar en la toma de decisiones.

Con fines de ilustrar de mejor forma el concepto de desarrollo y sus dinámicas podemos mencionar una serie de situaciones:

- Con los productos de la caza o la pesca, por ejemplo, es común que sean repartidos o intercambiados entre los comunitarios, carne – granos – peces, tubérculos – madera. La caza y la pesca se realizan dentro del territorio, de manera espaciada en el tiempo y espacio. No se caza y pesca siempre en el mismo lugar, y la frecuencia de hacerlo es baja. Para ello se seleccionan lugares muy distantes entre sí, que pueden implicar varios días de viaje desde la comunidad. Esta práctica implica un trabajo colectivo, entre varios hombres, que fortalece la unidad comunitaria y permite la transmisión del conocimiento entre una generación y otra, sobre el manejo de la naturaleza.
- En contraste, por ejemplo en el pueblo Rama, la extracción de conchas de ostiones de la laguna de Bluefields, es una actividad que se realiza principalmente por parte de adolescentes, mujeres y niñas/niños, y se lleva a cabo en lugares muy cercanos a la comunidad. Igual ocurre con la recolección de cocos en aquellas comunidades indígenas del litoral. En todos estos casos hay un alto sentido de colectividad del trabajo y de distribución del producto.
- En principio, el bosque tropical húmedo, o el llano de pinares, las lagunas y los litorales, los cayos y arrecifes, además de su riqueza por su alto contenido de diversidad biológica, representa la sobrevivencia y el desarrollo de la cultura, la espiritualidad, la alimentación, la vivienda, los instrumentos de trabajo y del hogar, la salud y la educación de los pueblos indígenas. Da para todos y para todo.
- Ese modelo de desarrollo se ve amenazado “desde afuera”, por despale en las cabeceras y cuenca de los ríos, producto del avance de la frontera agrícola y la presencia de colonos invasores; por la contaminación química por el abuso de agroquímicos en las cuentas altas y cuyos residuos son arrastrados hasta las lagu-

nas costeras y arrecifes, envenenando todo en su camino. Los efectos del cambio climático ya se hacen sentir en estos territorios, a través de mayores y más frecuentes huracanes e inundaciones, poniendo en riesgo la diversidad biológica y los cultivos, por ende la vida y bienestar de los pueblos indígenas.

En resumen, el buen vivir para los pueblos indígenas conlleva aún retos y desafíos históricos, como es el reconocimiento del territorio, la libre determinación como pueblos. No se puede entender el derecho al buen vivir cuando nuestros territorios están constantemente amenazados y apropiados por empresas nacionales e internacionales, cuando las condiciones de la calidad de vida cada vez son menores, cuando hay brechas entre el índice de promedio de vida es inferior que la tasa nacional.

Ante estas amenazas gigantescas ¿qué podemos legarle a nuestras futuras generaciones? estamos en este momento replanteando la visión de la vida, que encierra el sentimiento profundo del buen vivir. ○

Notas

- 1 Elaborado por Mirna Cunningham.
- 2 Arto. 8, Capítulo Segundo. Principios, valores y fines del Estado. Constitución Política del Estado. Republica de Bolivia. 2009. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Título VII. Régimen del buen vivir. República de Ecuador. Constitución del 2008. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html#mozToCId153283>
- 3 Los términos se refieren a formas organizativas comunitarias propias de los pueblos andinos de America del Sur.
- 4 Así como el hombre y la mujer son complementarios y contrapuestos, el cerro que tiene el símbolo femenino y otros cerros conllevan el símbolo femenino, es como el sol y la luna, el día y la noche, macho y hembra en los animales, vegetales y minerales
- 5 En armonía con los ciclos de la madre tierra, con los ciclos del cosmos, con los ciclos de la historia, con los ciclos de la vida, y en equilibrio complementario con toda forma de existencia
- 6 Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Artículo 4: Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. Artículo 32: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.
- 7 *Declaration on the Right to Development* <http://www2.ohchr.org/english/law/rtd.htm>. Otro instrumento que ayuda a entender el buen vivir es el Convenio de la Biodiversidad en el Artículo 8 (j) y

las disposiciones conexas, que establece que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

- 8 Luis Maldonado. Conferencia en la presentación del Proyecto de Desarrollo con Identidad del Fondo Indígena. Panamá. 2009.
- 9 Balu Wala: CICA-PMIIE 2008
- 10 CICA. 2008.
- 11 Maldonado, L. (2009)
- 12 Fidencio Davis. Elementos para formular el plan de desarrollo del territorio Mayangna Sauni As. URACCAN. 2009.
- 13 CICA. Metodología del Balu Wala. 2009.
- 14 Idem.
- 15 Estatuto de autonomía de los pueblos indígenas y comunidades étnicas en las Regiones Autónomas de Nicaragua. Ley No. 28. Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. Gaceta No. 238 30 de octubre de 1987. <http://www.scribd.com/doc/15987568/Ley-28>
- 16 Al concluir el proceso en 2010, 23 territorios indígenas estarán titulados. ley No. 445. Ley del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz. La Gaceta Diario Oficial, No. 16 del 23 de enero de 2003 Asamblea Nacional. <http://www.manfut.org/RAAN/ley445.html>
- 17 PNUD. IDH 2005. Las Regiones Autónomas de la Costa Caribe: ¿Nicaragua asume su diversidad? Julio 1, 2005. <http://www.onu.org/ni/mostrardoc/26>
- 18 http://www.idhnicaribe.org/pdf/5_capitulo_iii.pdf

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional de Nicaragua, 1987**
Ley No. 28- Estatuto de autonomía de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua. Managua, 7 de septiembre de 1987. <http://www.manfut.org/RAAN/autonomia.html>
- Asamblea Nacional de Nicaragua, 1995.**
Constitución Política de la República de Nicaragua. Managua, Nicaragua.
- Asamblea Nacional de Nicaragua, 2003.** Reglamento de la ley 28- Estatuto de autonomía de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua. Decreto A.N No.3584 del 2003.
- Asamblea Nacional de Nicaragua, 2003.**
Ley No. 445. Ley del régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz. La Gaceta Diario Oficial, No. 16 del 23 de enero de 2003. <http://www.manfut.org/RAAN/ley445.html>
- UNPFII.** Séptima sesión E/C.19/2008/CRP, 18 de abril de 2008.
- Consultation Workshop and Dialogue on Indigenous Peoples' Self-determined Development or Development with Identity.** 14-17 de marzo de 2008. Tivoli, Italia.
- Comité ejecutivo de la CONADETI 2009.** Informe ejecutivo de la CONADETI y las CIDTS al 17 de noviembre de 2009. Presentado a la Junta Directiva y en el encuentro sobre derechos territoriales y gestión comunitaria. Bilwi, 17 de noviembre de 2009.
- Cunningham, Myrna, 2009:** Presentación. Desafíos del buen del vivir. Nicaragua.
- Huanacuni, Fernando, 2009:** Estudio e informes sobre filosofía, políticas, Estrategias y Experiencias regionales andinas del vivir bien o buen vivir
- Consejo Regional Autónomo Atlántico Norte, 2004:** Plan estratégico de desarrollo regional. Puerto Cabezas, RAAN.

- Coordinadora Indígena de Centroamérica, CICA:** Balu Wala: CICA-PMIIE 2008
- Choque, María Eugenia, 2009:** El buen vivir desde la concepción de los pueblos indígenas.
- Choquehuanca, D., 2010:** Entrevista a David Choquehuanca. Canciller del Estado Plurinacional de Bolivia. Tomado de "Indigenous Groups and Economic Development". 2010.<http://www.economiasolidaria.org/taxonomy/term/924/allhttp://indigenaslibertarios.blogcindario.com/2010/02/00055-25-postulados-para-entender-el-vivir-bien-entrevista-con-david-choquehuanca-bolivia.html>
- Davis, Fidencio, 2009:** Elementos para formular el plan de desarrollo del territorio Mayangna Sauni As. URACCAN.
- Donald Rojas, 2009:** El buen vivir: la visión de desarrollo de los pueblos indígenas en Centroamérica. Consejo Indígena de Centro América. Documento presentado en el I Encuentro Iberoamericano: autonomía, desarrollo con identidad y derechos de los pueblos indígenas - Madrid, 9 y 10 de junio.
- Gobierno territorial Mayangna Sauni As, 1998:** Normas ecológicas de manejo del territorio indígena. Mayangna Sauni As.
- Maldonado, Luis, 2009:** "Un nuevo paradigma recorre América Latina." Conferencia en la presentación del Proyecto de Desarrollo con Identidad del Fondo Indígena. Panamá
- OHCHR:** Declaration on the Right to Development <http://www2.ohchr.org/english/law/rtd.htm>
- Organización internacional del trabajo (OIT), 1989:** Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- PNUD, 2005:** Informe de Desarrollo Humano. 2005. Las Regiones Autónomas de la Costa Caribe. ¿Nicaragua asume su diversidad? http://www.idhnicaribe.org/pdf/5_capitulo_iii.pdf
- República de Bolivia, 2009:** Constitución política del Estado. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>.
- República de Ecuador:** Constitución de 2008. Título VII. Régimen del buen vivir. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador08.html#mozToClid153283>
- El Nuevo Diario:** Managua, Nicaragua - Miércoles 23 de diciembre de 2009 - Edición 10548. <http://impreso.elnuevodiario.com.ni/2009/12/23/departamentales/116086>
- Comisión Nacional de Demarcación y Titulación- CONADETI, 2010:** Logros y avances en el proceso de demarcación y titulación durante la presidencia del máster Carlos Aleman Cuningham. 30 de junio de 2008 al 31 de enero de 2010. RAAN. 31 enero de 2010.
- Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU adoptada por la Asamblea General:** Resolution 61/295 del 13 de septiembre de 2007. <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/en/drip.html>
- Región Autónoma Atlántico Norte, noviembre de 2004:** Ley 28. Estatuto de autonomía de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua.1998. Normas ecológicas de manejo del territorio indígena. Mayangna Sauni As.
- Organización internacional del trabajo (OIT), 1989:** Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Reglamento de la ley 28- Estatuto de autonomía de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua, 2003:** Decreto A.N no. 3584 de 2003.
- Ley 445:** Régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las regiones autónomas de la costa atlántica de Nicaragua y de los ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz.

Mirna Cunningham es indígena del pueblo Miskito de Nicaragua; vicepresidenta de la Iniciativa Indígena por la Paz y Directora del Centro por la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CIPAD). Ha sido fundadora de la Universidad de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe de Nicaragua. Desde el 1 de enero de 2011 es miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas.

La madre tierra y el “buen vivir”

¿Nuevos paradigmas analíticos y estratégicos de las luchas indígenas?



Efraín Jaramillo Jaramillo

“Estamos construyendo nuevos paradigmas para el mundo moderno, acerca de cómo la humanidad debe vivir de ahora en adelante” manifestó Miguel Palacín Quispe, coordinador general de la CAOI (Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas), en su reciente visita a Colombia a comienzos de agosto. Los pueblos indígenas tienen, según Palacín Quispe *“una propuesta única para enfrentar la crisis civilizatoria de los últimos tiempos, cuya manifestación más grave es el cambio climático que amenaza arrasar con todas las formas de vida en el planeta, esa propuesta se llama Sumak Kawsay. Para compartir esta cosmovisión y avanzar en la afirmación de nuestro proyecto de la unidad de los pueblos para el buen vivir, la CAOI viene realizando foros en todos los países de América”*. Estas acciones que desarrolla la CAOI son para Quispe fundamentales, pues *“sabemos que en la mayoría de nuestros países, los gobiernos persisten en imponer y desarrollar modelos económicos de desarrollo capitalista neoliberal, con trato preferencial a la industria extractiva (minería, petróleo, forestal), tratados de libre comercio, leyes que favorecen el saqueo y la depredación de la madre tierra, la militarización y la criminalización del ejercicio de nuestros derechos”*.

En Colombia, algunos dirigentes del movimiento indígena vienen colocando, por encima de cualquier otra consideración ideológica o política, un énfasis especial en definir a la tierra como madre, como el origen de todo cuanto existe, como la única realidad verdadera a la cual se reduce el mundo. El invocar a la tierra como madre es muy común en las cosmovisiones amerindias y en las de otros pueblos indígenas del planeta que imponen un respeto sagrado por la naturaleza. No es pues algo nuevo. Tampoco excepcional. La mayoría de pueblos indígenas la comparten. Lo que sí sorprende es que en Colombia, cuna de luchas indígenas y populares por la tierra, se busque instaurar en las organizaciones indígenas esta visión panteísta del mundo, para oxigenar las movilizaciones indígenas por la tierra y para conjurar la crisis del actual modelo de desarrollo económico, que no fue concebido teniendo en cuenta a los pueblos indígenas y negros. Se trataría entonces, de un nuevo paradigma para dotar las luchas indígenas con nuevos contenidos filosóficos. Así la recuperación, ampliación y creación de nuevos resguardos, se llamaría ahora “liberación de la madre tierra”.

Este arraigado pensamiento de los indígenas andinos del Perú, Bolivia y Ecuador, que parece haber calado bien en algunos de sus hermanos indígenas

colombianos, es puesto al día con el concepto del *sumaq kawsay* o *suma qamaña* (‘buen vivir’ / ‘vivir bien’ en quechua y aymara), concepto que es presentado en sociedad como la alternativa de los pueblos indígenas frente a la crisis mundial¹. El movimiento “madretierrista”² (por llamarlo de alguna manera, sin asomo de ironía), robustecido con este concepto del ‘buen vivir’, es actualmente un fenómeno de moda en el mundo indígena ilustrado de América, que convoca también a muchos amigos y a universidades, centros de investigación y ONG en Colombia y en el exterior.

Encontramos debilidades y vacíos en los planteamientos de los madretierristas. De esto tratan estas notas. Como siempre, importa reiterar, nuestra intención con este tipo de ensayos opinantes, es introducir dudas sobre las ideas centrales que sostienen el fundamento filosófico de éste, para Colombia, importante movimiento social. Los paradigmas que no se discuten anquilosan las organizaciones y estancan el desarrollo de las luchas. Ese es el recatado propósito de estas notas. Nada más.

* * *

El pensamiento madretierrista se muestra atractivo por su aleccionador valor crítico, pues muestra de forma alegórica como la civilización occidental viene destruyendo la naturaleza de forma irreversible. Sin embargo llama la atención la superficialidad de sus proposiciones para superar sistemas sociales tan complejos como el capitalista y el real socialista, actualmente responsables del cambio climático, del desaforado consumo de los bienes que producen los ecosistemas, de la contaminación de suelos y aguas y de la pérdida de biodiversidad, que vienen destruyendo la tierra y poniendo en riesgo la existencia de todas las formas de vida en el planeta. Aunque en Colombia con las marchas indígenas se arreció el proceso de movilización por la defensa de los derechos indígenas, el de la tierra principalmente, no parece que se haya avanzado –ni las marchas han jugado un papel importante– en la construcción de formas de participación popular para la fundación de una nueva institucionalidad democrática, pluriétnica y multicultural³ y en el desarrollo de un modelo de economía que responda a las necesidades de conservación de los ecosistemas y restauración de la declinante biodiversidad.

La acogida que tiene el movimiento “madretierrista” en Colombia obedece a la necesidad de reanimar con nuevos paradigmas conceptuales, los lemas de unidad, territorio, cultura y autonomía,

que distinguieron las luchas indígenas en la Colombia de fines del siglo XX, pero que hoy se revelan endeble para enfrentar los nuevos poderes generadores de desigualdad, que tienen que ver con la transnacionalidad de las decisiones económicas que impone la globalización neoliberal (control de recursos que como el petróleo, gas, minas, agua, tierra y biodiversidad son fundamentales para la reproducción del capital) y con los intereses económicos ilegales, que se instauran en vastas regiones del país, usando métodos violentos.

No obstante impaciente la excentricidad de sus planteamientos, cuando se asume que las culturas indígenas son depositarias por naturaleza de un substrato inteligente y sagaz que se resiste a ser colonizado. Lo que es un fundamento del ayllu en la cosmovisión quechua, es transformado en la crítica central al capitalismo y a la civilización occidental. Esto, junto a la jactancia en el manejo de sus verdades filosóficas, aleja a estos amigos de otros hermanos, también excluidos y por lo tanto interesados también en la construcción de procesos democráticos incluyentes. Al no tener en cuenta que el conocimiento humano nunca es absoluto, pues está sujeto a los permanentes cambios de la ciencia y la sociedad, se terminan desdibujando y simplificando los procesos históricos. No es sorprendente entonces, que para aclarar algún hecho de la realidad, cualquiera se aventure a lanzar un juicio desatinado, sin sonrojarse. La “perla” más sobresaliente, la soltó el presidente boliviano Evo Morales que atribuyó la calvicie y la homosexualidad al consumo de pollos transgénicos. Pero “joya” de la corona la puso Fernando Huanacuni, filósofo aymara, promotor del Vivir Bien, actualmente funcionario del gobierno de Evo, que con una imaginación que envidiaría García Márquez, afirmó que el terremoto en Haití había sido una señal del “*impetu económico-global-cósmico-telúrico-educativo de la Pachamama*”, un desliz sólo superado por la imaginación de Hugo Chávez, que refiriéndose al mismo hecho afirmó que “*un reporte preparado por la Flota Rusa del Norte estaría indicando que el seísmo que ha devastado a Haití fue el claro resultado de una prueba de la Marina estadounidense por medio de una de sus armas de terremotos*”.

Asombra igualmente la confusa sintaxis de algunos planteamientos de los madretierristas. A menudo un enunciado fatigoso, al ser ataviado con palabras en quechua, aymara, nasa u otra lengua amerindia, adquiere coherencia por la magia de los vocablos indígenas. Un fenómeno social así expuesto, no requiere más elucidación. Jaime Nuñez Huahuasoncco, hablando sobre la justicia indígena expresa por ejemplo que “*el Sumaq Kawsay, debe ser parte del análisis de cómo en nuestra cultura andina-amazónica, se resolvió la búsqueda del equilibrio-justicia entre los hombres y cómo nuestros antepasados los Inkas, explicaban el milagro de la conciencia colectiva, como parte*



del tiempo y el espacio. Se suele decir que los quechuas marchamos “mirando” al pasado, pero eso es relativo, aquí se trata de poner una imagen espacial al tema temporal porque entendemos que todo pasado “se nos adelantó” y nunca sucede que el pasado “se nos atrasó”. Por eso, “Ñawi” en runa simi es los ojos con que miramos, pero cuando le damos la vuelta al “Ñawi”, por esa cualidad de la “metátesis” que tienen algunos términos mágicos del runa simi, tenemos el “Wiña-y” que significa “eterno”, “siempre”, “todo tiempo”, “tiempo ilimitado”, cuando lo usamos como adverbio temporal, pero cuando lo usamos como sustantivo o verbo neutro,



significa: “crecimiento” o “acción de crecer” o “acto y efecto de desarrollar...”⁴

* * *

En este 2010, año internacional de la diversidad biológica, sería una irresponsabilidad de los indígenas colombianos apañar estas ideas y dejar en manos de los madreterristas la dirección ideológica de su movimiento y la forma de orientar en sus regiones la lucha por la defensa de sus territorios, la construcción de una audaz política ambiental, concertada con otros sectores campesinos y afrocolombianos para preservar el medio ambiente, el

suelo y el subsuelo de la agresiva política minera del gobierno⁵, o, bueno, la construcción social de la paz con justicia y democracia, que es actualmente uno de los grandes retos que tenemos, pues sigue pendiente en la agenda de las luchas populares, la urgente tarea de conformar un movimiento social pluriétnico para afrontar la grave situación que vive Colombia, en el terreno de las injusticias sociales crecientes, la reparación a las víctimas de la violencia, la necesaria reforma agraria y la devolución de las tierras a cerca de cuatro millones de desplazados, pero también para contender la corrupción, ante

todo las políticas públicas extractivistas (hoy otra vez en alza), para favorecer unas pocas compañías mineras que vienen destruyendo selvas y ríos, en detrimento del patrimonio de todos los colombianos y de los derechos colectivos de negros e indígenas. El madretierrismo, no dilucida, más allá de esquemas floridos, cuál sería el camino a emprender, para construir concertadamente con el resto de los ciudadanos, un modelo de desarrollo, donde la economía, el mercado y la ciencia, obedezcan a la visión, que el madretierrismo con justa razón defiende, de que los seres humanos hacemos parte (e interactuamos con el resto de seres vivos) de la naturaleza, y que el empobrecimiento de la biodiversidad es el comienzo de nuestra propia destrucción.

Podemos identificar en Colombia dos tendencias del madretierrismo. Una que considera al capitalismo y al real-socialismo como sistemas hegemónicos y diabólicos que son manejados por un puñado de parásitos maléficos, para beneficio propio, y no escatiman métodos violentos para mantenerse en el poder. Pero que se derrumbarían cuando aparece en escena un movimiento popular unificado y solido. Esta tendencia es común encontrarla en activistas radicales de izquierda, cercanos a los pueblos indígenas. Realzan la cosmovisión y cosmología de los pueblos indígenas, a los cuales se les reconoce una tenacidad para la resistencia y la lucha por sus derechos. Ponen como ejemplos del enfoque descolonizador y reivindicativo del movimiento indianista las ejecutorias del Movimiento Indígena Pachakuti (MIP), al levantamiento zapatista, la rebelión aguaruna en Bagua, al cerco indígena a La Paz en el 2000, la guerra del gas en El Alto, y las marchas indígenas del Cauca contra el gobierno de Álvaro Uribe. Empero, esta tendencia pasa por alto que estos sistemas sociales dominantes son redes complejas de relaciones económicas, sociales y políticas en las que todos estamos envueltos, aunque de forma diferente, ante todo desigual y contradictoria. De no ser así, no entenderíamos los ocho años de gobierno del presidente Álvaro Uribe, que terminó su segundo gobierno con una alta favorabilidad (80%), a la cual no le hicieron mella las movilizaciones más destacadas de estos últimos años, como fueron las marchas indígenas. Esta postura encierra una paradoja: Al ser la construcción del Estado socialista (en el que desaparecerían las diferencias) el propósito central de toda organización de izquierda, las particularidades étnicas terminan siendo asuntos secundarios en las preocupaciones de obreros y campesinos. Serían movimientos pasajeros, y por lo tanto con dificultades para transformarse en sujetos sociales. Se ensalzan los levantamientos de origen étnico, como manifestaciones de rebeldía de los pueblos, pero las etnias están condenadas a la inexorable disolución en una sociedad sin clases. Son importantes en su transitoriedad, como fuerzas que hacen parte del caudal revolucionario.

La otra tendencia es la que preconiza a la madre tierra como la fuente de toda sabiduría, con potestades pedagógicas, a la cual sólo los pueblos amerindios tendrían acceso. Es una suerte de indianismo estridente que exalta el identitarismo indígena (en este caso una especie de etnocentrismo antirracista). Esta postura es propensa a manipular simbolismos culturales. Aunque en Colombia no ha hecho escuela este pensamiento, pues el pragmatismo de las comunidades en la lucha por la tierra no da mucho espacio para posturas un tanto esotéricas, sí prospera en universidades, donde se convoca a indígenas a dictar cátedra sobre sus cosmovisiones y cosmologías. Su filosofía no desarrolla un pensamiento social crítico, que es fundamental para la construcción de alternativas políticas. Por el contrario simplifica el pensamiento con un glosario de palabras, muchas de ellas de lenguas amerindias, que son “pronunciadas con tono enigmático”⁶. Esta simplificación genera en muchos de sus seguidores actitudes intransigentes, que bloquean la expresión de opiniones heterodoxas, necesarias en sociedades pluriculturales como las nuestras. Lo que más preocupa es que no aportan, parece que tampoco se encuentran dentro de sus objetivos, ideas – ¡y si que las tienen los indígenas!– para entender el despojo territorial, el narcotráfico, el conflicto armado interno, la apropiación violenta de los recursos ambientales, las contradicciones al interior de los sectores sociales excluidos. Pero tampoco para entender las relaciones dependientes de sus comunidades con los centros de poder económico.

Lo destacable que tienen el pensamiento madretierrista y el Sumaq Kawsay para ofrecer al movimiento social popular colombiano es de haber contribuido a difundir e internalizar en muchos de nosotros el respeto sagrado por la naturaleza y por todas las formas de vida. Es una crítica, que aún en sus poéticos desvaríos indigenistas, es al fin de cuentas crítica. Una crítica desde las entrañas de las comunidades indígenas a aquellos sistemas sociales que como el capitalismo y el real-socialismo, vienen causando daños irreversibles al planeta. Introducen pues en el pensamiento contemporáneo una ética ejemplar, al asociar la vida a la tierra. Y esta es, como lo comenta mi amigo Perico, una manera peculiar de estos pueblos de decirle a occidente y a sus sistemas depredadores de territorios y pueblos, que los dejen tranquilos, que quieren vivir en paz, que no los jodan más. No obstante esto contrasta con realidades que muestran que en Colombia (no sé si también en otros países) hay varias zonas indígenas, donde es manifiesto el mal uso de los suelos en ganadería, caña de azúcar, arroz, algodón y otros productos que no son estratégicos para la seguridad alimentaria, mientras muchas familias indígenas carecen de tierra y sufren temporalmente de ‘hambunas’. La crítica de estos madretierristas logra en algunos casos, que los Estados efectúen reformas constituciona-

les. Ecuador por ejemplo se compromete en la Constitución Política de 2008 a "...construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*..." (Preámbulo). También puede suceder, como en Japón, que un Estado habilidoso, recoja la visión panteísta de los ecologistas, para integrarla en su proyecto industrialista. En ambos casos la causa ecológica puede convertirse en una variable más del desarrollo capitalista y no en un factor de su negación.

Los conceptos de los madretierristas son limitados. Tampoco ofrecen ideas lúcidas para realizar análisis más inteligentes de las formas como los pueblos subyugados pueden generar respuestas contra ese tipo de dominación. En esto organizaciones como el CRIC podrían dictarles cátedra. No basta apelar cándidamente a la cultura y a la madre tierra para convocar a los subyugados a romper sus ataduras. Tampoco irritarse por la parsimonia de los que no se sublevan. Pero lo que definitivamente no encaja es sacar a relucir, cosa que es un despropósito injurioso inaceptable, el término de "fascismo" de los de abajo, en una crítica a los Mamos (sacerdotes indígenas) de la Sierra Nevada de Santa Marta⁷, por estos haber entregado un bastón de mando y un collar con cuatro piedras⁸ a Juan Manuel Santos, el nuevo presidente de los colombianos, en una ceremonia de posesión simbólica en el templo de Seiyua.

* * *

En Colombia, a diferencia de Bolivia, Ecuador y Perú, no se ha dado últimamente un movimiento indianista para reivindicar la tierra. El último de su clase se dio con las luchas del legendario líder nasa, Manuel Quintín Lame en el Cauca y el Tolima, justas que impidieron la extinción de los resguardos indígenas en esas regiones. Las grandes conquistas indígenas en la lucha por la tierra, se iniciaron al lado del movimiento campesino, que en los años 70 del siglo pasado, levantó la consigna de "la tierra pa'l que la trabaja", que el naciente movimiento indígena adecuó con las consignas de "recuperación de las tierras de resguardo" y de "abolición del terraje", que se convertirían en los dos puntos centrales de la plataforma de lucha de los indígenas caucanos. Estas consignas campesinas e indígenas, estaban enfiladas a arrebatarles la tierra a los terratenientes y acabar con el latifundio ocioso y pernicioso, agrandado por la violencia de los años 50. De que esta movilización fue exitosa, lo muestran las cerca de 80.000 hectáreas de resguardos indígenas que fueron recuperadas en el Cauca, derrotando por demás a la oligarquía terrateniente y abriendo los primeros espacios para la modernización de ese departamento. Es por eso que extraña, que un movimiento de neta raigambre política pluriétnica, que movilizó exitosamente a miles de indígenas y campesinos mestizos en la lu-

cha por sus derechos, y que no se arredró ante el poder autoritario de Uribe, descubra y recurra a ideas esotéricas indianistas, que pueden seducir a estudiantes de las ciudades y "atraer a turistas revolucionarios europeos", como lo señalaba el politólogo Marc Saint-Upéry para el caso boliviano, pero poco aportan a la identificación de caminos para continuar las luchas por sus derechos, y en nada contribuye a realizar verdaderos cambios en la relación del hombre con la naturaleza, que sólo se logran con una modificación de las relaciones de producción capitalista.

Las luchas populares por la tierra están muy arraigadas en las comunidades indígenas de Colombia. No creo entonces que el movimiento indígena logre movilizar a sus bases por el "buen vivir/vivir bien". Y si las comunidades se movilizan por la "liberación de la madre tierra", lo hacen en el sentido de la lucha que iniciaron sus ancestros hace 40 años: la recuperación y ampliación de las tierras de los resguardos, tierras que todavía hacen falta para mejorar sus condiciones de vida y la eliminación de todas las formas de opresión basadas en la tenencia de la tierra. ○

Resguardo Jambaló, agosto de 2010

Notas

- 1 Evo Morales explica lo que significa el Sumaq Kawsay: "*Es Vivir Bien, es pensar no sólo en términos de ingreso per-cápita sino de identidad cultural, de comunidad, de armonía entre nosotros y con nuestra madre tierra*", propone por lo tanto que "*construyamos una verdadera comunidad de naciones sudamericanas para vivir bien*".
- 2 Castellización de lo que Pablo Stefanoni, llama 'pachamamismo' a la corriente indianista de los seguidores de la pachamama (madre tierra en quechua).
- 3 Esto es paradójico, por cuanto nuestro país posee un registro amplio de experiencias (desde el levantamiento de los comuneros en la Colonia, hasta el movimiento campesino de la ANUC en los años 70 del siglo pasado) y conocimientos acumulados en torno a una construcción colectiva de procesos de unidad popular.
- 4 "Los Ronderos y la Justicia Comunitaria en la Nación Quechua", diario Los Andes, Puno, Perú, agosto 8 de 2010.
- 5 "El subsuelo de la Nación ha sido casi todo concesionado a firmas nacionales y empresas multinacionales: 7.000 títulos mineros en todo el país; 1.800 en la Amazonia, la mayoría reserva forestal; 44 en Parques Nacionales..." Alfredo Molano Bravo, "A punto de sangre", ELESPECTADOR.COM, 22 de agosto de 2010.
- 6 Pablo Stefanoni en: "¿Adónde nos lleva el Pachamamismo?"
- 7 Manuel Rozental: "Fascismo de la otra Unidad Latinoamericana: Los de abajo y la Gran Alianza". América Latina en Movimiento, ALAI, 08/13/2010.
- 8 Que representan a la *tierra* que hay que cuidar, el *agua* que hay que preservar como fuente de vida, la *naturaleza*, con la que hay que estar en armonía y el *buen gobierno*, que es esencial para la convivencia.

Efrain Jaramillo es antropólogo y miembro del Grupo de Trabajo Jenzerá

La felicidad como indicador de calidad de vida

Alberto Chirif



Sin duda, cuando las futuras generaciones estudien como contabilizamos como desarrollo y felicidad nacional un crecimiento económico que consistía en recalentar la atmósfera, derretir los glaciares, crear escasez de agua, alimentos y subir peligrosamente el nivel de los mares, clasificará el PBI como el más conspicuo indicador de nuestra barbarie.

La lectura de un artículo de Oswaldo Rivero,¹ ex Embajador del Perú en la ONU, del cual he extraído el epígrafe que encabeza estas reflexiones, me ha quitado el temor de escribir sobre un tema que me venía dando vueltas en la cabeza, pero que no sabía cómo llamarlo ni menos encararlo: ¿alegría, felicidad? En suma, quiero referirme a la capacidad de los indígenas de asumir las tareas que plantea la vida cotidiana con buen humor, con gran capacidad de reír mientras trabajan. Salvo casos extraordinarios, como los que han vivido la barbarie desatada por la subversión durante la década de 1980 y parte de la siguiente, y otros que son consecuencia de haberles expropiado sus territorios y convertido en dependientes de un sistema económico que no les ofrece otra alternativa que vender barato sus productos y trabajo, me atrevo a decir que ellos no conocen la palabra estrés.

Digo temor porque, pensaba, cómo podría escribir acerca de este tema sin perderme en apreciaciones subjetivas, ya que a fin de cuenta la felicidad es algo muy personal y exclusivo de cada quien. Además, ¿cómo medir la felicidad de la gente? La lectura del referido artículo me ha ayudado a superar el entrampe, al menos por dos razones. La primera es que me hizo reflexionar sobre los indicadores que actualmente usan los organismos nacionales e internacionales para medir la pobreza o el desarrollo² y a llegar a la conclusión de que si bien los datos que se extraen de las mediciones son objetivos (porcentajes de alfabetismo, escolaridad, servicios de saneamiento y otros), inducen a conclusiones poco fundadas que, con frecuencia, sólo sirven para que los políticos y propagandistas de este modelo de desarrollo justifiquen sus decisiones y las impongan. Pongo enseguida algunos ejemplos.

El analfabetismo (alfabetismo para el Índice de Desarrollo Humano –IDH–) sugiere en la mente del lector la idea de que el alfabetizado lee. Esto es cierto sólo a veces, al punto que hoy los estadígrafos han creado el concepto de “analfabeto funcional” para referirse a aquellas personas que, habiendo aprendido a leer, no leen por la razón que fuera: falta de dinero para comprar libros, de interés por la lectura o cualquier otra. Pero el tema se puede llevar más lejos. Como la lectura no es un fin en sí mismo sino un medio para que la gente se desarrolle intelectualmente, se desenvuelva como

un ciudadano con mayor conciencia cívica sobre sus derechos y deberes, y alcance finalidades más pedestres, como superar la prueba de un examen para un cargo determinado y mejor remunerado que el que tiene (si lo tiene); y considerando que una parte de la población lectora sólo lee basura, como la prensa amarilla que únicamente consulta en los titulares que exhibe en los kioscos de periódicos (en esto se limitan a lo justo dado que esos diarios no desarrollan los contenidos adentro), es claro que una lectura así no está cumpliendo los fines que se proponen los programas de alfabetización. Me pregunto ¿por qué lectores de insultos y difamaciones propaladas contra personas críticas de regímenes políticos, viles en sí y envilecedores de los ciudadanos, deben ser considerados más desarrollados que personas basadas en la tradición oral y que mantienen su capacidad (aunque mellada por la “modernidad”) de transmitirse relatos que reviven los actos fundadores de su mundo y costumbres?

Pero para que no se piense que el caso del indicador comentado es una excepción tomo otro: agua potable, calificativo generoso para referirse al agua que le llega a uno a través de tuberías, pero que no corresponde a la realidad del nombre: bebible, saludable. Aunque en cada caso hay variaciones, ni aun en Lima la gente se atreve a beber dicha agua, al menos aquella con ciertos recursos, porque como siempre, los pobres tienen que contentarse con lo que les llega. ¿Es esto algo cualitativamente mejor que recoger agua en tinajas de quebradas o *puquios*? En honor a la verdad también debo decir que la modernidad, representada por industrias contaminantes y por ciudades en crecimiento que arrojan desperdicios sin tratamiento al agua, ha hecho que las cosas cambien en muchos lugares.

Un indicador como el ingreso monetario que no tome en cuenta las condiciones en que vive la gente es un dato mentiroso. Una familia de cinco miembros que gana 500 soles al mes es pobre si vive en la ciudad, porque ese dinero no le permite afrontar los gastos necesarios para llevar una vida digna, mientras que para una que vive en una comunidad se trata de un ingreso importante (ojo: expresamente no digo que la convierte en rica), porque tiene asegurada parte de la alimentación mediante su trabajo en la chacra, en el monte y en los ríos, dispone de una casa que él mismo construye y repara, de agua limpia (salvo los casos de contaminación ya citados) y, lo que es importante, de un vecindario de parientes con los que mantiene una relación de intercambio recíproco de bienes y servicios.

No se diga ahora que sostengo que no es importante que los indígenas vayan a la escuela, se alfabeticen, tengan derecho a mejores servicios de salud y salubridad y cosas por el estilo. Por cierto, ellos mismos quieren y buscan estas mejoras. Lo que digo es que la manera co-



Comunidad Bellavista, río Cayarú, Perú – Foto: Mónica Newton

mo esto se realiza no está mejorando la calidad de vida ni de ellos ni, en general, del resto de la población que lee titular chatarra en los kioscos de periódicos.

Otra manera de manipular los datos estadísticos es la que ha hecho De Soto en su último despilfarro de dinero (ocho páginas a color, en suplemento especial de *El Comercio* (5/6/2010) en día sábado, es algo que debe costar por lo menos unos 70 mil soles), bajo el título de La Amazonía no es avatar. Allí, él señala que hay quienes afirman que *“los indígenas son ricos a su manera”*, algo que en realidad nunca he leído, lo que claro no quiere decir que, efectivamente, alguien haya mencionado este despropósito. Lo que sí he leído, e incluso firmado personalmente, es que *“los indígenas no son pobres”*, aludiendo al hecho de que tengan aún comida, vivan en un medio ambiente sano y tengan capacidad de manejar sus propios conflictos internos. Esto, claro, a menos que los “programas de desarrollo” –colonizaciones y otros- los hayan despojado de sus tierras y bosques y que las industrias extractiva hayan contaminado su hábitat y deteriorado su propia salud. La afirmación que hace el economista es tan absurda como glosar a quien afirma que *“no todos los políticos son corruptos”*, señalando que *“los políticos son virtuosos a su manera”*.

Me refiero ahora a cómo De Soto usa los datos estadísticos para apoyar su propuesta de que la alternativa de los indígenas es convertir sus tierras en mercancía. Señala él muy contento, pensando haber encontrado el argumento contundente que justifica su idea, que *“cinco de los distritos más pobres del Perú (Balsapuerto, Cahuapanas, Alto Pastaza³ y Morona, en Loreto; y Río Santiago, en Amazonas) se localizan en zonas indígenas de la Amazonía norperuana”*. Lo primero que hay que decir es que, de acuerdo al INEI⁴, entre los diez distritos que considera más pobres del Perú no está ninguno de los que él cita y no hay ninguno de las regiones y provincias que menciona. Lo segundo, es que, según la misma fuente, existen muchos distritos que no tienen población indígena que se encuentran en situación de pobreza, incluyendo algunos de Lima. Pero lo que aparentemente quiere demostrar De Soto con su referencia es que la causa de la pobreza de esos distritos (efectivamente Balsapuerto ocupa el puesto 12 en el ranking nacional de pobreza y Cahuapanas el 16, seguidos muy de lejos por Morona -242- y Andoas -246-) se debe a la presencia de población indígena que vive en comunidades. Se trata de un disparate, porque los indicadores de medición de la pobreza son consecuencia de la falta de inversión del Estado en escuelas, sa-



Comunidad Bellavista, río Cayarú, Perú – Foto: Mónica Newton

lud, saneamiento y en otros campos. Entonces su información implica más un cuestionamiento al Estado que al modo de vida de los indígenas, que es mucho más grave incluso considerando que al menos dos de esos distritos que menciona (“Alto Pastaza” y Morona) se encuentran en una zona donde la industria petrolera extrae buena parte de los hidrocarburos que produce la selva peruana.

¿O es que él piensa que vendiendo sus tierras los indígenas van a tener dinero para mandar a sus hijos al Markham, contratar seguros en la Clínica Anglo-Americana y pagar a Odebrecht la instalación de servicios de saneamiento?

La cuestión es qué derecho asiste a los propagandistas del mercado para pretender incorporar, o mejor dicho (porque ya están incorporados) hacer depender a gente que por sus propios medios, con su inteligencia y esfuerzo, construye, con cierta independencia de los circuitos comerciales, sus propias condiciones de vida que si bien no hacen que viva en la abundancia (¿por qué ésta debe ser considerada un valor universal?) no la condenan a la falencia ni a la desesperación del que nada tiene, ni a la frustración del que se tragó el cuento de que la modernidad (mejor educación, salud, salubridad y, sobre todo, más dinero) es un objeto

al alcance de la mano para todos quienes estén dispuestos a estirarla (y a vender sus territorios ancestrales). ¿No son acaso indicadores contundentes de que la cosa no funciona la falta de trabajo de millones de peruanos, los deplorables resultados que arroja la evaluación del sistema escolar, el aumento crítico de enfermedades en los sectores más pobres, la creciente violencia social que azota a todo el país y los procesos de destrucción del medio en los que por desgracia a veces los propios indígenas se han convertido en agentes activos?

La segunda razón por la cual el artículo de De Rivero me ayudó a superar el bloqueo que sentía para abordar el tema es que por él me enteré que la felicidad constituye hoy un indicador de calidad de vida y bienestar usado por los estadígrafos en los países desarrollados. Mis reflexiones, no obstante, van en otra dirección que las de ellos, en primer lugar, porque el punto de partida son realidades nacionales totalmente distintas: sociedades ricas, altamente industrializadas, aquéllas; vs. una sociedad como ésta empobrecidas por la corrupción al grado de metástasis de políticos que prefieren el regalo de los recursos nacionales a cambio de prebendas recibidas bajo la mesa, al trabajo honesto para construir país en beneficio de todos los ciudadanos.

Una diferencia entre esas sociedades aludidas es que en el Perú existen pueblos indígenas que a pesar de estar insertos en las redes nacionales que dominan el conjunto del país (de las que derivan sus peores problemas: contaminación de sus hábitats, intercambio desigual con el mercado, pérdida de conocimientos propios adecuados a su realidad a cambio de rudimentos adquiridos en la escuela y otros), mantienen un grado de autonomía que les permitiría, con una mejora sustantiva de los servicios sociales del Estado, fortalecer una opción de desarrollo basada en las capacidades de su gente para manejar de manera sostenible el medio ambiente y no sólo en el incremento del PBI.

¿Cómo plantean la felicidad los ciudadanos en los países desarrollados? La respuesta sigue los planteamientos hechos por De Rivero en el artículo que comento, que a su vez se basan en diversos estudios sobre el tema. El factor principal de la felicidad es el dinero, no sólo para lo necesario sino, mucho más que eso, *“para adquirir y consumir las nuevas necesidades creadas por el mercado y la publicidad”* (ibíd.: 4). Como éstas son ilimitadas, la búsqueda de la felicidad se convierte en estrés que termina por conducir a la infelicidad. No basta un auto, es mejor tener dos -sobre todo si el vecino ya se adelantó- que además hay que cambiarlos para estar con el último modelo; ni una casa, hay que tener también otra de playa y mejor aun una más de campo, además de la urbana, y así sin parar. Ésta es la lógica del sistema: producir y consumir de manera ilimitada, porque el día que esto se detenga, el sistema colapsará. Un adelanto de esto ha sido la crisis económica desatada en los Estados Unidos hace pocos años, que no fue causada por problemas de mala administración. Fue, en cambio, manifestación de la crisis de un sistema fundado sobre el consumo, como lo son el cambio climático, la pérdida de biodiversidad, la acumulación de basura (incluyendo la biodegradable, sino pregúntele a los holandeses sobre el tema de los excrementos de una población porcina, varias veces superior a la de los habitantes del país) y otras. El PBI es así, desde ya, un notable indicador de la barbarie del actual sistema, aunque tal vez hoy seamos incapaces de evaluar sus estragos y tengamos que esperar que lo hagan las generaciones venideras.

Sin embargo, en los últimos tiempos han surgido dudas sobre considerar el PBI como indicador de la felicidad, sobre todo a partir de la comprobación de que su crecimiento no necesariamente implica un incremento de los ingresos de la población. Esto es algo que sucede en Perú y otros 134 países, donde los ingresos sólo crecieron en 2.3% en el periodo que va de 1960 a 2008, lo que es insuficiente para terminar con la pobreza nacional y mucho más incluso para pretender llevar la felicidad del dinero a sus habitantes. En los

Estados Unidos, los premios Nóbel de economía Joseph Stiglitz y Paul Krugman afirman, refiriéndose al tema de la falta de relación entre dichos factores, que el crecimiento del PBI, desde 1990, sólo ha favorecido al 10% de la población (Ibíd.: 5).

Debido a estas consideraciones, señala el autor, es que los países del norte han comenzado a buscar nuevos indicadores de felicidad en reemplazo del PBI. Así han aparecido el Indicador de Riqueza Genuino (IRG), que pone mayor énfasis en la calidad de vida; y el Índice del Planeta Feliz (IPF), que le da prioridad a una larga vida sin impactos nocivos contra el medio ambiente. En los Estados Unidos, Gran Bretaña y otros países europeos se han realizado estudios y se han conformando comisiones para estudiar el tema de la felicidad, creándose algo así como una nueva disciplina que De Rivero califica de *“happylogía”*.

No obstante estas preocupaciones, de acuerdo a estos estudios y encuestas, la percepción de la población sobre el tema no ha cambiado sustancialmente, quien le sigue otorgando prioridad a los ingresos que le permitan consumir más allá de sus necesidades básicas. Al respecto, dice el autor, *“los psicólogos y psiquiatras tienen otras lectura de esta cultura adquisitiva. Ellos consideran que ganar más para adquirir más está generando una neurosis, que el destacado psicólogo británico, Oliver James, llama: Afluenza, cuyo síndrome es [sic] un ansiedad permanente por tener más y mejor, desde inmuebles, autos, pasando por todo tipo de objetos domésticos y personales, hasta más grandes senos, menos arrugas y inclusive penes más largos”* (Ibíd.; 5).

Se trata de un síndrome que hace que la gente se identifique por lo que tiene y aparenta, lo que crea un vacío espiritual que es cada vez más corriente en los países del primer mundo o “sociedades afluentes”, a diferencia de las sociedades en desarrollo donde, según la OMS, casi no existe. La compulsión por el tener y consumir, termina finalmente en el Prozac, medicamento para calmar la ansiedad y los nervios de gran venta en esos países.

El corolario es triste: la búsqueda desenfrenada de la felicidad mediante el tener más ha llevado al medio ambiente a una situación peligrosa debida al calentamiento global y demás desajustes y estragos causados sobre el hábitat; y a las personas, a la neurosis, es decir, a la infelicidad, al arribo a una meta contraria a la que estaba en su mente al inicio del camino, y a otros males, como la obesidad, los infartos, la diabetes y otras enfermedades propias de los tiempos.

En cambio, en muchos pueblos indígenas las cosas funcionan de otra manera. Ignoro cuál es el contenido que ellos le pueden dar a la palabra felicidad, por lo que sería arbitrario y subjetivo de mi parte pretender definirla. Lo que sí sé es que en las comunidades se



viven frecuentemente situaciones que se puedan asimilar a ésta. No sé por esto si felicidad es la palabra para nombrar la manera cómo las familias solas o en unión de otras desarrollan sus labores cotidianas, con bromas y risas y tiempo para tomar un pate de masato cuando el calor aprieta, así como para descansar y hacer visitas a parientes y allegados. Cualquiera que haya estado en una comunidad indígena amazónica ha percibido esta situación. No es que no trabajen y ganen su pan con el sudor de su frente, pero éste es consecuencia del calor y no de la carga abrumadora que le impone la competencia y el consumo.

El "buen vivir" sí es un concepto indígena, como lo ha desarrollado en un bello libro mi colega Luisa Elvira Belaunde y otras personas⁵. Se trata de un concepto que, en teoría, parecería acercarse a las nuevas búsquedas emprendidas en los países desarrollados que intentan reemplazar el PBI por la calidad de vida (aunque incoherentemente porque terminan siempre dándole prioridad al consumo). Ella se refiere a que durante su estadía en una comunidad secoya escuchó "a hombres y mujeres repetir palabras como éstas: 'hay que vivir como gente' (Pai Paiyeje Paidi); 'hay que vivir bien' (deoyerepa Paiye); 'hay que pensar bien' (deoyerepa cuatsaye). En lugar de apelar a principios políticos de organización residencial y jerarquía social para mantener el orden y el buen espíritu de la comunidad, ellos apelaban a la capacidad de cada una de las personas de contribuir efectivamente a su bienestar personal y al desarrollo de la vida colectiva" (Belaunde, L.E. p. 28).

Precisamente en un viaje que hice a una comunidad secoya en octubre de este año, ubicada en la cuenca del alto Putumayo y no en la del Napo donde trabajó mi colega Luisa Elvira Belaunde, ante la pregunta a dos grupos de adolescentes (entre 12 y 17 años) sobre qué consideraban ellos que era un derecho, sus respuestas, con distinto fraseo, fueron coincidentemente las mismas: "derecho es vivir bien, es pensar bien".

Qué derecho tiene la economía de mercado de destruir su vida para forzarlos a depender de un modelo caótico y destructor que se encuentra en franca crisis y que es incapaz de dar trabajo y riqueza a quienes no tienen otra alternativa que la venta de su fuerza de trabajo. Si alguien piensa que este mal durará más de 100 años y los cuerpos lo resistirán, no ve realmente la gravedad de un a crisis que a estas alturas es indetenible por la falta de voluntad (y probablemente de posibilidades) de cambiar de rumbo.

¿O se trata de una idea suicida de arrastrar a todos en la caída? ○

Notas

- 1 Oswaldo de Rivero, *Mas de dos siglos buscando la felicidad*. En *Le Monde diplomatique*, agosto 2010, pp. 4-5.
- 2 Los indicadores usados para evaluar la pobreza y el desarrollo de una población determinada en realidad son los mismos, pero usados al revés: si los primeros miden las carencias (analfabetismo, falta de servicios) los segundos estiman los avances (alfabetismo, servicios instalados).
- 3 Supongo que se refiere al distrito de Andoas, ya que el de Alto Pastaza no existe.
- 4 Cito la fuente: "Los resultados muestran que en el departamento de La Libertad, se ubican los distritos más pobres del país: Ongón (provincia de Pataz) con 99,7% de pobreza total y 97,2% de pobreza extrema y Bambamarca (provincia de Bolívar) con 98,7% de pobreza total y 92,4% de pobreza extrema. Cabe indicar, que de los diez distritos más pobres, seis de ellos corresponden al departamento de Huancavelica: tres en la provincia de Tayacaja (Tintay Puncu, Salcahuasi y Surcubamba), dos en la provincia de Angaraes (San Antonio de Antaparco y Anchongo) y uno en la provincia de Churcampá, que es el distrito de Chinchihuasi". (Mapa de Pobreza Provincial y Distrital 2007. El enfoque de la pobreza monetaria. Dirección Técnica de Demografía e Indicadores Sociales. Lima, febrero de 2009. p. 35).
- 5 Luisa Elvira Belaunde, *Viviendo Bien*. CAAAP. Lima, 2001. Carlos Viteri, "¿Existe el concepto de desarrollo en la cosmovisión indígena?". (mimeo)

Alberto Chirif es antropólogo peruano egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Desde hace 40 años su vida profesional está centrada en temas amazónicos, en especial, lo concerniente a los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es autor de numerosos artículos especializados y de libros colectivos como Atlas de Comunidades Nativas (1977), El Indígena y su Territorio (1991) y Marcando Territorio. Progresos y limitaciones de la titulación de territorios indígenas en la Amazonía (2007). Coeditor, con Manuel Cornejo, de Imágenes e imaginario en la época del caucho. Los sucesos del Putumayo (2009).

VIDEOS DE IWGIA

EMPE PUNIE PAJEMI - EL MONTE Y SU GENTE

Dirección y guión: Facundo López & Martín Ladd
Cámara: Facundo López
Sonido: Mauro Peteán
Producción: Alejandro Parellada
Coordinación de pos producción: Fernando Cola

29 minutos

Este video nos propone un viaje al corazón del Chaco Paraguayo en compañía de ancianos y expertos ayoreo, una vuelta al territorio donde nacieron, donde hoy viven grupos indígenas que desean permanecer asilados y donde día a día avanza el mundo moderno.

IWGIA & ORE-MEDIA & INICIATIVA AMOTOCODIE – 2010



LA AMAZONIA EN VENTA - EL PUEBLO AWAJUN Y LA LUCHA POR PRESERVAR SU TERRITORIO ANCESTRAL

Dirección, cámara y fotografía: Facundo López
Sonido: Mauro Peteán
Producción: Alejandro Parellada
Producción en Perú: Racimos de Ungurahui - Marco Huanco
Coordinación de pos producción: Fernando Cola

36 minutos

Este documental narra la resistencia y la lucha del pueblo Awajún de la Amazonía peruana por su dignidad, su territorio, su presente y su futuro, en busca de un horizonte en el que no se repita la trágica experiencia de la que ya fueron víctimas numerosos pueblos indígenas de América Latina.

IWGIA & ORE-MEDIA & OEOCOFROC & RACIMOS DE UNGURAHUI – 2009



MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Cámara: Fernando Cola
Fotografía: Martín Ladd
Producción: Alejandro Parellada, José Parra & Lola García-Alix
Coordinación de pos producción: Fernando Cola

28 minutos

Este DVD sobre el Mecanismo de Expertos pretende promocionar entre los pueblos indígenas, la sociedad civil, instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones gubernamentales y público general, el mandato del Mecanismo de Expertos y su contribución a los derechos de los pueblos indígenas.

IWGIA & ORE-MEDIA – 2009



CONSTRUYENDO DIGNIDAD NUEVA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO BOLIVIA 2007-2009

Cámara y fotografía: Fernando Cola
Producción: Alejandro Parellada
Coordinación de pos producción: Fernando Cola

38 minutos

Construyendo Dignidad muestra un panorama de las voces que se cruzan, se repelen y se complementan en el territorio boliviano. Es una crónica del proceso constituyente que puso en la vidriera del mundo las contradicciones de un país basado sobre diferencias y esperanzas de entendimiento.

IWGIA & ORE-MEDIA – 2008



LA JUSTICIA INDIGENA EN BOLIVIA

en el Marco del Estado Plurinacional

Elba Flores Gonzáles



Negación y persistencia de la justicia indígena

El proceso colonial constituye un momento central que marca la historia de los pueblos indígenas de América. En Bolivia desde 1825 se instala un modelo excluyente y monocultural, el cual pervive en el tiempo no obstante el advenimiento de la República a principios del siglo XIX, el proyecto de instauración del Estado-Nación de mediados del siglo XX y de otros procesos posteriores.

El término “indio”, como se denominó a quien habitaba en estas tierras, se asumió como sinónimo de salvaje, considerado (incluso) como individuo inferior y “*sin alma*”. Esta situación de exclusión social estuvo estrechamente ligada al proceso de evangelización de la Iglesia católica y en consecuencia a la imposición de esta religión en el continente. Se buscaba la conversión de los “indios” tomando como base la moral judeocristiana, la cual se impuso a través de leyes desde la “*sociedad blanca*”; ésta estableció una institucionalidad político-militar y religiosa para llevar adelante tal cometido, asumiendo que dicha labor se enmarcaba en el derecho divino y real que se le otorgaba para aplicar su hegemonía.

En lo que hoy se denomina Bolivia y particularmente en las Tierras Bajas, los misioneros jesuitas y franciscanos católicos arribaron a estas zonas con la intención de proteger a los naturales de las incursiones de cazadores de esclavos, sobre todo provenientes del Brasil. Constituyeron *reducciones*¹, que eran núcleos urbanos de población indígena a cuyos habitantes se les impuso formas de organización social, política y económica que tenían como fin último su conversión a la religión católica.

En las reducciones los misioneros establecieron una forma de organización socio-política denominada Cabildo en el cual los indígenas administraban justicia, aunque sólo con jurisdicción para atender *casos menores*, siempre y cuando no contradijeran las leyes ni las normas cristianas, dejando los *delitos mayores* a cargo de los misioneros. Se subordinó así la justicia indígena a la institucionalidad y al derecho colonial.

Constituida la República con cimientos liberales, esta reprodujo la institucionalidad, las prácticas y la visión del mundo colonial, bajo cuyos esquemas primó el enfoque de asimilación e integración de los diferentes en favor de una supuesta “igualdad” ante la ley. Así se excluyó social, política y jurídicamente de la formación de la República y su nascente institucionalidad, a toda diversidad cultural, hecho que motivó constantes levantamientos de los “indios” contra el nuevo régimen constituido y a sus intentos de integrarlos, desconociendo sus derechos.

Durante este período Bolivia pretendió integrar las regiones de las Tierras Bajas mediante el desarrollo económico extractivista de sus recursos naturales, siendo el más emblemático el de la explotación del caucho en el noreste amazónico. Este proceso fue posible gracias a la explotación de la mano de obra indígena en condiciones de esclavitud. Estos pueblos que hoy reivindican su condición de indígenas en las Tierras Bajas, durante los períodos de la explotación del caucho y la instalación de las haciendas agropecuarias tradicionales fueron enganchados, empatronados y matriculados para servir al patrón en esos establecimientos como esclavos, y privándoseles de los más elementales derechos.

Otros pueblos indígenas como los Sirionó, Ayoreo, Ese Eja², por citar algunos, estuvieron subordinados al tutelaje de misiones evangélicas y protestantes, que se establecieron hacia la mitad del siglo XX. La Revolución Nacional de 1952, con su carga homogeneizante, declaró a los indígenas de las Tierras Bajas *selvícolas* los cuales debían someterse a la tutela del Estado y la Iglesia. Con este enfoque, las nuevas políticas estatales supusieron el desconocimiento de las diferencias y el intento de integrarlos forzosamente a la sociedad nacional desde una matriz monocultural.

No obstante esta historia de negación cultural y prolongación de la institucionalidad colonial y, en consecuencia, de su derecho, la justicia indígena mantuvo vigencia al interior de las comunidades y los pueblos, aunque en condiciones de subordinación y sometimiento total. Persistió por su gran capacidad de adaptarse, recomponerse así como de moldear sus instituciones a la oferta estatal en función de sus necesidades y prácticas culturales.

La justicia indígena expresa la cosmovisión de estos pueblos, refleja su forma de ver, ser y comprender el mundo en su relación con la naturaleza y entre ellos. En otras palabras, es un sistema de regulación de la vida social en las comunidades y el territorio, surgido en su propio seno, basado en conocimientos, sabiduría y prácticas culturales que se reproducen en el tiempo. Por ello, es un elemento vivo al interior de los pueblos que contiene básicamente dos principios ordenadores de la vida: la armonía y el equilibrio, entendidos en su relación tridimensional: comunidad-pueblo, naturaleza y cosmos. Basada en valores culturales, cuenta con un sistema de instituciones y autoridades que gozan de prestigio social y legitimidad para la aplicación de las sanciones bajo procedimientos propios en la resolución de conflictos y, además, tiene competencia para conocer y atender todo tipo de materias suscitadas en el ámbito de su jurisdicción, abarcando desde casos menores hasta conflictos sobre tierras.

Si bien el fundamento principal de la justicia indígena es mantener la armonía y el equilibrio de la naturaleza así como reglamentar el comportamiento humano individual y colectivo en la relación que las personas establecen con ella y entre ellas, debe añadirse la relación con el entorno, considerado éste integralmente como parte del cosmos. En este sentido, adquiere vital importancia en la simbología del mundo indígena, la presencia de los *amos*, *dueños*, *abuelos* o *espíritus de la naturaleza*³ quienes cumplen la función de guardianes del bosque⁴ e intermediarios con el mundo mágico-espiritual, constituyéndose en su sistema mundo: hombre-naturaleza-cosmos presente en el bosque.

La finalidad de la justicia indígena y su aplicación está dirigida a reparar, restituir y recuperar al hermano o hermana a la vida comunal por la vía de la fuerza de la palabra, el diálogo y la reflexión, para la restitución y/o compensación por los daños causados.

La justicia indígena en el Estado plurinacional

La Constitución Política del Estado de 1994, heredera aún de la matriz colonial impuesta desde la República. Si bien avanzó en el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas a fin de que ellos pudieran administrar justicia otorgando facultades a sus autoridades, éstas no debían transgredir la norma constitucional y la estructura organizativa del poder judicial, es decir, la justicia indígena era vista como forma alternativa para resolver conflictos subordinada al derecho ordinario, pues en ningún momento se rompió con la lógica de la colonialidad de la matriz cultural y la estructura institucional del poder.

En las movilizaciones de los años 90 y posteriormente con la demanda de la instalación de una Asamblea Constituyente en el 2002, los pueblos indígenas cuestionan las bases sobre las cuales se estructuraba el Estado Nacional. En ese proceso logran incorporar en las propuestas de los movimientos sociales gran parte de lo que es su plataforma histórico-reivindicativa, la cual será debatida en la Asamblea Constituyente. En efecto, el nuevo texto constitucional está centrado fundamentalmente en el reconocimiento de la existencia pre-colonial y pre-republicana de los pueblos indígenas, se reconoció la territorialidad en sus distintas dimensiones, los derechos colectivos, la libre determinación, la participación y representación en la institucionalidad del Estado a través de las normas y procedimientos propios, así como el pluralismo, expresado en toda la arquitectura del nuevo Estado emergente, el cual se denominó Estado Plurinacional Comunitario.

La nueva Constitución Política del Estado de 2009 consolida una matriz plural en ámbitos tan variados como el político, social, cultural, económico, jurídico y lingüístico. En este marco, el pluralismo jurídico, como principio rector, reconoce la coexistencia y convivencia de los diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico, y por consiguiente la justicia comunitaria se constituye en un tema central dentro de esta concepción del reconocimiento de la diversidad como base del Estado Plurinacional.

Esto se refleja claramente en el artículo 2 de la Constitución Política del Estado, el cual reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas a la invasión colonial, su dominio ancestral sobre sus territorios y, a su vez, garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, al ejercicio de su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.

Todo ello, amparados en instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento de los derechos indígenas como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, instrumentos que establecen el derecho a la libre determinación, la autonomía y el autogobierno, pero sobre todo el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones y desarrollar o mantener sus sistemas jurídicos.

Así mismo, esta Constitución Política del Estado establece el reconocimiento de los derechos fundamentales individuales y colectivos, es decir, reconoce a los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos, donde sus sistemas jurídicos propios forman parte de su identidad e integridad cultural. En este sentido, el artículo 30, parágrafo II, numeral 14, señala: *Los pueblos indígenas gozan del derecho al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acordes con su cosmovisión.*

Las características del pluralismo jurídico que establece la Constitución boliviana en el marco del Estado Plurinacional, básicamente están expresadas en los siguientes aspectos:

Igualdad jerárquica entre la jurisdicción indígena originaria campesina, la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas; es decir, todas tienen igual rango o nivel, ninguna se subordina e interfiere y se respetan las decisiones adoptadas por cada una de ellas.

Derechos Humanos, establece que la jurisdicción indígena respeta el derecho a la vida, así como a la defensa y garantías instituidas en el texto constitucional (art. 190).

Garantías Jurisdiccionales, establece que todos los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección (art. 109).

Igualdad de Oportunidades, las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria (art. 119).

Bajo la visión del Estado Plurinacional se establece que la *función judicial es única* en todo el territorio y se ejerce por medio del Órgano Judicial a través de las siguientes jurisdicciones:

La **jurisdicción ordinaria**, por medio del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunales Departamentales de Justicia, Tribunales de Sentencia y los Jueces.

La **jurisdicción agroambiental**, por medio del Tribunal Agroambiental y Juzgados Agroambientales.

La **jurisdicción indígena originaria campesina** se ejerce/es ejercida por sus propias autoridades, según normas y procedimientos propios.

Jurisdicciones especializadas reguladas por ley (CPE, Ley del Órgano Judicial).

Con referencia a la nueva institucionalidad del Órgano Judicial, las personas “hombres o mujeres” que se asuman como parte de las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen la posibilidad de ser parte del Tribunal Constitucional Plurinacional, a propuesta de sus organizaciones sociales. Los requisitos son haber ejercido la calidad de autoridad originaria y haber ejercido su sistema de justicia de acuerdo a normas y procedimientos propios, entre otros. (art. 199. I-II).

La jurisdicción indígena originaria campesina

Continuando con el reconocimiento ya existente y la valorización en el ámbito estatal de la justicia indígena, que, como se ha mencionado, tiene vigencia legitimada en tanto se practica milenariamente en las comunidades y pueblos, el texto constitucional determina que las naciones y pueblos indígenas originarios tienen facultades jurisdiccionales y de competencia para resolver sus problemas en sus instancias y con sus propias autoridades aplicando sus principios, valores, normas cul-

turales y procedimientos propios en la administración de la justicia comunitaria.

La jurisdicción indígena ejerce sus competencias en los ámbitos de vigencia personal, territorial y material (art. 191).

La jurisdicción indígena se fundamenta en el vínculo particular de las personas que son parte de una nación o pueblo indígena y están sujetas a esta jurisdicción, sea que actúen como actores o demandados, denunciadores o denunciados ante la justicia comunitaria.

Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de una nación o pueblo indígena originario campesino.

La jurisdicción indígena puede conocer y tratar todos los asuntos independientemente de la gravedad de los hechos que se produzcan en su jurisdicción. De acuerdo al criterio de la jurisdicción indígena, podrán remitir determinados casos a la jurisdicción ordinaria, como por ejemplo aquellos que afecten al patrimonio público del Estado, delitos aduaneros, narcotráfico, corrupción y crímenes de lesa humanidad.

Asimismo, la Constitución determina que la *resolución* de las autoridades indígenas tiene valor de cosa juzgada o sentencia y no puede ser revisada por otra jurisdicción (art. 192). Por su parte, el Código de Procedimiento Penal vigente establece que: “*Se extinguirá la acción penal cuando el delito o falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario indígena*”. Las decisiones de las autoridades indígenas son de cumplimiento obligatorio debiendo toda autoridad pública o persona acatar las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. Las autoridades indígenas podrán solicitar apoyo de los órganos competentes del Estado para dar cumplimiento a las resoluciones adoptadas en la administración de justicia (art. 192. párrafo II).

Finalmente, la Constitución reconoce la facultad para ejercer jurisdicción indígena a la *Autonomía Indígena Originaria Campesina*, otorgándole competencia exclusiva a esta entidad territorial autónoma. El artículo 304, numeral 8, consagra la facultad para los gobiernos territoriales indígenas del “...Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley”. En ese sentido, la Ley Marco de Autonomías y Descentralización establece que, entre los contenidos mínimos que deben contener los Estatutos Autonómicos Indígenas, se haga referencia a la administración de justicia en la entidad territorial autónoma.

La justicia indígena y el proyecto de Ley de Deslinde Jurisdiccional: las miradas y el debate

El texto constitucional, en su artículo 192, Parágrafo III, señala que una Ley de Deslinde Jurisdiccional establecerá los límites, los niveles de coordinación y la cooperación entre las distintas jurisdicciones reconocidas. Entre otros aspectos, esta ley tendrá como tareas:

- Determinar el deslinde de la jurisdicción indígena originaria campesina con las demás jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.
- Establecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico.
- La Ley de Deslinde deberá fijar también los límites, alcances, ámbitos y competencias de la Jurisdicción Indígena y las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del respeto a los derechos y garantías ciudadanas.
- Con relación a propuestas que se han presentado respecto a la Ley de Deslinde, encontramos miradas comunes, disensos y también algunos temas que requieren ser profundizados, los cuales intentaremos exponer aquí de manera sucinta:

Está claro que, en el marco de la Constitución Política del Estado, la propuesta de Ley debe partir del respeto a derechos fundamentales como el respeto a la vida y el libre ejercicio del derecho a la defensa, siendo incompatible la muerte como sanción resultante de la aplicación de los sistemas indígenas de justicia. Sin embargo, habrá que precisar también que los pueblos indígenas no son homogéneos y, por tanto, cuando se aplican sanciones, algunas podrían presentar problemas de constitucionalidad por ser atentatorias a los derechos humanos, como es el caso de los “*azotes*” o “*huasca*”, que tienen más una función simbólica y reparadora desde el punto de vista cultural, que de castigo corporal.

A pesar del avance y el reconocimiento de la justicia indígena, cuando suceden actos de linchamiento, o castigos por mano propia, muchas veces se los identifica con la justicia indígena, lo cual ha provocado que se la estigmatice y descalifique como actos de “*barbarie*”. En ese sentido, debe quedar claro que el lincha-

miento no es justicia comunitaria, sino un delito grave de violación a los derechos humanos que se da por ausencia de norma (ordinaria e indígena) y, por tanto, del Estado. Los linchamientos deben ser prevenidos y sancionados puesto que violentan los valores que subyacen a los sistemas jurídicos indígenas

En referencia a las competencias material, territorial y personal, los criterios básicos son que la Ley de Deslinde debe ser lo más precisa y detallada posible; no debe quedar en generalidades porque daría lugar a conflictos de competencias entre las jurisdicciones. Por ejemplo, cuando se hace referencia a la competencia territorial, debe precisarse que ella se expresa en las comunidades, los territorios indígenas y las entidades autónomas indígenas, puesto que es en estas jurisdicciones donde se ejerce la territorialidad en función de la cosmovisión indígena.

También se encuentran valoraciones segmentadas, como cuando se piensa que la justicia indígena es sólo justicia comunitaria o se las asume como sinónimos, circunscribiéndola sólo al ámbito rural, es decir, que tiene aplicación solo en la comunidad y para ella, criterio que excluye el elemento de extraterritorialidad, el cual es vigente debido a que hay pueblos indígenas que habitan en las zonas urbanas. Tal es el caso del Pueblo Indígena mojeño en el Cabildo de Trinidad o el Pueblo Indígena ayoreo que vive en la periferia de la ciudad de Santa Cruz en dos barrios (comunidades), Bolívar y Garay, los mismos que también administran justicia fuera de su territorio ancestral cuando ven afectados sus derechos o cuando se suscitan conflictos entre miembros de su comunidad. En estos casos, algunos plantean que sería imposible establecer la jurisdicción indígena en el área urbana, en tanto otros señalan que esta situación daría paso a crear una nueva forma de justicia, la cual podría ser posible en tanto esté dirigida a miembros de los pueblos indígenas y no afecte a los “no indígenas”.

La justicia se aplica entre los propios miembros de un pueblo indígena originario campesino que asume su pertenencia y, por tanto, se somete a su institucionalidad, a sus normas y procedimientos propios. Pero ¿qué pasa cuando alguien ajeno a la comunidad comete un delito o cuando un miembro de un pueblo indígena comete un delito fuera de su jurisdicción? Lo primero que se establece es que debe haber un tratamiento igualitario así como por las competencias entre las jurisdicciones establecidas en la Constitución Política del Estado, con la salvedad de que por decisión de la institucionalidad de una de las jurisdicciones se decida traspasar el caso a la otra.

Otro tema de debate gira en torno a las comunidades interculturales⁵ y afrobolivianas, en cuanto a las facultades para administrar justicia y su competencia para conocer y resolver asuntos jurídicos que se producen en sus tierras. Esta situación es algo compleja si se comprende que la justicia indígena es milenaria, ancestral y perdura en el tiempo a pesar del proceso de opresión durante la colonización y la instalación de la República, y que además está provista de institucionalidad así como de normas y procedimientos propios. Pero es diferente cuando se hace referencia a comunidades interculturales que, si bien están integradas por migrantes originarios de diversos pueblos de tierras altas, su organización responde a estructuras sindicales ajenas a su propia cultura originaria-milenaria, que van desde el sindicato, subcentrales y centrales hasta federaciones y la confederación nacional, los cuales evidentemente reivindican sus derechos colectivos y la administración de justicia en el marco de los Estatutos Orgánicos y Reglamentos elaborados en función a normas sindicales. Frente a esta posición, existen quienes señalan que adicionar o incorporar como jurisdicciones a las comunidades interculturales y afrobolivianas presentaría problemas de constitucionalidad, debido a que la propia Carta Magna no reconoce expresamente dichas jurisdicciones.

En síntesis, a partir del reconocimiento del pluralismo jurídico se rompe con la concepción clásica de los monismos jurídicos y se da un paso transcendental para los pueblos indígenas al legalizar sus sistemas jurídicos preexistentes. Ahora el desafío es no intentar segmentar dos tipos de justicia, sino, al contrario, complementar y construir una nueva arquitectura institucional en el órgano de justicia en el marco del respeto mutuo, la reciprocidad, la coordinación y la complementariedad. Por ello, la propuesta de Ley de Deslinde Jurisdiccional debe dejar claramente establecidos todos los aspectos antes señalados de manera que se garantice la plena vigencia de los sistemas jurídicos indígenas reconocidos por la Constitución. ○

Notas

- 1 Las Reducciones se iniciaron con la llegada de los jesuitas, 130 años después de la fundación de Santa Cruz de la Sierra. Este proceso comenzó en 1691 y se prolongó hasta 1767, período durante el cual fundaron 10 reducciones; la primera fue la de San Francisco Javier en 1692, fundada por el Padre José Arce.
- 2 Todos éstos contactados a inicio del siglo XX y hoy en estado de alta vulnerabilidad. Camacho, Carlos. Informe 7 Iwgja. 2010.
- 3 También conocido como el "Jichi" por el pueblo chiquitano, "Ichinichichana" por el pueblo mojeño, "Edosiquiana" por el pueblo esse eja y "Lyabae" por el pueblo guarayo, por citar algunos.
- 4 Para los pueblos indígenas de selva y de río, el bosque incluye la totalidad de los elementos de la naturaleza e involucra lo sobre-

natural, es decir: agua, tierra, aire y todo lo que en ello vive; en sí representa el mundo viviente y el mundo mágico-espiritual, como los guardianes que establecen la relación con las fuerzas sobrenaturales y el cosmos.

- 5 Como comunidades interculturales se autoidentifican actualmente los campesinos quienes estaban afiliados a la Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB), organización que se fundó al influjo de los programas estatales de colonización dirigida en las Tierras Bajas del país.

Bibliografía

CEJIS

- 2003 Sistema Jurídico Indígena. "Diagnóstico en los Pueblos Indígenas: Chiquitano, Mojeño y Tacana".

CIDOB

- 2009 Constitución Política del Estado. En Compendio sobre los Derechos Indígenas Originarios. La Paz, Bolivia.

MONTAÑO, Claudia

- 2003 "Derecho Indígena y Aplicación del Convenio 169 OIT en el marco de la legislación Guatemala Vigente". Ensayo Final para el Diplomado de Derecho Indígena Guatemala.

RED DE PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA

- 2010 Propuestas ciudadanas con referencia a la implementación constitucional y aprobación de leyes en temas relacionados a la justicia.

Elba Flores Gonzáles es abogada, responsable del Programa de Investigación y Proposición del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, CEJIS, de Santa Cruz de la Sierra, Bolivia.

El Derecho Humano Indígena al Desarrollo

Dalee Sambo Dorough



Introducción

En 2007, el mundo indígena celebró la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). En todo el planeta, los pueblos indígenas se mantuvieron centrados en su contenido, la implementación de la misma y en última instancia, en su completa realización. En muchos sentidos, la piedra angular para conseguir las normas adoptadas por la Declaración es esencialmente el derecho humano al desarrollo. De hecho, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo¹ (en adelante Declaración del Desarrollo) específicamente insta al “respeto universal y cumplimiento de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” y señala que “atención equitativa...se debe aplicar en la implementación, promoción y protección de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.” Desde luego que, este objetivo fue compartido por los pueblos indígenas a lo largo de sus veinticinco años de lucha para conseguir la DNUDPI y, en particular, el reconocimiento de sus contextos culturales distintivos en relación a tales derechos.

La DNUDPI en sí representa un “avance” crucial para los pueblos indígenas y puede y debe ser vista como herramienta complementaria de la Declaración del Derecho al Desarrollo y la característica subjetividad de este derecho humano. De hecho, la subjetiva naturaleza de los derechos humanos se refleja también en el preámbulo de la DNUDPI, con la específica referencia al derecho a ser diferente también en relación al idioma “particularidades regionales y varios antecedentes históricos y culturales” de pueblos indígenas y sus comunidades. En muchos sentidos, pueblos indígenas y Estados han contribuido a la expansión del derecho humano al desarrollo a través de la DNUDPI.

Este breve artículo versará sobre el derecho al desarrollo en el contexto de la DNUDPI y las dinámicas cambiantes de este derecho dentro de las comunidades indígenas. Se analizará también la naturaleza del derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y el aspecto del mismo relacionado con el derecho a participar en el desarrollo. En este punto, se ofrecerá un breve comentario sobre la Ley de Resolución de Reclamaciones Territoriales de la Población Nativa de Alaska (*Alaska Native Claims Settlement Act*). Además, se analizará la importancia del desarrollo sostenible y equitativo en relación con los efectos prácticos de implementar el derecho humano al desarrollo y las correspondientes obligaciones estatales en el contexto de los instrumentos existentes, incluyendo la DNUDPI.

Derechos Interdependientes: Libre determinación y Desarrollo

No hay duda de que el derecho a la libre determinación fue mantenido por los pueblos indígenas como el principal titular del debate y la negociación de la DNUDPI. Desde los primeros borradores de iniciativas realizadas por los pueblos indígenas, se incidió sobre el derecho a la libre determinación. Esta intersección entre desarrollo y derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación está explícitamente contemplada en el artículo 3 de la DNUDPI:

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

Durante todos los debates de la DNUDPI, los pueblos indígenas también insistieron en el reconocimiento de este derecho como un requisito imprescindible para el ejercicio y disfrute de todos los demás derechos humanos. De igual manera, un elemento principal de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo es el reconocimiento de la naturaleza interdependiente, interrelacionada, interconectada e indivisible de todos los derechos humanos y el objetivo de eliminar obstáculos resultantes “del incumplimiento de los derechos civiles y políticos, además de los derechos económicos, sociales, sociales y culturales.”² Más específicamente, el artículo 1(2) de la Declaración sobre Desarrollo estipula que “el derecho humano al desarrollo también implica la completa realización del derecho de los pueblos a la libre determinación.” Esta intersección de derechos y normas tiene por lo tanto que asegurar que el derecho a la libre determinación es el punto de partida para alcanzar el derecho humano al desarrollo. A partir de ahí, todas las demás normas y principios pueden manar del derecho requisito indispensable de la libre determinación.

La DNUDPI no solamente hace referencia específica al derecho a la libre determinación pero también al derecho de los pueblos indígenas “a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo” en el artículo 20 y el “derecho al desarrollo” en el artículo 23, que estipula que “los pueblos indígenas tienen el derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo...a participar activamente en la elaboración y determinación...programas que les conciernen...y a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.” Otra referencia directa al desarrollo se puede encontrar en el artículo 32, que afirma que “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.”

Además, los párrafos del preámbulo relacionados 6, 9, 10, 11, 12, 16, 21 y 22 y los artículos 11, 12, 13, 18, 26, 31, 34 y 36 de la DNUDPI tienen también que ser mencionados, pues contienen todas las indicaciones relativas a formas de desarrollo. Otros artículos indirectamente hacen referencia al desarrollo, tales como el uso de “promoción” en el preámbulo y la utilización de “mejoramiento” en el artículo 21. Además, el uso de la expresión “puedan adquirir” en el artículo 45 es indicativo del avance de normas y medios adicionales por los que pueden progresar los pueblos indígenas.

Esta amplia serie de expresiones de desarrollo es significativa, pues muestra lo trascendental y extenso que el término ha llegado a ser en el contexto de los pueblos indígenas y el hecho de que, en relación a los derechos humanos indígenas, la comunidad mundial ha establecido normas que expresamente se han alejado del progreso económico basado en planes de gran envergadura o megaproyectos a un modelo que intenta captar la noción integral del derecho humano al desarrollo. Otra dinámica importante expresada en el mismo lenguaje directo e indirecto de la DNUDPI, es el hecho de que los Estados tienen el deber y la obligación de proveer asistencia técnica y financiera para el desarrollo indígena, en vez de evitar la posibilidad de participación de los pueblos indígenas en el proceso de desarrollo o de imponerles proyectos encaminados al mismo. La norma es ahora un deber de ayudar pero también un deber de garantizar la participación directa de pueblos indígenas en procesos de desarrollo. Esto será más adelante tratado en relación a otras obligaciones relativas a este derecho que los Estados han llevado a cabo.

Participación, Consulta y Consentimiento

Uno de las dimensiones más cruciales del derecho a la libre determinación es el derecho a participar en todos los procesos internacionales, nacionales, regionales y locales relativos al derecho al desarrollo. La participación directa de los pueblos indígenas es necesaria para asegurar que la opresión, la negación de derechos, la discriminación y las consecuencias desfavorables causadas por el modelo de desarrollo imperante no continúen.

Los artículos 18 y 19 estipulan que “el derecho a participar en la adopción de decisiones” y la obligación de los Estados “a consultar y cooperar” con los pueblos indígenas “a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten.” Además, los artículos 10 y 11 mencionan el consentimiento libre, previo e informado.

Cada uno de los artículos de la DNUDPI proporciona la necesaria compensación a su “derecho a estar ac-

tivamente implicados” en procesos de desarrollo o, más significativamente, la obligación de discriminación positiva de los Estados de “consultar y cooperar” con los pueblos indígenas “para obtener su consentimiento libre e informado previo” a iniciar proyectos “que afecten a sus tierras o territorios y a otros recursos.”

Libre determinación, participación y consentimiento: la experiencia de la Población Nativa de Alaska

El descubrimiento de petróleo en la Vertiente Norte (*North Slope*) de Alaska en 1968 provocó demandas por parte de la población nativa de Alaska para que Estados Unidos se ocupara de sus reclamaciones legales sobre el territorio que estaban pendientes. Reconociendo los asuntos legales en torno al tema que podían ser alegados a favor de los pueblos indígenas, los interlocutores no indígenas determinaron que legislación o una Ley del Congreso unilateral optimizarían los intereses indígenas. Durante el proceso de elaboración de la legislación, hubo una mínima participación de la población nativa de Alaska y no se realizó ningún referéndum completo u oficial; ciertamente no se contempló la actual estipulación de consentimiento como descrito en el artículo 19 de la Declaración de la ONU.

El texto final de la Ley de Resolución de Reclamaciones Territoriales de la Población Nativa de Alaska (*Alaska Native Claims Settlement Act*, ANCSA) de 1971 estaba dotado con 44 millones de acres de tierra (17.806 hectáreas, aproximadamente 10% del territorio indígena inicial) y 962 millones y medio de \$US a cambio de la pérdida de tierras. Más que traspasar tierras y bienes indígenas a instituciones tradicionales, estos se pusieron en manos de corporaciones sin ánimo de lucro: 12 corporaciones regionales y más de 200 corporaciones locales. Las corporaciones regionales mantienen los derechos subterráneos de esas tierras que les fueron transferidas además de los derechos subterráneos de las tierras traspasadas a las aldeas. No hubo reconocimiento de autogobierno ni libre determinación, en contra de lo reflejado en los artículos 3 y 4 de la DNUDPI.

El ANCSA estipula un periodo de tiempo de 20 años (desde 1971 a 1991) para crear e incrementar la capacidad de los pueblos indígenas de Alaska responsables de las operaciones corporativas. Aquellos nacidos en o antes de diciembre de 1971 que tenían un cuarto de sangre nativa o más fueron inscritos como socios en las corporaciones. Durante este periodo no se permitió ningún traspaso de tierra, ninguna tributación y ninguna enajenación de porciones. Esta prescripción tan extensiva y específica del contenido de derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas de Alaska dio



Industria petrolera en Rusia – Foto: archivo de IWGLA

como resultado la subyugación de sus valores, costumbres, prácticas e instituciones. En contraste, el lenguaje de los artículos 20 y 33 (respectivamente) de la Declaración de la ONU reconoce el derecho de un pueblo indígena a “mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales” y a “determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”, ambos elementos importantes del derecho de libre determinación.

Por otra parte, a pesar de los Convenios Internacionales de 1966, que indican que “en ningún caso se puede privar a un pueblo de sus propios medios de subsistencia,” el ANCSA de 1971 supuestamente “suprimió” derechos de caza y pesca, además de los derechos a todas las tierras perdidas. Las estipulaciones del periodo de tiempo de 20 años esencialmente dejan un margen para la publicidad de tierras y bienes después de 1991. Se han conseguido algunos éxitos, especialmente en el ámbito de las corporaciones regionales. Sin embargo, se han producido también fallos. En algunos casos, las aldeas literalmente han desaparecido. El ANCSA ha sido considerado por muchos como un acto de ingeniería y asimilación social y, en última instancia, de extinción.

En este momento, existe una urgente necesidad de que la comunidad nativa de Alaska reexamine el impacto del ANCSA, especialmente en vista de los significativos avances relativos al derecho internacional de derechos humanos, y la DNUDPI en particular, que se han producido. Existen alternativas y parece que hay un deseo, especialmente entre la generación más joven, “carente de derecho al voto” por la Ley, de reagruparse o sublevarse para abordar el asunto pendiente de la libre determinación y trazar un curso de acción hacia la descolonización verdadera. Una reciente reunión de representantes de gobierno tribales da testimonio de la realidad de los valores tribales, las distintivas instituciones políticas, y los asuntos preocupantes para sus respectivas comunidades.³ Además de en la libre determinación tribal y en la DNUDPI, los líderes tribales nativos de Alaska que asistieron, se centraron en la “restauración de derechos” que abarcan desde derechos a la tierra a derechos de caza, pesca y recolección, a la salud y al bienestar.

Hay una necesidad real para incluir no solo los derechos de caza y pesca de los inuit y otros nativos de Alaska en la ley estatal y federal pero también para reconocer y garantizar el tema de la libre determinación tribal. La posibilidad de indemnizaciones, como señalado en el artículo 21 de la DNUDPI, puede convertirse en un factor a tener en cuenta por algunas comunidades nativas de Alaska. Finalmente, alguna disposición para la devolución de tierras a las instituciones tradicionales para protegerles de pérdida debe ser analizada para no privar en mayor medida del derecho a voto a los “Primeros Pueblos” de Alaska. Existen beneficios inmensos al reconocer y respetar tales derechos y el

movimiento y deseo de los gobiernos tribales no se debe ver como una amenaza a las estructuras, organizaciones y fuerzas políticas existentes.

Respecto a la noción de que el ANCSA pueda ser utilizado como un modelo para los pueblos indígenas y su deseo de afirmación de sus derechos, especialmente a las tierras, territorios y recursos, además de para reivindicar progreso, desde la aparición de otros acuerdos y de la DNUDPI, se debe realizar un enfoque más integral. En particular, y como mínimo, cualquier acuerdo debe incluir, entre otros, los siguientes elementos:

- un enfoque completo de libre determinación y autonomía debe constituir un elemento característico para asegurar que los pueblos indígenas afectados obtengan completo reconocimiento y respeto hacia este derecho esencial y requisito imprescindible;
- cualquier acuerdo tiene que ser alcanzado de buena fe entre las partes y en coherencia con el derecho de consentimiento libre, previo e informado, la completa consulta y la participación directa de los pueblos concernientes mediante sus instituciones políticas y líderes auténticos y representativos;
- la implementación del consentimiento libre, previo e informado tiene también que incluir referendos basados en la transparencia y la total divulgación;
- los artículos pertinentes de la DNUDPI tejidos juntos para asegurar el área total máxima de tierras y territorio posibles, además de los correspondientes recursos sobre la superficie terrestre y subterráneos, incluyendo la naturaleza expansiva del término “territorio”, que puede incluir cuencas fluviales, área costeras y marinas, etc.;
- los sistemas de tenencia de tierras de los pueblos indígenas afectados deben ser la base para la tenencia de título, propiedad y control;
- una afirmación de la total variedad de derechos de “subsistencia” necesarios para la supervivencia y bienestar de los pueblos indígenas afectados; esto incluye actividades de caza, pesca, recolección y agricultura, además de cualquier o todas las formas económicas tradicionales y otras de relación material y productiva que los pueblos indígenas tienen con sus tierras, territorios y recursos respectivos;
- completo reconocimiento y respeto del derecho a determinar sus propias prioridades para el desarrollo, incluyendo la posibilidad de implementar sus propias y distintivas iniciativas de progreso econó-

mico y que tales iniciativas sean perseguidas dentro del marco del derecho de libre determinación y no separadas de los elementos esenciales de los derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas afectados, en todas las áreas de desarrollo económico, social, cultural, espiritual y político;

- que los pueblos indígenas implicados ejerciten sus derechos, en el contexto de libre determinación y autonomía, y cuenten con autoridad para determinar su propia pertenencia y los derechos y responsabilidades de sus miembros;
- que los pueblos indígenas concernientes también ejerciten autoridad, jurisdicción y control sobre las tierras, territorios y recursos sujetos a los términos del acuerdo; y
- que las medidas de protección relativas a derechos indígenas e impactos potenciales resultantes de tierras y territorios contiguos sean incorporados en un plan o acuerdo, reconociendo la posibilidad de problemas transfronterizos y la necesidad de cooperación y gestión compartida de todos los temas concernientes.

De este modo, los pueblos indígenas pueden estar seguros de que la totalidad de su integridad como pueblos distintos pueda ser protegida además de la naturaleza intergeneracional de sus derechos humanos y libertades fundamentales individuales y colectivos. Si esta lista se contrasta con el telón de fondo de las estipulaciones de la ANCSA, se pone claramente de manifiesto el dramático contraste entre asegurar derechos humanos básicos de una manera exhaustiva y las graves omisiones de esta ley. Además, los pueblos indígenas tendrán una mayor capacidad para asegurar que los principios democráticos de buen gobierno, y desarrollo sostenible y equitativo, dentro de un mundo indígena, realmente se garantizan. Tal enfoque puede también proporcionar los modos y medios para dar efecto completo al derecho de los pueblos nativos de Alaska a la libre determinación y a verdaderamente determinar “su estatus político y a libremente seguir su desarrollo económico, social y cultural.”

Desarrollo Sostenible y Equitativo

La DNUDPI hace también referencia a la noción de “desarrollo sostenible y equitativo” en el párrafo preambular 11. Es conveniente subrayar algunas de las premisas básicas del concepto de “desarrollo sostenible y equitativo”, especialmente en vista de la implementa-

ción de las normas de la DNUDPI. El artículo 29 estipula la conservación de recursos, que tradicionalmente se ha considerado el objetivo subyacente del desarrollo sostenible. La necesidad de este equilibrio se ve también contemplado en la referencia a “generaciones venideras” en el artículo 25. De hecho, el informe de la Comisión Mundial sobre el Medioambiente y el Desarrollo se refiere a desarrollo sostenible como desarrollo que “cubre las necesidades del presente sin poner en peligro la capacidad de las generaciones venideras de satisfacer sus propias necesidades.”⁴

El desarrollo equitativo, por su parte, no ha sido lo suficientemente analizado en detalle dentro del ámbito indígena. Como señalado anteriormente, el énfasis dentro de la DNUDPI se ha realizado más bien sobre la estipulación de ayuda financiera y técnica por parte de los Estados para asegurar el desarrollo dentro de las comunidades indígenas y mejorar las vidas cotidianas de las personas indígenas. Sin embargo, la importancia del desarrollo equitativo es la realización de igualdad de oportunidades, un reparto directo de beneficios y una distribución justa y equitativa de beneficios. Algunos de los principios que deben ser incluidos en la interpretación de “desarrollo equitativo” son:

- los proyectos de desarrollo en o que afecten tierras, territorios y recursos indígenas no tienen que minar, sino más bien mejorar el desarrollo económico, social, cultural y político de las sociedades indígenas;
- el desarrollo no tiene que ser impuesto a los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado y tiene que dar total cabida a valores y preocupaciones indígenas;
- las iniciativas de desarrollo por parte de los mismos pueblos indígenas deben ser alentadas asegurando oportunidades significativas y accesibles, incluyendo apoyo, cooperación y ayuda gubernamental;
- el desarrollo debe solamente tener lugar a un nivel y ritmo compatibles con las comunidades locales;
- los pueblos indígenas tienen que participar equitativamente en los beneficios del desarrollo, de una manera aceptable para ellos;
- se deben utilizar tecnologías culturalmente apropiadas.

Desarrollo equitativo tiene que significar igualdad de oportunidades, acceso equitativo y la eliminación de cualquier desigualdad o disparidad que pueda existir.

Además, tiene que haber un énfasis en la descentralización de la toma de decisiones.

Es muy conocido que la historia de desarrollo y pueblos indígenas ha sido bastante negativa, produciendo solamente impactos adversos en las comunidades indígenas y en sus tierras, territorios y recursos. Sin embargo, en algunas regiones del mundo, nos encontramos en una nueva encrucijada: una en la que los pueblos indígenas han conseguido el control sobre sus propios destinos además del de sus tierras, territorios y recursos y que ahora están considerando la dirección de sus propias estrategias de progreso. En este aspecto, es crucial que las mismas normas y principios de derechos humanos sean respetadas. Del mismo modo los pueblos indígenas han razonado convincentemente que ellos tienen que ser sujetos activos del derecho internacional y del derecho humano al desarrollo en los debates de la DNUDPI, así mismo los pueblos indígenas tienen que atenerse a las mismas normas al emprender ellos mismos actividades de desarrollo económico, social, cultural y político.

En algunas partes del mundo, los pueblos indígenas están siendo testigos de un nuevo fenómeno de debate acalorado y división sobre las actividades de desarrollo, antiguamente impuestas por “intrusos”. En el Norte hay una variedad de ejemplos. Sin embargo, debates más recientes incluyen proyectos de petróleo y de gas en Alaska, Groenlandia y Nunavut. En Alaska, el debate sobre la perforación marina se ha centrado en el impacto potencial en la pesca de ballenas de Groenlandia y la cultura inupiat en general además de la capacidad del sector para protegerse contra un desastre como el de la explosión de la plataforma petrolífera de BP en el Golfo de México. En Groenlandia, acalorada discusión ha rodeado tanto proyectos de minería como de petróleo marino y gas. Respecto al último, la Asociación Inuit Qikiqtani (*Qikiqtani Inuit Association, QIA*) de hecho, ha presentado un requerimiento judicial contra el Gobierno de Canadá además de un ministro de Nunavut y Comisionado de Nunavut en relación a la violación de su deber de consultarles para adecuadamente proteger sus derechos de captura, y de proporcionar además esfuerzos adecuados de mitigación frente al Experimento Sísmico del Ártico Canadiense Occidental (*Eastern Canadian Arctic Seismic Experiment*) para exploración de petróleo y gas.⁵ Las cuestiones fundamentales relativas al desarrollo indígena sostenible y equitativo recibieron atención en la recientemente concluida 11 Asamblea General del Consejo Circumpolar Ártico Inuit, celebrada del 28 de junio al 2 de julio en Nuuk, Groenlandia. En este sentido, los líderes políticos inuit especificaron “como un asunto de urgencia, planificar y facilitar una cumbre de líderes inuit en desarrollo de recursos con el objetivo de fraguar una posición común

circumpolar inuit en procesos de evaluación medioambiental, económica, social y cultural....”⁶ El hecho de que ellos colectivamente determinaron que era mejor programar y mantener un debate más prolongado sobre el asunto es indicativo de un espectro general de opiniones en asuntos que potencialmente pueden cambiar el modo de vida hasta ahora conocido.

Efectos Prácticos de Alcanzar el Derecho al Desarrollo

En vista de la próxima revisión de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y el hecho de que estamos lejos de alcanzar los ambiciosos objetivos originariamente fijados por la comunidad mundial, puede ser útil recordar algunas de las leyes básicas de derechos humanos relacionadas con el concepto de desarrollo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷ es una de las primeras en dar atención a la noción de “seguridad social” además de los derechos económicos, sociales y culturales y un particular “nivel de vida” y salud y bienestar. La codificación de algunas de estas normas se puede encontrar en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que por supuesto comienza con el derecho requisito indispensable de libre determinación y de libremente buscar su desarrollo económico, social y cultural.⁸ Este derecho y los derechos asociados a la riqueza y recursos naturales y a la subsistencia se apoyan también en los Pactos gemelos del anteriormente mencionado. La DNUDPI y la Carta Internacional de Derechos ahora proporcionan un contexto cultural indígena único para el tema del derecho humano al desarrollo que tiene también que ser tenido en cuenta en la revisión de los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Además y específicamente relativo a los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aunque no totalmente adecuado, apoya el derecho de libre determinación con respeto al desarrollo. Los artículos 6(1) (c) y 7(1) estipulan el desarrollo de las instituciones e iniciativas indígenas y los recursos gubernamentales necesarios para estos objetivos y el derecho de los pueblos indígenas a ejercer control y decidir sobre sus propias prioridades para el progreso. Además, el texto de la OIT requiere de la participación indígena en la “formulación, implantación y evaluación de planes y programas para el desarrollo nacional y regional que puedan afectarles directamente”.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD)⁹ y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW)¹⁰ deben ser

entendidas como mecanismos encaminados a eliminar barreras discriminatorias contra los pueblos indígenas y asegurarles la consecución de un nivel de vida y el acceso equitativo a oportunidades permitidas a otros miembros de la sociedad. Estos instrumentos abordan asuntos que van desde ayudas familiares, formación y educación a reforma agraria. En este sentido, son vitalmente importantes y relevantes para los pueblos indígenas y para la cuestión del desarrollo. Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) debe ser revisada en vista del contexto y necesidades específicas de los niños indígenas y el derecho humano al proceso, sobre como se interconecta con los artículos preambulares y principales de la DNUDPI.¹¹

Por otra parte, la DNUDPI y todos los otros instrumentos referidos en este artículo resaltan el papel necesario de los Gobiernos estatales en lograr, disfrutar y ejercitar estos derechos muy específicos de desarrollo, bien colectiva o individualmente. Aunque los Estados hicieron lo más que pudieron para evitar las obligaciones afirmativas para la ayuda financiera dentro de la DNUDPI, los pueblos indígenas tuvieron éxito en lograr tanto cláusulas específicas como generales para alcanzar la medida de apoyo y cooperación necesaria para reducir los vacíos que existen en ámbitos de propiedad, nivel de vida, salud y bienestar, derechos sobre la tierra y recursos, etcétera.¹² Sin embargo, los Estados también han emprendido compromisos generales bajo otros instrumentos. Tales compromisos deben ser revisados por pueblos indígenas con el objetivo de insistir en el tratamiento equitativo para la realización de desarrollo.

Ciertamente, la Declaración sobre Desarrollo¹³ tiene que ser analizada de nuevo, también como la Declaración de Río y la Agenda 21¹⁴ y sus referencias específicas al desarrollo sostenible sin dejar de mencionar el continuo y urgente asunto de las negociaciones de “acceso y reparto de beneficios” dentro del marco del Convenio sobre Diversidad Biológica. De igual manera, los Estados asumieron compromisos en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos [1993], la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo [1994], la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social [1995], la Declaración de Beijing [1995] y en la Segunda Conferencia de la ONU sobre los Asentamientos Humanos [1996]. En cada una de estas acciones estatales colectivas, se hizo referencia al desarrollo sostenible además de en algunos casos, de hecho a la afirmación estatal de que “el derecho al desarrollo es un derecho universal e inalienable y una parte integral de las leyes fundamentales de derechos humanos y la persona humana es el sujeto central de desarrollo”.¹⁵

Conclusión

Como sucede con la actual necesidad de la implementación de la DNUDPI, de los ODM y de otros compromisos internacionales, sin embargo, la prueba real es la voluntad política por parte de los Estados para mantener e implementar sus compromisos internacionales incluidos en todos los instrumentos internacionales existentes mencionados en este artículo. Es crucial para nuestros respectivos gobiernos federales, provinciales y estatales comprender no solo el derecho humano al desarrollo y aquellos de la DNUDPI sino también sus obligaciones relativas a nuestros derechos humanos individuales y colectivos.

Como ocurre con los derechos humanos en otras áreas, debemos insistir en la aplicación equitativa del estado de derecho. No debemos tolerar la discriminación activa representada por la desigual aplicación del estado de derecho en relación al desarrollo. Con demasiada frecuencia, los pueblos indígenas han experimentado desgobierno o peor: los abusos activos e intencionados de nuestros derechos humanos en todas nuestras remotas comunidades en el nombre del progreso o en el contexto de programas de desarrollo de los Estados-Nación.

¿Cuáles son los incentivos que mueven a los Estados a actuar? Lamentablemente, los Estados tienen poco o ningún incentivo de constituir instituciones legales que potencialmente y en última instancia apoyarían nuestros derechos. Más bien, ellos consideran estos avances potencialmente perjudiciales para ellos mismos y como una limitación de su poder o el de otros actores.

Una implementación de los ODM que es coherente con las normativas mínimas adoptadas por la DNUDPI, por lo tanto, requerirá inmensa voluntad política. Tenemos que encontrar modos de incorporar las normas de la Declaración a leyes e iniciativas de desarrollo nacionales, regionales y locales. En este sentido, el proceso se puede iniciar informando a los representantes del gobierno local o con base en el terreno sobre la DNUDPI y los ODM desde una perspectiva indígena y perseguir ejemplos basados en casos de cómo implementar tales normativas y los objetivos ODM. Esta labor local puede posiblemente influenciar a funcionarios locales, que pueden convertirse en aliados informados, experimentados y en última instancia factores positivos para nuestras comunidades y líderes.

Los beneficios o incentivos para los Estados-Nación son numerosos. Posibilidades de más amplia colaboración y cooperación, progreso socioeconómico y la mayor capacidad de las comunidades indígenas son todos posibles beneficios. Comunidades indígenas sanas, viables que están practicando desarrollo sostenible y equi-

tativo, en última instancia decrecerían el gasto de buen gobierno por parte de los Estados-Nación. Además, los pueblos indígenas y sus logros se convierten en avances para los Estados-Nación y sus respectivos historiales de derechos humanos. ○

Notas

- 1 Declaración de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo, Resolución de la Asamblea General 41/128, Anexo, 41 UN GAOR Supp. (No. 53) at 186, Documento ONU A/41/53 (1986) adoptada por 146 votos a favor, 8 abstenciones y 1 voto en contra (Estados Unidos).
- 2 Artículo 6(3) Declaración de la ONU sobre el Derecho al Desarrollo, supra nota 2.
- 3 Cumbre de Líderes Tribales de Alaska (*Alaska Tribal Leaders Summit*), cuyo tema de la conferencia fue *Securing a Future for Our Children (Asegurar un Futuro para Nuestros Hijos)*, celebrada los días 24-25 de agosto de 2010 en Anchorage, Alaska.
- 4 OUR COMMON FUTURE, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medioambiente y el Desarrollo, (Oxford: Oxford University Press, 1987) y reconocido en la Resolución de la Asamblea General 42/187 del 11 de diciembre de 1987. El informe es a menudo denominado como el Informe Brundtland por el Presidente de las sesiones, Gro Harlem Brundtland.
- 5 Formalización de la Demanda en el Tribunal de Justicia de Nunavut por la Asociación Inuit contra Canadá (Ministro de Recursos Naturales), Fiscal General de Canadá, Nunavut (Ministro Responsable del Instituto Ártico, *Arctic College*), el Comisionado de Nunavut, Expediente del Tribunal N. 08-10-482 CVC, 4 de agosto de 2010.
- 6 Declaración de Nuuk, 11 Asamblea General del Consejo Circumpolar Inuit, <http://www.inuitcircumpolar.com/files/uploads/icc-files/nuukdeclaration.pdf>
- 7 Artículos 22, 25, 27 y 28 de la DUDH.
- 8 Artículos 1, 6, 7, 9, 11, 12, 13 y 15 de la ICESCR.
- 9 Artículo 5 de la CERD.
- 10 Artículos 11, 13 y 14 de la CEDAW.
- 11 Artículos 7, 14, 17, 21 y 22 de la DNUDPI y Artículos 24, 26, 27, 28 y 32 de la CDN.
- 12 Por ejemplo, Artículos 24, 27, 29, 32, 39, 41 y 42 hacen referencia tanto a la ayuda financiera y técnica como a las acciones que los "Estados tendrán" que tomar para la entrada en vigor de las normas de la Declaración.
- 13 La reseña relativa a las obligaciones estatales contempladas en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo incluyen los artículos 1, 2, 4, 6, 7 y 8.
- 14 El Principio 22 de la Declaración de Río hace referencia específica a personas indígenas y sus comunidades y expresa reconocimiento y apoyo por "identidad, cultura e intereses" indígenas además de "su efectiva participación en la consecución de desarrollo sostenible." Además, los Principios 1, 4 y 5 se refieren al desarrollo sostenible y la correspondiente obligación de "Todos los Estados y todas las personas que cooperaran en la tarea esencial de erradicar la pobreza como un requisito indispensable para el desarrollo sostenible..." Respecto a la Agenda 21, Capítulo 3, párrafos 4 y 7 resaltan las obligaciones de los Estados relativas al desarrollo sostenible.
- 15 Por ejemplo, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo, 5-13 de septiembre de 1994, Principio 3 y párrafo 3.16.

Dalee Sambo Dorough es doctora en derecho, asesora de derechos humanos del Consejo Circumpolar Inuit (ICC) y miembro de Alaska de ICC para cuestiones de Naciones Unidas.

LA SITUACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS DEL NORTE DE RUSIA EN EL MARCO DEL PLURALISMO LEGAL¹

Natalya Novikova



Los motivos para redactar nuevas leyes enfocadas a los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte³ son diversos. Sin embargo, uno de ellos es la apreciación de sus rasgos culturales distintivos, que se relacionan principalmente con sus tradiciones en la administración de recursos y con sus diferentes formas de autoorganización. Estas últimas están en gran medida predeterminadas por el hecho de que la caza, la pesca, la recolección y la cría de renos son la base del sustento de los pueblos indígenas. Obviamente, su dependencia inmediata de los recursos naturales renovables y las distancias relativamente largas que los separan del mercado han tenido como consecuencia el desarrollo de sistemas legales particulares entre los pueblos. Y, sin embargo, no es esto lo que constituye el mayor desafío a su protección legal en el mundo contemporáneo. Al analizar la situación en comunidades similares, K. von Benda-Beckmann señala lo siguiente:

Es mucho más fácil reconocer el estatus político especial y la libre determinación de un grupo que vive a cierta distancia de la economía de mercado y de la cultura dominante que llegar a un acuerdo con un pueblo indígena que vive en estrecho contacto con otras poblaciones y cuyo modo de vida es muy similar al de la población dominante (Benda-Beckmann 1999: 12).

Los pueblos del norte han vivido dentro de las fronteras del estado ruso durante siglos. En el siglo XX, muchos de ellos fueron internados y recibieron una educación universitaria, y ahora viven en las ciudades. No obstante, a menudo mantienen las normas de su sociedad tradicional. Los pueblos indígenas del norte han adaptado muchos de los conceptos culturales y legales de las poblaciones “recién llegadas” y las han tomado como propias. En el mundo moderno, que apunta más al desarrollo industrial que a la conservación de los recursos naturales, los derechos de los pueblos indígenas del norte son frecuentemente vulnerados. Es este factor el que ha motivado su creciente conciencia legal. Las actividades de las organizaciones indígenas públicas en Rusia y en el exterior también juegan un papel en este proceso. La protección legal de los pueblos indígenas urbanos que reclaman por sus derechos a los recursos naturales –principalmente biológicos– constituye un problema importante hoy en día. El derecho consuetudinario relativo a las formas tradicionales de pesca y a la organización de esta actividad puede ser evidencia adicional, y a veces es la única evidencia, de su situación especial.

Para facilitar la puesta en práctica de los principios del orden constitucional ruso en relación con los pueblos indígenas, es necesario tomar en cuenta los rasgos específicos de su desarrollo histórico y cultural. El pluralismo

legal puede brindar un modo de protección de sus derechos a través de la interacción entre el derecho consuetudinario y la regulación estatal. Según D. Griffiths, el pluralismo legal es una situación en la que el comportamiento de las personas cumple con distintos órdenes legales (Griffiths 1986: 3) y esto sugiere no sólo la coexistencia de estos sistemas, sino también su interferencia. Para facilitar este diálogo, debería haber un esfuerzo por definir los rasgos específicos del concepto indígena del derecho y su conciencia legal, así como las imágenes y figuras legales que la gente sigue en un “espacio multilegal”. La esencia del “derecho indígena”, conocido como “acción vital” en el idioma de los khant, un grupo indígena del norte, debería ser explorada.

En las condiciones actuales, los pueblos indígenas muestran distintas estrategias de desarrollo cultural y socioeconómico. En Rusia, los intentos anteriores por establecer una agencia que se ocupe de las “leyes indígenas” y que codifique el derecho consuetudinario fracasaron. Hoy en día, se puede tomar en cuenta tanto la experiencia nacional como la internacional para establecer principios generales de derecho consuetudinario y otros métodos para integrarlo al sistema legal estatal. A su vez, la diversidad de las variedades locales de derecho consuetudinario que existe en Rusia debería ser tomada en cuenta en la implementación de esta ley. En Siberia, muchos de los problemas sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas se han vuelto particularmente agudos en el contexto del desarrollo industrial intensivo, de la disminución de los recursos naturales que son administrados de manera tradicional, del deterioro de las condiciones ambientales y de las actividades de los pueblos indígenas orientadas a la protección del derecho a un modo de vida tradicional.

El derecho constitucional en Rusia y el derecho internacional

La Constitución Rusa de 1993 garantiza los derechos de los pueblos indígenas numéricamente pequeños de acuerdo con principios y normas generalmente reconocidas del derecho internacional y con los acuerdos internacionales firmados por la Federación Rusa (Artículo 69). “La protección del entorno de vida primordial y del modo de vida tradicional de las entidades étnicas numéricamente pequeñas” (Artículo 72) también fue reconocida como jurisdicción exclusiva de las autoridades estatales. La falta de una terminología legislativa uniforme complica la situación en cierta medida. Por descarte, las categorías poblacionales enumeradas en los artículos mencionados pertenecen a los pueblos indígenas numéricamente pequeños del Norte, Siberia y el Lejano Oriente. En los textos académicos antropológicos, a menudo uti-

lizamos los términos “pueblos indígenas”, “pueblos numéricamente pequeños del norte” y “pueblos del norte” intercambiamente. Los abogados que analizan el Artículo 69 señalan principalmente una serie de disposiciones. Se interpreta que los principios generalmente reconocidos en primer lugar reconocen los derechos humanos y civiles fundamentales de cada miembro individual de estos pueblos y, en segundo lugar, garantizan sus derechos especiales tal como disponen las normas internacionales. Los principios fundamentales del derecho internacional están definidos en el Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” (1989) que dispone que:

Al aplicar las leyes y reglamentaciones nacionales a los pueblos en cuestión, se tendrá debida consideración a sus costumbres o leyes consuetudinarias. Estos pueblos tendrán derecho a mantener sus propias costumbres e instituciones, donde no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema legal nacional y con los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Se establecerán procedimientos donde sea necesario para resolver los conflictos que puedan surgir con la aplicación de este principio. (Artículo 8)

El artículo 9 del Convenio dice que:

En la medida en que sean compatibles con el sistema legal nacional y con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, se respetarán los métodos consuetudinarios practicados por los pueblos en cuestión para tratar las ofensas cometidas por sus miembros. Las costumbres de estos pueblos en relación con los asuntos penales serán tomadas en cuenta por las autoridades y las cortes al tratar estos casos.

Si bien este Convenio no ha sido ratificado por la Federación Rusa, los legisladores rusos siguieron sus principios centrales y garantizaron que las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte serían tomadas en cuenta en los juicios en relación con los asuntos locales y la administración de los recursos naturales. La introducción de costumbres y tradiciones al sistema legal del país brindó nuevas oportunidades para proteger los derechos de estos pueblos y para desarrollar la teoría y práctica del pluralismo legal en Rusia.

El conocimiento indígena especial, en tanto rasgo distintivo de la población indígena, ha sido discutido más ampliamente en los últimos tiempos. Se refiere principalmente al conocimiento tradicional sobre el medio ambiente que es considerado una parte fundamental del concepto de desarrollo sustentable (Convenio sobre Diversidad Biológica (1992), Declaración de Río sobre Medioambiente y Desarrollo (1992) y otros documentos).

El Convenio de 1992 fue ratificado por la Federación Rusa en 1995 e incorporado al sistema legal nacional.

Este tratado dispone que cada parte contractual:

Siguiendo su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá el conocimiento, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que mantienen modos de vida tradicionales relevantes para la conservación y el uso sustentable de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más generalizada con la aprobación y la participación de los detentadores de tales conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará la distribución equitativa de los beneficios que surjan de la utilización de tales conocimientos, innovaciones y prácticas. (Artículo 8)

Es fundamentalmente este tipo de instrumento el que subyace a las normas legales de los pueblos indígenas. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que es de naturaleza asesora, es otro instrumento que juega un papel significativo en la definición del estatus de los pueblos indígenas numéricamente pequeños. La Federación Rusa se unió a los estados que se abstuvieron de ratificar este hecho legal como instrumento, a pesar de que esto es inconsistente con el sistema legal nacional en lo que se refiere al derecho a la libre determinación. No obstante, en su legislación, el país tiende a incorporar los principales enfoques hacia la protección de los derechos de los pueblos indígenas numéricamente pequeños que han sido desarrollados por la comunidad internacional dentro del marco de este texto, siempre y cuando no contradigan las disposiciones constitucionales (Zor'kin, Lazarev 2009: 551). Varios de los artículos de la Declaración resaltan la importancia de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas. Los artículos 26 y 27 son particularmente relevantes para este artículo, ya que definen los derechos de los pueblos indígenas a las tierras que tradicionalmente han ocupado y utilizado:

Los estados darán reconocimiento y protección legal a estas tierras, territorios y recursos. Tal reconocimiento se otorgará con el respeto debido a las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas en cuestión.

Este reconocimiento se logra a través de negociaciones entre los pueblos indígenas y el estado.

Legislación federal

En los últimos años, también se introdujo una oportunidad para tomar en cuenta las costumbres y tradiciones de estos pueblos en la legislación federal rusa. A primera vista, este fenómeno alentador da cuenta del hecho de

que los intentos de los científicos, principalmente los antropólogos y los activistas de los derechos de los pueblos indígenas, por redactar leyes que sean sensibles al modo de vida de estos pueblos han dado resultado. Los legisladores han confirmado que las garantías de protección de los derechos de los pueblos indígenas numéricamente pequeños, tal cual declara la Constitución de la Federación Rusa, son consistentes con los principios y las normas del derecho internacional.

Sin embargo, a la vez, la sociedad entera y los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte en particular, mostraron su indiferencia ante este hecho. No se estimuló la investigación académica del derecho consuetudinario y su incorporación prospectiva al sistema legal estatal ni se intensificó el trabajo de los pueblos indígenas y sus organizaciones públicas con vistas a estudiar o desarrollar posibles formas de aplicación de las costumbres legales bajo las condiciones actuales.

La antropología legal no considera a las costumbres y el derecho consuetudinario tal cual existen: estudia el ser legal de las personas o la forma en que sus vidas están reguladas por leyes y costumbres. Por supuesto, las personas no piensan en su efecto constantemente y este hecho no niega las normas; sin embargo, nos interesa particularmente cómo las personas perciben estas normas. Lo llamativo es que es el bajo nivel de conciencia legal formal por parte de los representantes de los pueblos indígenas, que es similar al del resto de la población de Rusia, que a menudo trae como resultado una situación mediante la cual siguen las normas del derecho tradicional que son más aplicables a la vida cotidiana, especialmente en los ámbitos de las relaciones familiares y la administración de recursos. Por supuesto, la interferencia estatal ha ocurrido a lo largo de toda la historia del estado. Sin embargo, las contradicciones referidas al uso de la tierra no eran tan agudas antes de la exploración industrial de Siberia. Los principales conflictos en el ámbito de la administración de recursos fueron provocados por la enajenación de los territorios tradicionales y las actividades económicas de los pueblos indígenas. Si bien no son tan frecuentes, también han surgido conflictos debido a las limitaciones al uso de los recursos biológicos renovables del estado. La interferencia activa del estado en la vida familiar comenzó con el establecimiento de los internados. Aun se sienten los efectos principales del sistema de internados, que involucraron a tres de cuatro generaciones de pueblos indígenas y los alejaron de su modo de vida tradicional.

El término “derecho consuetudinario” no es utilizado en la legislación federal, que señala las tradiciones y costumbres de los pueblos. Esto se explica por el hecho de que no hay una única definición de este concepto que sea reconocida tanto por etnógrafos como abogados. En este caso, se puede emplear la definición provista en la Ley “Sobre territorios de uso tradicional de la naturaleza

de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del Norte, Siberia y el Lejano Oriente”. Así, las costumbres son las reglas desarrolladas históricamente para el uso de los recursos tradicionales y para el modo de vida tradicional que usualmente aplican los pueblos indígenas. En la literatura académica, estas costumbres son consideradas costumbres legales –costumbres utilizadas en la administración de conflictos (David 1967:469; Zibarev 1990:115-129). También existe una idea generalizada de que lo que caracteriza a estas costumbres son las sanciones. En este caso, utilizamos ya sea las normas y reglas que regulan el comportamiento humano en situaciones de conflicto o evitamos tales situaciones. Esto último es muy importante para estudiar el mecanismo de “administración de la vida” a través de las costumbres.

El alcance de una costumbre siempre se restringe a los límites de la comunidad local. Su ámbito se puede definir por criterios étnicos, territoriales y geográficos. Hoy en día, en que sólo los pueblos indígenas que siguen un modo de vida tradicional basado en la cría de renos, la caza, la pesca y la recolección se guían por las normas del derecho consuetudinario, una comunidad de este tipo puede incluir a una familia o a un grupo de parientes cercanos que viven en el barrio.

El derecho consuetudinario siempre ha representado un fenómeno sincrético. Actualmente, tanto sus valores legales intrínsecos como su rol regulador de las relaciones sociales están entre los rasgos que lo distinguen del trasfondo de la visión de mundo dominante. Su función reguladora sugiere flexibilidad y adhesión a un modelo de comportamiento adecuado en la medida en que sea legalmente posible, y tal cual prescribe la ley. Creo que la *prohibición* y la *proporcionalidad* son centrales para definir el alcance en el caso de los pueblos indígenas del norte.

Existen prohibiciones rigurosas en las sociedades indígenas tradicionales. Es notable que en algunos casos, los etnógrafos que describen estas normas señalan que cuando se les pregunta a las personas “por qué”, responden “está prohibido” sin entrar en detalles. Creo que esto se relaciona más con el hecho de que perciben que esta respuesta es suficiente que con una incapacidad de decir por qué (la norma no puede ser olvidada parcialmente: o “vive” entera o es abandonada o inaplicable por completo).

Los conceptos de proporcionalidad y prohibición están estrechamente interrelacionados en el derecho consuetudinario. Las personas no sólo observan el principio de proporcionalidad, sino que también acatan la prohibición de su violación. La medida se define principalmente en relación al medioambiente, la naturaleza y la tierra. Es debido a esta norma que existe el uso tradicional de los recursos.

Por ejemplo, los criadores de renos experimentados deciden ellos mismos cuántos renos pueden tener en las pasturas que permanecen intactas después de la explota-

ción industrial del territorio. La cantidad de renos está estrictamente limitada por la condición de las pasturas. En todo caso, en el contexto actual de extracción de petróleo y con los daños ambientales resultantes, esta cifra no puede aumentar. Además de estas restricciones tecnológicas, siempre ha habido límites “naturales” en el norte que predeterminan la proporcionalidad. Ciertamente, la proporcionalidad en el uso de los recursos naturales renovables también se basaba en la cantidad y, principalmente, en la densidad de población, que en el siglo diecinueve era significativamente menor que en la actualidad. Sin embargo, había otras circunstancias. Los pueblos indígenas han estado presentando sus normas de uso de los recursos deliberadamente como normas que conservan los recursos. La sociedad indígena actual es variada: está representada por distintos grupos con distintas posturas y aspiraciones. Sin embargo, uno debería tener en cuenta que la legislación actual otorga derechos especiales sólo a quienes mantienen un modo de vida tradicional. Según la lógica de los legisladores, el alcance de las costumbres se limita a aquellos ámbitos en los que su naturaleza legal se revela con mayor facilidad: las cortes, la comunidad clánica⁴ y el territorio de la administración tradicional de los recursos. Por supuesto, la ideología del derecho consuetudinario no siempre se puede aplicar en la práctica. Las normas del derecho consuetudinario son más relevantes en la vida real que una ley aprobada por el estado; sin embargo, al igual que las leyes, son violadas. Los pueblos indígenas que llevan un modo de vida tradicional son medidos en sus interacciones con el medioambiente, ya que es la base de su subsistencia.

En una sociedad tal, no se discute lo que no está permitido. Es importante seguir las *prohibiciones* en la vida de uno y transmitir el conocimiento de ellas a los hijos. Creo que se puede hablar de la naturaleza prohibitiva de las normas del derecho consuetudinario. Este rasgo es realmente aplicable en la práctica: no hay una regulación excesiva; hay ciertas prohibiciones y todo lo demás está permitido. Sin embargo, este rasgo es principalmente judicial y puede ser utilizado para justificar la introducción de costumbres legales (o el derecho consuetudinario) al marco legal estatal.

La cultura normativa de los pueblos indígenas se caracteriza por las *“prohibiciones proporcionales”*. Por ejemplo, algunas circunstancias externas pueden modificar la vida de una comunidad y hacer que no permanezca ni un solo hombre, que son los adeptos a los ritos y rituales y quienes los mantienen. En esos casos, el rol de estos hombres es asumido por una mujer. Si una familia tiene una pequeña manada, entonces no mata a las ciervas como alimento para salvar a los animales pequeños. Sin embargo, si en algún momento la carne de cierva se convierte en el único alimento disponible para las personas, esta prohibición puede ser removida.

En cambio, hay que señalar que el estado sugiere su propio modelo: el de la *“prohibición desproporcionada”*. Por ejemplo, en Sakhalin, a los pueblos indígenas se les prohíbe pescar en el río Tym’ durante todo el año porque el río es un arroyo donde desovan los peces. El pescado es su principal, y, en algunos casos su única, fuente de alimento. Como consecuencia de esta prohibición, las empresas estatales pescan en este río y dan 100kg de pescado (que no es suficiente) por persona a la población; la gente se ve privada de una oportunidad de participar en su actividad tradicional preferida y se queda sin empleo, sufriendo todas las problemas económicos y psicológicos que se derivan de ello. Por lo tanto, tanto las agencias estatales como la población violan estas normas ambientales. Existe una prohibición similar contra la caza de ballenas impuesta a los inuit de Chukotka, un grupo étnico para el cual esta actividad tiene un significado cultural de importancia fundamental.

Otro componente importante del sistema tradicional de derecho consuetudinario es la *construcción y deconstrucción de la norma*. Es debido a su naturaleza cambiante que una costumbre que se convierte en norma social impide el desarrollo de la misma y gradualmente la deconstruye.

Al considerar las oportunidades para la coexistencia de los sistemas de derecho consuetudinario y de derecho estatal, nuestro país está aproximadamente en el mismo camino que ya ha sido recorrido por la comunidad global; por lo tanto, podemos aprender de su experiencia. Una de las lecciones importantes señaladas por Rouland es que

el contenido y la lógica del derecho consuetudinario están mezcladas. En algunos casos, el juicio acerca de la incompatibilidad del derecho tradicional con las condiciones contemporáneas es cierto. Sin embargo, es absolutamente errado suponer que el derecho tradicional es incapaz de producir nuevas normas legales, ya que la flexibilidad y la alta adaptabilidad en términos comparativos siempre han sido reconocidas como características de la costumbre. Y si una cantidad de reformas agrarias y codificaciones a menudo tuvieron resultados insatisfactorios, esto se debió a que sus prescripciones eran percibidas por la población como una especie de ley impuesta desde afuera. En lugar de modificar la ley tradicional, sería mejor crear las condiciones para su transformación gradual y no tratarla autoritativamente, lo cual resultaría en su abolición. (Rouland 1999: 206)

Ahora bien, consideremos las oportunidades para utilizar el derecho consuetudinario que brinda la legislación federal actual, así como los desafíos que puedan surgir en el proceso de considerar las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del

norte, tal cual plantean las leyes. La aplicación de la nueva legislación por parte de los pueblos indígenas mismos, incluyendo el recurso legal, puede convertirse en la mejor evidencia de su efectividad.

Un análisis de la protección legal contemporánea de los derechos de los pueblos indígenas numéricamente pequeños muestra claramente sus diferencias distintivas en relación con los métodos y enfoques de las “cortes tradicionales”. Este tipo de corte estuvo guiada principalmente por las costumbres de las personas y este estudio de caso puede ser utilizado para explorar un método de protección legal de este tipo. De hecho, la literatura y los registros oficiales sólo pueden ser utilizados para juzgar las cortes que han surgido y se han desarrollado bajo la influencia y el control del estado. Uno de sus rasgos principales fue su naturaleza conciliatoria; “Su corte no era de ninguna manera una forma de castigar a una persona que había violado una ley, sino un método para la administración de conflictos, y una de las funciones más importantes de la ley era la expiación del mal” (Zibarev 1990: 66-67). El acusado tenía todas las oportunidades para demostrar su inocencia, por la cual se hacía un juramento, incluyendo el ritual del “juramento de la pata de oso”, que es común entre los muchos pueblos indígenas

del norte. La corte tradicional fue reemplazada en el siglo veinte por otros métodos de administración del conflicto que previamente habían coexistido en la sociedad. La prevención del conflicto a través del cumplimiento de ciertas normas y de la transmisión del conocimiento de estas normas a las generaciones siguientes estaba entre estos métodos. Estas normas incluyen, principalmente, las costumbres que regulan las relaciones familiares, las visitas y las actividades de caza. Es el potencial de tolerancia hacia la cultura legal de los pueblos indígenas del norte lo que no parece interesarle a la sociedad contemporánea. Por lo tanto, es especialmente útil emplear las costumbres conciliatorias y las diferentes técnicas de negociación como formas alternativas de manejar los conflictos. Si el conflicto no puede ser resuelto, las partes deberían llevar el caso a las cortes. Esto también puede facilitar la creación de una opinión pública favorable en los procesos judiciales.

El derecho consuetudinario en las cortes

La legislación actual menciona en primer lugar la noción de “costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas

*Niños nivkh aprendiendo a cortar el pescado en el norte de Rusia.
Foto: Natalya Novikova*



numéricamente pequeños” en la Ley Federal “Sobre garantías a los derechos de los pueblos indígenas numéricamente pequeños de la Federación Rusa” (1999) en uno de sus artículos principales, donde habla de la “Protección legal de los derechos de los pueblos indígenas numéricamente pequeños” (Artículo 14):

Las personas pertenecientes a los pueblos numéricamente pequeños, así como las asociaciones de pueblos numéricamente pequeños, tienen derecho a la protección legal del medioambiente primordial, el modo de vida tradicional, las actividades económicas y las artesanías, que se implementará en el orden prescripto por las leyes federales.

Durante la instrucción legal de casos donde personas pertenecientes a pueblos numéricamente pequeños son demandantes, demandados, víctimas o acusados, las costumbres y tradiciones de estos pueblos pueden ser tomadas en consideración cuando no entren en conflicto con las leyes federales y las leyes de los sujetos de la Federación Rusa.

La participación de representantes autorizados de los pueblos numéricamente pequeños en la protección legal mencionada anteriormente está permitida para los fines de una defensa legal eficiente.

Ni las cortes ni los representantes mismos de los pueblos indígenas actualmente entienden cómo o qué costumbres pueden aplicar. Para ser más precisos, pueden tener una opinión distinta en este sentido. La explicación de esta cuestión es extremadamente importante, porque es la corte la que puede facilitar el cumplimiento de nuevas leyes. ¿Qué costumbres y tradiciones pueden ser tomadas en cuenta? Aparentemente, aquellas cuyo incumplimiento ha resultado en la violación de los derechos de un demandante. Una persona no puede simplemente presentarse ante una corte y decir que la tierra le pertenece por tradición o que pesca en estos lugares durante todo el año por tradición y pensar que, en el caso de un conflicto por el uso de recursos, la corte necesariamente fallará a favor de los pueblos indígenas. Al considerar las oportunidades para la aplicación de esta ley, nos enfrentamos a desafíos importantes. A su vez, se nos otorgan posibilidades casi infinitas. Si podemos demostrar en una corte que el derecho fue violado y debería ser restituido no sólo de acuerdo con el derecho estatal, sino también según una norma, costumbre o las tradiciones de la sociedad a la cual pertenece el demandante o el acusado, entonces podremos vigorizar los procedimientos legales en nuestro país. Con este fin, deberá realizarse un trabajo considerable para interpretar estas costumbres y determinar su naturaleza legal. Y en primer lugar, esto debería ser un trabajo teórico. Los pueblos indígenas que viven de acuerdo con la tradición a menudo sólo recono-

cen la tradición oral. Los adeptos de la cultura deberían ser, por lo tanto, entrevistados y consultados acerca de cómo comportarse en tal o cual situación. Esta información ciertamente debería registrarse, pero probablemente para ser leída en voz alta y hecha pública, más que para presentarla ante una corte por escrito o como publicación. Uno no debería percibir esto como un proceso artificial. Si las leyes existentes, tomando en cuenta todos los poderes estatales, no se aplican o no son relevantes para la vida cotidiana, entonces será tanto más difícil inventar “normas artificiales de derecho consuetudinario”; simplemente serán ignoradas por la gente.

Un análisis de las situaciones en las cuales una costumbre puede ser invocada en una corte implica una investigación altamente compleja y multifacética que sólo puede realizarse a través de los esfuerzos conjuntos de abogados y etnógrafos. Sólo me atreveré a expresar algunas consideraciones. Para que una costumbre sea invocada en una corte debería tener rasgos legales y un potencial inherente para cumplir con el espíritu de la ley. Las costumbres de administración de recursos basadas en la ideología de ahorro de recursos de la sociedad tradicional son la sugerencia más obvia en este sentido. Si la naturaleza legal de una costumbre se demuestra en una corte, esta costumbre puede ser utilizada para proteger derechos. Los principios del derecho consuetudinario, que pueden servir de guía para los jueces que utilizan las normas tradicionales pueden ser formulados.⁵ Una evaluación legal etnológica también puede facilitar considerablemente que se hagan valer las disposiciones de la ley (Novikova 2005).

Debería suponerse que el estado está interesado o debería estar interesado en la conservación de la naturaleza y biodiversidad del norte y que debería abogar por un desarrollo sustentable; por lo tanto, debería apoyar a aquellas personas cuyo modo de vida brinda oportunidades para un desarrollo de este tipo. Sin embargo, sólo las personas que llevan un modo de vida tradicional tienen el derecho legal y moral a este tipo de apoyo estatal. Las normas del derecho consuetudinario que regulan la protección del medioambiente primordial y el modo de vida tradicional fueron incorporadas al marco legal sólo porque cumplen con él. En estos casos, lo adecuado de la aplicación de esta norma, su adherencia a los aspectos humanísticos y ecológicos de la legislación actual, principalmente la Constitución de la Federación Rusa, pueden ser demostrados ante una corte.

Los comentarios a la Ley “Sobre las garantías a los derechos de los pueblos indígenas numéricamente pequeños de la Federación Rusa” indican que esta ley específica las normas dispuestas en el Artículo 46 de la Constitución de la Federación Rusa, a través del cual todos los habitantes tienen garantizada la protección de sus derechos y libertades (Krylov 1999:146-148). Esta garantía es especialmente relevante para los pueblos indígenas, ya

que su libertad en el contexto contemporáneo es limitada debido a las discrepancias entre sus principios y métodos de administración de los recursos, su visión de mundo, la organización de la vida familiar y, muy a menudo, las mismas bases de su existencia y actividad económica y las de la sociedad dominante. El comentario a la ley resalta que:

En la práctica judicial, el significado de las tradiciones y las costumbres como fundamento de la evaluación de los hechos legales tiene un reconocimiento virtualmente generalizado; sin embargo, el hecho de que los jueces a menudo no son conscientes de las tradiciones y costumbres de los participantes del juicio legal es un desafío. Esta conciencia es especialmente importante en casos donde se mencionan las costumbres y tradiciones de los pueblos numéricamente pequeños, que no están ampliamente reconocidas ni registradas en documentos.

Esta norma legal “brinda una oportunidad para investigar las circunstancias del caso tan plena y objetivamente como sea necesario. Debe remarcarse que, según la ley, las cortes tienen el derecho a tomar en cuenta las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas numéricamente pequeños en casos penales, civiles y de arbitraje” (Krylov 1999:146-148).

No soy abogada y por lo tanto me limitaré a algunos comentarios sobre el tema complicado de considerar las costumbres en la legislación de procedimiento. Me refiero a la “prohibición de hablar” y al silencio en la cultura tradicional. En situaciones de conflicto, el comportamiento de los pueblos indígenas puede dar una falsa impresión de culpabilidad. Por ejemplo, en la tradición de muchos pueblos indígenas está prohibido mirar a alguien directamente a los ojos, especialmente a ciertas personas, como un hombre mayor. El juez inconscientemente percibe tal comportamiento como una muestra de culpabilidad. De hecho, abogados canadienses me han comentado acerca de un problema similar.

El comportamiento de los pueblos indígenas en las cortes se relaciona con su falta de experiencia en estos asuntos. Como la mayoría de las personas en nuestro país, carecen del conocimiento y las pericias legales necesarias. A su vez, hay muchos tabúes en la cultura indígena: por ejemplo, se prohíbe hablar de los niños pequeños o de las tierras sagradas. En un caso judicial, los participantes no dijeron que había un bebé (de menos de un año) presente mientras estaban incumpliendo la ley. Un niño de esta edad está en una posición que bordea entre el mundo espiritual y el humano, y no pertenece a este mundo ni al otro. Esta información podría haber resultado en un fallo judicial distinto; sin embargo, de acuerdo con las creencias de los nenet y lo khanty, no se puede hablar de un niño de esta edad con extraños o en presen-

cia de extraños para no causarle ningún daño. Desgraciadamente, en ese momento no había ningún antropólogo presente que pudiera haber actuado como un mediador experto ante la corte.

El derecho consuetudinario y la regulación de la administración tradicional de recursos en la ciudad

El posible rol de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas para proteger sus derechos a los recursos naturales es de particular interés para un análisis de las oportunidades brindadas por el sistema de derecho consuetudinario a los pueblos indígenas urbanos. Según la Ley “Sobre el mundo animal”, los pueblos indígenas y sus asociaciones tienen derecho al uso prioritario del mundo animal, siempre y cuando su “cultura y modo de vida únicos incluyan métodos tradicionales para proteger y administrar los objetos del mundo animal” (Artículo 49). Si bien esta ley no menciona el derecho consuetudinario directamente, uno de sus rasgos evidentes es el hecho de que las costumbres legales regulan sus actividades vitales. La observancia de estas costumbres en la administración de recursos puede ser utilizada –y de hecho lo es– para demostrar que tales pueblos o tales comunidades o emprendimientos clánicos tienen derecho a un uso prioritario de los recursos. Los pueblos indígenas urbanos podrían considerar las mismas características como evidencia de su derecho a un estatus especial. No es casualidad que las costumbres legales estén definidas en la Ley “Sobre los territorios de administración tradicional de la naturaleza de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del Norte, Siberia y el Lejano Oriente de la Federación Rusa”. Según esta ley, el uso de los recursos naturales se ejerce “en cumplimiento de la legislación y las costumbres de los pueblos indígenas” (Artículo 13). Por lo tanto, vemos que la administración tradicional de los recursos humanos es *per se* inalienable de la observancia de las costumbres legales.

El autogobierno brinda oportunidades máximas para regular las actividades de vida a través de las costumbres legales. Por ejemplo, la Ley “Sobre los principios generales de organización de las comunidades de pueblos indígenas numéricamente pequeños del Norte, Siberia y el Lejano Oriente de la Federación Rusa” brinda una oportunidad para regular cuestiones de desarrollo interno de la comunidad de acuerdo con las costumbres. El Artículo 4 de esta ley plantea que:

Las decisiones sobre la organización interna de las comunidades pueden tomarse en base a las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, siempre que no sean contradictorias con la legislación federal y la legislación

de los sujetos de la Federación Rusa y que no violen los intereses de otros grupos étnicos y ciudadanos.

En este caso, la intervención estatal resulta ser mínima. A su vez, es este tipo de situación que ofrece una oportunidad para utilizar el potencial regulatorio del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. La situación en la ciudad de Poronaisk, provincial de Sakhalinskaia, es un ejemplo del autogobierno territorial público. Los pueblos nivkh, ul'ta y nanai que habitan aquí han organizado más de diez comunidades clánicas a orillas de la Bahía de Terpeniya. Para administrarlas, se estableció un consejo de comunidades clánicas. Las actividades de las comunidades se basan en una síntesis del derecho positivo y consuetudinario. La distribución de cuotas es el mecanismo principal para ejercer los poderes de autoridad de los organismos indígenas. Es este "recurso administrativo" el que une todo el sistema. Y mientras la población entienda esta práctica como justa, seguirá siendo efectiva. En situaciones de conflicto, que inevitablemente surgen, el consejo de comunidades clánicas ejerce su autoridad, aunque gradualmente se está desarrollando un sistema para resolver los conflictos de la vida a través de medios legales. S.S. Alekseev describe tales situaciones con bastante precisión:

A diferencia del concepto generalizado del derecho consuetudinario como un fenómeno primitivo, arcaico e históricamente transitorio, existen motivos firmes para considerar al derecho consuetudinario como un ejemplo clásico de la compatibilidad entre cualidades aparentemente incompatibles del derecho- su carácter de organismo (institucionalidad) rígido y las peculiaridades del derecho vivo, nacido de la vida misma. Las normas del derecho consuetudinario, ciertamente, son la base normativa de las soluciones legales a los problemas de la vida. (Alekseev 2000:107)

El derecho consuetudinario como regulador de las relaciones con las empresas industriales

En el pasado, el derecho consuetudinario regulaba las relaciones dentro de un grupo demarcado territorial y étnicamente; hoy en día puede servir para regular las interacciones con el mundo externo, predeterminando el estado público (estatal) de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas mismos pueden tener un papel de liderazgo en este proceso, explicando a otros cómo deberían comportarse de acuerdo con sus normas. Por supuesto, la aplicación de las costumbres a la protección legal de los derechos de los pueblos indígenas será el método más efectivo para incorporar estas normas al sistema legal y a la vida contemporánea. Pero este no es

el único método; también es muy importante introducir las normas de vida de la población indígena que vive y trabaja en el norte.

Daré un ejemplo. En marzo de 2003, se festejó un feriado, el Día de los Criadores de Renos, en la ciudad de Nadym. Simultáneamente, había una conferencia de trabajadores de la industria del gas en la ciudad y los participantes también fueron invitados a los festejos. Se les ofreció un "Manual para invitados a los campamentos de cría de renos (comportamiento ético para invitados a los campamentos)" preparado por N.I. Vozhdaeva. El manual indicaba que

Deben saber que existe un código de reglas de comportamiento no escritas que los invitados a los campamentos de cría de renos deberán seguir. Es inaceptable caminar por encima de la cama adentro de la carpa. No se deben tocar las cosas y las ropas y, especialmente, las reliquias familiares –deidades al costado de la cama- a menos que sea estrictamente necesario. Las mujeres invitadas al campamento deberán prestar atención especial a estas reglas. Es inaceptable caminar por encima de los elementos del hogar y las pertenencias de los hombres de la tundra (un lazo, un palo de khorei, etc.), caminar alrededor de la carpa o acercarse a los trineos sagrados. Durante las comidas que se sirven en una carpa, se recomienda que las mujeres no se sienten con las piernas sobre la cama. Además, ninguna mujer nenets ha intentado jamás violar abiertamente estas u otras costumbres y prohibiciones antiguas de los criadores de renos y la violación de ellas será condenada por todos, tanto en el campamento como en el clan. Incluso las familias nenets urbanas que viven de acuerdo con las normas y reglas de otra civilización siempre observan estrictamente los ritos, costumbres y creencias de sus familiares durante sus visitas a las tierras nativas. Debido a una pérdida parcial de su visión de mundo tradicional, no siempre pueden explicar las supersticiones, costumbres y prohibiciones que siguen manteniendo. Los habitantes de la tundra siguen estas reglas estrictamente y esperan que sus huéspedes hagan lo mismo. Los invitados deberán por lo tanto tomar en cuenta todas estas reglas durante su estadía en un campamento de criadores de renos para no ofender o "profanar" su vida y cultura cotidiana.

El conocimiento de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas puede ser utilizado en las negociaciones con las empresas industriales y en el proceso de evaluación etnológica. Ciertamente, uno debería basarse en un conocimiento de las leyes; sin embargo, el conocimiento y la observación de las costumbres les da a los pueblos indígenas el derecho moral a luchar por sus derechos legales. Es este planteo el que puede ser compartido, y de hecho lo es, entre la gente que trabaja en la in-



Mujeres indígenas sakhalin estudiando un libro sobre ellas mismas – Foto: Natalya Novikova

dustría en el norte. Las costumbres son un componente muy importante del estatus de los pueblos indígenas en el mundo contemporáneo.

Hoy en día, la protección de los sitios sagrados es un problema de interés actual relacionado con la teoría del pluralismo legal. En el derecho consuetudinario de los pueblos del norte, son sagrados debido a que la gente constantemente, e incluso mentalmente, realiza ciertas acciones en relación con estos sitios para asegurarse el bienestar de sus familias y la continuidad del espacio cultural. Los especialistas son conscientes de que los sitios sagrados sólo pueden ser identificados a través de medios etnográficos; además, la gente a menudo no quiere llamar la atención de los extraños a estos sitios, ya que tienen una justa preocupación acerca de las consecuencias negativas que esto podría tener. Sin embargo, estos sitios y otros elementos de la herencia cultural intangible actualmente requieren protección legal.

En el norte, ya se ha adquirido experiencia en el estudio y la protección de sitios sagrados. La Asociación de Pueblos Indígenas Numéricamente Pequeños del Norte, Siberia y el Lejano Oriente inició e implementó el proyecto “Importancia de la protección de los sitios sagra-

dos de los pueblos indígenas del Ártico” (en los territorios de los Distritos Autónomos de Yamalo-Nenetskii y Koriakskii) (Murashko 2007).

En la legislación de algunas entidades federales, se han hecho intentos para resolver este problema legalmente. Por ejemplo, la Ley “Sobre los objetos del patrimonio cultural del Distrito de Yamalo-Nenetskii” fue aprobada en 2006. Resalta las características específicas y distintivas del modo de vida tradicional de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte. La Ley “Sobre los objetos del patrimonio cultural” debería jugar un rol decisivo en la preservación de la cultura nenets, particularmente en el proceso de evaluación histórica y cultural garantizado por la legislación. El Artículo 8 de la Ley define los siguientes objetos del patrimonio cultural de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte:

1. Sitios familiares, clánicos y nacionales sagrados y religiosos de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte en el distrito autónomo (de aquí en adelante, sitios sagrados de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte);

2. Sitios familiares y clánicos de sepultura de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte en el distrito autónomo (de aquí en adelante, sitios de sepultura de los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte);
3. Sitios de recordación familiar, clánicos y nacionales;
4. Zonas de producción de artesanías;
5. Otros objetos que representen un valor particular para los pueblos indígenas numéricamente pequeños del norte.

La ley también determina los derechos de estos pueblos a la protección de los sitios sagrados de acuerdo a sus *costumbres*.

Los estudios de campo señalan la necesidad de una regulación legal de las cuestiones relacionadas con la protección de los sitios sagrados como parte importante del patrimonio histórico y cultural y de las prácticas religiosas contemporáneas de los pueblos indígenas numéricamente pequeños en las distintas regiones donde habitan. Esta tarea se agudiza en relación con la intensa explotación industrial en los territorios del norte. Hay métodos específicos para el uso y la preservación del patrimonio histórico y cultural en las culturas de los distintos pueblos. La ignorancia de estos métodos y la violación de las normas del derecho consuetudinario que corresponde a las tradiciones de estos pueblos tienen consecuencias negativas y pueden llevar a una mayor tensión y conflicto social.

* * *

El sistema legal existente en Rusia brinda oportunidades para las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas numéricamente pequeños en relación con la protección legal, la administración de recursos y la regulación de los asuntos locales. El derecho consuetudinario es un remedio legal importante para estos pueblos. En el contexto de unas fronteras cada vez más borrosas entre los pueblos indígenas y el resto de la población en distintas esferas de la vida, la administración tradicional de los recursos y el conocimiento tradicional, particularmente legal, de los pueblos indígenas se vuelven las características más destacadas de su situación legal nacional. ○

Notas

- 1 Este trabajo fue preparado bajo el proyecto, con el apoyo de un subsidio RFH 10-01-00028.
- 2 Natalya Novikova es candidata de ciencias en historia y trabaja como investigadora del Instituto de Etnología y Antropología de la Academia Rusa de Ciencias. Ha hecho trabajo de campo con los indígenas khant, mansi, los nenets de los bosques, nivkh y orok. Ha escrito más de cien publicaciones académicas sobre etnología y antropología legal de los pueblos indígenas del norte, y las interrelaciones entre los pueblos indígenas y las industrias en Siberia occidental y la Isla de Sakhalin en el contexto del derecho internacional, nacional y consuetudinario. Trabaja como directora ejecutiva

de *Etnoconsulting LLC.*, una organización que brinda servicios de consultoría y evaluaciones de expertos de las relaciones etnoculturales y etnoconfesionales. Este artículo fue traducido al inglés por Olga Povoroznyuk

- 3 La Federación Rusa es una sociedad multiétnica y alberga a más de 100 pueblos. De estos, 41 han sido legalmente reconocidos como "pueblos indígenas numéricamente pequeños del Norte, Siberia y el Lejano Oriente". Este estatus está ligado a las condiciones de que los pueblos no tengan más de 50.000 miembros, que mantengan un modo de vida tradicional, habiten ciertas regiones remotas de Rusia y se identifiquen como un grupo étnico diferenciado.
- 4 Una *Rodovaia obshchina* (literalmente, una "comunidad clánica") es una unidad económica de individuos que representan principalmente a los pueblos indígenas numéricamente pequeños del Norte, Siberia y el Lejano Oriente de Rusia. Su actividad se basa en las industrias "tradicionales" (cría de renos, caza, pesca y recolección). Los legisladores que redactaron la ley federal sobre las *obshchinas* esperaban que estas unidades tuvieran el rol de organismos de autogobierno de los clanes y las comunidades indígenas. Sin embargo, en la práctica, desde su establecimiento, las *obshchinas* han tenido un papel como emprendimientos económicos que emplean no sólo a los parientes, sino a los amigos y conocidos (*nota de la traductora*).
- 5 Esta cuestión fue discutida en 2005 en: Thematic Issue, "Obychnoe Pravo Segodnia". *Etnograficheskoe Obozrenie* 5.

Referencias

- Griffiths, J., 1986: What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism* 24: 1-50.
- Alekseev, S.S., 2000: Pravo na Poroge Novogo Tysyacheletia: Nekotorye Tendentsii Mirovogo Pravovogo Razvitiia – Nadezhda i Drama Sovremennoi Epokhi. Moscú: Statut
- Benda-Beckmann, K. von, 1999: Zachem Bespokoit'sia o Pravovom Pliuralizme? Voprosy Izucheniia i Osushchestvleniia Politiki Pravovogo Pliuralizma. *En Obychnoe Pravo i Pravovoi Pliuralizm*. Natalia I. Novikova y Valerii A. Tishkov, eds. Págs. 9-13. Moscú: Institut Etnologii i Antropologii RAN
- David, R., 1967: Osnovnye Pravovye Sistemy Sovremennosti: Sravnitel'noe Pravo. Moscú: Progress.
- Zibarev, V.A., 1990: Iustitsiia u Malykh Narodov Severa. Tomsk: Izdatel'stvo Tomskogo Gosudarstvennogo Universiteta
- Murashko, O.A., ed., 2007: Znachenie Okhrany Sviashchennykh Mest Arktiki: Issledovanie Korennykh Narodov Severa Rossii. Moscú: AKMNS i DV RF.
- Zor'kin, V.D. y L.V. Lazarev, eds., 2009: Kommentarii k Konstitutsii Rossiiskoi Federatsii. Moscú: Eksmo
- Krylov, B.S., ed., 1999: Kommentarii k Federal'nomu Zakonu "O Garantiiakh Prav Korennykh Malochislennykh Narodov Rossiiskoi Federatsii". Moscú: Izdanie g-na Tikhomirova M.Ui.
- Novikova, N.I., 2005: Obychnoe Pravo Narodov Severa: Vozmozhnosti i Ogranicheniia Gosudarstvennoi Pravovoi Sistemy. Número temático, "Obychnoe Pravo Segodnia". *Etnograficheskoe Obozrenie* 5: 4-15.
- Roulard, N., 1999: Iuridicheskaiia Antropologiia. Moscú: Norma.

Natalya Novikova es historiadora e investigadora del Instituto de Etnología y Antropología de la Academia de Ciencias Rusa. Ha realizado trabajo de campo entre los indígenas Khants, Mansi, Nenets, Nivkhs y Oroks. Es autora de más de cien publicaciones académicas sobre etnología y antropología jurídica sobre los pueblos indígenas del Norte y sus relaciones con compañías de Siberia occidental y de la Isla de Sakhalin, en relación al derecho nacional, internacional y derecho consuetudinario.

IWGIA - GRUPO INTERNACIONAL DE TRABAJO SOBRE ASUNTOS INDIGENAS

Objetivos y actividades de IWGIA

El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas es una organización internacional constituida por miembros, políticamente independiente y sin fines de lucro.

IWGIA colabora con pueblos indígenas de todo el mundo apoyando su lucha por los Derechos Humanos y la autodeterminación, el derecho al control de la tierra y los recursos, la integridad cultural y el derecho al desarrollo. El propósito de IWGIA es defender y refrendar los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo con sus propios esfuerzos y deseos. Un objetivo importante es otorgar a estos pueblos la posibilidad de organizarse por sí mismos, así como establecer canales a fin de que las propias organizaciones indígenas puedan reclamar por sus derechos.

IWGIA trabaja a nivel local, regional e internacional a fin de promover la participación, la comprensión y el conocimiento de la causa de los pueblos indígenas.

Las actividades de IWGIA incluyen: publicaciones, trabajo por los Derechos Humanos, red de contactos, conferencias, campañas y proyectos.

Para mayor información sobre el trabajo de IWGIA consulte por favor nuestra página web: www.iwgia.org

Publicaciones

IWGIA publica un anuario - *El Mundo Indígena/The Indigenous World*- y una revista trimestral: *Asuntos Indígenas/Indigenous Affairs*. Cada año, además, se editan una serie de libros que temáticamente tratan sobre asuntos indígenas.

Toda sugerencia y contribución a las publicaciones de IWGIA son bienvenidas y deberán ser entregadas al editor correspondiente.

Las publicaciones de IWGIA se pueden encargar por:

- correo electrónico: iwgia@iwgia.org
- fax: +45 35 27 05 07

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo financiero de la Unión Europea. El contenido de esta revista es exclusiva responsabilidad de IWGIA y bajo ninguna circunstancia refleja la posición de la Unión Europea.

CONSEJO INTERNACIONAL

Espen Wæhle (presidente), Diana Vinding, Mark Nuttall, María Teresa Quispe y Christina Nilsson

SECRETARIADO INTERNACIONAL

Directora: Lola García-Alix

Coordinadores de programas:

- **América Central y del Sur:** Alejandro Parellada
- **Africa:** Marianne Wiben Jensen & Geneviève Rose
- **Asia:** Christian Erni & Christina Nilsson
- **Rusia:** Johannes Rohr
- **Derechos Humanos y cambio climático:** Lola García-Alix, Kåthe Jepsen & Kathrin Wessendorf
- **Responsable de asuntos del Ártico:** Kathrin Wessendorf
- **Comunicación & publicaciones en inglés:** Kathrin Wessendorf & Cæcilie Mikkelsen
- **Publicaciones en español:** Alejandro Parellada

Administración: Zoya Shahbazian

Secretaría: Annette Kjærgaard

Página web: Cæcilie Mikkelsen

Archivo de fotos-biblioteca: Nadia Sander Strange

Gráfica, tipografía y layout: Jorge Monrás

Estudiante asistente: Louise Bleeg & Nadia Sander Strange

JUNTA CONSULTIVA DE IWGIA

Alberto Chirif
Albert Barume
Ana Cecilia Betancourt
B.R. Shyamala Devi
Benedict Ole Nangoro
Birgitte Feiring
Carlos Romero
C.R. Bijoy
Chandra Roy-Henriksen
Dalee Sambo Dorrough
Efraín Jaramillo
Geoff Nettleton
Inger Sjørnslev

Jannie Lasimbang
Kim Carstensen
Kuupik Kleist
Morita Carrasco
Paul Oldham
Pedro García Hierro
Peter Jull
René Fürst
Sarah Pritchard
Sharon Venne
Sidney L. Harring
Suhas Chakma
Terence Turner



Miguel González, Araceli Burguete Cal y Mayor & Pablo Ortiz

LA AUTONOMIA A DEBATE

AUTOGOBIERNO INDIGENA Y ESTADO PLURINACIONAL EN AMERICA LATINA

En las últimas tres décadas el tema de la autonomía indígena adquirió singular importancia, tanto en los discursos y propuestas del movimiento indígena, como en los debates sobre la reconfiguración del Estado en América Latina. Esta publicación analiza las diversas modalidades de ejercicio de las autonomías territoriales indígenas y multiétnicas y sus relaciones con los Estados en América Latina. Adicionalmente se debate los alcances y desafíos de los procesos constituyentes en Bolivia y Ecuador sobre los temas de autonomía y Estado plurinacional.

FLACSO, GTZ, IWGIA, CIESAS & Universidad Intercultural de Chiapas – 2010
ISSN 978-9978-67-264-8 – 595 páginas



Darío Aranda

ARGENTINA ORIGINARIA

GENOCIDIOS, SAQUEOS Y RESISTENCIAS

¿Cuáles son las continuidades las practicas genocidas contra los indígenas de Argentina? ¿Qué relación hay entre la brutalidad del modelo económico extractivo y la defensa de los derechos indígenas? A partir de estas preguntas el periodista Darío Aranda recorre un largo camino que cruza la historia de la impunidad y el mapa actual de los conflictos que afectan a las comunidades indígenas de Argentina.

IWGIA & LAVACA – 2010
ISBN 978-987-21900-6-4 – 167 páginas



Beatriz Huertas Castillo

DESPOJO TERRITORIAL, CONFLICTO SOCIAL Y EXTERMINIO

PUEBLOS INDIGENAS EN SITUACION DE AISLAMIENTO, CONTACTO ESPORADICO Y CONTACTO INICIAL DE LA AMAZONIA PERUANA – DOCUMENTO 9

Este documento es parte de una serie de publicaciones que actualiza la situación de los pueblos indígenas en aislamiento en la Amazonía y el Gran Chaco paraguayo. Los documentos publicados hasta ahora son de Paraguay (Documento 4), Bolivia (Documento 6), Venezuela (Documento 8) y Ecuador (Documento 7). Durante 2011 se editarán los informes correspondientes a Colombia y Brasil.

IWGIA, FENAMAD, CIPIACI & IPES – 2010
ISBN 978-87-91563-91-1 – 66 páginas