

# Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española

Volumen V

Retos en el siglo XXI

**DIRECTORES:**

**ANTONIO PÉREZ MIRAS**

**GERMÁN M. TERUEL LOZANO**

**EDOARDO C. RAFFIOTTA**

**MARIA PIA IADICICCO**

**COORDINADORA:**

**SILVIA ROMBOLI**



eucons



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Eucons es un proyecto Jean Monnet, financiado por el programa Erasmus+ de la Comisión Europea, que nace con el objeto de promover el debate académico sobre las bases constitucionales de la construcción europea. Apuesta por el reconocimiento de una “cultura constitucional común europea”, a través de la cual poder afrontar los desafíos de nuestras democracias y del proceso de integración supranacional.

Este diálogo se sustenta en tres pilares: 1) rigor y excelencia académica, para lo cual se cuenta con un comité científico internacional que apoya a la organización y orienta el diseño de las actividades que se realizan; 2) carácter intergeneracional, buscando el diálogo entre las distintas generaciones de universitarios y promoviendo la participación de los más jóvenes junto a consagrados académicos; 3) dimensión europea, tanto por los temas que aborda como por los participantes e integrantes de esta red de investigadores.

Este proyecto está coordinado por Germán M. Teruel Lozano, profesor de Derecho constitucional en la Universidad de Murcia; Antonio Pérez Miras, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Granada; y por Edoardo C. Raffiotta, profesor de Derecho constitucional de la Universidad de Bolonia. Y colaboran la Universidad de Murcia, como responsable del proyecto, la Escuela Internacional de Doctorado de la UNED, la Escuela de Doctorado de Derecho de la Universidad de Bolonia y el Seminario Ítaloespañol de estudios constitucionales.

Precisamente este último, el Seminario Ítaloespañol, fue el origen de este proyecto. El mismo se creó como un grupo de estudio en 2011 por iniciativa de jóvenes investigadores españoles e italianos, en el ámbito de colaboración entre la Universidad de Bolonia y el Real Colegio de España en Bolonia. Esta red de investigadores ha venido promoviendo la celebración de un congreso bienal desde entonces, con 4 ediciones hasta el momento: Bolonia (2012), Madrid (2014), Catania (2016) y Murcia (2018). Las cuales han dado lugar a distintas obras colectivas que han afrontado diferentes temas de actualidad constitucional: la tutela de los derechos de la persona; la integración europea o cuestiones en relación con la soberanía y la representación en la era de la globalización. El último de ellos ha sido los desafíos del constitucionalismo contemporáneo con ocasión del 70 y 40 aniversario de las Constituciones italiana y española.

SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS  
DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

## CONSEJO ASESOR DE LA COLECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

Directora

**Yolanda Gómez Sánchez**

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia,  
Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la Unión Europea

**Manuel Aragón Reyes**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

**Enrique Arnaldo Alcubilla**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

**Francisco Balaguer Callejón**, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

**Andrés Betancor Rodríguez**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

**María José Ciáurriz Labiano**, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED.

**Miguel Ángel Collado Yurrita**, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario y Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**Juan Damián Moreno**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid.

**Carlos Fernández de Casadevante Romani**, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

**Teresa Freixes Sanjuán**, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, *ad personam*, de la UE.

**Eugeni Gay Montalvo**, Abogado.

**José María Gil-Robles Gil-Delgado**, Catedrático Jean Monnet, *ad personam*, de la UE y Presidente de la Fundación Jean Monnet pour l'Europe.

**Vicente Gimeno Sendra**, Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.

**Doctora Tania Groppi**, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena.

**Emilio Jiménez Aparicio**, Abogado.

**Diego Manuel Luzón Peña**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares.

**Fernando Martín Díz**, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

**Elisa Pérez Vera**, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED.

**Doctor Nuno Piçarra**, Professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa.

**Miguel Recuerda Girela**, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

**José Suay Rincón**, Catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

**Antonio Torres del Moral**, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED.

**Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

# SETENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ITALIANA Y CUARENTA AÑOS DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

---

ANTONIO PÉREZ MIRAS  
GERMÁN M. TERUEL LOZANO  
EDOARDO C. RAFFIOTTA  
MARIA PIA IADICICCO  
(Directores)

SILVIA ROMBOLI  
(Coordinadora)

VOLUMEN V  
Retos en el siglo XXI



eucons



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union



**FUNDACIÓN CAJAMURCIA**

---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES  
MADRID, 2020

Primera edición: febrero de 2020



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

The European Commission support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents which reflects the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Con el patrocinio del Programa Erasmus+ de la Unión Europea y de la Fundación CajaMurcia.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

NIPO AEBOE: 090-20-030-0 (edición en papel).  
090-20-031-6 (edición en línea, pdf).  
090-20-032-1 (edición en línea, epub).

NIPO CEPC: 091-20-012-5 (edición en papel).  
091-20-013-0 (edición en línea, pdf).  
091-20-014-6 (edición en línea, epub).

ISBN: 978-84-340-2602-5

Depósito legal: M-37543-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

## ÍNDICE

PRÓLOGO.....	11
NOTA DE LOS DIRECTORES .....	15
NOTA DEI CURATORI .....	19

### VOLUMEN V: RETOS EN EL SIGLO XXI

#### PARTE 1. EL ESTADO SOCIAL Y LA ECONOMÍA

5.1.1	Las características del constitucionalismo neoliberal. <i>Miguel J. Arjona Sánchez</i> .....	25
5.1.2	L'aufheben del socialismo nello Stato sociale: problemi storici della scienza giuridica e nuove prospettive nel frame costituzionale repubblicano. <i>Alessandro Tedde</i> .....	41
5.1.3	Los derechos sociales en el paradigma personalista de la Constitución italiana: notas breves. <i>Giuseppe Laneve</i> .....	59
5.1.4	El principio de eficiencia en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. <i>Fernando Pérez Domínguez</i> .....	71
5.1.5	La mutación del Derecho constitucional presupuestario. <i>Rafael J. Sanz Gómez</i> .....	93
5.1.6	El «veto presupuestario» del art. 134.6 de la Constitución española como origen de un conflicto entre órganos constitucionales del Estado. <i>José Carlos Nieto Jiménez</i> .....	109
5.1.7	L'indisponibilità del tributo negli ordinamenti italiano e spagnolo: fondamento e contenuti, comparazioni e dimensione europea. <i>Antonio Guidara</i> .....	125
5.1.8.	Nuevos actores en la gobernanza económica europea: Los Tribunales Constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. <i>Daniela Dobre</i> .....	147
5.1.9	Ministro dell'economia, forma di governo e Unione europea. <i>Luca Bartolucci</i> .....	165
5.1.10	Eurobonds for Germany and Italy: a win-win solution. <i>Damiano Censi</i> .....	183

	Páginas
5.1.11 Prospettive per una Unione «sociale» europea: i vincoli di bilancio e la garanzia dei diritti sociali in Italia. <i>Giuseppe Eduardo Polizzi</i> .....	191
5.1.12 Il principio di equilibrio finanziario e i vincoli di bilancio: l'impatto delle politiche fiscali europee sui diritti sociali. <i>Antonio Tipaldi</i> .....	205
5.1.13 La extrafiscalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. <i>José Miguel Martín Rodríguez</i> .....	221
5.1.14 Constitucionalismo indígena latinoamericano y derechos sociales. <i>M.ª Concepción Pérez Villalobos</i> .....	233
5.1.15 Precisiones necesarias para comprender el proceso constituyente iniciado en Cuba con el Proyecto de Constitución de 22 de julio de 2018. <i>Antonio-Filiu Franco Pérez</i> .....	253
 <b>PARTE 2. LA ERA DE LA TECNOLOGÍA Y EL CAMBIO CLIMÁTICO</b>	
5.2.1 Il costituzionalismo nella società tecnologica. <i>Tommaso Edoardo Frosini</i> .....	273
5.2.2 La democrazia liberale alla prova della rivoluzione tecnologica: una sfida tra dati e date. <i>Marco Schirripa</i> .....	291
5.2.3 L'amministrazione e la sfida dei <i>Big data</i> . <i>Giovanna De Minico</i> ...	301
5.2.4. El derecho constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones. <i>Joaquín Sarrión Esteve</i> .....	321
5.2.5 Derechos humanos e inteligencia artificial. <i>Ana Gascón Marcén</i> ..	335
5.2.6 Dificultades específicas del e-government en el seno de Estados descentralizados. Los casos español e italiano. <i>Alfonso Sánchez García</i> .....	351
5.2.7 Retos del Derecho constitucional a la luz del cambio climático. <i>Borja Sánchez Barroso</i> .....	367
 <b>PARTE 3. LA SEGURIDAD Y LA LEGALIDAD SANCIONADORA</b>	
5.3.1 El concepto constitucional de seguridad en permanente redefinición. <i>Enrique Guillén López</i> .....	387
5.3.2 Algunas consideraciones acerca de las referencias a la dignidad en el Derecho penal. <i>Clara Moya Guillem</i> .....	405
5.3.3 ¿El Derecho Penal como instrumento de tutela de los derechos fundamentales, sociales y laborales? Un cuestionamiento desde el análisis del delito de discriminación laboral. <i>Ignacio Valentín Mayoral Narros, David Pavón Herradón</i> .....	421
5.3.4 Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador a la luz de la Constitución española: franja de convergencia y divergencia. <i>Ignacio Valentín Mayoral Narros, María José Molina García</i> ....	437

5.3.5	Sanzioni amministrative e CEDU: l'esperienza italiana. <i>Paolo Provenzano</i> .....	453
<b>PARTE 4. EL FENÓMENO RELIGIOSO</b>		
5.4.1	La laicità positiva: la cooperazione Stato-chiese nella declinazione di un «diritto dei valori». <i>Antonio Fucillo</i> .....	471
5.4.2.	La funzione nomopoietica dell'art. 20 della Costituzione italiana. <i>Ludovica Decimo</i> .....	485
5.4.3	El tratamiento jurídico del uso de prendas de vestir con connotaciones religiosas en las competiciones deportivas. <i>Elena García-Antón Palacios</i> .....	505
5.4.4	Europa militante: le «politiche» della Corte EDU sul rapporto tra libertà di espressione e tutela del sentimento religioso. <i>Andrea Gatti</i> .....	515
5.4.5	Uguaglianza <i>versus</i> Personal law: la multietnicità e i suoi rischi. Spunti a partire da Corte EDU, <i>Molla Sali c. Grecia</i> . <i>Costanza Nardocci</i> .....	531
5.4.6	Il diritto di libertà religiosa nello spazio giuridico europeo tra Carte e Corti. <i>Angela Valletta</i> .....	549
5.4.7	El pastelero Phillips no vende tartas para bodas gay. ¿Le ampara la Primera Enmienda? <i>Víctor J. Vázquez Alonso</i> .....	565

# CONSTITUCIONALISMO INDÍGENA LATINOAMERICANO Y DERECHOS SOCIALES

M.<sup>a</sup> CONCEPCIÓN PÉREZ VILLALOBOS\*  
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. Una reflexión desde Europa. 3. El desafío de los derechos indígenas para el Derecho Constitucional. Algunos ejemplos. 3.1 El derecho a la autodeterminación. 3.2 El derecho a la autonomía. 3.3 La implicación para las instituciones indígenas y estatales. 3.4 La Administración de Justicia. 4. Los derechos humanos como derechos fundamentales en su dimensión colectiva. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El Constitucionalismo social en Latinoamérica se inicia de forma temprana con la Constitución de México de 1917, conocida también como la Constitución de los derechos sociales; se convirtió en la primera a nivel mundial en contener los derechos sociales y colectivos, que matiza el modelo de gobierno liberal precedente modificándolo. El artículo 27 de esta Constitución recogía un catálogo de derechos de los campesinos, y el 123, los derechos de

---

\* Profesora titular de Derecho constitucional. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Protección de la infancia en los conflictos armados. Enfoques normativo, operativo y judicial desde la perspectiva de los derechos humanos» DER2016-80580-R, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad-FEDER.

los trabajadores, e introducía una primera concreción del principio de igualdad liberal, al considerar que, bajo los postulados del Estado social, la ley no podía ser igual para aquellos que eran social y económicamente desiguales. Cuando se celebra el centenario de esta Constitución, podemos decir que los derechos colectivos se han convertido en el tema estrella de los constitucionalistas en América Latina y, de paso, de los constitucionalistas europeos que miramos con sorpresa este desafío que vuelve a poner de actualidad los postulados de la Constitución mejicana de 1917.

Creo, sin embargo, que la Constitución mejicana no podía prever las situaciones que se han presentado en la última década del siglo xx en relación a las minorías indígenas, básicamente porque el concepto de constitucionalismo social estaba unido a la visión mercantilista de los Estados constitucionales liberales nacidos en la época revolucionaria. Pero, creo también, y es lo importante, que contenía el principio que ha permitido incorporar el derecho indígena a los modelos constitucionales sin necesidad de «desintegrar» los Estados, permitiendo que las Constituciones puedan conformar instituciones y derechos de estas comunidades que no sean contrarios a la propia Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta Declaración tenemos que tomarla como punto de partida en estas cuestiones ya que las Constituciones del siglo xx se han visto completadas por la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>1</sup>.

La Declaración Universal recoge derechos subjetivos de carácter individual, derechos que son reconocidos por los Estados y protegidos en sus Constituciones. Hasta el año 2007, las Constituciones se han afanado en encontrar las fórmulas de protección y desarrollo de estos derechos. El constitucionalismo latinoamericano, probablemente por imitación de los sistemas constitucionales occidentales, y por aplicación de las teorías jurídicas liberales, definieron

---

<sup>1</sup> De los terribles acontecimientos de las dos guerras mundiales del siglo XX surgen las aspiraciones pacifistas y de reconocimiento de derechos del hombre y de la mujer que darán lugar a la creación de las Naciones Unidas. La Organización de Naciones Unidas (ONU) se creó el 24 de octubre de 1945 por 51 países resueltos a mantener la paz mediante la cooperación internacional y la seguridad colectiva. El principio de igualdad se convirtió en uno de los ejes vertebradores de la Carta Fundacional y se inició una andadura hacia una paulatina implicación internacional por la defensa y protección de los derechos humanos. El Preámbulo de la Carta comienza declarando «la fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y en el valor del ser humano». La Asamblea General de la ONU aprobó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se recogen una serie de derechos interrelacionados, interdependientes e inherentes a todos los seres humanos sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión lengua o cualquier otra condición. Con posterioridad, la Asamblea General aprobó el Acuerdo sobre Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor en 1976, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así pues, la Declaración Universal de Derechos (DUDH), junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptados ambos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y con entrada en vigor diez años después) y los protocolos facultativos correspondientes, constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos.

los derechos individuales y crearon Estados constitucionales acordes con su entorno y con su origen histórico<sup>2</sup>.

Pues bien, en 2007, Naciones Unidas aprueban una nueva Declaración de Derechos, en este caso, de carácter colectivo, que, lógicamente, no elimina ni modifica el valor de la anterior Declaración que sigue siendo universal y de derechos humanos, pero que hay que entender como compatible y complementaria<sup>3</sup>. Esta situación supone, básicamente, un reto importante para los Estados y para sus Constituciones. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en 2007, constituye el documento más importante en relación con el reconocimiento y protección de los derechos colectivos. Pero en el contexto mencionado anteriormente la Declaración representaba un problema esencialmente constitucional, pues los derechos humanos se erigen sobre la base de un sujeto individual, no social ni colectivo, dejando de lado los planteamientos de los pueblos indígenas. Con excepción del derecho a la libre determinación<sup>4</sup>, no son reconocidos otros derechos colectivos, pues en un marco legal internacional los derechos humanos protegen a los individuos.

## 2. UNA REFLEXIÓN DESDE EUROPA

Incluso para el constitucionalismo social europeo, la revolución social que desemboca en la Constitución mejicana de 1917, no pasaba exactamente por la consideración del respeto a los derechos de carácter colectivo, ni por social podía

---

<sup>2</sup> Durante la primera mitad del siglo XIX se constituyeron los estados y se proclamaron los derechos de libertad, probablemente ignorando la base social constituida por comunidades indígenas desconocidas para el constituyente y sin contar con su consentimiento, sin un pacto social en la base del poder constituyente, presumiendo, además, que existían unas demarcaciones coloniales bien trazadas, con fronteras contiguas, por lo que no existía derecho alguno de los indígenas a un territorio diferente del territorio del Estado que se constituía; el territorio habría de corresponder siempre al estado y nunca a los pueblos. Las constituciones latinoamericanas reconocen derechos, contemplan garantías, organizan poderes –ejecutivo, legislativo, judicial– como si la sociedad fuera homogénea, como si el Estado incidiese de igual forma por todo el territorio comprendido dentro de sus teóricas fronteras. *Vid.* CLAVERO (2010, 366); CARBONELL (2010, 23).

<sup>3</sup> El artículo 46 de la citada Declaración concluye con la siguiente afirmación sobre la complementariedad de ambas declaraciones: «En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe».

<sup>4</sup> Reconocidos tanto en la propia Declaración Universal como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

entenderse en aquel contexto, las diversidades sociales de las que hoy en día hablamos (Pérez Villalobos, 2003). En nuestro contexto, la igualdad social es más compleja ya que no se trata de ser social y económicamente desiguales; se trata de ser cultural y políticamente desiguales y convivir, al mismo tiempo, en Estados que pretenden la protección de la desigualdad económica o, mejor dicho, la igualación de la desigualdad económica. Se trata, en suma, de que hoy en día, con la mentalidad del siglo XXI, los constitucionalistas europeos, entendamos, desde los postulados del constitucionalismo europeo, que la noticia de que un helicóptero ha avistado en la selva amazónica un poblado de indígenas, al parecer todavía desconocido, no significa que debemos correr a la salvación de aquéllas almas, ni a extender de forma inmediata todo el catálogo de derechos que hemos sistematizado y garantizado en nuestras Constituciones desde el siglo XVII a sus pobladores, bajo la premisa del respeto a su propia identidad. ¿O, sí?

Por otra parte, me surgen dudas acerca de si es posible acuñar el término «constitucionalismo indígena», con el que he titulado estas reflexiones y que yo prefiero para dar respuesta a esta situación. De lo que hablan las nuevas Constituciones latinoamericanas que han incorporado el elemento indígena es de «Estado Pluricultural de Derecho» para referirse a la inculturación política y social de los «nuevos Estados», en cambio, de lo que hablan los constitucionalistas es de «neoconstitucionalismo iberoamericano», haciendo una traslación del concepto europeo surgido después de la guerra mundial que provoca la aparición de Constituciones garantistas de los derechos (Ferrajoli, 2007). No vamos a entrar a definir en este momento los problemas del neoconstitucionalismo pero, sea como fuere, lo que está claro es que este nuevo constitucionalismo en Latinoamérica se ha caracterizado por recoger el problema indígena, incorporar las reivindicaciones del movimiento indigenista y defender los derechos de estas comunidades. Previamente ha conseguido definirlos en el ámbito internacional, con el elemento agravante de que en la definición de esos derechos, no discrimina entre las comunidades culturales de los pueblos en aislamiento voluntario y las que están integradas en contextos urbanos<sup>5</sup>. Cada

---

<sup>5</sup> El Convenio 169 de la OIT en su artículo 1 aporta una definición de comunidad indígena que traslada la idea de la complejidad que supone la incorporación a las Constituciones de los derechos colectivos que puedan corresponderles: «El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas».

comunidad manifiesta unas peculiaridades diferentes de carácter histórico, social y jurídico-político, que lleva a necesidades diferentes y a utilizar medios reivindicativos diferentes por cada una de estas comunidades; seguramente, requieren también soluciones distintas<sup>6</sup>. No es lo mismo hablar de derechos indígenas en Guatemala o en Colombia, que en Argentina o México.

La realidad es que el neoconstitucionalismo como nueva Teoría Jurídica está generando innumerables debates entre la doctrina, sobre todo desde la década de 1960 cuando los movimientos en favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas cobraron mucha fuerza, y, más aún, en las dos últimas décadas del siglo xx cuando se reforman las Constituciones de algunos Estados para incorporar estas reivindicaciones<sup>7</sup>. Al constitucionalismo tradicional europeo, le quedaba lejos el concepto de derechos colectivos referidos a un grupo con estructuras estables diferentes a las estatales. Fue por esto por lo que las nuevas Constituciones americanas, que se reforman después de 2007, que se descubrieron sociales, programáticas y emancipadoras de las culturas ancestrales presentes aún en América Latina, por un momento, nos sorprendieron. Nos pilló a contrapié porque estábamos abstraídos en profundizar en los elementos democráticos de los Estados en el propio continente, en incorporar a las democracias constitucionales a los países del este de Europa después de la caída del muro de Berlín y del fin de la dictadura en España; estábamos imbuidos, en fin, en un proceso de constitucionalización de Europa, construyendo constitucionalmente la Unión Europea, a partir del tradicional modelo liberal y preguntándonos por nuestra propia deriva, cuando nos sorprendió una constitucionalidad transformadora, programática, social y pluralista, que incorporaba la innovadora expresión «Estado Plurinacional».

Más aún, nos obligaron a plantearnos si había que poner al día las viejas teorías constitucionales. Nuevamente, si no queríamos que la Constitución dejara de ser la protagonista de los Estados de Derecho había que volver a reconvertir las viejas teorías liberales europeas que no funcionaban en Latinoamérica. Esta situa-

---

<sup>6</sup> Empleando los términos de la propia Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, es evidente que «la situación de los pueblos indígenas varía de región en región y de país a país y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales».

<sup>7</sup> Las reformas constitucionales se abrieron al pluralismo jurídico, impulsadas, en parte por la ratificación del Convenio 169 de la OIT de 1989 que propone que los pueblos indígenas controlen sus propias instituciones dentro de los Estados en los que viven. Las Constituciones que se reformaron después de la firma del Convenio son las de Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Bolivia y Argentina en 1994, Ecuador en 1998, Venezuela en 1999 y Méjico en 2001. Con anterioridad a la firma del Convenio, otras Constituciones del siglo xx incorporaron diversas formas de reconocimiento de pueblos indígenas: la Constitución de Guatemala Nicaragua y Brasil de 1988 fue pionera al incorporar la protección especial a los aborígenes.

ción planteó a la doctrina un nuevo dilema, tan viejo como la propia Constitución: ¿estamos en presencia de una teoría que supera el constitucionalismo liberal clásico de los siglos XVIII y XIX? ¿Es una teoría jurídica independiente, o asume nuevos elementos que renuevan y rejuvenecen los viejos postulados constitucionales? (Viciano Pastor, y Martínez Dalmau, 2010). Creo que, efectivamente, el constitucionalismo europeo poco tiene que ver con estas situaciones de las que hablamos. Nos quedan lejos las culturas indígenas, a pesar de que Europa se ha convertido en un lugar donde conviven grupos sociales muy diferenciados. Pero, son grupos que nada tienen que ver con el indigenismo. Llegan a Europa de forma aislada, forzados por la migración económica o la persecución política y las guerras que se están produciendo en nuestras fronteras europeas. No constituyen grupos culturales compactos y, por tanto, el Estado social y protector europeo puede absorberlos y diluirlos en su propia cultura. Pero el concepto de la multiculturalidad aplicable a las sociedades europeas, con base en el principio de igualdad constitucional, tampoco parecía ser el aplicable a los derechos colectivos.

Desde mi punto de vista el concepto de constitucionalismo cultural, iniciado y desarrollado por Peter Häberle en Alemania (Häberle, 1996), es el que ha resuelto los problemas de constitucionalidad que se generan en estas situaciones descritas y es la teoría que puede aproximarse a lo que he llamado constitucionalismo indígena. Por eso, que la Constitución de 1917 considerara que el titular de la soberanía del Estado es culturalmente plural, puso las bases para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas ampliándose el ámbito de aplicación y protección del principio de igualdad, no solo a lo social y económicamente diferente, sino también a lo culturalmente diferente. Esta situación puede llevar a considerar que con la reforma de las Constituciones y la incorporación y reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, se inaugura un nuevo proceso de construcción del Estado denominado Estado Pluricultural de Derecho.

### 3. EL DESAFÍO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL. ALGUNOS EJEMPLOS

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es muy amplia y completa ya que incluye derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales. Además, reconoce los derechos de los pueblos indígenas como inherentes. Es innovadora porque expresa los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, no solo profundiza en estos derechos sino que también impone obligaciones a los Estados y a las organizaciones internacio-

nales y los organismos intergubernamentales. En los 46 artículos, la Declaración recoge derechos que deben tenerse en consideración por el Derecho Constitucional dado que han sido ratificados por los Estados e incorporados a sus propios catálogos de derechos (Aguilar, Lafosse, Rojas, Steward, 2010, 44).

Algunas Constituciones ya han integrado estos derechos y han establecido garantías para su protección. Entre estos derechos ya constitucionalizados podemos destacar:

- Derecho a la preservación del hábitat natural y gestión de recursos naturales.
- Derecho a la propiedad colectiva de la tierra.
- Reconocimiento del propio espacio territorial, derecho a tener cada comunidad su propio territorio.
- Derecho a tener una organización política particular e instituciones propias, reconocidas por el Estado (autonomía política)
- Derecho a tener sus propias normas y administrar justicia (autonomía normativa-judicial).
- Reconocimiento de la oficialidad de sus lenguas.
- Derecho a la educación bilingüe y multiétnica.
- Libertad de culto y respeto a la sacralidad de sus prácticas religiosas.
- Derecho a la igualdad material.
- Derecho a tener sus prácticas médicas tradicionales<sup>8</sup>.
- En algunos casos, derecho a tener representantes en el parlamento.

Nuevamente hay que advertir que la consagración constitucional de unos u otros derechos está en simbiosis directa con las vicisitudes y peculiaridades de la cuestión indígena en cada país. Cada Estado se enfrenta a dilemas de diversa índole, frente las reclamaciones de grupos de indios y organizaciones indígenas en su territorio. En general, sin entrar en minuciosas, puntuales y concretas situaciones, vamos a mencionar solamente algunos problemas de constitucionalidad que la incorporación de estos derechos puede plantear y que nos parecen más significativos, en concreto, el derecho a la autodeterminación, el derecho a la autonomía, la implicación para las instituciones indígenas y estatales, la administración de Justicia y los derechos humanos como derechos fundamentales en su dimensión colectiva.

---

<sup>8</sup> La Declaración contiene importantes disposiciones que protegen las tradiciones y costumbres culturales, espirituales y religiosas de los pueblos indígenas, así como sus medicinas tradicionales, la propiedad intelectual y sus expresiones tradicionales culturales asociadas, así como los recursos genéticos, y los derechos laborales.

### 3.1 El derecho a la autodeterminación

El Artículo 3 de la Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Cuando la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas habla del derecho a la autodeterminación de estas comunidades, todas las alarmas constitucionales saltan, ya que el claro significado de este derecho es la posibilidad de formar Estados independientes. Sin embargo, los representantes de las comunidades indígenas niegan siempre esta posibilidad. La propia Declaración la aclara, y la conecta con los derechos humanos, de manera que solo cabe pensar que la libre determinación no implica la voluntad de formar un Estado independiente para cada pueblo, pero tampoco se deja a los pueblos sin Estado con tan solo los derechos individuales de los miembros de esos grupos. ¿Cómo entender, por tanto, el derecho a la autodeterminación del artículo 3 de la Declaración? Si no se trata de una amenaza a la integridad territorial de los Estados, solo es posible pensar que los Estados adopten la Declaración y, siguiendo las reglas de Derecho Internacional, la desarrollen en sus propios sistemas jurídicos, y los pueblos indígenas, que viven en su territorio, con sus propios tejidos orgánicos sociales y políticos, deben ser incorporados de forma plena y en igualdad en todos los niveles de construcción y funcionamiento de las instituciones de gobierno bajo las que viven. Por tanto, podemos pensar que a los pueblos indígenas se les considera como distintos y a la vez vinculados a unidades mayores de interacción social y política, unidades que pueden incluir a los Estados en los que viven. Y ¿cómo se hará eso en los Estados latinoamericanos que se formaron adoptando Constituciones liberales? Es fácil la solución teórica del problema, pero no lo es tanto si tenemos que contar con todas las variables y circunstancias históricas de cada Estado y con las amenazas que el constitucionalismo latinoamericano ha sufrido a lo largo de su desarrollo histórico. No existe una solución única, pero, en cualquier caso, la solución debe ser constitucional pues si bien es cierto, como veremos, que esto exige un esfuerzo de adaptación constitucional, no es menos cierto, que solamente una Constitución puede asegurar la diversidad manteniéndola en la unidad del Estado.

Con relación a este aspecto, los cambios constitucionales han sido generalizados en la mayoría de las Constituciones que, aunque sufrieron la reforma antes de la firma del Convenio, incorporan el mismo criterio<sup>9</sup>. La Constitución

---

<sup>9</sup> Sobre cómo se gestó la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y la participación de las diferentes instituciones y delegaciones estatales, vid. entre otros, CLAIRE CHARTERS y RODOLFO STAVENHAGEN (2010): <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/>.

de Nicaragua, en su artículo quinto consagra como principio el pluralismo étnico y el respeto a la autodeterminación de los pueblos. La Constitución de Bolivia declara que la «República es multiétnica y pluricultural y reconoce expresamente la existencia de los Pueblos Indígenas que habitan el territorio Boliviano». La Constitución de Colombia, por su parte, «reconoce y protege la diversidad étnica y cultural». La Constitución del Ecuador «reconoce al Estado como pluricultural y multiétnico» y compromete a fomentar la interculturalidad, así como a fortalecer la unidad nacional en la diversidad e igualdad cultural. La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, «declara que la nación mexicana es pluricultural y que está sustentada originalmente en sus pueblos indígenas». La Constitución del Perú «consagra que toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación». El texto constitucional agrega la distinción, «el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades Campesinas Nativas». La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el Preámbulo señala, que la «República establece una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones». En estos Estados existe una gran cantidad de población indígena, por lo tanto los acuerdos y reglamentaciones de convivencia son claves para entender la interculturalidad en medio de históricas luchas de los movimientos sociales indígenas que han logrado un avance sustancial en materia de derechos constitucionales, ello implica un conjunto de reglamentaciones favorables a las posiciones subalternas históricamente de los grupos indígenas.

Otro grupo de Estados latinoamericanos tiene un reconocimiento social de los grupos indígenas, por ejemplo, la Constitución de Panamá señala que el «Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales». La Constitución de Brasil prescribe que el «Estado protegerá las manifestaciones de la cultura indígenas, señalando que la ley dispondrá sobre la fijación de fechas conmemorativas de alta significación para los diferentes segmentos étnicos nacionales. La Constitución del Paraguay reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y a la organización del Estado; reconoce sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones. La Constitución de Guatemala declara que «El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos».

Finalmente, un tercer grupo, son los Estados expresa el no reconocimiento de indígenas: Chile, Honduras y Costa Rica. La constitución de Chile contempla en el Artículo 1 que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad; el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. Por otro lado, la Constitución de Honduras consagra la igualdad jurídica de todos los ciudadanos: «Todos los hombres nacen libres e iguales en derechos». Se sanciona todo tipo de discriminación, incluyéndose la discriminación en razón de raza. Por último, la Constitución de Costa Rica, en su artículo 33, no reconoce expresamente a los Pueblos Indígenas, sólo lo hace de manera implícita al proclamar la igualdad de todas las personas y el principio de la no discriminación.

### 3.2 **El derecho a la autonomía**

En el artículo 4 de la Declaración se dice que 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.

La autonomía, o «autogobierno», podemos definirla como la capacidad o facultad de dictar normas propias. En efecto, como hemos dicho anteriormente, los ordenamientos jurídicos deben conceder a las comunidades el mayor grado de autonomía posible (esto es una exigencia básica del respeto a la identidad cultural), sin llegar al punto de considerarlos, nacionalidades separadas merecedoras de la libre determinación.

Fomentar la autonomía como la vía principal para el reconocimiento y la garantía del respeto a la identidad cultural significa reconocer la facultad que tienen los pueblos indígenas de organizar y dirigir su vida interna, de acuerdo a sus propios valores, instituciones, y mecanismos, dentro del marco del Estado del cual forman parte. Todos los integrantes de grupos indígenas deben reconocerse como nacionales, además de pertenecientes a una comunidad particular. Por tanto, la autonomía, como capacidad para autogobernarse tiene como base el territorio, el gobierno propio y la identificación del grupo culturalmente determinado. Esto implica poner en marcha planes para hacer verdaderamente extensivo el ejercicio de los derechos políticos a las comunidades indígenas.

En América Latina, este derecho indígena ha sido consagrado en las Constituciones de varios países. En Bolivia, la Constitución garantiza a los

Pueblos indígenas su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que incluye su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, y al reconocimiento de sus instituciones. En Ecuador, la Constitución establece los derechos de las nacionalidades indígenas a la autonomía política-administrativa y jurídica, tanto para el gobierno de sus asuntos internos como para las relaciones con organismos públicos y privados. Para ello se han planteado dos opciones o modelos:

a) Un modelo de Gobierno Autónomico con todos los poderes constituidos. Implica que el gobierno indígena ejerza los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; es decir que tenga la capacidad para sancionar sus propias leyes, y generar sus propios ingresos. Este es el modelo preferido y demandado por gran mayoría de las comunidades Indígenas.

b) Un modelo de Gobierno Autónomico limitado. Implica que el gobierno indígena tenga poder ejecutivo, pero con poder legislativo y judicial limitado. En este modelo la Asamblea Nacional o los Congresos Estatales se reservan el derecho de emitir las leyes, y por lo tanto, los indígenas tampoco pueden impartir justicia. Este modelo, en cambio, es el preferido por los Estados.

La demanda de las comunidades Indígenas por constituir autonomía con los tres poderes es el modelo más reclamado pero también el más complejo desde el punto de vista constitucional ya que implica la convivencia con personas no indígenas en los mismos territorios, que deben regirse por usos y costumbres que no les son propios.

El Convenio 169 de la OIT se refiere al «derecho consuetudinario indígena» como el conjunto de usos, prácticas, costumbres, creencias y principios que regulan la convivencia interna y que han sido transmitidos principalmente en forma oral y aplicados de manera general y uniforme en el tiempo por los pueblos indígenas, en tanto obligatorios y susceptibles de control social por parte de sus integrantes, autoridades tradicionales y organizaciones. El derecho consuetudinario indígena se funda en el derecho de libre determinación y está íntimamente relacionado con la identidad cultural de los pueblos indígenas. El Derecho Internacional, al igual que diversas constituciones, reconoce el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y consagra el derecho de éstos a establecer sus propias normas jurídicas y a hacerlas valer en caso de incumplimiento<sup>10</sup>.

Esta aceptación del pluralismo jurídico ha llevado a que cada vez más países de Latinoamérica hayan dejado de considerar al derecho estatal como la

---

<sup>10</sup> Cfr: Arts. 8 a 10 del Convenio N° 169 de la OIT.

única fuente del derecho, aceptándose otras expresiones normativas de carácter obligatorio como el derecho consuetudinario indígena. La Constitución de Bolivia es la Constitución que más relevancia concede al derecho indígena, reconociendo a los pueblos indígenas el derecho «al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión», en un marco de pluralismo jurídico e interculturalidad y otorgando igual jerarquía tanto a la jurisdicción ordinaria como a la indígena<sup>11</sup>.

La Constitución de Ecuador reconoce también el derecho de los pueblos indígenas a «conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral», y a «crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario»<sup>12</sup>.

Todos los países recogen el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas de manera directa o indirecta<sup>13</sup>, pero entre las Constituciones no se mantiene un criterio uniforme a la hora de incorporar el Derecho Indígena. Se puede hablar de dos modelos, las Constituciones que establecen de forma expresa que el derecho estatal tiene superioridad jerárquica sobre el derecho consuetudinario (Colombia (art. 246), México (art. 2.ºII), Paraguay (art. 63) y Venezuela (art. 260); y las Constituciones que establecen que el derecho indígena está supeditado a los derechos humanos o fundamentales, (Bolivia (art. 191 II), Ecuador (arts. 57.10 y 171), México (art. 2.º II) y Perú (art. 149), en consonancia con lo reconocido por el Convenio 169 de la OIT, cuya ratificación supone que los países aceptan el pluralismo jurídico interno y su control por instituciones propias de la comunidad indígena. Esto supone el reconocimiento de tres aspectos: el derecho propio consuetudinario y la facultad normativa para dictar normas nuevas; la existencia de autoridades nombradas por la comunidad, y, la función jurisdiccional para la aplicación de las normas.

### 3.3 La implicación para las instituciones indígenas y estatales

Entre los artículos clave de la Declaración podemos citar:

Artículo 18: Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por con-

---

<sup>11</sup> *Cfr.*: Arts. 30. II.14, 179, 180. II y 191-193.

<sup>12</sup> *Cfr.*: Art. 57. 9 y 10.

<sup>13</sup> Colombia (art. 246), México (art. 2.ºII), Paraguay (art. 63), Perú (art. 149), Venezuela (arts. 119 y 260), y de manera indirecta en Nicaragua (arts. 89 y 180).

ducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

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.

Artículo 38: Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Del ejercicio del derecho a la autonomía se deduce que las comunidades Indígenas pueden adoptar tienen sus propias estructuras, sus instituciones y sus formas de gobierno. Al mismo tiempo, sus instituciones se conectan constitucionalmente en un sistema multinivel con las estructuras de gobierno, a nivel nacional, regional o municipal; y de esa relación dependen en buena medida, las posibilidades de desarrollo sostenible y efectivo de las comunidades. Implica la necesidad de contar con nuevas formas de gobierno para la administración de los territorios que tienen que hacerlo en Estatutos propios que recojan el marco jurídico autonómico. Este Estatuto se consideraría la norma institucional básica de cada comunidad, debería de ser aprobado por la comunidad en su conjunto y, después, por los órganos representativos del Estado y debería incluir tanto los derechos individuales como los derechos colectivos. Por último, deben incorporar sus órganos de autogobierno, que pueden estar basadas en sus poderes consuetudinarios o tradicionales. La Constitución debe propiciar un marco de convivencia en el que la diversidad esté reconocida y regulada. Esta situación, sin duda, favorece modelos de Estado plurinacionales y con un poder territorialmente descentralizado en el que vuelve a aparecer el problema de la diversidad de modelos ya que hay comunidades que ni siquiera tienen un territorio definido; así, por ejemplo, hay territorios en la Amazonía colombiana donde el Estado no tuvo ni tiene presencia, y otros, como en Ecuador o Bolivia donde las comunidades tienen territorios fragmentados entre distintos municipios, departamentos, e

incluso entre países. Esta fragmentación dificulta la autonomía por vía territorial, por más que la ley y la Constitución la reconozca.

Entre los países que reconocen algún sistema institucional propio como forma de autogobierno podemos citar Nicaragua, Bolivia, Chile o Panamá.

Nicaragua, establece para las Comunidades de la costa Atlántica un régimen de autonomía. Agrega la Constitución que las comunidades de la costa atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. En Bolivia, desde 1998, existe el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas y Originarios de Bolivia, entre cuyas atribuciones está concertar políticas destinadas a desarrollar la naturaleza multiétnica y pluricultural del país en lo relativo a los derechos sociales, económicos y culturales de los Pueblos Indígenas. En Ecuador, se reconoce a nivel constitucional la protección a los diferentes grupos étnicos. En Chile existe una Ley especial Indígena 1994, que reconoce derechos específicos a las personas y comunidades indígenas en materia de derechos territoriales, económicos, sociales, patrimoniales y culturales y sistema institucional para la implementación de las políticas sociales indígenas. Por último, el ordenamiento jurídico de Bolivia, Colombia y Panamá reconocen estatutos específicos de autonomía para gestionar determinados territorios indígenas.

### 3.4 La Administración de Justicia

El tema del acceso a la justicia y la relación entre el derecho formal y el derecho consuetudinario es fundamental en el campo constitucional ya que afecta de forma directa al principio de igualdad, y tiene que ser analizado tanto desde el punto de vista del derecho individual, como formando parte del derecho a la autonomía reconocido a estas comunidades en cada Constitución.

En este sentido, los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las

tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Las Constituciones reformadas reconocen ahora una jurisdicción indígena con sus propias autoridades. Las más explícitas en este sentido son las de Perú, Colombia y Bolivia; las demás contienen fórmulas más matizadas como la de Argentina, o la de Paraguay que reconoce un carácter voluntario, o México que la hace depender de la validación de las decisiones indígenas por los jueces nacionales. Pero, en general, los textos no crean esta jurisdicción sino que reconocen que existe y funciona dentro de las comunidades sociales; por tanto, frente a quienes entienden que la existencia de estos sistemas son un peligro que puede destruir el Estado de Derecho, se puede argumentar que no son creados por la Constitución sino que son reconocidos por ella, lo cual supone que ya convivían con el sistema constitucional democrático y se venían articulando con los demás poderes del Estado sin demasiadas consecuencias. En este sentido, hay Constituciones como la boliviana que se refiere a las «autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas» queriendo significar que no se crea un sistema nuevo diferenciado.

En cuanto a los límites de esta jurisdicción, las Constituciones de Perú y Colombia establecen el límite impuesto por el Convenio de la OIT: el respeto a los derechos humanos en lo que se refiere a las sanciones que pueden aplicar, no en lo relativo a las materias. Otro límite vendría impuesto por la propia Constitución y, por tanto, por el deber de respetar los derechos fundamentales reconocidos en ella y de no vulnerar lo dispuesto en la Constitución y en las leyes.

En cuanto al ámbito competencial incorporan el fuero territorial y personal, y, por tanto, en uso de este reconocimiento de la potestad jurisdiccional pueden intervenir aún fuera de su territorio y para casos no indígenas, para resolver todos los asuntos que por razón de persona, territorio o materia sea indígena. Cabe pensar, por tanto, que una persona no perteneciente a esa comunidad pueda ser juzgada por hechos cometidos dentro de ella.

Las leyes de desarrollo constitucional son las que deben de establecer ahora las formas de relación entre ambos sistemas jurídicos. Este aspecto ha sido objeto de múltiples debates dando lugar a interpretaciones que intentan, unas, minimizar la reforma, y otras, que tratan de respetarla en su letra y en su espíritu para no dejarla sin contenido<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> En Colombia, el Tribunal Constitucional ha asumido la tarea de interpretación de las cláusulas constitucionales de derecho indígena y ha llegado a suspender una condena de destierro de un individuo

#### 4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES EN SU DIMENSIÓN COLECTIVA

La Declaración de 2007 comienza su articulado con el reconocimiento de que los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos. En este sentido, la Declaración ciertamente introduce el concepto de derechos colectivos, como uno de los aportes novedosos al sistema jurídico internacional. Es decir, el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas constituye el medio idóneo para la efectiva realización de muchos de los derechos humanos individuales consagrados universalmente.

Es posible que, después del tema de tierras, territorios y recursos, el punto más controvertido de la Declaración de 2007 sea el de la interpretación de los derechos humanos en su dimensión colectiva. La Declaración enfatiza esta idea de diversas formas, reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos.

Es en el campo de los derechos fundamentales donde la apertura constitucional se produce en dirección hacia un mayor avance hacia el pluralismo cultural con la incorporación de las comunidades indígenas. Los derechos colectivos que tienen como titulares a un grupo humano, sólo consiguen ejercerse a través de la colectividad, aunque sus beneficios alcanzan de forma individual a los miembros de la comunidad, de forma que el derecho individual y el derecho colectivo no se oponen sino que se complementan para el goce pleno y efectivo de los derechos humanos. La titularidad que se reconoce a las comunidades tiene como último titular a cada uno de los individuos que la integran, pero se mantiene una relación directa entre derechos individuales y colectivos; así por ejemplo, una persona indígena no podrá usar y disfrutar de las tierras y los recursos naturales, si previamente no hay el reconocimiento de la propiedad colectiva de dichas tierras. Esta es la razón por la que algunas constituciones latinoamericanas diferencien ahora entre derechos humanos y derechos constitucionales y consideren a los derechos humanos de un orden supraestatal. Entre los derechos humanos se comprenden ahora los derechos indígenas

---

de su comunidad por considerarla una pena contraria a los derechos constitucionales. *Vid.*: SÁNCHEZ BOTERO, (1998, 280).

siguiéndose con esto la propia evolución del derecho internacional. Y entre estos derechos irrumpen los derechos indígenas: derecho a la propia cultura como derecho individual y comunitario, derecho de las personas y de las comunidades indígenas a su propia lengua o propios códigos de comunicación, el uso propio del territorio y la explotación de sus recursos, sus propias formas de resolución de conflictos o sus propios modos de vida.

## 5. CONCLUSIONES

En las últimas décadas del siglo pasado, se han modificado numerosas Constituciones de Estados latinoamericanos que al tiempo que refuerzan los poderes presidenciales, consolidan los compromisos sociales del Estado, incluyendo en estas reformas la relación entre estos y los derechos indígenas, de manera que la «cuestión indígena» aparece, en parte, como sustitutiva de la cuestión social en el debate constitucional, y, en parte, como integrante de la misma cuestión si se entiende como una forma más avanzada del tipo de estado social latinoamericano.

Este interés por los derechos indígenas es nuevo en el constitucionalismo latinoamericano que no se había preocupado por ellos hasta finales del siglo pasado. Todas las Constituciones comienzan a hacerse sensibles a los derechos de los pueblos indígenas, de forma que la cuestión social abierta en las Constituciones del siglo xx no queda completa si no se incluye a colectivos desfavorecidos socialmente y, de forma manifiesta, a los individuos integrantes de colectividades indígenas, que habían sido excluidos de la atención legal. La exclusión de estos colectivos del ámbito legal y constitucional, hasta cierto punto, parecía lógico en sistemas constitucionales de poder concentrado en los que se hace difícil incorporar un Derecho que, por definición, tiene carácter expansivo, ya que incluye elementos como la autonomía, la auto organización o el autocontrol de las propias normas. Al mismo tiempo, supone el reconocimiento de derechos subjetivos, como el derecho a utilizar la lengua propia; el derecho a una religión diferente que practica ritos que muchas veces son incluso contrarios a los derechos humanos; el uso colectivo de la tierra propia, o, la resolución autónoma de conflictos. Son elementos que tienen difícil incorporación al Estado de Derecho, por cuanto, o bien, el Estado tiende a judicializar los problemas relacionados con las comunidades indígenas (cuando probablemente en esas comunidades la resolución propia tendría carácter extrajudicial), o bien, tiende a individualizar derechos que, de acuerdo con las tradiciones indígenas, en muchos casos tendrían carácter colectivo. Esto supone, de alguna forma, «expropiar» a las comu-

nidades indígenas el poder de decisión sobre sus conflictos por la dificultad de incorporarlos al sistema constitucional de Derecho.

En este sentido es en el que se ha hablado de la «desnaturalización» del sistema, que se puede considerar como una extraña técnica de encaje de un sistema en otro, con el que, además, colisiona. Cuando el constitucionalismo liberal integra la «cuestión indígena», tiende a expandir la lista de derechos, con aparentemente cierto descuido que termina maximizando los problemas de constitucionalidad. No se trata solo de permitir que los indígenas vistan de modo propio, hablen lengua propia o realicen rituales exóticos, sino que el reconocimiento del Derecho indígena supone plantearse temas como la redistribución de la riqueza, o la organización de la tierra –una fuente de conflicto social importantísima y permanente en América Latina-, que no tiene fácil solución. Estos derechos que han sido reconocidos para numerosas etnias y grupos de indígenas han propiciado, en no pocas ocasiones, fuertes colisiones entre el reconocimiento de estos derechos y el mantenimiento del sistema constitucional que han llevado a crear situaciones de conflicto con las poblaciones indígenas.

Si el constitucionalismo de principios de siglo xx fue el constitucionalismo social, el de finales del mismo siglo, ha sido el constitucionalismo indígena definido desde el primero –constitucionalismo social– como un tema de marginalidad socioeconómica de los pueblos indígenas sometidos a la oligarquía terrateniente. Los derechos sociales y colectivos que reconoce el constitucionalismo social buscan cambiar la situación de los indígenas, al mismo tiempo que obliga a realizar nuevas políticas públicas. Perú, Bolivia y Ecuador reconocen constitucionalmente entes colectivos como comunidades indígenas y campesinas, sindicatos campesinos, cooperativas y otras formas de organización colectiva indígena y establecen protecciones frente al abuso en el trabajo, buscando proscribir la servidumbre indígena; en cuanto a las políticas activas estatales, éste interviene en lo que se refiere a la actividad prestacional relativa a la educación, la salud y la integración de los indígenas en el mercado. Reconocen además, las tierras colectivas, las políticas de reforma agraria, fomento propiedad social, comunal o cooperativa, y de desarrollo agrícola (los indígenas son definidos básicamente como campesinos).

En definitiva, el constitucionalismo social hace posible el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, los derechos prestacionales que el Estado debe a este colectivo, y el desarrollo de políticas intervencionistas en favor de derechos sociales de la población indígena. En este sentido se ha hablado del *indigenismo integracionista* como manifestación del nuevo constitucionalismo indigenista en Latinoamérica.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, G.; LAFOSSE, S.; ROJAS, H.; STEWARD, R. (2010), «The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», *Pace International Law Review Online Companion*, Vol. 2.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (2004): *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Ed. Tecnos, Madrid.
- CARBONELL, M. (2010), «Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina», *Revista de Derecho Público*, n.º 73.
- CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (2010), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*.
- CLAVERO, B. (2010), «Supremacismo Cultural, Constituciones de Estados y Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas», *El desafío de la Declaración*.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari.
- HÄBERLE, P. (2010), «Métodos y principios de la interpretación constitucional, un catálogo de problemas», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13.
- PÉREZ VILLALOBOS, M.<sup>a</sup> C. (2002), *Estado social y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ BOTERO, E. (1998), «Justicia y Pueblos Indígenas de Colombia, la tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural», en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6211517.pdf>.
- VICIANO PASTOR, R.; y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010), «¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?», *ponencia VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional*, México.