

# Reconocimiento con redistribución

El derecho y la  
justicia étnico-racial  
en América Latina



César Rodríguez Garavito  
Carlos Andrés Baquero Díaz

Co|lección  
**Dejusticia**

# **RECONOCIMIENTO CON REDISTRIBUCIÓN**

El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina

# Reconocimiento con redistribución

El derecho  
y la justicia étnico-racial  
en América Latina

César Rodríguez Garavito  
Carlos Andrés Baquero Díaz

Colectión  
**Dejusticia**

---

Rodríguez Garavito César, Carlos Andrés Baquero Díaz

Reconocimiento con redistribución: El derecho y la justicia étnico-racial en América Latina / César Rodríguez Garavito, Carlos Andrés Baquero Díaz. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2015.

112 p.; 11,5 x 18,5 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-59037-5-3

1. Pueblos indígenas
  2. Afrodescendientes
  3. Consulta previa
  4. Acciones afirmativas
  5. Delito discriminación
  6. Constitucionalismo multicultural.
- 

Este trabajo se desarrolló gracias al apoyo de la Fundación Ford

Este documento puede ser descargado gratuitamente en:  
<http://www.dejusticia.org>

ISBN 978-958-59037-5-3 Edición impresa  
978-958-59037-6-0 Edición digital

Preparación editorial  
Marta Rojas

Revisión de textos  
Emma Ariza

Cubierta  
Alejandro Ospina

Impresión  
Ediciones Antropos Ltda.

Primera edición  
Bogotá, D.C., julio de 2015



Creative Commons Licence 2.5  
Attribution Non-Commercial Share-Alike

Dejusticia, 2015  
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.  
Teléfono: (57-1) 608 3605  
[www.dejusticia.org](http://www.dejusticia.org)

Para Felipe Agüero, por haber creído.

## Agradecimientos

Las ideas y los hallazgos que presentamos en este libro son el resultado de conversaciones y colaboraciones que, durante cerca de cinco años, hemos tenido el privilegio de sostener con líderes sociales, académicos, activistas de derechos humanos y otras contrapartes de nuestra labor de investigación-acción en América Latina. El trabajo de todos ellos por hacer realidad las promesas constitucionales de reconocimiento y redistribución a los pueblos indígenas y afrodescendientes nos inspiró y animó a lo largo de esos cinco años, a medida que rotábamos entre el trabajo de campo y la investigación documental sobre la abogacía de derechos humanos y las labores de incidencia pública contra la discriminación étnico-racial en la región.

En el camino hemos acumulado muchas deudas, amistades y compromisos vitales. Queremos comenzar por agradecer a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) y al Proceso de Comunidades Negras (PCN), con los que nos adentramos por primera vez en estos estudios y estas luchas. Reconocemos con gratitud y admiración el apoyo y la generosidad de Patricia Tobón, Ana Manuela Ochoa, Luis Fernando Arias, Jaime Enrique Arias, Jaime Luis Arias, Omaira Cárdenas, Paulo Estrada, Pedro Loperena, Elvia Cuadro, Eliana

Antonio Rosero, Carlos Rosero y José Santos, cuyo trabajo valiente e imaginativo por la inclusión ha abierto caminos para tantos activistas e investigadores. Agradecemos también a las personas y organizaciones que hacen parte de la Mesa Colombiana de Consulta Previa, donde varias de las ideas aquí expuestas fueron puestas a la prueba de fuego de la realidad.

A medida que nuestra investigación-acción se extendió a Brasil y Ecuador, y de allí a Paraguay, Chile, Argentina, Perú, México y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las deudas de gratitud continuaron acumulándose. Aunque son muchas más, quisiéramos reconocer en especial las que tenemos con los pueblos kankuamo y wiwa de Colombia, el pueblo sarayaku de Ecuador, las comunidades afrodescendientes del Pacífico y Caribe colombiano que hacen parte del Proceso de Comunidades Negras, los pueblos indígenas de la cuenca del Xingú afectados por la construcción de la represa Belo Monte en la Amazonia brasilera, las comunidades quilombolas de São Pedro e Ivaoparunduva, los miembros de los pueblos sawho-yamaxa, yakye axa y xákmok kásek, los integrantes del cabildo de los pueblos indígenas urbanos de Leticia y a través de ellos de los pueblos uitoto y andoque, por habernos acogido en sus territorio y haber compartido con nosotros sus saberes, sus reclamos y sus luchas. En la abogacía nacional e internacional por la justicia étnico-racial hemos tenido el privilegio de trabajar de cerca con Oscar Ayala, Julia Cabello, Mario Melo, Felicio Pontes, Rodrigo Oliveira, Katya Salazar y Daniel Cerqueira.

Volviendo a casa, quisiéramos agradecer a los demás integrantes del Observatorio de Discriminación

Racial, con quienes hemos compartido el camino de la investigación y la incidencia contra el racismo. En el Observatorio y otros espacios, Camila Soto ha sido la colega y amiga cuya generosidad y compromiso sin par han logrado mantener a flote la multitud de tareas que implica el trabajo de investigación-acción que subyace tras este libro. Dejusticia, como siempre, ha sido la comunidad ideal para nutrir las ideas y propuestas reflejadas en este texto. Queremos agradecer en especial el apoyo de Sebastián Villamizar, Ana Margarita González y Celeste Kauffman, quienes discutieron con nosotros en distintos momentos los datos y conceptos del texto. También queremos agradecer a Lucía Albarracín, Jazmín Mejía, William Morales, Vivian Newman, Juan Carlos Torres, Carolina Reyes, Alexander Rojas y Yareth Vargas, el equipo que hace que el trabajo en Dejusticia sea posible.

Para la publicación y la edición fue esencial el apoyo, tan solidario como riguroso, de Elvia Sáenz y Marta Rojas.

Finalmente, pero no por ello menos importante, queremos agradecer sentidamente a Felipe Agüero, quien desde la Fundación Ford ha apoyado decididamente la lucha por la justicia étnico-racial en América Latina. Sin su apoyo, inteligencia, humor y solidaridad, este libro no habría sido posible. Por estas razones, dedicamos este libro a Felipe.



## Contenido

<b>1</b>	La juridización de los reclamos de reconocimiento: los argumentos y la estructura del texto	12
<b>2</b>	Etnicidad.gov: la juridización global de los reclamos étnico-raciales y las disputas por la definición del constitucionalismo multicultural en América Latina	26
<b>3</b>	La justicia étnica: entre la consulta y el consentimiento	46
<b>4</b>	La justicia racial: entre la penalización individual y las reparaciones estructurales	64
	Referencias bibliográficas	104

**La juridización  
de los reclamos  
de reconocimiento:  
los argumentos  
y la estructura del texto**

### La irrupción de los afrodescendientes y los pueblos indígenas en los campos jurídicos latinoamericanos

Las disputas jurídicas sobre el multiculturalismo y la justicia étnico-racial están hoy en el centro de los debates políticos y económicos a lo largo de América Latina. Las discusiones abarcan por igual los derechos de los pueblos indígenas y los de la población afrodescendiente.

Del lado de los *derechos indígenas*, una de las controversias más encendidas en Perú gira alrededor de la ley y el reglamento de consulta previa con pueblos indígenas, de los cuales pende, en buena parte, el futuro del *boom* minero-energético del país. Se trata del episodio más reciente del conflicto social que estalló en 2009 con la movilización de los pueblos indígenas amazónicos contra la explotación comercial de sus territorios ancestrales, conocido como el Baguazo,<sup>1</sup> y que creció hasta provocar un enfrentamiento público entre el Presidente peruano y el ex Relator de la ONU sobre pueblos indígenas acerca de la ley de consulta.<sup>2</sup> Hoy

---

1 Para conocer más sobre el Baguazo, véase Centro de Información de la Consulta Previa (s.f.).

2 Naciones Unidas (2009 y 2010). Sobre los derechos

en día, este proceso judicial no ha acabado y por tanto se tiene en vilo la protección de la vida y la libertad de varios indígenas peruanos, entre ellos, el conocido Alberto Pizango.

En Ecuador, el procedimiento de la consulta previa y los derechos indígenas definieron los actuales lindes políticos y jurisprudenciales del país, primero en la Asamblea Constituyente (que dividió al correísmo y lo enfrentó al movimiento indígena) (Santos 2010) y luego en la Corte Constitucional, cuya adhesión al Gobierno estuvo marcada por el fallo que respaldó la Ley de Minería de 2009 y rechazó los argumentos de la demanda presentada por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie).<sup>3</sup> Actualmente, la discusión sobre la explotación de la Amazonia sigue alimentando la discusión entre el presidente Correa, los pueblos indígenas y los movimientos sociales mixtos, como la iniciativa Yasunidos.

En Chile, las cortes, el Gobierno y el movimiento indígena siguen enfrascados en una contienda por los detalles jurídicos de implementación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigor en ese país en 2009 (Contesse 2010: 32-33). Después de la discusión entre el gobierno de Piñera y las organizaciones indígenas sobre la ley de consulta previa, las segundas se han opuesto a ella porque consideran que viola su derecho. De hecho, un grupo de organizaciones indígenas, representadas por

---

indígenas en Perú y América Latina, véase, en general, Yrigoyen Fajardo (2011).

3 Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 001-10-SIN-CC de 2010.

un sindicato de mapuches panaderos, llevó su reclamo ante la OIT y hoy en día esperan la respuesta de ese organismo.<sup>4</sup>

En Colombia, la Corte Constitucional, que lleva dos décadas desarrollando la jurisprudencia más rica sobre esta materia en la región, continúa expidiendo fallos que dejan sin piso leyes y proyectos económicos que no han sido consultados con los pueblos indígenas afectados,<sup>5</sup> hasta el punto de generar la ira gubernamental y la acusación de haber convertido los derechos indígenas en el “palo en la rueda” del desarrollo económico. Esta posición progresista de la Corte Constitucional riñe con la postura del Ejecutivo que se ha encargado de expedir medidas administrativas para flexibilizar la protección del derecho a la consulta. Y en México, la reforma constitucional de 2011, al incorporar en la legislación interna tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT, ha suscitado una ola de discusiones similar. El debate mexicano se ha alimentado de la reforma energética que se llevó a cabo en el país, sin ser consultada con los pueblos indígenas.

Entre tanto, la Corte y la Comisión interamericanas –tradicionalmente centradas en derechos de primera generación y con incursiones apenas preliminares en los de segunda generación– han abordado decididamente las disputas sobre los derechos de tercera generación. En los catorce años que han pasado desde el fallo *Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte ha expedido

---

4 Para conocer los detalles del caso, véase Dejusticia (2014).

5 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769/09.

decisiones que precisan y refuerzan la protección de los derechos territoriales y culturales indígenas, en una tendencia que desemboca en el más reciente fallo *Sarayaku vs. Ecuador*, en el que se juega el futuro de la Amazonia ecuatoriana. En esta decisión, la Corte precisó que el derecho a la consulta hace parte fundamental del derecho internacional y, por tanto, es aplicable a todos los Estados que han ratificado la Convención Interamericana. Entre tanto, la Comisión Interamericana ha tomado medidas controvertidas, como ordenar a Guatemala suspender la explotación de una mina de oro que había otorgado a la multinacional Goldcorp, como medida cautelar en un caso por violación del derecho a la consulta, e hizo lo mismo con la construcción de la represa hidroeléctrica de Belo Monte en la Amazonia brasilera. En un acto que transluce la importancia del tema, el Gobierno brasilero se opuso férreamente al cumplimiento de la medida cautelar en Belo Monte, retiró temporalmente su apoyo a la CIDH y ayudó a desencadenar un proceso de reforma que puso en vilo la existencia misma de esta.<sup>6</sup> A su vez, en el último informe sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial publicado a finales de 2013, la Comisión presentó, como uno de los retos centrales, la garantía del derecho a la consulta como un mecanismo de protección de los pueblos indígenas de la región.

---

6 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *MC 260-07 a favor de las comunidades del pueblo maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala*, 2010. Recuperado de: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.sp.htm>.

Una ola similar de debates públicos, legislación y litigios ha girado alrededor de la discriminación racial y los *derechos de la población afrodescendiente*. En Brasil, el Supremo Tribunal Federal (STF) dio en 2012 el aval constitucional a las acciones afirmativas que facilitan el acceso de afrobrasileros y otros grupos marginalizados a las universidades. La decisión del STF puso fin a un litigio de varios años que encendió una polémica sobre la identidad nacional y desdibujó las fronteras tradicionales entre el progresismo y el conservadurismo, porque las acciones afirmativas fueron atacadas por igual desde sectores de izquierda y de derecha. El alcance de las acciones afirmativas endosadas por el STF fue considerablemente expandido por una ley federal reciente. El mismo STF, sin embargo, hoy se inclina por decidir en contra de otra demanda central del movimiento negro en Brasil, en un litigio sobre la reglamentación de los derechos territoriales de las comunidades negras (quilombolas). Aunque lo que se conoce de la decisión del STF presenta argumentos procedimentales del derecho brasileiro, el efecto es que se elimina el derecho a la titulación colectiva de las comunidades quilombolas. En Colombia, entre tanto, se cumplieron 20 años de la Ley 70 de 1993, que reconoció precisamente este tipo de títulos colectivos sobre tierras ancestrales de comunidades afro y ha dado lugar a la adjudicación de más de cinco millones de hectáreas bajo esta modalidad. Junto con la Constitución de 1991, dicha ley dio pie a la jurisprudencia innovadora de la Corte Constitucional, que ha extendido derechos étnicos de los pueblos indígenas (como la consulta previa) a la población afrocolombiana. La etnización de los reclamos raciales será estudiada en la última sección de este libro.

Al mismo tiempo, como veremos, las leyes penales contra el racismo han proliferado en un país tras otro. Desde Venezuela (2011) hasta Guatemala (2002), desde Argentina (1988) hasta México (2003) y Bolivia (2010), desde Brasil (1989) hasta Perú (2006) y Colombia (2011), los parlamentos han introducido reformas a los códigos penales –o, incluso, leyes sistemáticas que sancionan actos de discriminación– que a veces apuntan específicamente al racismo, y otras veces a tratos discriminatorios por orientación sexual, género, origen nacional y otros factores.

**Reconocimiento y redistribución:  
para una expansión del pensamiento jurídico  
crítico hacia la justicia étnico-racial**

Más allá de los detalles de las normas y las trayectorias nacionales, lo que nos interesa resaltar es que estos y otros ejemplos ilustran con claridad la explosión en el campo jurídico latinoamericano de *reclamos de justicia centrados en el reconocimiento*, sumados a los *centrados en la redistribución*, que giran alrededor de los derechos sociales. Basados en la conocida distinción de Nancy Fraser (2003), entendemos por reclamos de reconocimiento los litigios, las iniciativas legislativas y demás formas de movilización del derecho que buscan minar las injusticias basadas en el estatus y estima social asignados a grupos tradicionalmente marginados en América Latina, como los pueblos indígenas, los afrodescendientes, la población LGBT y los migrantes. Entendemos por reclamos de redistribución las formas diversas de acción jurídica que apuntan a erosionar las injusticias de la estructura económica que precariza y subordina a la gran mayoría de trabajadores formales e informales de la región.



Específicamente, nos ocuparemos de los reclamos de reconocimiento basados en la *etnicidad* –el sistema asimétrico de estatus que asigna valores distintos a grupos sociales según sus rasgos culturales– o la *raza* –el sistema asimétrico de estatus que asigna valores distintos a grupos sociales en función de su color de piel y rasgos fenotípicos–. Aunque la distinción conceptual entre *etnicidad* y *raza* es central para nuestro análisis, en algunos pasajes del texto usamos el adjetivo compuesto “étnico-racial” para agrupar los dos tipos de reclamos y discriminaciones. Este uso se justifica no sólo por razones de brevedad, sino sustantivas, dado que uno de nuestros argumentos es que –ante la tenaz negación de las desigualdades raciales en toda la región y el éxito legal de las reivindicaciones indígenas basadas en diferencias culturales– la lucha contra el racismo ha tendido a ser expresada, en muchos países de la región, en normas y argumentos jurídicos centrados en derechos étnicos. Ejemplo notable es la “etnización” de las demandas de las comunidades quilombolas en Brasil, o de las comunidades negras de Perú, Ecuador y Colombia (Escobar 2010). El predominio del término étnico en la ecuación étnico-racial es visible también en la escasa discusión sobre los factores específicamente raciales que agravan la discriminación contra los pueblos indígenas en países como México y Bolivia (Castellanos y Landázuri 2011).

Contra este telón de fondo, el objeto general del texto es indagar la forma en que dichos reclamos por el reconocimiento han sido tramitados, transformados, aplazados o resueltos provisionalmente al convertirse en acciones jurídicas. El pensamiento jurídico latinoamericano se ha ocupado mucho menos de este tipo de

reclamos que de aquellos relativos a la redistribución. Y cuando lo ha hecho –como en la notable y creciente bibliografía sobre los derechos de los pueblos indígenas– ha tendido a tratar de forma separada los reclamos étnicos y raciales, y a establecer una división del trabajo en la que los estudiosos de los derechos indígenas se ocupan de los primeros, en tanto que los (demasiado pocos) analistas de los derechos de los afrolatinoamericanos se ocupan de los segundos.

En vista de este doble vacío, los objetivos específicos del texto son dos, uno descriptivo y otro analítico. El descriptivo consiste en documentar las tendencias de la regulación de la diversidad y los reclamos de reconocimiento en la región desde el surgimiento del “constitucionalismo multicultural” de inicios de los años noventa del siglo pasado (Lee Van Cott 2000, Brysk 2000, Sieder 2002). El analítico consiste en desplegar un marco conceptual que permita entender los avances y las omisiones de esas tendencias, sus conexiones con procesos globales, y los dilemas teóricos y prácticos que suscitan en los campos jurídicos latinoamericanos.

### Argumentos, metodología y alcance del estudio

Con base en lo anterior, planteamos cuatro argumentos. Primero, desde un punto de vista analítico y comparado, sostenemos que la juridización de las disputas étnico-raciales hunde sus raíces en procesos jurídicos y políticos globales, que en América Latina se han traducido en la irrupción del constitucionalismo multicultural. Segundo, defendemos que las distintas combinaciones entre reclamos de redistribución y reclamos de reconocimiento en diferentes países permiten entender

trayectorias nacionales distintas de las leyes, las políticas y las decisiones judiciales sobre los derechos de los pueblos indígenas y las poblaciones afrodescendientes. Para ello, proponemos una tipología de las combinaciones de estos reclamos y una ilustración de cómo ella puede iluminar las rutas nacionales hacia y a través del constitucionalismo multicultural. Distinguimos tres aproximaciones: una, liberal-integracionista; otra, multicultural hegemónica; y otra, multicultural contra-hegemónica.

Tercero, con base en esa tipología, sostenemos que la modalidad dominante de conciliación entre los dos tipos de reclamos consiste en proteger jurídicamente la diversidad étnico-racial siempre y cuando no implique redistribución económica a favor de indígenas y afrolatinoamericanos. Algunos autores han llamado a este híbrido “multiculturalismo neoliberal” (Sierra, Hernández y Sieder 2013; Hale 2005: 10-28). Preferimos llamarlo multiculturalismo *hegemónico*, en el sentido que Gramsci le da a este adjetivo, para resaltar el hecho de que, hoy en día, es practicado tanto por gobiernos cercanos al neoliberalismo (por ejemplo, el chileno o el colombiano) como por gobiernos críticos del neoliberalismo (por ejemplo, el ecuatoriano y el venezolano).

Finalmente, argumentamos que este paradigma jurídico es constantemente controvertido por las otras dos interpretaciones de los reclamos de reconocimiento y redistribución. Y que los detalles de las regulaciones y debates jurídicos sobre la justicia étnico-racial resultan de combinaciones y resultados distintos entre los tres enfoques en los campos jurídicos nacionales.

Para sustentar este argumento, en las secciones finales del texto, aplicamos el marco analítico al estudio

empírico de las instituciones más visibles en las discusiones sobre justicia étnico-racial. Allí intentamos mostrar cómo, al pasar por el tamiz del derecho nacional e internacional, las demandas sustantivas indígenas de autonomía, territorios y cultura han sido asimiladas bajo la forma de instituciones procedimentales, relativas a la participación de los pueblos en las decisiones que les incumben. Alegamos que esta “procedimentalización” de los derechos indígenas está en la base de la institución de la consulta previa, libre e informada (CPLI) (Rodríguez Garavito 2012). De manera análoga, la lucha contra el racismo, al pasar por el filtro jurídico, ha sido desviada rápidamente hacia la creación de tipos penales. Argumentamos que lo que tienen en común este auge de la fuga hacia el derecho penal y el de la consulta previa es que ofrecen vías intermedias, inteligibles en términos jurídicos clásicos (la responsabilidad penal individual, en el caso de la criminalización del racismo, y el debido proceso, en el de la consulta), digeribles para actores dominantes del campo jurídico (por ejemplo, gobiernos de orientaciones muy distintas que tienen su fe puesta en la extracción de recursos naturales en territorios indígenas o se oponen a programas de acciones afirmativas ambiciosos para corregir injusticias contra la población afrodescendiente) y dejan intactas tanto la estructura económica (en el caso de la consulta) como la racial (en el caso de las acciones afirmativas).

Finalmente, para ilustrar acciones e instituciones que encarnan el tipo de multiculturalismo contrahegemonico que defendemos, resaltamos tres instituciones nacientes en el derecho latinoamericano: variantes expansivas de la consulta previa que implican el requisito

de consentimiento previo, libre e informado de indígenas y afrodescendientes en casos en los que su integridad física o cultural esté en juego; leyes y programas de acciones afirmativas para promover las reparaciones históricas y la redistribución económica a favor de los dos grupos; y el reconocimiento de derechos territoriales no sólo para indígenas, sino también para afrodescendientes.

Antes de proceder, una advertencia sobre lo que el texto *no* es, y una breve nota sobre los métodos utilizados en el estudio que dio lugar a él. En primer lugar, este libro no pretende ofrecer un panorama completo ni de los derechos de los pueblos indígenas ni de los de las comunidades negras. Esto implica, especialmente, que dejamos de lado intencionalmente algunos asuntos centrales de los debates sobre derechos indígenas, como el pluralismo jurídico y los derechos específicamente culturales. Dado que estos temas han sido mejor estudiados en la literatura latinoamericana (Yrigoyen 2011, Sieder 2002, Santos y Grijalva 2012) y que existe una bibliografía especializada sobre pueblos indígenas (y, en una escala menor, otra sobre afrodescendientes), nos concentramos en el espacio intermedio donde escasean los análisis, esto es, aquel donde se entrecruzan demandas culturales y materiales, y se conectan las reivindicaciones jurídicas de indígenas y afrodescendientes.

En términos metodológicos, basamos el texto en evidencia obtenida mediante una combinación de técnicas de investigación cualitativas, incluyendo 122 entrevistas semiestructuradas con actores de los debates sobre justicia étnico-racial, desde líderes indígenas y afrodescendientes hasta funcionarios estatales, pasando

por abogados de derechos humanos, ambientalistas, funcionarios o exfuncionarios de las Naciones Unidas, y académicos especializados en temas étnicos o raciales, y asesores de empresas involucradas en procesos de consulta previa. Igualmente, nos basamos en información recogida mediante observación participativa en encuentros de organizaciones sociales y de derechos humanos, reuniones entre líderes afros o indígenas y funcionarios estatales, discusiones virtuales en redes transnacionales sobre el tema e intervenciones judiciales presentadas en algunos de los casos que serán mencionados durante el texto. Aunque los datos fueron recogidos principalmente en América Latina –especialmente en Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y México–, el proyecto comprendió también entrevistas y trabajo etnográfico en otros sitios (principalmente Washington y Ginebra) donde se producen el activismo y el derecho internacionales sobre el tema. Finalmente, en términos de fuentes documentales, nos apoyamos en un análisis de las normas constitucionales, las leyes y las principales decisiones judiciales sobre derechos étnicos, criminalización del racismo y acciones afirmativas en toda la región.

**Etnicidad.gov:  
la juridización global  
de los reclamos étnico-  
raciales y las disputas  
por la definición del  
constitucionalismo  
multicultural en América  
Latina**

**El despertar de los pueblos indígenas y negros  
para el derecho: las escalas global,  
regional y nacional**

La irrupción de los reclamos de reconocimiento en las constituciones y los debates políticos nacionales es comprensible sólo dentro del contexto global de la movilización de los pueblos indígenas, las comunidades afrodiaspóricas y otros grupos étnico-raciales subalternos que completa ya cuatro décadas.

El “despertar de los pueblos indígenas para el derecho” del que habla Carlos Federico Marés (1998) vino de la mano del ascenso del movimiento indígena transnacional.<sup>7</sup> Los orígenes de este movimiento se remontan al activismo global que dio lugar a su primer hito en 1971: la resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU encargando a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías hacer un estudio sobre “el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” y proponer medidas para eliminarlo.<sup>8</sup> Más de una década

---

7 Para un panorama de este movimiento global y los instrumentos legales resultantes, véase Anaya (2004) y Niezen (2003).

8 Consejo Económico y Social de las Naciones Uni-



después, este mandato dio lugar al influyente “Informe Martínez Cobo”,<sup>9</sup> que fue seguido por la movilización de los pueblos indígenas y las organizaciones no gubernamentales (ONG) de derechos humanos por la creación de la institución pionera del derecho internacional contemporáneo sobre la materia, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas. Establecido en 1982, el Grupo de Trabajo produjo, en 1994, el primer borrador de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que, tras 13 años de intensas discusiones y numerosos ajustes, vendría a dar la declaración final aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007, que constituye el ícono de la globalización de los derechos indígenas. En efecto, junto con el mencionado Convenio 169 de la OIT de 1989, la Declaración es hoy el punto de referencia central del derecho internacional sobre el tema.

El *leitmotiv* del movimiento global ha sido la reivindicación del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (Anaya 2003: 97). Plasmado sólo parcialmente en sus instrumentos jurídicos –y más en unos (como la Declaración) que en otros (como el Convenio 169)–, la legalidad sustantiva que se deriva del principio de autodeterminación marca un contraste con la legalidad procedimental de la gobernanza. Desde el punto de vista político y cultural, aunque las demandas indígenas usualmente no incluyen la secesión, sí

---

das (Ecosoc), Res 1589(L), 21 de mayo de 1971, 50th Sesión, 1st Supp, UN Doc E/5044 (1971) 16, pará. 7.

9 Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, *Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*, E/CN.4/Sub.2/476 (1981).

implican grados de autonomía sobre los territorios y sus recursos, incluyendo su uso conforme con concepciones distintas de la economía y el desarrollo.

En la escala nacional, el derecho global de los pueblos indígenas ha permeado rápidamente las cartas constitucionales, en especial en aquellos países del Sur Global que estaban atravesando transiciones políticas y lo fueron adoptando en nuevas constituciones. América Latina es la muestra más vívida de esta tendencia. La constitución guatemalteca de 1985 inauguró una ola regional de constitucionalismo multicultural a la que se unieron –con grados muy diversos de reconocimiento y aplicación efectiva del principio de autodeterminación– las nuevas cartas o las reformas constitucionales de Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994), Venezuela (1999) y, sobre todo, Ecuador (2008) y Bolivia (2009).<sup>10</sup> La convergencia entre el movimiento global por los derechos indígenas y el constitucionalismo multicultural latinoamericano se evidencia no sólo en las varias constituciones que han incorporado las reglas del Convenio 169 de la OIT, sino también en el hecho de que los diez países de este grupo que han ratificado el Convenio<sup>11</sup> dan cuenta de casi la mitad de las ratificaciones que este ha recibido a nivel mundial.<sup>12</sup>

10 Clavero (2008). Para un balance de esta y otras tendencias recientes del constitucionalismo latinoamericano, véase Uprimny (2010).

11 La única excepción es Nicaragua.

12 A la fecha, 22 países han ratificado el Convenio 169. Véase Organización Internacional del Trabajo (2015). Durante la década de los noventa, el Convenio fue ratificado por 13 Estados, frente a 9 que hicieron

De la mano de las nuevas constituciones vino la judicialización de los conflictos sobre derechos colectivos, que constituye el otro componente fundamental del constitucionalismo multicultural. A lo largo y ancho de América Latina, las cortes han pasado a ser actores centrales de la juridización de las identidades étnico-raciales, a medida que las reivindicaciones políticas del movimiento indígena se han convertido en cientos de litigios ante las cortes constitucionales y las instituciones del sistema interamericano de derechos humanos.<sup>13</sup>

La muestra más clara de esta tendencia se encuentra en Colombia, donde la judicialización de estos conflictos ha sido tan profunda que el uso del derecho constitucional ha pasado a ser una estrategia definitoria del movimiento indígena (Lemaitre 2009). “Por eso los líderes indígenas colombianos nos pusimos a estudiar derecho y a volvernos abogados después de la Constitución de 1991”, dijo en nuestra entrevista el Secretario General de la Organización Indígena de Colombia (ONIC).<sup>14</sup> Junto con algunos fallos hito de la Corte

---

lo mismo en la primera década del presente siglo. En América Latina, el primer país en ratificarlo fue México, seguido por Bolivia, Colombia, Paraguay, Costa Rica, Perú, Honduras, Guatemala y Ecuador en la década de los noventa. Después de 2000, el Convenio fue ratificado en América Latina por Argentina, Brasil, Venezuela, Chile y Nicaragua.

13 Para un análisis de la proliferación de jurisprudencia nacional y regional sobre los derechos indígenas, específicamente sobre el derecho a la consulta previa, véase Courtis (2009: 53-81).

14 Entrevista con Luis Fernando Arias, secretario general de la ONIC, Chemesquemena (territorio del pueblo kankuamo), 16 de junio de 2010.

Interamericana de Derechos Humanos<sup>15</sup> y, sobre todo, las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia (basadas explícitamente en el principio de plurinacionalidad) (Santos, 2010), el derecho constitucional colombiano es el que ha ido más lejos en la adopción de algunos de los corolarios del principio de autodeterminación reivindicado por el movimiento indígena global (Rodríguez Garavito y Orduz 2010: 34-35). Muestra de lo anterior es, por ejemplo, la promulgación en octubre de 2014 del decreto de autonomía indígena en Colombia. El Decreto 1953 de 2014 otorga a las entidades indígenas recursos del sistema general de participación para administrar y organizar, entre otros, su sistema de salud y de educación propio (Rodríguez Garavito y Baquero 2014), creando una de las políticas públicas más proteccionistas del derecho de la autonomía indígena en la región.

Un proceso paralelo de activismo internacional y juridización de las reivindicaciones políticas es evidente en el movimiento afrodescendiente. Su hito fue la Conferencia Mundial contra el Racismo (Durban, 2001), que sirvió como punto de encuentro para las organizaciones y coaliciones antirracistas de todo el mundo. Como en la movilización indígena, América Latina tuvo un rol central en Durban, donde una de las delegaciones más numerosas y activas fue la brasilera. Igualmente

---

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka vs. Surinam; Caso comunidad indígena de sawhoyamaya vs. Paraguay*, 2006, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146, (Mar. 29, 2006). Para una evaluación temprana de la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre asuntos territoriales indígenas, véase Anaya y Williams Jr. (2001: 33-86). Para una evaluación crítica más reciente, véase Pasqualucci (2009).

importante fue el proceso previo a la Conferencia de 2001, incluyendo un encuentro regional preparatorio en Brasil, donde confluyeron movimientos de base y organizaciones negras que, 12 años después, continúan colaborando en acciones y encuentros para impulsar la implementación de la Declaración de Durban.

Aunque la Declaración tiene un estatus jurídico menor que el instrumento vinculante central del derecho étnico internacional (el Convenio 169) y, a diferencia de este, no está respaldado por una organización intergubernamental que impulse su cumplimiento, continúa siendo el punto de referencia de “derecho blando” al que recurren los gobiernos, los activistas y las cortes para enmarcar las normas nacionales contra la discriminación racial. De hecho, la Declaración es citada con frecuencia en las numerosas leyes de penalización del racismo que, como veremos, han proliferado en la región, así como en las mucho más escasas normas y políticas de acción afirmativa. Esta norma, a su vez, ha sido central en el desarrollo del multiculturalismo contrahegemónico que será estudiado en las siguientes secciones.

El mismo ímpetu hacia la juridización de la justicia racial es reconocible en el derecho interamericano. De un lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó en 2005 la Relatoría sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial que, aunque tímidamente, ha impulsado la fijación de estándares regionales sobre la materia. De otro lado, como uno de los principales avances en el reconocimiento de la discriminación racial, la Organización de los Estados Americanos adoptó, a mediados de 2013, la Convención Interamericana contra el racismo, la

discriminación racial y las formas conexas de intolerancia, que impone a los Estados la obligación de adoptar medidas que eliminen tal discriminación.

La judicialización de la causa antirracista ha sido mucho menos copiosa que la de los reclamos étnicos. En parte, por la ausencia de instrumentos jurídicos y acciones judiciales contundentes, y, en parte –como veremos–, por los efectos contraproducentes de la huida de la legislación antirracista hacia el derecho penal; por esto, los fallos judiciales en casos de racismo son muy escasos. Siguiendo con el país utilizado en la discusión anterior para ilustrar la judicialización masiva de la etnicidad, en Colombia se cuentan literalmente con los dedos de las manos los fallos judiciales sobre discriminación racial. Mientras que la Corte Constitucional ha fallado apenas cuatro casos de este tipo en sus 22 años de historia, no hay aún ninguna sentencia penal por actos de racismo contemplados en una ley de 2011 (Rodríguez Garavito, Alfonso y Cavalier 2009).

Muy recientemente, la ley sobre discriminación en Colombia fue demandada por inconstitucional. El argumento central de los demandantes es que la ley creó un tipo penal por discriminación que dejó por fuera a la población en situación de discapacidad. Por tanto, la discriminación en razón de discapacidad no se encuentra penalizada como sí lo está la discriminación por raza, opción sexual o religiosa. En medio de la audiencia pública realizada por la Corte Constitucional el 31 de julio de 2014, el debate sobre la discriminación racial se fundió con las demás formas de discriminación, dejando de lado, una vez más, la discusión sobre la causa antirracista. La situación es similar en otros países, como explicaremos más adelante.

Más allá de los detalles de las normas y los litigios, para los efectos de esta sección nos interesa resaltar dos puntos generales. Primero, los constitucionalismos multiculturales han acarreado una profunda juridización del discurso y las estrategias de los movimientos étnico-raciales. Como lo mostró el trabajo etnográfico alrededor de la región, los líderes afrodescendientes e indígenas hoy deben pasar tanto tiempo en los territorios indígenas y las barriadas afros como en los espacios clave del campo jurídico: las ONG de derechos humanos, las agencias gubernamentales, los tribunales constitucionales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Washington o las sedes de los organismos especializados de las Naciones Unidas en Ginebra (como el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial o la Relatoría Especial de Pueblos Indígenas).<sup>16</sup>

Segundo, la regulación de los derechos étnico-raciales es altamente disputada. Tanto en los textos constitucionales y legales como en la práctica jurídica conviven diferentes concepciones y combinaciones de los reclamos de reconocimiento y redistribución. Se trata de enfoques teóricos y jurídicos contrastantes sobre la relación entre igualdad y diversidad, que se inscriben en debates conceptuales más amplios y de escala global, como veremos a continuación.

---

16 Entrevista con Luis Evelis Andrade, director de la ONIC, Ginebra, 11 de agosto de 2009; entrevista con Javier de la Rosa, abogado de asuntos indígenas del Instituto de Defensa Legal, Lima, 10 de agosto de 2010.

## Teorizando y enmarcando la juridización del reconocimiento: la etnicidad.gov<sup>17</sup>

El auge latinoamericano de los conflictos jurídicos sobre el reconocimiento no es gratuito o aislado. Por el contrario, hace parte de todo un *zeitgeist*: el de la globalización neoliberal de fines del siglo XX y comienzos del XXI. Como lo han mostrado los antropólogos surafricanos Jean y John Comaroff, un componente esencial de esta era es la centralidad del derecho o, en sus términos, del “fetichismo del derecho”,<sup>18</sup> la fe global “en la capacidad del constitucionalismo y el contrato, de los derechos y los remedios jurídicos, de lograr el orden, la civilidad, la justicia, el empoderamiento” (Comaroff y Comaroff 2001: 38). La expansión planetaria del derecho es palpable por doquier: en la avalancha de nuevas constituciones en el Sur Global, en el creciente poder de los jueces alrededor del mundo (Hirshl 2004, Sas-sen 2006), en la proliferación de programas de “ley y orden” y de “cultura de la legalidad” (Comaroff y Comaroff 2009a: 33) en las ciudades, en la judicialización de la política vía programas anticorrupción liderados por jueces y fiscales, en la explosión de regulaciones privadas como los estándares voluntarios de responsabilidad social empresarial, o en la transmutación de las luchas de los movimientos sociales en litigios de derechos humanos que ha teorizado y documentado Julieta Lemaitre (Santos y Rodríguez Garavito 2007).

17 Esta sección es una versión revisada y ampliada de un pasaje de Rodríguez Garavito (2012).

18 Para conocer otra aproximación sobre este tema, véase Lemaitre (2009).



La extensión de este proceso al ámbito de las identidades étnico-raciales es lo que llamamos sintéticamente *etnicidad.gov* (Rodríguez Garavito, 2012). Se trata de la juridización de los reclamos colectivos sobre la autodeterminación, la identidad cultural, las reparaciones históricas, los territorios y los recursos naturales; reclamos elevados por los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y otros grupos étnicos, tanto en América Latina como en otras partes del mundo. Con ese concepto intentamos capturar, entonces, la dimensión jurídica constitutiva de la “política de la cultura”, como la han llamado Álvarez, Dagnino y Escobar (1998).

Nos referimos a este proceso con el término *etnicidad.gov* para crear un paralelo literal que revele su profunda imbricación con el otro proceso fundamental de reconfiguración de las identidades étnico-raciales en tiempos de globalización, que Comaroff y Comaroff (2009b) bautizan “*etnicidad.Inc*”. Este último consiste en “el proceso de mercantilización de la cultura y la transformación empresarial de la identidad en el que aquél está inserto” (p. 20). Está encarnado en fenómenos tan diversos como la explotación económica de la pertenencia cultural (evidente, por ejemplo, en el *boom* del turismo ecológico-cultural en la Amazonia o en los territorios ancestrales de las comunidades afro de las costas Atlántica y Pacífica) o en la protección comercial del conocimiento tradicional (visible, por el ejemplo, en el patentamiento de la medicina indígena).

De la misma forma como la “*etnicidad.Inc* [es] [...] una proyección del sujeto emprendedor del neoliberalismo al plano de la existencia colectiva” (Comaroff y Comaroff 2009b: 140), la *etnicidad.gov* es la proyección del sujeto jurídico neoliberal al plano de los derechos

colectivos. Se trata del sujeto jurídico al que se le reconocen tres derechos liberales primordiales: la libertad contractual, la igualdad formal y el debido proceso. Como veremos al analizar la figura de la consulta previa, libre e informada (CPLI), estamos ante un sujeto jurídico constituido para participar en deliberaciones y consultas que transforman los conflictos colectivos en procesos de negociación regidos (al menos sobre el papel) por los principios del debido proceso (publicidad, transparencia, celeridad, etc.). Y lo que es crucial: en sintonía con la ficción liberal encarnada en las instituciones del debido proceso y la libertad contractual, en este tipo de legalidad se asume de entrada que el sujeto colectivo étnico (p. ej., un pueblo indígena o una comunidad negra) está en pie de igualdad con los demás sujetos que entran en las consultas y las negociaciones (p. ej., las empresas y las entidades estatales interesadas en explotar económicamente el territorio indígena o afrodescendiente). Con esto, se hace patente la afinidad entre los sujetos de la *etnicidad.Inc* y la *etnicidad.gov*. Esta es aún mayor cuando las demandas colectivas basadas en injusticias estructurales históricas –como las reparaciones y acciones afirmativas para contrarrestar el legado de la esclavitud de más de 12,5 millones de africanos traídos forzosamente a las Américas y sus descendientes, o el despojo y el genocidio de los pueblos indígenas– son tramitadas mediante remedios jurídicos individualizados (p. ej., el castigo penal contra el perpetrador de un acto de racismo) o reducidas a la igualdad formal (p. ej., la prohibición de discriminación).

En todas estas variaciones diluidas de los reclamos de reconocimiento, el sujeto de la *etnicidad.gov* es el mismo “sujeto emprendedor” de la *etnicidad.Inc*, pero

vestido con el atuendo jurídico de “parte contratante” y desligado de su identidad colectiva y sus reivindicaciones de reparación y redistribución. La afinidad es tal que, si quisiéramos resaltarla de una forma aún más literal, podríamos llamar a los dos procesos, en términos de convenciones de Internet, “*etnicidad.com*” y “*etnicidad.gov*”, respectivamente.<sup>19</sup>

Sin embargo, a diferencia de las terminaciones de los sitios de Internet, utilizamos el sufijo “.gov” no para denotar gobierno (*government*) sino gobernanza (*governance*). La juridización de la etnicidad tiene lugar no sólo a través del “derecho duro” de los gobiernos (o los estados en general), sino también mediante una amplia gama de reglas de “derecho blando”, como los principios operativos que los bancos multilaterales y privados imponen a las compañías que operan en territorios étnicos, o los códigos de conducta de compañías mineras que explotan dichos territorios. La *etnicidad.gov*, por tanto, está atravesada por el fenómeno del pluralismo jurídico y comprende también múltiples manifestaciones de “gobernanza sin gobierno”.

En suma, la juridización de los reclamos de reconocimiento que llamamos *etnicidad.gov* está dominada por un tipo específico de legalidad: la del paradigma de

19 Son múltiples las señales de la imbricación de estos dos procesos. Una especialmente reveladora es la similitud de sus discursos. Basta ver en ambos, por ejemplo, la centralidad del término “empoderamiento”. Mientras que, como veremos, en *etnicidad.gov* es el eslogan para designar la participación de los grupos étnicos en las decisiones y regulaciones que los afectan, en *etnicidad.com* es igualmente omnipresente y está asociado a “encontrar algo esencialmente suyo y sólo suyo, algo de su esencia para vender. En otras palabras, una marca” (Comaroff y Comaroff 2009b: 15).

la gobernanza, que, como Santos (2007) ha sostenido, es la matriz jurídica de la globalización neoliberal. De ahí que otros autores se hayan referido a las manifestaciones concretas de este paradigma como “multiculturalismo neoliberal,” esto es, el régimen jurídico que reconoce los derechos culturales, pero niega, *de facto* o *de jure*, “el ejercicio del control sobre los recursos que es necesario para el goce de esos derechos” (Hale 2005: 13). Puesto en términos de los reclamos de redistribución y reclamos de reconocimiento, este enfoque implica una separación tajante entre unos y otros.

Se trata de la variante que predomina en los países latinoamericanos que se han unido a la ola del constitucionalismo multicultural (Sieder 2002). De ahí que nos refiramos a él en adelante como multiculturalismo hegemónico, para evitar la contradicción empírica consistente en que incluso los estados críticos del neoliberalismo económico que han llegado más lejos en la consagración de los derechos étnico-raciales en sus constituciones (como Ecuador y Bolivia), en la práctica aplican una variedad de multiculturalismo afín a la de otros Estados con gobiernos de signo político contrario (como Chile, México o Colombia). Basta recordar las agresivas políticas de explotación minera de Ecuador<sup>20</sup> y Bolivia (García Linera 2012) en sus áreas amazónicas y su consecuente enfrentamiento abierto con las demandas de consulta y consentimiento previo de las poblaciones indígenas afectadas por proyectos como la exploración petrolera en los territorios del pueblo

---

20 Rafael Correa, “Ecuador’s Path”, entrevista en *New Left Review* 77, 2012.

Sarayaku y del Territorio Indígena y *Parque Nacional Isiboro-Secure* (Tipnis), respectivamente.

### Reconocimiento y redistribución: tres enfoques jurídicos

La definición de los derechos de los grupos étnico-raciales subalternos es objeto de intensa controversia en los campos jurídicos de la región. Las concepciones en disputa pueden ser agrupadas en tres tipos ideales, cuyos principios, mecanismos, figuras jurídicas y actores son condensados en la tabla 1. Comenzando con la variedad dominante, el multiculturalismo hegemónico separa nítidamente los reclamos de redistribución y los reclamos de reconocimiento. En su variedad de derecha –como la de la Argentina del menemismo o el Perú del fujimorismo– implica al mismo tiempo una versión minimalista de la redistribución y el reconocimiento. En su versión de izquierda –a la que se acercan Ecuador, Venezuela, Nicaragua o Bolivia hoy en día– combina la afirmación de la redistribución en detrimento del reconocimiento, como lo muestra la prioridad de las rentas mineras para financiar las políticas sociales en esos países, a costa de las reivindicaciones culturales y territoriales de los pueblos indígenas. En estos y otros países (como México, Brasil y Perú), este enfoque resulta en una interpretación restrictiva del derecho a la CPLI, que no implica capacidad de decisión de los pueblos afectados cuando su supervivencia física o cultural esté en juego.

En este tipo ideal incluimos también las aproximaciones dominantes al tratamiento jurídico del racismo, por dos razones. Primera, la clara tendencia de la huida hacia el derecho penal implica diluir las exigencias

**TABLA I**

**Enfoques sobre los derechos étnico-raciales**

	<b>Liberalismo integracionista</b>	<b>Multiculturalismo hegemónico</b>	<b>Multiculturalismo contrahegemónico</b>
Reclamo central	Libertad/igualdad formal	Diversidad/igualdad formal	Diversidad/igualdad material
Principio rector	Asimilación sin discriminación	Diversidad con participación	Autodeterminación con reparaciones
Paradigma jurídico	Regulación	Gobernanza	Reparación
Estatus jurídico de indígenas y afrodescendientes	Objetos de políticas	Objetos de políticas/sujetos de derechos individuales	Sujetos de derechos colectivos
Tiempo privilegiado	Futuro	Presente	Pasado-futuro
Instituciones jurídicas representativas	Prohibición de discriminación	Consulta no vinculante, penalización del racismo	Consentimiento previo, acciones afirmativas
Fuentes	Convenio 107 OIT, constituciones nacionales	Constituciones multiculturales, Convenio 169 OIT (interpretación restrictiva)	Declaración derechos indígenas ONU; Declaración de Durban; jurisprudencia (CIDH, Colombia, Brasil); constituciones pluriculturales (Bolivia, Ecuador); Convenio 169 (interpretación expansiva)
Actores centrales	Gobiernos	Gobiernos, cortes, OIT, Empresas transnacionales, ONG	Organizaciones indígenas y afro, organismos ONU (relatorías pueblos indígenas y afros, CEDR)

Fuente: Rodríguez Garavito (2012).

estructurales de reparaciones históricas –por ejemplo, las acciones afirmativas para la población negra– en exigencias de castigo individual para perpetradores de actos específicos de racismo. En el camino, se pierde la aspiración redistributiva de la demanda de reconocimiento. Segunda, para mantener la separación entre redistribución y reconocimiento, el multiculturalismo hegemónico reinterpreta las demandas de igualdad material de las víctimas del racismo en términos de la promoción de la “diversidad”. Mientras que en Estados Unidos la ideología del posracismo –la idea de que un presidente negro y una clase media negra implican que el racismo es cosa del pasado– subyace la jurisprudencia constitucional contraria a las acciones afirmativas, en América Latina el prerracismo –la negación histórica del racismo y la afirmación de América Latina como una “democracia racial”– hace que el marco que resulta aceptable para hablar sobre los afrodescendientes sea el de la diversidad: la exaltación jurídica de su aporte a la cultura nacional, sin que ello acarree consecuencias redistributivas de ningún tipo. Por todo lo anterior, su tiempo privilegiado es el presente y bajo sus términos resultan inviables las exigencias de reparaciones materiales que elevan los indígenas y los afrodescendientes por las expropiaciones históricas de las que fueron víctimas.

Dos aproximaciones contrastan con el multiculturalismo hegemónico. De un lado, el paradigma liberal clásico, con su énfasis en la unidad de la nación y la asimilación como el camino hacia la ciudadanía de indígenas y afrodescendientes. Enraizado en la oposición entre “civilización” y “barbarie”, planteado por los ideólogos y literatos de las nacionalidades latinoamericanas

—desde Domingo Faustino Sarmiento hasta Alejo Carpentier—, esta aproximación traduce y actualiza en términos jurídicos el predominio de la “civilización” (blanca/mestiza) en esa lucha por la identidad nacional. Para ello, protege el derecho a la igualdad formal de los otros —“los negros”, “los indios” y demás grupos subalternos que comprenden “el revés de la nación, su negativo”, como dice la antropóloga Margarita Serje (2011)— como mecanismo de integración de una ciudadanía ciega al color. Al hacerlo, privilegia el futuro que designa (la unidad nacional) sobre el pasado (la memoria del despojo de los grupos subalternos y las acciones que serían necesarias para repararlo).

Aunque su auge indiscutido en el derecho internacional y los ordenamientos nacionales decayó con el advenimiento del constitucionalismo cultural en los años noventa del siglo pasado, el liberalismo integracionista continúa vivo en las normas y las prácticas jurídicas de la región. Es evidente, por ejemplo, en los argumentos de intelectuales y juristas que, por izquierda y por derecha, critican las leyes y los programas de acción afirmativa porque crearían distinciones raciales que supuestamente no existen en el subcontinente del mestizaje y la convivencia racial. En lugar de acciones afirmativas, dicen los críticos liberales (que incluyen algunos intelectuales negros de élite), hay que concentrarse en aplicar el principio de igualdad formal y la prohibición de la discriminación.

De otro lado, un tercer enfoque intenta resolver la tensión entre aspiraciones de redistribución y aspiraciones de reconocimiento mediante un híbrido en el que la realización de las segundas requiere una redistribución de bienes y oportunidades materiales a



favor de indígenas y afrodescendientes. Se trata del multiculturalismo contrahegemónico que Santos ha teorizado a propósito de los procesos constituyentes recientes de Bolivia y Ecuador, marcado por “el doble derecho humano poscolonial: tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza; tenemos el derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza”.<sup>21</sup>

En el caso de los pueblos indígenas y de algunas comunidades negras (como las quilombolas brasileñas y las del Pacífico colombiano), este doble derecho está anclado en el principio de autodeterminación. Su marco temporal es doble, por cuanto vuelve la vista al pasado para reconfigurar las posibilidades del futuro. Al resaltar el legado del genocidio, la esclavización y el despojo, formula demandas jurídicas de reparación material –por ejemplo, mediante la adjudicación de territorios colectivos para los pueblos indígenas que restauren al menos una sombra de sus territorios ancestrales, o mediante acciones afirmativas que abran las oportunidades negadas por la historia del racismo a los afrolatinoamericanos–.

Como toda tipología, la de la tabla 1 estiliza y subraya, para efectos de claridad analítica, las distinciones entre las categorías de interés (en este caso, las tres aproximaciones a los derechos de indígenas y afrodescendientes). En la práctica, por supuesto, los instrumentos jurídicos internacionales, las decisiones judiciales nacionales, las legislaciones y los demás artefactos

---

21 Santos (2010). Véase también Santos (2002: 39). Sobre el derecho y la globalización contrahegemónica, véase Santos y Rodríguez Garavito (2007).

jurídicos se ubican frecuentemente a medio camino entre los tres tipos ideales. De hecho, como lo hemos resaltado a lo largo de esta sección, las interpretaciones y aplicaciones del Convenio 169 se ubican en un rango que va desde las versiones claramente insertas en el multiculturalismo hegemónico (p. ej., la de todos los gobiernos de la región y cortes constitucionales como la de Ecuador) hasta aquellas que, al establecer requisitos procesales exigentes o combinar la consulta con el consentimiento, toman elementos del multiculturalismo contrahegemónico (p. ej., la de la Declaración de la ONU y la de la jurisprudencia y recomendaciones de órganos como la Corte IDH y los organismos de derechos indígenas de la ONU).

Para darle sustento empírico a la tipología conceptual que proponemos, dedicamos el resto del texto a documentar los entrecruzamientos entre los tres tipos de enfoque en los debates jurídicos centrales para los derechos étnicos y raciales en América Latina. Del lado de los derechos étnicos, nos concentramos en las disputas sobre la CPLI. Del lado de la justicia racial, nos enfocamos en los debates sobre el derecho antirracismo en sus versiones penal individual (esto es, la criminalización del racismo) y reparadora (esto es, las acciones afirmativas).

**La justicia étnica:  
entre la consulta  
y el consentimiento**

### **El auge de la consulta: del derecho internacional a los constitucionalismos latinoamericanos**

La tensión entre diferentes aproximaciones a los reclamos de reconocimiento ha atravesado la institución de la CPLI desde sus orígenes. En el derecho internacional, el Convenio 169 surgió de la decisión de la OIT de revisar el marco jurídico emblemático del liberalismo integracionista (el Convenio 107 de la OIT, vigente desde 1959), “para reemplazar el énfasis del Convenio en los objetivos de integración [de los pueblos indígenas], por el énfasis en el respeto de la identidad de estas poblaciones y en la promoción de más consultas y participación de estos pueblos en las decisiones que los afectan” (OIT 1985: par. 50.16). En este sentido, desde un comienzo, el Convenio 169 estuvo inspirado en el objetivo de reemplazar la “integración” de los pueblos indígenas por su “participación” en los asuntos que los afectaban, como lo expresaba el documento presentado por el Secretariado de la organización al encuentro de expertos convocados para el efecto, que sesionó en Ginebra en 1986 (Simpson 1987). Los expertos y delegados de los tres sectores que componen la OIT (empleadores, trabajadores y Estados) concordaron en rechazar el objetivo expresado en el preámbulo del Convenio

107, esto es, “facilitar” la “progresiva integración [de los pueblos indígenas] en sus comunidades nacionales”.

Pero los desacuerdos fueron patentes en relación con el concepto de participación. Mientras que buena parte de los expertos respaldaron la propuesta de organizaciones como el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, que implicaba sustituir la participación por el *control* de estas comunidades sobre sus condiciones socioeconómicas, los delegados de los empleadores tendieron a respaldar la idea de la participación, y a objetar recomendaciones basadas en el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas (Barsh 1987: 756-762). El esfuerzo de conciliación entre estas dos posiciones es palpable en el informe que los expertos presentaron a la OIT, donde recomendaban que la revisión del Convenio asegurara a los pueblos indígenas “tanto como sea posible, control sobre su desarrollo económico, social y cultural”.<sup>22</sup> Y la solución intermedia recomendada fue un mecanismo procesal, que prefiguraba la institución de la consulta previa y que consistía en que, cuando no fuera posible obtener el consentimiento del pueblo afectado, el requisito de participación se cumpliría con una discusión pública del asunto en cuestión, en la que estuvieran involucrados representantes indígenas y tribales (Barsh 1987).

El contraste entre las dos posiciones se agudizó durante los congresos de la OIT de 1988 y 1989, en los que se debatió la revisión del Convenio. La propuesta original de la Oficina de la OIT, que incluía el estándar más exigente de “buscar el consentimiento” en relación

---

22 ILO Doc. APPL/MER/107/1986/D.7 (cursivas fuera del texto).

con las decisiones que afectaran a pueblos indígenas, se encontró con una fuerte resistencia por parte de numerosos Estados y organizaciones de empleadores. Ante ello, la Oficina modificó la propuesta con miras a la conferencia final de 1989 y recogió la fórmula más débil de la “consulta”, que vendría a ser consagrada en el texto del Convenio 169 finalmente aprobado.<sup>23</sup> De esta forma, según Rodríguez-Piñero, “‘la consulta’, ‘la participación’, y ‘el respeto por la identidad’ se convirtieron en los temas centrales de un discurso imperfectamente articulado que recurría al pragmatismo y a valores fácilmente aceptables, a la vez que evitaba explícitamente una discusión principialista que habría podido inquietar a los miembros de la OIT por razones políticas”, lo que indicaría que, aunque había un claro consenso contra el integracionismo, no existía “un discurso alternativo claro del que se pudiera echar mano, sino apenas algunos fragmentos de él” (2005: 299).

Aunque esta conclusión resalta correctamente la función política de la CPLI –servir de punto de encuentro procedimental entre posiciones sustantivas opuestas–, pierde de vista el hecho de que la consulta *es* un discurso alternativo. De hecho, en América Latina, se ha convertido desde entonces en uno de los discursos privilegiados para hablar de los reclamos de reconocimiento y para tramitar los conflictos sobre la cultura y la autodeterminación. Basta ver cómo sirve hoy para enmarcar las disputas socioambientales que afectan a los pueblos indígenas de toda la región, desde el conflicto entre el Estado chileno y el pueblo mapuche que

---

23 Rodríguez-Piñero (2005: 381). Véase también Anaya (2005: 7-17).

intenta recuperar sus territorios en la Araucanía, hasta el enfrentamiento entre el Estado mexicano y las mujeres cucapás que resisten la expropiación de su pesca artesanal en Baja California.

¿A qué se debe la acogida del lenguaje de la consulta, incluso entre gobiernos y empresas? La CPLI estuvo inserta en la matriz económica del “proceso del desarrollo”.<sup>24</sup> A pesar de que, como veremos, en la práctica de la CPLI ha resurgido la tensión entre derechos y desarrollo, entre participación y autodeterminación, es claro que en la versión adoptada por el texto del Convenio 169 y las constituciones latinoamericanas que importaron su lenguaje (como la colombiana y la ecuatoriana) o lo integraron mediante la vía del bloque de constitucionalidad (como la reforma constitucional mexicana de 2011), la consulta está subordinada a la prioridad del desarrollo económico. De ahí que la CPLI haya sido acogida de buen grado por los actores del neoliberalismo global, desde los bancos multilaterales hasta las empresas transnacionales, que encontraron en ella un mecanismo útil y amigable para responder a las crecientes críticas sobre el impacto de sus operaciones sobre los pueblos indígenas. De hecho, la CPLI pasó a ser una pieza clave de los ajustes discursivos con los

---

24 Véase, por ejemplo, el artículo 7 (1) del Convenio 169: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

que el proyecto desarrollista<sup>25</sup> fue reeditado y reexportado a escala global. En otras palabras, una vez exorcizaron la consulta para librarla de las demandas más exigentes del principio de autodeterminación, los actores globales del neoliberalismo pudieron traducirla en uno más de los adjetivos que cualificaban (pero mantenían y reforzaban) el discurso del desarrollo.

Por ejemplo, en el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la participación, el empoderamiento y la consulta han pasado a ser el núcleo del enfoque de “desarrollo con identidad” que inspira su reciente Política Operativa sobre Pueblos Indígenas (BID 2006). La incorporación de la consulta en el proyecto desarrollista es clara en las palabras de la directora de la unidad del BID que elaboró la Política Operativa, que son a la vez una descripción inmejorable del proceso de etnicidad. Inc referido arriba: “[L]os pueblos indígenas están cada vez más interesados en usar sus activos de recursos naturales, herencia cultural y capital social como vehículos para mejorar sus condiciones sociales y económicas” (Deruyttere 2004: 41). La misma fuente revela con igual transparencia la conexión entre el “desarrollo con identidad” y la etnicidad. Inc, de un lado, y el lenguaje de la gobernanza y la etnicidad.gov, del otro: “[A] lo largo de los años, el BID ha desarrollado múltiples proyectos que incorporan buenas prácticas como la planeación participativa, asuntos socioculturales, mecanismos de ejecución descentralizados, o las conexiones entre el fortalecimiento de aspectos ambientales o territoriales y la participación local en la gestión y la toma de decisiones” (p. 42).

---

25 Sobre los orígenes y la trayectoria del desarrollo como proyecto transnacional, véase McMichael (2008).



Un lenguaje muy parecido se puede encontrar en las declaraciones de los gobiernos nacionales, que han emprendido nuevos proyectos desarrollistas basados en las economías extractivas y la producción de bienes primarios. Para mencionar apenas el caso más influyente y prominente, Brasil ha defendido en esos términos su negativa a cumplir la medida cautelar que la CIDH expidió en 2011 para detener la construcción de la represa de Belo Monte hasta tanto se consultara con los pueblos indígenas afectados por el proyecto. A través de largos procedimientos judiciales iniciados por demandas del Ministerio Público en defensa de los pueblos indígenas, el Gobierno brasileiro y las altas cortes han sido explícitos en sostener que la consulta es solo una formalidad procedimental que debe ceder a la prioridad de la generación de energía para alimentar el desarrollo nacional. De hecho, la laberíntica historia judicial del caso Belo Monte está atravesada por fallos que encarnan esta aproximación, proferidos especialmente por el alto Tribunal Federal de Brasilia. “No podemos sucumbir a la política ambiental aislacionista de las comunidades indígenas. Debe haber una política desarrollista/integracionista en el tratamiento de estas sociedades”, dijo en un fallo de 2011, difícil de superar como ilustración de la mezcla distintiva del liberalismo integracionista.<sup>26</sup>

### **La regulación y la jurisprudencia sobre la consulta en América Latina**

El mismo enfoque es evidente en las leyes, reglamentos y fallos judiciales que han sido expedidos en los diferentes países al calor de los conflictos socioambientales

---

26 TFB, segunda acción pública MP, 2011.

que han proliferado en los territorios indígenas. Si se hace un análisis de derecho comparado, se concluye que la tendencia se sostiene a lo largo de toda la región.

De un lado, varios países han esquivado por completo la regulación del tema y lo han dejado al arbitrio de las autoridades nacionales y municipales. Así sucede, por ejemplo, en México, Argentina, Brasil y Venezuela, donde el vacío legal contrasta con las crecientes demandas indígenas (y, en Brasil, afrodescendientes también) por la aplicación del Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Los fallos judiciales no han llenado el vacío: en México, la Suprema Corte de Justicia ha implementado tímidamente la reforma constitucional de 2011 que incorpora los tratados internacionales (incluyendo el Convenio 169) al bloque de constitucionalidad; en Argentina, la Corte Suprema aún no se ha pronunciado sobre el tema; y en Brasil, por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal ha hecho un examen muy laxo de la constitucionalidad de normas como el Decreto 788 de 2005, mediante el cual el Congreso nacional autorizó la construcción de Belo Monte.

De otro lado, los pocos países que han producido legislación en la materia han tendido a adoptar concepciones débiles de la CPLI, que terminan desmontando la protección que se da en el derecho internacional (Baquero 2014: 106-110). Yendo de sur a norte, encontramos que, tras casi una década de demora en ratificar el Convenio 169, Chile expidió en 2009 el Decreto 124 para regular la CPLI. En él, la consulta tiene el cariz más débil de todas las regulaciones existentes en la región, en la medida en que la limita expresamente a una diligencia formal de recepción de opiniones,

sin requisitos ni consecuencias que garanticen su carácter previo, libre e informado. Por todas las críticas que presentó el movimiento indígena ante la norma de 2009, el gobierno de Piñera abrió un proceso de diálogo con representantes y organizaciones indígenas para la construcción de la norma sobre CPLI.

Durante más de un año, los pueblos indígenas y el gobierno se encontraron en la Mesa de Consenso y ahí discutieron el nuevo reglamento de CPLI (Instituto Nacional de Derechos Humanos 2013). Como resultado, el Gobierno presentó un primer texto que fue cuestionado por el movimiento indígena, por ejemplo, por excluir medidas que les debían ser consultadas. La oposición indígena llevó al Gobierno a presentar una segunda norma que sí fue adoptada a través del Decreto Supremo 66 de 2013. Esta norma, aunque es la primera ley sobre consulta que fue discutida con el movimiento indígena en América Latina, también tiene una definición limitada del derecho a la CPLI que termina por desproteger a los pueblos indígenas.

En Bolivia, la consulta ha sido regulada sólo en relación con la explotación de petróleo. Aunque las regulaciones (la Ley 3058 de 2005 y el Decreto 29033 de 2007) han incorporado estándares mucho más exigentes que los chilenos, en la práctica han sido muy debilitados por falta de voluntad del Ejecutivo y por limitaciones establecidas por la Corte Constitucional.<sup>27</sup>

Perú ha sido el primer país en regular sistemáticamente la CPLI, mediante la Ley 29.785 de 2011 y el

---

27 Corte Constitucional de Bolivia, Sentencia 0045 de 2006 (que declara inconstitucional el requisito de consentimiento previo de las comunidades étnicas que había establecido la ley de hidrocarburos de 2005).

reglamento respectivo de 2012.<sup>28</sup> Aunque la ley establece que sus reglas deben ser interpretadas a la luz del Convenio 169, en la práctica el Gobierno ha recortado sustancialmente su alcance, al entender, por ejemplo, que aplica sólo a los pueblos indígenas que cumplen con los criterios establecidos en el derecho nacional.

La Base de Datos<sup>29</sup> es la herramienta de política pública que define quiénes son pueblos indígenas en Perú. Aunque el Gobierno ha dicho que esta herramienta no elimina el derecho a la consulta de pueblos indígenas que no sean incluidos dentro de la tabla,<sup>30</sup> en la práctica es el instrumento con que cuentan los funcionarios para la realización de los procesos. Esta política va en contra del derecho a la CPLI porque establece más criterios a los pueblos indígenas que quieren ser protegidos que los que se les exigen en el Convenio 169 de la OIT. Por ejemplo, desconociendo la historia de discriminación<sup>31</sup> que han sufrido los pueblos indígenas en Perú, les exige que deben conservar su lengua y vivir en los mismos territorios que ocuparon sus antepasados para ser considerados como pueblos indígenas. Los que han

---

28 Se trata del Decreto D.S. N° 001-2012-MC y la Guía Metodológica. Véase, en general, Yrigoyen (2011).

29 Si quiere conocer la Base de Datos, véase <http://bdpi.cultura.gob.pe>.

30 Para conocer la tabla específica, véase <http://bdpi.cultura.gob.pe/lista-de-pueblos-indigenas>.

31 Para conocer más, véase el *amicus curiae* presentado por Dejusticia, el Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, la clínica jurídica de acciones de interés público de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Stanford International Human Rights and Conflict Resolution Clinic. Recuperado de: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/1900>.

perdido su lengua o que han sido desplazados de sus territorios no podrán ser incluidos dentro de la Base de Datos y eso termina menoscabando la capacidad que tienen para participar en los procesos de toma de decisiones que ocurren en sus territorios y que además los afectan directamente. Esta norma fue demandada por una articulación de organizaciones y la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema realizó en abril de 2015 una audiencia para escuchar los argumentos de los demandantes y el Estado frente a la Base de Datos. La decisión final sobre la constitucionalidad de la norma aún no ha sido tomada por la Corte y, por tanto, continúan las denuncias de organizaciones indígenas que han sido excluidas de procesos de consulta.

En Ecuador, a pesar de la interesante innovación de incluir como sujetos de la CPLI no sólo a los indígenas sino también a los afroecuatorianos y a los montubios en la Constitución,<sup>32</sup> la directriz expedida por el Congreso en 2012 para la consulta de proyectos de ley establece apenas reglas laxas y generales. Lo mismo sucede con el Decreto Ejecutivo 1247 del mismo año sobre consulta en proyectos petroleros, expedido por el Gobierno en respuesta al fallo de la Corte Interamericana en el caso *Sarayaku vs. Ecuador*. Como en la sentencia la Corte le ordenó al Gobierno consultar con los pueblos indígenas las intervenciones que ocurrieran sobre el Amazonas, este se adelantó a la difusión del texto para expedir una medida que flexibiliza la intervención en la selva. Así, el Decreto 1247 también restringió el derecho a la consulta de los pueblos indígenas amazónicos

---

32 Constitución Política del Ecuador, artículos 56, 58, 60, 257.

y fortaleció la explotación en el Amazonas. Una prueba de esta contradicción se encuentra en lo que sucedió en la XI Ronda Petrolera en Ecuador, en la que el Gobierno argumentó que la explotación de hidrocarburo era viable pues los procedimientos de consulta se habían desarrollado efectivamente con la aplicación del Decreto.

En Colombia se han expedido, al menos, dos normas sobre derecho a la CPLI. La primera fue el Decreto 1320 de 1998, cuyo contenido es tan deficiente, que la Corte Constitucional lo ha inaplicado por inexecutable y ha terminado llenando los vacíos regulatorios que deja a través de una copiosa jurisprudencia que, más que la de otros países, ha elevado los estándares de la CPLI hasta exigir el consentimiento previo en casos en los que la vida cultural o física de los pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas se encuentre en riesgo. La posición de la Corte fue reiterada por el Comité de Expertos de la OIT, que le recomendó al Estado colombiano inaplicar la medida porque violaba los derechos de los pueblos étnicos, especialmente el derecho a la CPLI.<sup>33</sup>

A finales de 2013, el gobierno de Santos promulgó otra medida que regula el derecho a la CPLI, el Decreto 2613 de 2013. Al igual que en la ocasión anterior (Baqueño 2014b), el Gobierno no consultó la medida con los pueblos indígenas, ni afrocolombianos y redujo la

---

33 Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por parte de Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT.

protección dada por los instrumentos internacionales. Uno de los puntos más controvertidos por las organizaciones étnicas es que el Gobierno sólo reconoció el derecho a la consulta de las comunidades que tienen un territorio titulado, excluyendo a aquellas que están buscando el título colectivo y que no les ha sido entregado por el Estado o las que han sido desplazadas por el conflicto armado o la expansión de la frontera de explotación.

La clara tendencia que resulta en este balance de derecho comparado no implica que la regulación de la consulta no haya sido discutida. En la práctica y en la regulación de la CPLI resurge a cada paso la tensión característica de la *etnicidad.gov*, entre el multiculturalismo hegemónico –centrado en el *procedimiento* de la consulta, como expresión de la libertad contractual entre partes formalmente iguales– y la legalidad de los derechos indígenas –que evalúa esos procedimientos en función de su *resultado*, esto es, del grado en que permitan que los pueblos indígenas libremente acepten o rechacen el proyecto o decisión de que se trate, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación–.

La interacción entre estas dos posturas ha dado lugar a múltiples fórmulas intermedias, tanto en la aplicación del Convenio 169 como en los nuevos instrumentos de derecho internacional. En cuanto al Convenio 169, los órganos nacionales e internacionales encargados de aplicarlo han adoptado diversas interpretaciones, que se ubican en puntos distintos del continuo entre consulta y consentimiento. Por ejemplo, los comités de la OIT que resuelven quejas por vulneraciones del Convenio 169, aunque optan por la primera, han fortalecido las garantías procesales de la consulta y declarado

la violación del Convenio en múltiples oportunidades, como lo hizo el comité que examinó el caso de la represa de Urrá en Colombia (Naciones Unidas 2003).

Entre tanto, organismos internacionales como la Relatoría sobre derechos de los pueblos indígenas de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>34</sup> han fijado interpretaciones del derecho internacional en general, y del Convenio 169 en particular, que mantienen la regla de la consulta, pero establecen el requisito más exigente del consentimiento cuando se trata de grandes proyectos de desarrollo o inversión que tengan un impacto profundo sobre un pueblo indígena. Las cortes nacionales, por su parte, han desarrollado jurisprudencias muy diversas, que van desde las más cercanas a la concepción procedimental débil de la consulta (como la de la Corte Constitucional de Guatemala,<sup>35</sup> Ecuador<sup>36</sup> o Bolivia), hasta las más cercanas a la perspectiva de la Relatoría de la ONU y la Corte Interamericana (como en las decisiones recientes de la Corte Constitucional colombiana<sup>37</sup>), pasando por

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo saramaka vs. Surinam.

35 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, Sentencia 1179-2005 [que afirma que “los efectos de la consulta previa no pueden tener el alcance pretendido (por una regulación municipal que incorporaba el estándar de consentimiento indígena previo), porque el carácter de los procesos de consulta [...] es meramente indicativo”].

36 Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, 2010 (que declara exequible el Código Minero y rechaza los argumentos jurídicos de la Conaie sobre la violación de las cláusulas constitucionales sobre CPLI).

37 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia



posturas intermedias similares a las de la OIT (como la del Tribunal Constitucional de Perú<sup>38</sup>).

En buena parte por la presión de organizaciones indígenas latinoamericanas, la disputa por fijar los estándares de la CPLI ha llegado a la escala global y fue patente en el proceso de adopción del más reciente instrumento jurídico internacional sobre el tema: la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas. Si se estudian los informes de los once años de discusiones del grupo de trabajo que la Comisión de Derechos Humanos creó en 1995 para redactar la Declaración, se puede ver con claridad que la razón de la larga duración del proceso –y de su cercanía al fracaso en 2005, cuando fue salvado en un taller ad-hoc en México– fue justamente el persistente desacuerdo entre las organizaciones indígenas y buena parte de los Estados en relación con el estándar de participación que debía ser incorporado en la Declaración. Mientras que las primeras exigían el consentimiento, los segundos preferían una variedad de consulta similar a la del Convenio 169. La solución de conciliación de la Declaración final, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2007, consistió en un híbrido que mantuvo el estándar general de la CPLI, pero avanzó más allá del Convenio 169 en la dirección de la propuesta indígena, al establecer que la consulta se debe hacer con el fin de

---

T-769/2009 (que suspende un proyecto de exploración minera en el noroccidente colombiano hasta que se haga la consulta con los pueblos indígenas afectados, y declara que se requiere el consentimiento previo para la realización de grandes proyectos económicos que tengan un impacto profundo sobre un pueblo indígena).

38 Tribunal Constitucional del Perú, Exp. No. 05427-2009-PC/TC.

“obtener el consentimiento” de los pueblos indígenas (arts. 19 y 32) y exigir directamente el consentimiento como requisito para medidas que impliquen el desalojo de un pueblo de su territorio (art. 10) y el vertimiento o almacenamiento de materiales en sus territorios (art. 29). El reconocimiento del derecho al consentimiento también se ha dado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha establecido que el estándar de consulta es insuficiente en los casos en que la aplicación de las medidas tenga un impacto profundo en los derechos de los pueblos indígenas.<sup>39</sup>

En suma, tras dos décadas de existencia, la CPLI se ha convertido en la institución central de la regulación de los derechos indígenas en América Latina y en el derecho internacional. En este sentido, constituye la modalidad dominante de la *eticidad.gov* y del multiculturalismo hegemónico. La consulta está inserta, sin embargo, en un campo sociojurídico altamente dinámico y complejo, en el que coexiste, en tensiones e híbridos diversos, con otras aproximaciones jurídicas a la “cuestión indígena” (véase tabla 1). De un lado, coexiste con los vestigios del paradigma integracionista, que si bien ha sido desplazado de los instrumentos del derecho internacional, sigue siendo altamente influyente en regímenes jurídicos de toda la región, en los que los pueblos indígenas son con frecuencia objetos de las políticas de desarrollo, antes que sujetos de derecho.<sup>40</sup>

---

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del pueblo saramaka vs. Surinam; caso comunidad indígena de sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146, (Mar. 29, 2006).

40 Tomo la distinción entre enfoques de políticas y de derechos de Clavero (1994: 75).

De otro lado, convive con una forma contrahegemónica de multiculturalismo defendida por el movimiento por los derechos indígenas, inspirada en el principio de autodeterminación y plasmada en el estándar del consentimiento previo, libre e informado.<sup>41</sup>

---

41 Esta caracterización del multiculturalismo contrahegemónico está inspirada en el trabajo de Santos sobre la relación entre multiculturalismo y derechos humanos. Véase Santos (2002). Sobre el derecho y la globalización contrahegemónica, véase Santos y Rodríguez Garavito (2007).

**La justicia racial:  
entre la penalización  
individual  
y las reparaciones  
estructurales**

### La respuesta jurídica a la pigmentocracia y el mito de la democracia racial

Los nuevos reclamos por el reconocimiento tienen lugar contra el telón de fondo del mito de la democracia racial: la idea según la cual en América Latina no hay racismo porque, a diferencia de Estados Unidos o Sudáfrica, todas las razas y culturas se fundieron en una síntesis feliz. El mestizaje, claro está, es una de las creencias fundacionales de la identidad regional. Como lo dice el historiador Alfonso Múnera (2005) en relación con Colombia, se trata del “viejo y exitoso mito de la nación mestiza, según el cual Colombia ha sido siempre, desde finales del siglo XVIII, un país de mestizos, cuya historia está exenta de conflictos y tensiones raciales”. Mito que echó profundas raíces en el pensamiento social y jurídico latinoamericano, desde que Gilberto Freyre lo dibujara para Brasil en *Casa Grande e Senzala* en 1933.

El mito siempre estuvo sostenido sobre bases jurídicas sólidas. Aunque el “derecho en los libros” (el de las constituciones y las leyes) no consagraba un *apartheid* legal, el “derecho en acción” (el de la policía, las cárceles, los funcionarios y las cortes, para no hablar de los espacios privados) reforzó una jerarquía racial altamente eficaz, donde el color acarrearba consecuencias

tan importantes como la clase social. Basta recordar el papel de las fuerzas policiales en la aplicación de normas informales de segregación en espacios públicos hasta bien entrado el siglo XXI. Por ejemplo, en Cali (Colombia), tanto las víctimas de delitos de homicidios como las personas detenidas por la Policía son mayoritariamente jóvenes afrodescendientes (Lam y Ávila Ceballos 2013). Ocurre un caso similar con los parlamentos y los gobiernos en el despojo y el desplazamiento selectivo de los grupos raciales subalternos hasta hoy (Hernández 2012). Todavía hace menos de una década, los Estados de la región sostenían en sus informes jurídicos oficiales al Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial que en sus sociedades no había patrones de discriminación racial, sino sólo actos aislados de racismo (Rodríguez Garavito, Alfonso y Cavelier 2009). De modo que el derecho ha tenido responsabilidad importante en la construcción y el mantenimiento de las profundas desigualdades económicas y sociales de las “pigmentocracias” latinoamericanas que teorizara el antropólogo chileno Alejandro Lipschutz hace ya 70 años.<sup>42</sup>

Con la simultánea explosión y juridización de los reclamos de reconocimiento desde los noventa, el derecho ha salido del trasfondo de las relaciones raciales para ocupar un lugar central en las respuestas sociales y estatales a la movilización contra el racismo. Al igual que ha sucedido con la CPLI, las disputas sobre las normas y fallos sobre el racismo involucran los

---

42 Para un panorama reciente de la pigmentocracia y sus indicadores socioeconómicos, véase Telles y Steele (2012).

distintos enfoques jurídicos sobre la redistribución y el reconocimiento.

En esta sección, basados en la tipología de enfoques que hemos propuesto, pasamos revista a la febril creación de normas jurídicas contra el racismo y conectamos los puntos entre debates aparentemente inconexos, como los relacionados con la criminalización del racismo, de un lado, y la mezcla de reivindicaciones étnicas y raciales en los movimientos negros, del otro.

Argumentamos que, cuando se tejen estos hilos analíticos y empíricos, surgen dos patrones, que documentamos en subsecciones separadas. Primero, es clara una fuga hacia el derecho penal en toda la región, a través de reformas de los códigos penales o leyes específicas que criminalizan actos discriminatorios. Sostenemos que esta fuga se funda en una reinterpretación liberal-integracionista que, al concentrarse en sanciones individuales, diluye y fragmenta los reclamos de justicia racial más radicales, basados en la copiosa evidencia sociológica sobre racismo estructural.

Segundo, al igual que en los debates jurídicos sobre la etnicidad, en aquellos relacionados con la raza es evidente la tensión entre formas hegemónicas y contrahegemónicas de multiculturalismo. (De hecho, como veremos, una de las formas como se tramita esa tensión es mediante el desplazamiento de la raza por la etnicidad). El enfrentamiento es evidente en los dos campos que, junto con la criminalización del racismo, han marcado la juridización de los reclamos antirracistas: las normas y litigios sobre acciones afirmativas, y la creciente controversia legal sobre los derechos territoriales de los afrodescendientes.

### La fuga hacia el derecho penal

Un análisis de derecho comparado muestra una tendencia impactante: todos los países de la región, con la solitaria excepción de Paraguay, han creado tipos penales que sancionan con cárcel los actos de discriminación racial. La tendencia comenzó con la Constitución brasilera de 1988, que en su artículo 5 no dejó lugar a ambigüedad: “La práctica del racismo constituye un crimen sin derecho a fianza e imprescriptible, sujeto a pena de prisión, en los términos de la ley”. La elevación del crimen de racismo a rango constitucional era una demanda de sectores del movimiento negro, que en un congreso realizado en Brasilia en 1986 había sido formulada en un lenguaje muy cercano al que fue acogido finalmente por la Asamblea Nacional Constituyente.

El mandato constitucional fue desarrollado por la llamada Ley Caó (Ley 7.716 de 1989), que amplió y detalló el espectro de conductas que antes eran tratadas como contravenciones y pasaron a constituir el crimen de racismo. El endurecimiento de las sanciones fue evidente: en todos los casos se establecieron penas de prisión, que oscilaban entre uno y tres años para los actos más leves, y de dos a cinco para los más graves (Werler et ál. 2011).

Como sucede en general con la huida al derecho penal en la región, la Ley Caó tuvo una eficacia más simbólica que instrumental.<sup>43</sup> El remedio para la ineficacia fue el usual: una nueva ley con un renovado potencial simbólico y, de nuevo, una precaria vocación de implementación en la práctica. Se trataba de la Ley 9.459 de

---

43 Sobre esta distinción y su aplicación a América Latina, véase García Villegas (1993).



1997, que le dio un giro al tratamiento de las ofensas racistas al tratarlas como variedades de la injuria. En efecto, fijó una pena de prisión de uno a tres años y una multa como castigo para la “injuria racial”.

Al criticar la nueva ley, algunas organizaciones afro-brasileras pusieron el dedo en las contradicciones jurídicas y políticas del tratamiento penal del racismo. Por ejemplo, según la ONG Observatorio Negro,

Con la existencia de este tipo calificado de injuria, casos graves de discriminación racial son relegados a la categoría [tipificación] de crimen de orden privado, lo que transfiere la responsabilidad del Estado de combatir el racismo a la propia víctima, urgida a nombrar un abogado o abogada y sujeta a un corto plazo para iniciar la acción contra la injuria. Además, considerar el racismo como injuria individualiza el problema de las desigualdades de tratamiento, abordando la igualdad racial como un interés meramente privado de quien ha visto violado de manera directa su derecho a la dignidad humana. Con esto, los órganos de justicia y seguridad —las Delegaciones de policía, el Ministerio Público y el Poder judicial— restringen la violación de la dignidad humana, interés de todos, a la honra personal del ofendido. (Werler et ál. 2011)

Aunque acertada, esta crítica es incompleta. De un lado, porque el efecto individualizador es una consecuencia no del delito de injuria racial, sino del uso mismo del derecho penal para enfrentar un problema estructural como el racismo. En ese sentido, la crítica aplica igualmente al artículo 5 de la Constitución de 1988 y a la avalancha de reformas penales similares que se desencadenaría posteriormente por todo el subcontinente. De otro lado, la crítica es insuficiente porque

deja intocado el problema de la eficacia de los tipos penales, que tiende a hacerse más grave mientras más drástica es la sanción penal, como había sucedido con la Ley Caó. Más recientemente, el Estatuto de Igualdad Racial, o Ley 12.288 de 2010, también incluyó normas que penalizan la discriminación racial, al prohibir por ejemplo que se impida el acceso laboral de una persona con los requisitos necesarios para ocupar cargos en la administración, servicios públicos o empresas privadas. Esta norma también prescribió la práctica de exigir a un trabajador aspectos asociados a una raza.

Las cifras sobre la aplicación de estas leyes confirman la ineficacia de la penalización. Durante los diez primeros años de vigencia de la Ley Caó, hubo sólo tres condenas por racismo en el país. Los dos tribunales de máxima instancia (el Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Superior de Justicia) no habían juzgado un solo caso de este tipo. Una investigación más reciente corroboró la tendencia: entre 1998 y 2005, el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo no profirió ninguna condena por casos de racismo, y sólo cuatro por injuria racial (Werler et ál. 2011).

Brasil fue el caso pionero, pero no el último. La fuga al derecho penal se ha vivido como una ola reformista en toda la región, con la misma combinación de dureza punitiva e ineficacia. De hecho, la discusión sobre la sanción del racismo también se ha dado en el contexto del sistema interamericano. En la reciente Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, promulgada en 2013, los Estados se comprometieron “a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones

de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia". Esta orden se ha tramitado vía derecho penal.

En la región, las reformas penales tomaron dos formas distintas. Algunos países introdujeron tipos penales específicos contra el racismo, a través de reformas a códigos penales o leyes especiales. Ese fue el caso de países como Cuba, El Salvador y Venezuela. Otros – como Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Perú y Uruguay– incluyeron el racismo en reformas o leyes que criminalizaban otras formas de discriminación. La muestra más clara de este tipo penal más amplio es el Código Penal de República Dominicana (art. 336), que castiga "toda distinción realizada entre personas físicas en razón de su origen, edad, de su sexo, de su situación de familia, de su estado de salud, de sus discapacidades, de sus costumbres, de sus opiniones políticas, de sus actividades sindicales, su ocupación, de su pertenencia o de su no pertenencia, verdadera o supuesta, a una etnia, una nación, una raza o una religión determinada".

En algunos casos, estos tipos penales amplios tuvieron origen en iniciativas contra otras formas de discriminación como el sexismo o la xenofobia, en tanto que en otros surgieron de campañas contra el racismo que terminaron teniendo un alcance más general. Ejemplo de la primera ruta fue Chile, donde la llamada Ley Zamudio contra la discriminación (incluyendo el racismo) fue adoptada en 2012 al calor de la indignación nacional por el asesinato de Daniel Zamudio, un crimen de odio por orientación sexual cometido por lo que en la opinión pública se conoce como un grupo neonazi. El

artículo 1 de la Constitución Política de Chile de 1980 reconoció la igualdad en términos de dignidad y derechos de todas las personas; sin embargo, en la práctica, esa igualdad continúa siendo una aspiración. El caso de Daniel Zamudio llevó a que el Congreso promulgara la Ley Zamudio, la cual establece un mecanismo judicial para los casos de discriminación y obliga a todos los organismos del Estado a “elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades” (art. 1).

El proyecto de ley de penalización de la discriminación es anterior al asesinato de Daniel Zamudio, pues fue presentado el 22 de marzo de 2005 en un *mensaje presidencial* del expresidente Lagos. Fue aprobado por la Cámara de Diputados el 5 de octubre y pasado al Senado para que allí se surtiera el segundo trámite. Seis años después, el 8 de noviembre de 2011, los senadores aprobaron el proyecto con algunas modificaciones. En la Cámara de Diputados se surtió el tercer trámite, en el que los diputados se opusieron a algunas de las modificaciones realizadas por el Senado.

Por las diferencias generadas entre la propuesta de la Cámara y la del Senado se creó una Comisión Mixta de senadores y diputados para llegar a un acuerdo sobre el texto que iba a ser aprobado, perfeccionar el articulado y elaborar un informe final. La propuesta de la Comisión Mixta fue aprobada por ambas cámaras después de que el Ejecutivo calificara, por el asesinato Zamudio, la aprobación del proyecto como de “suma emergencia”. El 12 de julio de 2012, después de siete años, la Ley Zamudio fue promulgada con el voto favorable de 25 senadores, 3 en contra, 3 abstenciones y

2 pareo. Por su parte, la Cámara de Diputados aprobó el texto conciliado con 90 votos favorables, 16 en contra y 3 abstenciones.<sup>44</sup>

La Ley Zamudio (Ley 20.609 de 2012) modificó el Código Penal e incluyó, en el artículo 12 de los agravantes de la responsabilidad penal, una nueva razón en la que se agrava la pena si el delito es cometido o se ha participado en él, “motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca” (art. 17).

La Ley Zamudio, además de penalizar la discriminación, introdujo un procedimiento judicial para la denuncia de este tipo de casos, denominado ‘acción de no discriminación arbitraria’.<sup>45</sup> En este proceso judicial, la víctima del acto de discriminación puede interponer la acción buscando que la sentencia declare la existencia del acto de discriminación, lo deje sin efectos, ordene que sea reiterado y/o que se realice el acto omitido. El juez podrá, como resultado del proceso judicial, imponer una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales a quien sea encontrado culpable de cometer el acto de discriminación arbitraria (art. 12).

La segunda vía, que comenzó por penalizar el racismo pero en el proceso incluyó otras formas de discriminación, se ejemplifica en el caso de Colombia. En 2011, el Congreso aprobó un tipo penal extenso contra

44 RPP, 2014, 7 de abril de 2014.

45 Para consultar todo el procedimiento, véanse artículos 3 al 16.

diversas formas de discriminación. La Ley 1482 de 2011 o Ley Antidiscriminación busca “garantizar la protección de los derechos de una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, que son vulnerados a través de actos de racismo o discriminación” (art. 1). Para lograr el objetivo, la ley introdujo al Código Penal cuatro artículos que definieron los actos de racismo y hostigamiento por motivos de raza junto a las causales de agravación y atenuación punitiva. A su vez, la reforma modificó el artículo 102 del Código Penal que se refería a la apología del genocidio.

El proceso de reforma del código penal incluyó dos temas en la discusión pública. El primero fueron las causales de discriminación que se debían incluir dentro del tipo penal. El proyecto de ley inicial presentado por los congresistas Baena y Díaz sólo se refería a la causal de discriminación por motivos raciales. No obstante, en el proceso de debate del proyecto de ley se incluyeron otras causales de discriminación como sexo, opción sexual, posición política y filosófica.<sup>46</sup> Durante el proceso de conciliación del texto entre el Senado y la Cámara de Representantes, el Partido Conservador se opuso a la inclusión de la causal de opción sexual dentro del tipo penal, pues consideraba que ese no era un asunto que se debía discutir en ese contexto.

El segundo tema, discutido principalmente en la academia y el movimiento afrodescendiente, fue el uso del derecho penal como una herramienta de lucha contra la discriminación racial. El argumento central de los opositores a la reforma del Código se centró en que era

---

46 Gaceta del Congreso de Colombia, núm. 406, 2011.

imposible utilizar una herramienta que históricamente se había usado en contra de la población afrodescendiente como un instrumento para la lucha en contra de la discriminación. Lo que pensaba este sector es que la promulgación de un tipo penal terminaría afectando directamente a la misma población que pretendía ser protegida con la penalización de la discriminación.

La reforma al Código Penal fue un proyecto de ley redactado por Carlos Baena, senador y presidente del movimiento político Mira, y Gloria Stella Díaz Ortiz, representante a la Cámara del mismo partido. Desde su fundación, el MIRA ha estado ligado a la Iglesia de Dios Ministerial de Jesucristo Internacional, pues los padres de Alexandra Moreno Piraquive, una de las fundadoras del movimiento Mira, son los dirigentes de esa iglesia.

El proyecto de ley fue apoyado principalmente por el Movimiento Cimarrón, el Centro de Reconocimiento Afrocolombiano (Cenafro), la Corporación para el Desarrollo Afrocolombiano (Coprodepra), la Asociación de Profesionales Afro (Asofra) y académicas como María Isabel Mena y Claudia Mosquera.<sup>47</sup> Este uso del derecho penal contraría lo que Appiah (2015) ha clasificado como el tercer momento de los conceptos sobre etnia y raza. De acuerdo con su propuesta, la percepción más reciente propone que las categorías de raza y etnia son conceptos culturales, productos de la sociedad y la política, y no biológicos. Por tanto, las intervenciones, incluso penales, de los Estados no son suficientes para

---

47 Congreso Visible 2012.

la modificación y eliminación de la discriminación basada en la raza.

La implementación de la Ley Antidiscriminación ha estado en el centro de la opinión pública por casos en los que sujetos reconocidos en el escenario nacional presuntamente han cometido actos de discriminación.<sup>48</sup> Para 2013, según Pilar Cuartas, no se había implementado ninguna sanción penal por ninguno de los delitos creados por esta ley. Como parte de las dificultades de implementación, Cuartas señala que la norma no se ha puesto en práctica porque las instituciones del Estado desconocen la norma y el tipo penal exige pruebas que son muy difíciles de recopilar.<sup>49</sup> Por ejemplo, para probar la discriminación, se tiene que mostrar la intención del sujeto que realiza el acto que termina discriminando a una persona en razón de la raza.

La implementación de la norma también ha tenido una baja eficacia en el caso de las sanciones disciplinarias impuestas por la Procuraduría General de la Nación (PGN). En el estudio de Cuartas se muestra que, para 2013, la PGN se encontraba estudiando 27 casos de discriminación realizados por funcionarios públicos. La PGN sólo había impuesto una sanción de inhabilitación por cinco meses a Rodrigo Mesa Cadavid,

---

48 Para conocer más, véase los casos de emisora 40 principales y la campaña de #Haymariquita o #Aymariquita, así como el caso del senador Roberto Gerlein y la discusión del proyecto de ley de matrimonio igualitario. En esa ocasión, el senador expresó que el sexo entre hombres homosexuales era “sucio, asqueroso, sexo que merece repudio y es un sexo excremental”. *El Espectador*, 20 de noviembre de 2012.

49 *El Espectador*, 7 de enero de 2013.



diputado del Partido Liberal, quien dijo que invertir en el departamento del Chocó era “perfumar un bollo”.<sup>50</sup>

El Fiscal General de la Nación, en febrero de 2013, expuso que crearía una unidad especial para atender los casos de discriminación como resultado de la firma de un acuerdo entre la Vicepresidencia, el Ministerio del Interior, la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría y la Dirección General de la Policía. Una de las tareas principales de la unidad especial es trabajar de manera articulada con la Mesa de Casos Urgentes para la Población LGBTI. Esta Mesa se creó a partir de uno de los casos más sonados de discriminación por parte de un funcionario público. Roberto Gerlein, senador del Partido Conservador, durante el debate de un proyecto de ley sobre el matrimonio igualitario dijo, refiriéndose al sexo entre parejas homosexuales: “Merece repulsión el catre compartido por dos varones, qué horror [...] [es] sexo sucio, asqueroso, sexo que merece repudio. Es un sexo excremental y no puedo, me perdonan, convertirme en vocero de esa clase uniones que llevan a esa clase de excesos”.<sup>51</sup>

Las declaraciones de Gerlein generaron una de las más grandes discusiones acerca de la implementación de la ley sobre antidiscriminación desde su promulgación. Desde organizaciones de la comunidad LGBTI hasta sectores de los medios de comunicación solicitaron la aplicación de la norma antidiscriminación en contra del senador Gerlein, pues sus declaraciones discriminaban directamente a la comunidad homosexual.

50 *El Espectador*, 7 de enero de 2013.

51 *El Tiempo*, 20 de noviembre de 2012.

A finales de febrero de 2013, la Fiscalía sólo estaba llevando cinco casos en los que se imputaba algún delito de discriminación y todos esos procesos se encontraban en etapa preliminar.<sup>52</sup> La denuncia que se encuentra más adelantada fue interpuesta por un periodista en contra de monseñor Juan Vicente Córdoba, pues él difundió una carta el 29 de abril de 2012 argumentado que la aprobación de la adopción por parte de parejas del mismo sexo era difundir y aceptar una ideología que va en contra del orden natural.<sup>53</sup>

Otro de los casos en los que se ha discutido la implementación de la ley es el proceso iniciado en contra de Jorge Durán Silva, un concejal de Bogotá por el Partido Liberal, quien dijo que el Concejo se estaba convirtiendo en “merienda de negros”.<sup>54</sup> Para el concejal esa expresión se usa comúnmente y, por tanto, no es un acto de discriminación. Por el contrario, organizaciones de la sociedad civil, entre las que se encuentran algunas organizaciones afrodescendientes, pidieron que Durán fuera procesado aplicando la Ley Antidiscriminación pues la expresión era abiertamente racista y discriminaba a la población afrocolombiana.<sup>55</sup> Para comienzos de 2013, este caso se encontraba en práctica de pruebas, una de las etapas preliminares del proceso penal.

La discusión sobre la Ley Antidiscriminación en Colombia también se ha dado frente a la Corte Constitucional, pues ha sido demandada cuatro veces por

---

52 *El Espectador*, 7 de enero de 2013.

53 *El Espectador*, 7 de enero de 2013.

54 *Semana*, 2 de agosto de 2012.

55 *CMI*, 2 de agosto de 2012.

inconstitucionalidad.<sup>56</sup> La primera acción de inconstitucionalidad fue presentada por Víctor Velásquez Reyes, quien argumentó que la Ley Antidiscriminación violó la Constitución Política por contener vicios de forma y fondo. Uno de los argumentos centrales de forma es que la ley creó un nuevo derecho fundamental: derecho a la orientación sexual. El argumento del demandante es que la enunciación de los derechos fundamentales en la Constitución es una lista taxativa dentro de la que el constituyente no incluyó este derecho. Por lo tanto, debió surtir el trámite de una ley estatutaria y no el de una ordinaria. Entre los argumentos de fondo, el demandante adujo que la ley violó el derecho a la libertad religiosa de quienes tienen dentro de su dogma la prohibición y el rechazo de las personas con opciones sexuales diversas, dado que penalizó la difusión de parte del discurso de su fe.<sup>57</sup>

La segunda acción de inconstitucionalidad fue presentada por un grupo de estudiantes universitarios. En la demanda se argumentó que la ley iba en contra de la Constitución pues se tramitó violando el derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos. A su vez, la demanda argumentó que la ley iba en contra del principio de legalidad en materia penal, pues no eran claros ni la tipificación de las conductas constitutivas del delito, ni el sujeto activo.<sup>58</sup>

La tercera demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el exsenador evangélico Víctor Velásquez. La trayectoria política de Velásquez inició en el Senado

---

56 *El Espectador*, 7 de enero de 2012.

57 Corte Constitucional de Colombia, Proceso D-8992.

58 Corte Constitucional de Colombia, Proceso D-9252.

en el año 2002 con el Movimiento de Unión Cristiana.<sup>59</sup> En el año 2006 se presentó al Congreso por el partido Colombia Viva. Durante ese tiempo lideró la articulación de su movimiento político con Habib Merheg y Dieb Maloof. Estos dos congresistas posteriormente fueron condenados por parapolítica. Velásquez ocupó una curul entre 2009 y 2010 de la lista del pastor Jorge Enrique Gómez. En las últimas elecciones no logró una curul, pues tan sólo obtuvo 20.000 votos.<sup>60</sup> El argumento central de Velásquez es que la protección de la opción sexual afecta el derecho a la libertad religiosa de los grupos que en sus creencias condenan las prácticas de la comunidad LGBTI. El argumento del exsenador fue apoyado por el Procurador General de la Nación, quien en su intervención, frente a la Corte Constitucional, argumentó que la norma podría generar discriminación hacia quienes ejerzan libremente el derecho a la libertad religiosa y de expresión. El Procurador Ordóñez solicitó a la Corte que declarara la inconstitucionalidad de los artículos 3 al 6 de la Ley 1482 de 2011, en cuanto estos no establecieron un límite claro a la protección de los derechos de las personas con orientación sexual diversa.

La cuarta demanda en contra de la ley fue presentada por Carlos Parra Dussán, un activista de la población en situación de discapacidad. En esta demanda se argumentó que el tipo penal había excluido a la población en situación de discapacidad y, por tanto, violaba el derecho a la igualdad porque no había incluido esta

---

59 *La Silla Vacía*, 11 de marzo de 2014.

60 *La Silla Vacía*, 11 de marzo de 2014.

causal. La demanda llevó a que la Corte Constitucional realizara una audiencia pública para discutir con expertos la situación de discriminación en Colombia y el tipo de decisión que se debía tomar en esa situación. En la audiencia, que se realizó en julio de 2014, se discutieron todas las causales de discriminación que se incluyeron dentro del tipo penal. En septiembre de 2014, la Corte Constitucional se pronunció sobre la última demanda y argumentó que la norma de la penalización de discriminación era constitucional así hubiera dejado por fuera a la población en situación de discapacidad. Uno de los argumentos centrales de la sentencia es que la norma es constitucional en relación con los tipos de discriminación como raza, género u opción sexual porque

existe una importante diferencia entre las acciones sancionadas por la Ley 1482 de 2011 y aquellas de que son víctimas las personas en situación de discapacidad, pues mientras que las primeras tienen en común el hecho de tratarse de acciones individuales, y generalmente dolosas, que por tal razón pueden ser objeto de una sanción penal, la discriminación de que son objeto las personas en situación de discapacidad es más de tipo institucional y predominantemente invisible, motivo por el cual resulta difícil que ellas conduzcan a la imposición de ese tipo de sanciones a personas específicas.<sup>61</sup>

Con esta idea, la Corte malentendió la diferencia que existe entre la discriminación estructural y negó este carácter a fenómenos sociales como el racismo o

---

61 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/14. Comunicado de prensa 10 y 11 de septiembre de 2014. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2037%20comunicado%2010%20de%20septiembre%20de%202014.pdf>.

la homofobia. A su vez, dio a entender que las formas de discriminación diferentes a la situación de discapacidad son más vivibles y con esto dejó de lado las discusiones de organizaciones afrodescendientes que se han movilizado, mostrando que ideas como la democracia racial invisibilizan las desigualdades raciales que tienen lugar en la sociedad.

Independientemente del alcance o el origen de los tipos penales, su eficacia ha sido fundamentalmente simbólica. Al igual que en Colombia, la situación de Bolivia ayuda a ejemplificar la falta de eficacia material de la norma. En este último país se expidió la Ley 045 de 2010, que consagra un amplio y controvertido tipo penal que penaliza la discriminación. Además de la responsabilidad individual, la ley castiga con pérdida de licencia a los medios de comunicación por los que se transmitan mensajes discriminatorios.

La ley, como en el caso de Chile, fue la reacción a los actos violentos de discriminación cometidos contra simpatizantes indígenas del Movimiento al Socialismo (MAS), el partido de Evo Morales, durante el proceso electoral que lo llevó a la presidencia. El 11 de enero de 2007 ocurrió en Cochabamba el “enero negro”, como se conoce al asesinato de tres personas y el ataque a más de otras 234.<sup>62</sup> Algunas organizaciones, como la Comisión de Derechos Humanos de Cochabamba, informan que el número de víctimas fue de 450.<sup>63</sup>

El 11-E, como también se conoce a esta fecha, se enfrentaron simpatizantes del prefecto Manfred Reyes Villa con organizaciones campesinas y sindicatos

---

62 Fundación Unir, s.f.

63 *Los Tiempos*, 12 de enero de 2010.

cocaleros y rurales que apoyaban al MAS.<sup>64</sup> La mayoría de las víctimas, aproximadamente el 80%, eran indígenas y campesinos que apoyaban el proyecto político del MAS.<sup>65</sup>

En segundo lugar, el 24 y 25 de mayo de 2008 ocurrió la “humillación de Sucre”.<sup>66</sup> Durante los dos días, un grupo de jóvenes, presuntamente vinculados al Comité Interinstitucional y la Universidad San Francisco Xavier, atacaron a los campesinos e indígenas que habían llegado a la ciudad a participar en un evento organizado por la Presidencia de la República.<sup>67</sup> En la Plaza 25 de Mayo, en pleno centro de la ciudad, fueron desnudados 18 indígenas y campesinos, entre ellos el alcalde del municipio de Villa Mojocoya. Las víctimas fueron obligadas a insultar al Gobierno central, a alzar la bandera boliviana, quemar la *wiphala*, arrodillarse, besar el suelo, pedir perdón y maldecir al MAS. Mientras eso ocurría, la gente que estaba reunida en la plaza los gritaba e insultaba por su descendencia indígena y campesina. Como instrumento de memoria, el gobierno de Evo Morales declaró el 24 de mayo como el *Día contra el Racismo y toda Forma de Discriminación*.<sup>68</sup> Jorge Medina, presidente de la Comisión de Naciones y Pueblos Indígenas, Cultura e Interculturalidad, declaró que “[e]l 24 de mayo para nosotros es un día importante por cuanto se trata de reflexionar sobre un problema latente de nuestra sociedad, como es el racismo y la

64 *Opinión*, 12 de enero de 2012.

65 Fundación Unir, s.f.

66 *Los Tiempos*, 12 de enero de 2010.

67 *La Razón*, 2012, s.f.

68 *Cambio*, 2012.

discriminación, para que en el futuro se pueda acabar con las prácticas de humillación que algunas personas vienen practicando a lo largo de la historia”.

En tercer lugar, la ley contra la discriminación fue promulgada por los hechos ocurridos en Pando en 2008. Pando es uno de los nueve departamentos de Bolivia y una de las regiones más pobres. Antes del 11 de septiembre de 2008, de acuerdo con el informe presentado por UnoAmérica, el Movimiento al Socialismo (MAS) convocó a varios campesinos en los municipios de Riberalta, Gonzalo Moreno, Villanueva, Puerto Rico, Sena, Santos Mercados, las Piedras y Filadelfia para oponerse a los ciudadanos que estaban manifestándose a favor de la autonomía y en contra del gobierno central de Morales. A su vez, el grupo convocado por el MAS exigió la renuncia del prefecto Leopoldo Fernández y la asistencia a una asamblea en la población del Porvenir (HRW 2008).

La manifestación que apoyaba el MAS tenía que pasar, para llegar a Cobija, por el municipio de El Porvenir. En ese lugar, el prefecto Fernández ordenó la construcción de dos zanjas que impidieron el paso de vehículos hacia la ciudad de Cobija. Además, ordenó a los jefes locales del Ejército, Fuerza Aérea, Armada y Policía desarticular la movilización que se dirigía a Cobija. En la madrugada del 11 de septiembre ocurrió la “matanza de Pando” o “Masacre de Porvenir”. En medio del fuego cruzado entre los simpatizantes del MAS y quienes apoyaban al gobierno local de Fernández murieron 15 personas y 37 fueron heridas (HRW 2008). El 16 de septiembre de 2008, la Cámara de Diputados creó una Comisión Especial para investigar los hechos ocurridos el 11 de septiembre. Esta Comisión estuvo



integrada por miembros del partido del gobierno y la oposición. Por último, se creó una Comisión Especial de Investigación en Unasur.

Después de estos tres eventos, donde fueron atacados civiles por preconcepciones racistas, se promulgó la Constitución Política de 2009, que se veía como un momento para refundar la patria y reconocer que cada una de las descendencias de los pueblos bolivianos conformaban parte esencial de la nación (Santos 2010). En el discurso de promulgación de la Nueva Constitución, Morales explicó que

[en] la historia boliviana, es el movimiento indígena-campesino, después de tantos años, hermanas y hermanos, que empieza primero en la elección de los constituyentes, para una Asamblea Constituyente el año 2006, es su participación para redactar una nueva Constitución, inspirado en la lucha de nuestros antepasados, en la lucha de nuestros hermanos indígenas desde 1600 y 1700, inspirado en la lucha de muchos hermanos que fundaron Bolivia, y no podemos olvidar la rebelión del movimiento indígena en Bolivia, a la cabeza de Tupac Katari, Julián Apaza.

Después de promulgar la nueva Constitución fue cuando la Cámara Alta de Bolivia aprobó la Ley 045 de 2010 o Ley Antidiscriminación. Los medios de comunicación se opusieron a ella porque consideraban que iba en contra de la libertad de expresión. A su vez, los periodistas criticaron la norma porque los artículos relacionados con los medios de comunicación incluían términos muy amplios. Por lo tanto, la posibilidad de que la licencia fuera retirada o de sancionar penalmente a los periodistas ponía en peligro la protección del derecho a la libertad de expresión. En una carta dirigida al

presidente Evo Morales, la Secretaría Pro Tempore del Grupo Andino por la Libertad de Información (GALI) argumentó que según el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

lo único que los Estados pueden prohibir y por ende sancionar es “[...] toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia [...]”. Sin embargo, las normas en cuestión sancionan, tanto en la vía administrativa al medio de comunicación, como en la vía penal a los periodistas y propietarios de medios, únicamente la mera difusión de ideas que pueden ser consideradas racistas. Con lo cual, introducen un amplio margen de arbitrariedad en la calificación de dicho concepto, propiciando limitaciones desproporcionadas y por ende ilegítimas a la libertad de expresión, pues criminalizan su ejercicio.<sup>69</sup>

La Ley 045 de 2010, además de reglamentar la creación del Comité Nacional contra el Racismo y toda forma de discriminación y generar medidas de educación y prevención del racismo y la discriminación, reformó el Código Penal. Esta ley incluyó un agravante general para los delitos que se cometen por discriminación racial y un tipo penal autónomo de penalización del racismo. El artículo 40bis del Código Penal establece como agravante general para todos los delitos que estos se hayan cometido por motivos racistas o discriminatorios.

Frente a los tipos penales autónomos por discriminación, la reforma creó tres delitos. El primero de ellos es el artículo 281bis –delito de racismo–<sup>70</sup> por medio

<sup>69</sup> IPYS, 2010.

<sup>70</sup> Este artículo establece: I. La persona que arbitrari-

del cual se sanciona el menoscabo o restricción de los derechos individuales o colectivos de una persona por, entre otras razones, motivos de raza o pertenencia al pueblo afroboliviano. Este delito contiene una cláusula de agravación cuando el sujeto activo es un servidor público, la prestación de servicio es pública o el hecho es cometido con violencia.

La reforma al Código Penal también creó el delito de discriminación en el que se sanciona a quien prive de los derechos individuales o colectivos a una persona por “motivos de sexo, edad, género, orientación sexual e identidad de género, identidad cultural, filiación familiar, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, opinión política o filosófica, estado civil, condición económica o social, enfermedad, tipo de ocupación, grado de instrucción, capacidades diferentes o discapacidad física, intelectual o sensorial, estado de embarazo, procedencia regional, apariencia física y vestimenta [...]” (art. 281 iter). Este delito de discriminación no contempló la discriminación por razones de raza o pertenencia al pueblo afroboliviano. Por último, la reforma del Código Penal creó un delito (art. 281 oc-ties) que sanciona a quien cometa insulto o agresiones verbales por las causales establecidas en el delito de racismo y discriminación. La pena contemplada por este delito, además de obligar a la retractación por el mismo

---

amente e ilegalmente, restrinja, anule, menoscabe o impida el ejercicio de derechos individuales o colectivos por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, ascendencia, pertenencia a naciones y pueblos indígena originario campesinos o el pueblo afroboliviano o uso de su vestimenta o idioma propio, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete años.

medio por el que se difundió el insulto, contempla la realización de trabajos comunitarios y una multa.

El control y la sanción de los discursos de odio también fue un tema que cambió con la reforma del Código Penal. Con el nuevo Código se creó un delito que sanciona la incitación y difusión de ideas de superioridad racial o que justifiquen los tratos racistas o discriminatorios (art. 281 quarter). La participación en una organización que promueva o justifique el racismo o la discriminación, en los términos generales de los delitos de racismo y discriminación, también fue sancionada con la reforma penal (art. 281 septieser).

Después de la promulgación de la reforma, el Gobierno central expidió el *Reglamento a la ley contra el racismo y toda forma de discriminación* para precisar las órdenes que se dieron en la ley. Como uno de sus componentes centrales, el reglamento les exigió a los medios de comunicación que adecuaran los reglamentos internos, con el fin de que estos garanticen el respeto por el pluralismo y eliminen las conductas racistas (art. 13). A su vez, como medida de comunicación, se les obligó a difundir los contenidos de la ley en periodos de tiempo específicos, de acuerdo con el tipo de medio de comunicación.<sup>71</sup>

Para evitar la interpretación amplia de la Ley 045, el Reglamento de 2011 enlistó las conductas que

---

71 El artículo 13 dispone: “En canales de televisión: al menos veinte (20) minutos al mes, en horarios preferenciales. En radioemisoras: al menos cuarenta (40) minutos al mes, en horarios preferenciales. En diarios y semanarios: al menos una (1) página al mes, y en revistas: media página al mes; en espacios preferenciales para ambos casos. En periódicos digitales en internet, un (1) espacio al mes”.

constituyen discriminación en el ejercicio de la función pública y cuáles son las faltas que pueden cometer los medios de comunicación.<sup>72</sup> Por ejemplo, en el caso de estos últimos se estipuló que es falta la autorización de difusión de “[e]xpresiones deliberadas y sistemáticas, consistentes en manifestaciones verbales o escritas, con el propósito de dañar la dignidad de determinada persona o grupo por motivos racistas o discriminatorios” (art. 15).

Por último, definió las causales de exención de la responsabilidad penal (arts. 20 y 21). Aunque el reglamentó se presentó como una forma de definir la ley general, también se puede analizar como la respuesta política del Ejecutivo a la presión que produjo la promulgación de la Ley 045. Según los grupos opositores, especialmente los medios de comunicación, la ley era un instrumento amplio que terminaría por sancionar ejercicios legítimos de derechos, como, por ejemplo, la libertad de expresión.

De acuerdo con la abogada Laura Suaznabar Terrazas,<sup>73</sup> del Observatorio de Racismo de Bolivia, la aplicación de la Ley 045 de 2010 ha generado debate en la opinión pública en dos ocasiones. El primer caso es el de la comunidad indígena aymara Jach’a Chariri, que no

72 En el caso de los medios de comunicación, el artículo 17 graduó las sanciones por actos de discriminación de acuerdo con el nivel de reincidencia del medio de comunicación. Por esa razón, quien cometa un acto de discriminación será sancionado con 10 a 150 días de multa. En el caso de que reincida por tercera vez, será sancionado con una inhabilitación temporal de 150 a 360 días calendario. Si reincide más de tres veces, se le aplicará la máxima sanción estipulada en la Ley 045 de 2010.

73 Entrevista, Bogotá, 21 de febrero de 2013.

era reconocida como tal por las comunidades vecinas indígenas. Por lo tanto, se discutió si en ese caso era posible implementar la ley. Quienes estaban a favor de la implementación de la medida en ese caso, argumentaban que los hechos mostraban un trato discriminatorio y racista hacia la población que recientemente se reconocía como indígena. Además, desde la connotación de discriminación étnica, el caso presentaba las dificultades de implementación de la ley en contextos en los que los mismos sujetos subordinados –pueblos indígenas– se jerarquizan para generar mecanismos de exclusión.

El segundo caso es el de la periodista Claudia Soruco, quien se encontraba en La Paz después de la época de carnavales. Cuando ella y un par de sus amigos pasaban por un barrio de élite de la ciudad, fueron agredidos física y verbalmente por tres desconocidos. De acuerdo con el testimonio de la periodista, los insultos que recibieron tenían connotaciones racistas. En este caso se han presentado dificultades para implementar la ley porque ha sido imposible identificar a los agresores. Como consecuencia, las autoridades exponen que es imposible iniciar el proceso penal, si no se logra identificar quién es el presunto victimario. La segunda queja de Soruco es que no existe información en las agencias estatales sobre cuál es el procedimiento de denuncia de un acto de discriminación (arts. 20 y 21).

A pesar del considerable respaldo político y la visibilidad de la ley, hasta hoy no existe un solo proceso penal por racismo.<sup>74</sup> Por el contrario, existen fuertes

---

74 Entrevista con Laura Suaznabar, abogada del Observatorio de Racismo de Bolivia, Bogotá, febrero de 2013.

críticas sobre la utilidad de la promulgación de normas que penalizan la discriminación como una herramienta efectiva para eliminar la discriminación racial. Por ejemplo, a finales del año 2012, Mutuma Ruteere, relator especial de las Naciones Unidas para el racismo y la xenofobia, reconoció que Bolivia ha desarrollado esfuerzos en la lucha en contra de la discriminación concentrados en reformas jurídicas del sistema (Ley de 2010 contra el Racismo y toda Forma de Discriminación; la aprobación de la Política del Estado de Bolivia contra el Racismo y toda Forma de Discriminación, Plan de Acción 2012-2015; la creación del Viceministerio de Descolonización y el establecimiento del Comité Nacional de Lucha contra el Racismo y toda Forma de Discriminación). Sin embargo, Ruteere enfatizó que la discriminación racial proviene de desigualdades estructurales, por lo que la implementación de las leyes que penalizan la discriminación no es una herramienta suficiente.

Más allá de su predecible ineficacia instrumental, para los efectos de este documento, la fuga hacia el derecho penal ha tenido un efecto nítido: domesticar y encajar en la cuadrícula del liberalismo integracionista los reclamos de reconocimiento. Aunque con un dispositivo que no se ha usado en Estados Unidos (el castigo penal), esta tendencia ha promovido la concepción limitada del racismo y de los remedios contra él que han sido objetados por los estudios raciales críticos en ese país. Se trata de “la concepción restrictiva de la dominación racial, [en la que] el mal del racismo existe cuando –y sólo cuando– se pueden señalar actos específicos, concretos de discriminación racial” (Crenshaw et ál. 1995). Dado que, bajo el derecho penal, esos

actos deben ser intencionales para ser acreedores de un castigo, se esfuma cualquier posibilidad de examinar las formas no intencionales mediante las que funciona el racismo en la práctica. Y como la responsabilidad penal es individual, la atención se concentra en el supuesto perpetrador, antes que en los patrones estructurales (sociales, políticos y jurídicos) que sostienen la desigualdad racial. De esa forma, la persona que es acusada de racismo es vista como un caso aislado de la situación general, lo que termina aplazando la evaluación más general de las formas en las que se da la discriminación en la sociedad. Con esta herramienta se mantiene intacta la jerarquía racial y el mito de la democracia racial, pues la sanción muestra que es un problema que sólo tienen algunas personas de la sociedad, desconociendo la responsabilidad colectiva en el mantenimiento de la estructura.

### **Los reclamos de reparación estructural: las acciones afirmativas y los derechos territoriales**

Como vimos, el enfoque liberal clásico que trasluce en la huida al derecho penal coexiste con aproximaciones a los reclamos de reconocimiento que han acompañado el ascenso del constitucionalismo multicultural en las últimas dos décadas. En esta sección, nos ocupamos de los campos de creación y debates jurídicos sobre la desigualdad racial que han puesto de presente las versiones hegemónica y contrahegemónica de esas aproximaciones: las leyes y los fallos sobre acciones afirmativas para afrodescendientes e indígenas, y los primeros intentos de establecer territorios colectivos negros.

En la versión defendida por la mayoría de los sectores del movimiento afrolatinoamericano, las propuestas



de regulación de las acciones afirmativas y derechos territoriales encarnan los principios del multiculturalismo contrahegemónico. Se inspiran, explícita o implícitamente, en una demanda de reparación histórica (Mosquera 2007) por la injusticia radical del genocidio indígena y de la deportación forzada de 12,5 millones de africanos a las Américas a lo largo de 366 años, que constituye “uno de los crímenes contra la humanidad más grandes de la historia”, como concluyó el historiador David Brion (2010). Estas acciones también se fundamentan en la situación de desigualdad en la que vive la población afrodescendiente frente al resto de la sociedad. Por ejemplo, para el caso de Colombia, el 61% de la población afro es pobre y casi la quinta parte de la población vive en la miseria. Estas cifras son considerablemente más altas que las de la población mestiza, que reporta guarismos más bajos en los dos indicadores: 54% vive en la pobreza y 18% vive en la miseria (Rodríguez Garavito, Alfonso y Cavelier 2009).

A diferencia de la penalización del racismo, las propuestas por acciones afirmativas y territorios colectivos han tomado vuelo apenas en unos pocos países de la región. Donde lo han hecho, han enfrentado una resistencia formidable de sectores de derecha e izquierda por igual, que comparten elementos de las aproximaciones liberales-integracionistas y multiculturales-hegemónicas sobre la justicia racial.

En relación con las *acciones afirmativas*, Brasil, de nuevo, ha tomado la iniciativa. Por ello, en ese país ha sido más visible y prolongado el debate sobre la justicia racial. Aunque el gobierno de Fernando Henrique Cardoso ya había impulsado algunas iniciativas de este tipo, fue el gobierno del PT el que las llevó al centro de

la atención pública a través de un proyecto de ley de cuotas (PL-73 de 2003), que ordenaba que el 50% de los cupos en universidades públicas fueran para alumnos de escuelas públicas, entre ellos indígenas y afros según la proporción que representarían de la población relevante. La virulenta controversia que se desató puso de presente que las acciones afirmativas tocaban un nervio sensible de la identidad brasilera (el mito de la democracia racial), que los críticos del proyecto defendían contra la supuesta racialización de la sociedad que implicaría cuotas importadas de los regímenes racial y jurídico estadounidenses (Ikawa 2008). Quienes se oponían a las acciones afirmativas argumentaban que la implementación de la política generaría discriminación hacia la población afrodescendiente e indígena. Básicamente, los opositores hacían énfasis en que se generaría un rechazo por parte de la sociedad mayoritaria pues, rompiendo el sistema meritocrático, la población étnica tendría acceso a educación sin cumplir con los mismos requisitos que debe observar la población mestiza.

A pesar de la polémica, más de 100 universidades de todo el país tomaron la iniciativa de abrir programas de cuotas u otras formas de acción afirmativa. Precisamente, uno de estos programas (en la Universidad de Brasilia) fue el objeto del litigio principal sobre el tema ante el Supremo Tribunal Federal, que se prolongaría por varios años. Entre tanto, el Gobierno, con el aval de una ley del Congreso, impulsó desde 2005 un amplio programa de becas para afrobrasileros, conocido como ProUni, que ha facilitado el acceso de más de un millón de jóvenes afro a la educación superior. ProUni también fue materia de una demanda de inconstitucionalidad ante el STF.

Después de casi diez años de debate público, en 2012, el Estado brasilero adoptó el marco jurídico más ambicioso de la región para reducir las brechas históricas de afrobrasileros, indígenas y otros grupos marginalizados, a través de programas de acción afirmativa en la educación superior. Primero, vino el fallo unánime del STF respaldando la constitucionalidad del programa de la Universidad de Brasilia. Luego, el mismo tribunal avaló la exequibilidad de ProUni. Finalmente, el Congreso aprobó la Ley de Cuotas, que recoge elementos de la propuesta de 2003 y reserva el 50% de los cupos universitarios para grupos marginados, incluyendo a los afrobrasileros e indígenas en proporción a su presencia en la población del estado del que se trate.

El mito de la democracia racial y la crítica a las acciones afirmativas fueron evidentes en la intensa controversia sobre la propuesta inicial de la Ley de Cuotas y el programa ProUni. Del lado opositor a las acciones afirmativas, 114 intelectuales (incluyendo figuras del progresismo cultural y académico) firmaron la “Carta pública al Congreso nacional. Todos tienen derechos iguales en la República democrática”, que reivindicaba explícitamente la idea de la democracia racial y la inconveniencia de importar medidas de países donde no existe este régimen. La solicitud, además, sostiene que la reglamentación de identidades raciales por parte del Estado podría, en sí misma, promover el odio racial entre los brasileños, que desconocen el problema del racismo legalizado que existió en otros países.

La reacción fue un manifiesto, firmado por 421 intelectuales, que respaldaba las cuotas como mecanismo para alcanzar una igualdad efectiva de oportunidades para negros y blancos en Brasil, ante la persistencia de

la discriminación estructural.<sup>75</sup> Esta posición terminó prevaleciendo en el derecho y la jurisprudencia brasileras, que, en este frente, se acerca más que cualquier otro ordenamiento nacional a las aspiraciones fuertes de reconocimiento que animan el multiculturalismo contrahegemónico.

Así lo sugieren los argumentos de los analistas, litigantes y jueces que apoyaron las cuotas y otros programas de oportunidades educativas. Por ejemplo, el carácter reparador de las acciones afirmativas y la relación entre pasado y futuro que propone el multiculturalismo contrahegemónico fueron articulados por Oscar Vilhena, uno de los académicos más activos en la defensa de las cuotas ante el STF. Comentando los fallos de 2012, sostuvo que “la esclavitud y la omisión republicana de enfrentar la cuestión racial crearon distorsiones fuertes y perversas en la forma como blancos y negros se beneficiaron del proceso de desarrollo de la sociedad brasileira” (Vilhena 2012). Igualmente, el magistrado ponente en el caso sobre ProUni, Ricardo Lewandowski, criticó los límites de la igualdad formal liberal, en tanto que el magistrado Luiz Fux estableció explícitamente la conexión entre demandas de redistribución y demandas de reconocimiento como base para la constitucionalidad de las acciones afirmativas.

El resultado es un ordenamiento jurídico en el que las instituciones de educación superior y técnicas deben reservar por lo menos el 50% de las plazas en el proceso de admisión para estudiantes que han realizado toda su educación en las escuelas públicas. Dentro de esa cuota del 50%, la participación de los afrobrasileros e

---

75 *O Globo*, 30 de junio de 2006.

indígenas deberá ser por lo menos igual a la que tienen estos grupos en la población registrada en el censo realizado por el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadística de la región donde se encuentre la institución educativa. La ley ordena que las instituciones de educación superior implementen de manera inmediata por lo menos el 25% de la cuota. La totalidad deberá ser aplicada en 2016.

Aunque el derecho de las acciones afirmativas es mucho más tímido en el resto de la región, programas afines al brasileiro (y a veces explícitamente inspirados en él) están siendo discutidos en los congresos de Uruguay y Colombia. Igualmente, existen formas marginales de acción afirmativa en la educación para la población afrodescendiente de Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Perú y Venezuela.

Por ejemplo, en Costa Rica, una ley de 1997 le ordenó al Consejo Superior de Educación Pública erradicar cualquier tipo de discriminación e incluir, como en Colombia, los principios y la historia de los diferentes pueblos étnicos que conforman la nación en los sistemas educativos (art. 5, L. 7711/1997). En Ecuador se ha avanzado un paso más porque se creó un programa de financiamiento educativo para la población afrodescendiente (art. 7, L.275/2006). De hecho, la Ley Orgánica de Educación Superior de 2010 ordenó la creación de programas de acción afirmativa para la población afrodescendiente que aún no han sido implementados (art. 74). Una obligación similar, que tampoco ha sido cumplida, se definió en Honduras, donde el Decreto Ejecutivo Número PCM - 09 - 2007 le ordenó a la Secretaría de Estado crear un programa de becas destinadas a la población afrohondureña.

Un reclamo híbrido de reconocimiento y redistribución también es evidente en las crecientes demandas jurídicas sobre *derechos territoriales* de los afrolatinoamericanos. Se trata del entrecruzamiento entre etnicidad y raza, en la medida en que dichas demandas se dirigen a la titulación de territorios *colectivos* y se fundan en argumentos no sólo económicos, sino también culturales. En otras palabras, además de ser defendidas como formas de reparación material, lo son como mecanismos para mantener la diversidad cultural de comunidades negras que han habitado los mismos territorios desde la época de la esclavitud y mantienen prácticas culturales y económicas ancestrales. En esa medida, guardan un evidente paralelo con las reivindicaciones étnicas indígenas.

El ordenamiento jurídico en el que paralelamente la causa indígena y la consecuente etnización de la justicia racial han llegado más lejos es el colombiano. Desde la Asamblea Constituyente de 1991, los reclamos de reconocimiento de los afrodescendientes fueron subsumidos en las provisiones constitucionales que otorgaron derechos a los pueblos indígenas. Ello explica la original extensión del derecho a la consulta previa a los afrodescendientes en el mismo texto constitucional y en la jurisprudencia posterior. También explica el otorgamiento de derechos territoriales colectivos a las comunidades negras, primero en un artículo transitorio de la Constitución (art. 55) y luego en la ley que lo desarrolló (Ley 70 de 1993) (Rodríguez Garavito, Alfonso y Cave-lier 2009). Las dos normas consagraron etnización de la justicia racial y de los afrodescendientes, como queda claro desde el artículo 1 de la Ley 70, según el cual:

La presente ley tiene por objeto reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus *prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes. Así mismo tiene como propósito establecer mecanismos para la *protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social*, con el fin de garantizar que estas comunidades obtengan condiciones reales de igualdad de oportunidades frente al resto de la sociedad colombiana. (Resaltado fuera del texto)

La inclusión del AT-55 dentro de la Constitución cumplió con dos funciones. Por un lado, hizo realidad una meta política y, por el otro, fue un mecanismo de reparación de las comunidades negras. El AT-55 fue la respuesta a la movilización que habían realizado las organizaciones afrocolombianas del Pacífico en búsqueda de la titulación colectiva. Los reclamos presentados por la ACIA y las organizaciones aliadas a finales de la década de los ochenta se convirtieron en derecho constitucional, cumpliendo la meta histórica de la transformación del sistema jurídico. El AT-55 también fue mecanismo de reparación para “los descendientes de quienes habían sido capturados en África con destino tanto a la trata como a la preservación de la población indígena” (Arocha 2005: 80-108), al brindarles seguridad jurídica sobre los territorios que se les habían negado.

Para la redacción de la Ley 70, que desarrolló el AT-55, el expresidente César Gaviria Trujillo, representante del Partido Liberal colombiano, convocó el 14 de junio de 1992 a la Comisión Especial para la reglamentación

del AT-55. Esta Comisión, conformada por actores clave en el proceso de redacción del AT-55, sesionó 10 meses entre agosto de 1992 y mayo de 1993. Para celebrar el cierre del proceso de redacción se llevó a cabo un Congreso Nacional, después “entre mayo y junio se tramitó el proyecto de ley que fue aprobado en agosto, más de dos años después de adoptado el AT 55 y la nueva Constitución” (Lemaitre 2009: 366-367).

Como se ve, la Constitución y la ley colombianas tejen inextricablemente los hilos de los reclamos raciales y étnicos, de reconocimiento y redistribución. Esta síntesis étnico-racial ha sustentado la titulación de más de cinco millones de hectáreas de territorios colectivos en la costa Pacífica, y recientemente también algunos en el Caribe. Para finales de 2011, en Colombia habían sido titulados 165 territorios colectivos a la población afrodescendiente que suman exactamente 5.223.138 hectáreas (Observatorio de Discriminación Racial 2013). También subyace la extensa jurisprudencia de la Corte Constitucional que protege los derechos territoriales de los afrodescendientes y extiende a ellos el derecho a la consulta previa. Para la Corte Constitucional colombiana, la comunidad afrodescendiente se asimila a lo que en el derecho internacional se llama comunidades tribales. En ese sentido, como las comunidades tribales son protegidas por el derecho a la consulta previa, también se le ha reconocido este derecho a la población afrodescendiente. Todo esto con una finalidad explícita de reparación histórica (Rodríguez Garavito y Lam 2011).

La etnización de la justicia racial en Colombia no ha estado exenta de dificultades. Primero, el goce efectivo de los derechos colectivos ha sido limitado, a medida



que los territorios han sido apetecidos por actores económicos poderosos, legales e ilegales, que impulsan el *boom* coquero y minero colombiano. Segundo, el protagonismo del marco étnico puede haber desalentado los reclamos jurídicos y los esfuerzos analíticos específicos sobre la injusticia racial. Tercero, frente al dominio del marco étnico y la eficacia de la movilización indígena que fue evidente en el proceso constituyente, el movimiento afrocolombiano depende hoy, en buena medida, de los éxitos de las estrategias jurídicas y políticas indígenas, tal como sucedió en el proceso constituyente de 1991.

El otro país donde la justicia racial ha tomado la forma adicional de derechos territoriales es Brasil. Desde la misma Constitución de 1988, a través de disposiciones transitorias, se estipuló que a los remanentes de las comunidades negras (quilombos) que estuvieran ocupando sus tierras se les debía reconocer la propiedad definitiva mediante títulos colectivos (art. 68). Sin embargo, a diferencia de Colombia, el componente territorial de la justicia racial ha sido mucho menos eficaz. Pasaron 13 años antes de que el Gobierno brasilero reglamentara el procedimiento para la titulación colectiva de los territorios quilombolas, mediante el Decreto 3912 de 2001. Pero la incertidumbre jurídica continúa hoy, porque este decreto fue revocado por el 4887 de 2003, cuya constitucionalidad está siendo controvertida ante el Supremo Tribunal Federal. Todo indica que el STF lo declarará inconstitucional, con el argumento de que la Constitución debe ser desarrollada por una ley, no por un decreto, como lo afirma el reciente voto del magistrado Cezar Peluso. Ante esta indefinición, no sorprende el limitado impacto que ha tenido la

promesa constitucional de los derechos territoriales para los afrobrasileros.<sup>76</sup>

Aunque en el resto de América Latina los afrodescendientes no gozan de derechos territoriales colectivos, el tema ha ocupado gradualmente un lugar importante en las reivindicaciones jurídicas del movimiento negro. En parte influidos por la experiencia colombiana, las organizaciones afro de países como Bolivia, Ecuador, Perú y Panamá han puesto la demanda sobre la mesa y la han combinado con la que busca extender el derecho a la consulta previa a las comunidades negras. Por ejemplo, en estos países se han dado avances constitucionales que reconocen los derechos territoriales de la población afro. Este es el caso de la Constitución Política boliviana de 2009, que reconoció los derechos territoriales y el derecho a la consulta previa de las comunidades afrobolivianas a través del reconocimiento de los mismos derechos que hizo a los pueblos indígena y campesino. En el caso de Ecuador, la Constitución también reconoció los derechos territoriales de los afroecuatorianos. A su vez, el hecho de que la legislación ecuatoriana sobre la consulta haya acogido la reclamación de las comunidades negras por tener derecho a la consulta, muestra que esta puede ser una ruta de juridización de la justicia racial que puede ampliarse en los próximos años.

Más allá de estas tendencias, lo que interesa para redondear el argumento de esta sección y del libro es que las crecientes demandas afrolatinoamericanas relacionadas con derechos territoriales ofrecen una reinterpretación conceptual y jurídica de los reclamos de reconocimiento y redistribución, que contrasta tanto con la liberal como con la del

---

76 En 2008, sólo 87 de los 3.550 quilombos reconocidos por el Estado brasilerio habían recibido títulos de propiedad sobre sus territorios. Véase Hernández (2012: 120).

constitucionalismo multicultural convencional. El liberalismo integracionista ha reinterpretado la justicia racial mediante la reafirmación del principio de no discriminación y la igualdad formal. El multiculturalismo hegemónico, incómodo con instituciones y debates explícitamente enfocados en la raza, ha tendido a convertir los conflictos sobre desigualdades raciales en una celebración de la diversidad cultural. Como lo ha mostrado Emiko Saldívar para el caso de México, este giro “ha sido central para la idea de que el racismo no es un problema relevante en México y para el desplazamiento de la discusión sobre racismo por las de relaciones étnicas” (2012: 53).

En suma, las acciones afirmativas y los derechos territoriales, junto con la interpretación expansiva del derecho a la consulta previa, ilustran el potencial de herramientas jurídicas que profundizan simultáneamente la redistribución y el reconocimiento. Para ello, el marco teórico y la evidencia sociojurídica desplegados a lo largo de este libro apuntan hacia rutas analíticas y lecciones institucionales que, sin renunciar a la justicia social, incorporen con igual fuerza la justicia étnico-racial en el pensamiento y la práctica del derecho.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez, Sonia, Evelina Dagnino y Arturo Escobar (eds.). 1998. *Cultures of Politics, Politics of Cultures: re-visioning Latin American social movements*. Oxford: Westview Press.
- Anaya, James. 2004. *Indigenous Peoples in International Law*. New York: Oxford University Press.
- Anaya, James. 2005. "Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources". *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 55(1): 7-17.
- Anaya, James y Robert Williams Jr. 2001. "The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources under the Inter-American Human Rights System". *Harvard Human Rights Journal*, 14: 33-86.
- Apiah, Kwame Anthony. 2015. "Race in the Modern World. The problem of the Color Line". *Foreign Affairs*, 92(2): 1-8.
- Arocha Rodríguez, Jaime. 2005. "Metrópolis y puritanismo en Afrocolombia". *Antípoda*, 1: 80-108.
- Banco Interamericano de Desarrollo, BID. 2006. *Operational Policy on Indigenous Peoples*. Washington, D.C.: BID.
- Baquero, Carlos Andrés. 2014a. "Contested lands, contested laws". *Americas Quarterly*, 8(2): 106-110.

- Baquero, Carlos Andrés. 2014b. "Y ahí vuelve la burra al trigo". *Revista semana*, 31 de enero. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/consulta-previa-opinion-de-carlos-baquero/375736-3>.
- Barsh, Russel. 1987. "Revision of ILO Convention 107". *The American Journal of International Law*, 81: 756-762.
- Brion, David. 2010. *Atlas of the Transatlantic Slave Trade*. New Haven: Yale University Press.
- Brysk, Alyson. 2000. *From Tribal Village to Global Village*. California: Stanford University Press.
- Castellanos, Alicia y Gisela Landázuri, coords. 2012. *Racismos y otras formas de intolerancia de Norte a Sur en América Latina*. Bogotá: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Centro de Información de la Consulta Previa. s.f. Casos emblemáticos. Recuperado de <http://www.consultaprevia.org/#!/regional/2>.
- Clavero, Bartolomé. 1994. *Derecho indígena y cultura constitucional en América Latina*. México: Siglo XXI Editores.
- Clavero, Bartolomé. 2008. *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI Editores.
- Comaroff, Jean y John Comaroff. 2001. "First Thoughts on a Second Coming" (p. 38), en *Millennial Capitalism and the Culture of Neoliberalism*, editado por Jean Comaroff y John Comaroff. Durham: Duke University Press.
- Comaroff, John y Jean Comaroff. 2009a. "Reflections on the Anthropology of Law, Governance and Sovereignty" (p. 33), en *Rules of Law and Laws of Ruling: on the Governance of Law*, editado por F. von Benda Beckman, K. von Benda Beckman y Julia Eckert. Farnham – Inglaterra: Ashgate Publishing Limited.

Comaroff, John y Jean Comaroff. 2009b. *Ethnicity.Inc.* Chicago: The University of Chicago Press.

Contesse, Jorge. 2010. "Consulta y pueblos indígenas: el caso de Chile". *Aportes DPLF*, 3(14): 32-33.

Courtis, Christian. 2009. "Notes on the Implementation by Latin American Courts of the ILO Convention 169 on Indigenous Peoples". *Sur*, 6(10): 53-81.

Crenshaw, Kimberlé et ál. 1995. *Critical Race Theory.* Nueva York: New Press.

Dejusticia. 2014. Informe de derechos humanos apoyando reclamación del Sindicato Mapuche de Panificadores Mapuches, 14 de enero de 2014. Recuperado de: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/1904>.

Deruyttere, Anne. 2004. "Perceived Challenges to Recognition of Prior and Informed Consent of Indigenous Peoples and Other Local Communities: The Experiences of the Inter-American Development Bank". *Sustainable Development Law & Policy*, 4: 41.

Escobar, Arturo. 2010. *Territorios de diferencia: lugar, movimientos, vidas, redes.* Popayán: Enviñ Editorial.

Fraser, Nancy. 2003. "Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, Participation", en *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, editado por Nancy Fraser y Axel Honneth. Londres: Verso.

García Linera, Álvaro. 2012. *Geopolítica de la Amazonía, poder hacendal-patrimonial y acumulación capitalista.* La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.

García Villegas, Mauricio. 1993. *La eficacia simbólica del derecho.* Bogotá: Ediciones Uniandes.

Hale, Charles. 2005. "Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America". *PoLAR*, 28(1): 10-28.

Hernández, Tanya. 2012. *Racial Subordination in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

Hirshl, Ran. 2004. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Human Rights Watch, HRW. 2008. *Informe mundial*. Nueva York: HRW.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2013. *Informe Misión de Observación Mesa de Consenso Indígena*. Santiago de Chile: INDH.

Ikawa, Daniela. 2008. *Ações Afirmativas em Universidades*. São Paulo: Lumen Juris.

Lam, Yukyam y Camilo Ávila Ceballos. 2013. *Orden público y perfiles raciales: experiencias de afrocolombianos con la Policía en Cali*. Bogotá: Colección Dejusticia.

Lee Van Cott, Donna. 2000. *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press.

Lemaitre, Julieta. 2009. *El derecho como conjuro*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre Editores.

Marés, Carlos Federico. 1998. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá. McMichael, Philip. 2008. *Development and Social Change: A Global Perspective*. California: Pine Forge Press.

Mosquera, Claudia. 2007. *Afrorreparaciones*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Múnera, Alfonso. 2005. *Fronteras imaginadas. La construcción de las razas y de la geografía en siglo XIX*. Bogotá: Planeta.

Naciones Unidas. 2003. *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People, Rodolfo Stavenhagen*, E/CN.4/2003/90.

Naciones Unidas. 2009. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las*



*libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya: *Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas de la Amazonía y los sucesos del 5 de junio y días posteriores en las provincias de Bagua y Utcubamba, Perú*, A/HRC/12/34/Add.8, 18 de agosto de 2009.

Naciones Unidas. 2010. *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la "Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo" aprobada por el Congreso de la República del Perú*, 7 de julio de 2010.

Niezen, Ronald. 2003. *The Origins of Indigenism: human rights and the politics of identity*. California: University of California Press.

Observatorio de Discriminación Racial. 2013. *20 años después de la Ley 70 de 1993*. Recuperado de: <http://www.odracial.org/#!/actividad/2391>.

Organización Internacional del Trabajo, OIT. 1985. *Program and Budget of the Biennium 1986/1987: 60th Financial Period*. Ginebra: OIT.

Organización Internacional del Trabajo, OIT. Recuperado de: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifics.pl?C169>.

Pasqualucci, Jo. 2009. "International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples". *Wisconsin International Law Journal*, 27(51).

Rodríguez Garavito, César. 2012. *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*. Bogotá: Dejusticia.

Rodríguez Garavito, César, Tatiana Alfonso e Isabel Cavellier. 2009. *Raza y derechos humanos en Colombia*. Bogotá: Observatorio de Discriminación Racial.

- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz. 2010. "La paradoja de la consulta previa en Colombia". *Aportes DPLF*, 3(34): 34-35.
- Rodríguez Garavito, César y Yukyan Lam. 2011. *Etnorreparaciones*. Bogotá: Dejusticia.
- Rodríguez Garavito, César y Carlos Andrés Baquero. 2014. "Un paso hacia la ciudadanía indígena". *El Espectador*, octubre 11. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/un-paso-ciudadania-indigena-articulo-521762>.
- Rodríguez-Piñero, L. 2005. *Indigenous Peoples, Postcolonialism and International Law: The ILO Regime (1919-1989)*. Oxford: Oxford University Press.
- Saldívar, Emiko. 2012. "Racismo en México: apuntes críticos sobre etnicidad y diferencias culturales", en *Racismos y otras formas de intolerancia de Norte a Sur en América Latina*, editado por Alicia Castellanos y Gisela Landázuri. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Sassen, Saskia. 2006. *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*. Princeton: Princeton University Press.
- Serje, Margarita. 2011. *El revés de la nación*. Bogotá: Uniandes.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2007. "Más allá de la gobernanza neoliberal", en *El derecho y la globalización desde abajo*, editado por Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito. Barcelona: Anthropos.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2009. "Toward a Multicultural Conception of Human Rights", en *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, editado por Berta Hernández-Truyol. New York: New York University Press.
- Santos, Boaventura de Sousa. 2010. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá: Uniandes y Siglo del Hombre.

Santos, Boaventura de Sousa y César Rodríguez Garavito. 2007. "El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica", en *El derecho y la globalización desde abajo*, editado por Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito.

Santos, Boaventura de Sousa y Agustín Grijalva, eds. 2012. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo.

Sieder, Rachel, ed. 2002. *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity, and Democracy*. Gran Bretaña: Institute of Latin American Studies.

Sierra, María Teresa, Rosalva Aída Hernández y Rachel Sieder, coords. 2013. *Justicias indígenas y Estado: violencias contemporáneas*. México: Flacso.

Simpson, Tony. 1987. "ILO 107: A License to Rights". *Aboriginal Law Bulletin*, 7. Recuperado de: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AboriginalLawB/1987/7.html#fn1>.

Telles, Edward y Liza Steele. 2012. "The Effects of Skin Color in the Americas". *Americas Quarterly*. Recuperado de: <http://americasquarterly.org/the-effects-of-skin-color-in-the-americas>.

Uprimny, Rodrigo. 2010. "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en *El derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*, editado por César Rodríguez Garavito. Buenos Aires: Siglo XXI.

Vilhena, Oscar. 2012. "Cotas raciais para acesso a universidades públicas". *Educação*, mayo 29. Recuperado de: [http://www.estadao.com.br/noticia\\_imp.php?req=vidae,cotas-raciais-para-acesso-a-universidades-publicas,879207,0.htm](http://www.estadao.com.br/noticia_imp.php?req=vidae,cotas-raciais-para-acesso-a-universidades-publicas,879207,0.htm)

Werler, Denílson et ál. 2011. "Más allá de la ineficacia de la ley: Estado de derecho, esfera pública y

antirracismo”, en *El horizonte de la política: Brasil y la agenda contemporánea de investigación en el debate internacional*. México, D.F.: Ciesas.

Yrigoyen Fajardo, Raquel. 2011a. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en *El derecho en América Latina*, editado por César Rodríguez Garavito. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Yrigoyen, Raquel. 2011b. “El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, en *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, editado por Marco Aparicio. Barcelona: Icaria.

# Reconocimiento con redistribución

El derecho y la  
justicia étnico-racial  
en América Latina

Los derechos de pueblos indígenas y poblaciones afrodescendientes hacen parte de las nuevas constituciones de toda América Latina. Sin embargo, este "constitucionalismo multicultural" se traduce en normas y prácticas muy diversas –incluso contradictorias– dentro y entre diferentes países. En muchos contextos nacionales, el reconocimiento de la diversidad no ha ido de la mano de la redistribución de recursos y poder político.

Este libro presenta un marco analítico y un panorama empírico de la realidad de los derechos indígenas y afrodescendientes a lo largo de la región. Para esto, rastrea las tendencias, avances y tensiones de la regulación de la diversidad cultural y la justicia étnico-racial a través del análisis de cuatro temas: el derecho a la consulta previa, las leyes penales contra el racismo, el reconocimiento de derechos territoriales y la implementación de programas de acciones afirmativas en la educación superior.

ISBN 978-958-59037-5-3



9 789585 903753