

Informe Regional

OBSERVATORIO
REGIONAL DE DERECHOS DE LOS
PUEBLOS INDÍGENAS

Agosto de 2021

SERIE
Derechos e
Interculturalidad 3

Pluralismo Jurídico en los Estados

parte del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos
Indígenas de América Latina y el Caribe (FILAC)

Pluralismo Jurídico en los Estados
parte del Fondo para el Desarrollo de los
Pueblos Indígenas de América Latina
y El Caribe (FILAC)

INFORME REGIONAL

AGOSTO DE 2021

FILAC

© Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe – FILAC, 2021
© Observatorio Regional de Derechos de los Pueblos Indígenas - ORDPI, 2021

SERIE: DERECHOS E INTERCULTURALIDAD, N°3
INFORME REGIONAL: PLURALISMO JURÍDICO EN LOS ESTADOS PARTE DEL FONDO PARA EL
DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (FILAC)

Agosto de 2021

COORDINACIÓN GENERAL

Myrna Cunningham Kain - Presidenta Consejo Directivo FILAC

SUPERVISIÓN GENERAL

Gabriel Muyuy - Secretario Técnico FILAC

Amparo Morales - Jefa de Gabinete FILAC

EQUIPO TÉCNICO

Ricardo Changala - Coordinador Observatorio Regional de Derechos de los Pueblos
Indígenas, ORDPI-FILAC

Libertad Pinto - Analista ORDPI-FILAC

CONSULTOR TEMÁTICO

Guillermo Padilla Rubiano

EDICIÓN

Soraya Luján

DIAGRAMACIÓN

Marcos Flores - Comunicación Institucional – FILAC

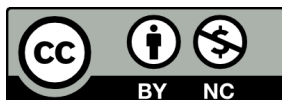
IMÁGENES

Archivo institucional FILAC

Shutterstock

DISTRIBUCIÓN

Libre, bajo licencia Creative Commons de
Distribución No Comercial 4.0 Internacional, citando fuente



VERSION DIGITAL EN:

<https://www.filac.org/observatorio-regional/>

FILAC

20 de Octubre 2287 esq. Rosendo Gutiérrez

filac@filac.org

La Paz, Bolivia

APOYO

Ford Foundation y AECID



FORD
FOUNDATION



ÍNDICE

Presentación	5
I. Introducción.....	9
II. Definiciones e importancia.....	13
III. Ventajas del pluralismo jurídico.....	19
IV. Fuentes del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas.....	23
V. Experiencias de autodeterminación territorial.....	35
VI. Reconocimiento del pluralismo jurídico en órdenes legales nacionales	45
Argentina	46
Bolivia, EP	47
Belice	55
Brasil.....	56
Chile.....	60
Colombia	62
Costa Rica.....	70
Cuba.....	72
El Salvador	72
Ecuador	73
Guatemala	76
Honduras.....	81
México	81
Nicaragua	85
Panamá	86
Paraguay	88
Perú.....	89
Uruguay	92
Venezuela	94
VII. El Pluralismo Jurídico, la Coordinación y el Acceso a la Justicia para los Pueblos Indígenas	97
VIII. Jurisprudencia y Sentencias paradigmáticas en países de América Latina....	105
Bolivia, EP	106
Colombia.....	107
Costa Rica.....	118
Ecuador	120
Guatemala	121
Panamá.....	125
Perú.....	127
Venezuela	128
Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH.....	128
IX. Experiencias destacables de autogobierno y pluralismo jurídico durante la pandemia por COVID-19.....	137
X. Conclusiones	153
Bibliografía	156

Índice de Siglas

CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en inglés)
CONPAH	Coordinadora Nacional de Pueblos Autóctonos de Honduras
COPINH	Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPLI	Consulta Previa, Libre e Informada
DADIN	Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas
DNUDPI	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
FETRIXY	Federación de Tribus Xicaques de Yoro
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario de Colombia
JIOC	Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina
OFRONEH	Organización Fraternal Negra Hondureña
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONILH	Organización Indígena Lenca de Honduras
SCJN	Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional



Presentación

El desarrollo del derecho internacional sobre pueblos indígenas ha sido fuertemente impulsado desde América Latina y el Caribe y, al mismo tiempo, sus avances han sido ampliamente recogidos en esta región.

Ya desde la década de los 80, algunos países de la región habían iniciado procesos de reformas constitucionales que fueron incorporando la ampliación de reconocimiento de los derechos humanos internacionalmente consagrados y en particular, los derechos de los Pueblos Indígenas. Este proceso aún no culmina ya que aún hay países que tienen modificaciones constitucionales en ciernes y que incluyen aspectos relevantes relacionados con los Pueblos Indígenas⁸.

Es en el continente americano donde se ha registrado la mayor cantidad de ratificaciones del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes. Además, se ha adoptado un instrumento regional, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en junio de 2016, al tiempo que los países fueron protagonistas en la elaboración primero y en la adopción después, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de la ONU en el mes de septiembre del año 2017.

Uno de los derechos colectivos clave que han sido reconocidos a los Pueblos Indígenas es el derecho a tener su propio derecho, sus propias instituciones, sus propios mecanismos para organizarse socialmente y para determinar consecuencias ante el cumplimiento o incumplimiento de las normas que se establezcan.

Así lo indica con toda claridad la Declaración de las Naciones Unidas que en varios artículos reconoce que los Pueblos Indígenas "...tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones... jurídicas"; a "a promover, desarrollar y mantener sus ... costumbres o sistemas jurídicos"⁹.

Los instrumentos internacionales reconocen y, por tanto, proponen la vigencia del pluralismo jurídico como marco de relacionamiento entre los Estados y los Pueblos Indígenas. Ello significa la plena aceptación de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas.

8 Un análisis detallado de estos procesos puede verse en *Derechos de los Pueblos Indígenas. Marcos Jurídicos e Institucionales en los países miembros de FILAC. Cuadernos de los Saberes Nro. 1. Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe – FILAC. 2019.*

9 Artículos 5 y 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Este concepto es clave en términos de la construcción de sociedades interculturales, aceptando que las relaciones entre culturas implican, entre otros aspectos, aceptarse mutuamente con todos sus componentes principales, como sus instituciones, formas organizativas y de resolución de divergencias o conflictos.

Naturalmente ello ubica en un lugar prioritario la definición de formas adecuadas de interrelación entre los distintos saberes jurídicos que coinciden en tiempo y espacio en un mismo ámbito social.

Como ocurre con otros derechos, en este caso también encontramos, por una lado, múltiples esfuerzos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales para recoger y regular esta temática; junto a ello, demandas y propuestas de los Pueblos y organizaciones indígenas que reclaman la realización de los principios y derechos enunciados. Pero, por otro lado, la realidad demuestra también aquí, la enorme brecha que caracteriza a la región entre la norma y la realidad.

Esa distancia existente entre el reconocimiento y la aplicación de los derechos es, precisamente, uno de los objetivos específicos del Plan de Acción de Iberoamericano para la Implementación de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptado en la Cumbre Iberoamericana del año 2018 por parte de los jefes de Estado y de Gobierno y Pueblos Indígenas. El Plan de Acción se propone, entre otros objetivos, ajustar los marcos normativos e institucionales nacionales a los estándares internacionales de derechos de los Pueblos Indígenas.

Este estudio pretende ser un aporte en ese sentido ya que realiza un análisis normativo y jurisprudencial sobre el estado del arte del pluralismo jurídico en los países que son parte de FILAC, con la idea de constituirse en una línea de base sobre la cual operar los necesarios ajustes o cambios para hacer realidad los derechos reconocidos.

Además, el estudio, que ha sido preparado durante el año 2020 fuertemente marcado por la pandemia, incluye un capítulo específico con ejemplos concretos en los cuales, los Pueblos Indígenas, han ejercido sus derechos colectivos de autodeterminación, han recurrido a sus propias instituciones y formas organizativas para dar respuestas a los desafíos provocados por la llegada del coronavirus a sus territorios.

En su elaboración, el estudio ha considerado sustantivos aportes de gobiernos y pueblos indígenas de los Estados miembros del FILAC, quienes han colaborado a establecer los principales hallazgos y sugerencias que el mismo incluye, lo cual merece nuestro sincero agradecimiento.

Sin perjuicio de las limitaciones que este tipo de análisis comparado pueda tener, esperamos sea de utilidad para el intercambio de información y de experiencias concretas para seguir avanzando en la construcción de sociedades interculturales donde nadie quede detrás.



INTRODUCCIÓN



I. Introducción

El objeto del presente estudio es facilitar al lector, una comprensión sobre la importancia del reconocimiento en los Estados que forman parte del FILAC, de los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas. Ello fortalece la gobernanza, descongestiona la justicia formal estatal, mejora el acceso a la justicia de millones de seres humanos y permite la evolución de sociedades indígenas que, a partir de la práctica de su propia justicia, tienen la posibilidad de pensar sobre sí mismas y buscar los correctivos para generar sociedades más equitativas y empáticas.

Con los cambios normativos que se han dado a raíz de la promulgación del Convenio 169 de la OIT en 1989 y la ratificación que ha estado ocurriendo en la casi totalidad de países con población indígena y afrodescendiente de América Latina¹⁰, el reconocimiento de una jurisdicción especial indígena es hoy una realidad con diferentes matices en los países del continente.

El tema del pluralismo jurídico remite a uno de los debates más controversiales de la ciencia jurídica contemporánea, ya superado en la mayoría de los países, pero todavía vigente en otros. Por una parte, quienes consideran al derecho estatal como la única fuente que debe prevalecer en la modernidad. Esta forma de pensar estaría dentro del marco de la teoría positivista tradicional que sitúa a las leyes, producidas por el poder legislativo, como la fuente del derecho.

Por otra parte, se encuentran los teóricos de la diversidad jurídica, que consideran al derecho estatal como una más de las fuentes de regulación, pero no la única. Esta posición se fundamenta en la existencia y relevancia de diversos sistemas jurídicos, que van desde los que practican los Pueblos Indígenas, hasta los que se aplican en centros de mediación y conciliación, con generación de pactos y acuerdos en contextos nacionales e internacionales. Así el pluralismo jurídico se explica, desde sus postulados teóricos y conceptuales, por la diversidad jurídica que se observa en los Estados contemporáneos que están constituidos por múltiples nacionalidades y culturas que coexisten desde sus orígenes hasta el presente¹¹.

Este es un debate superado a nivel global, escenario en el que los organismos internacionales generan tratados y convenios con capacidad para regular relaciones dentro de los Estados, que pueden incluso obligar a modificar sus marcos lega-

10 Con la excepción de Panamá, Surinam, Uruguay, Belice y El Salvador, el Convenio 169 ha sido ratificado por la mayoría de los Estados latinoamericanos.

11 Llano, Jairo Vladimir (2012). *Teoría del derecho y pluralismo jurídico*. Santiago de Cali: Criterio Jurídico V. 12, n.º1 pp. 191-214.

les y constitucionales, para hacerlos compatibles con estándares internacionales que incorporen principios que se consideran de validez universal. Por esa vía, se promulgan derechos específicos para determinados sectores de la población y el reconocimiento de principios que constituyen patrimonio de la humanidad, como ocurre con los principios pro-persona, de progresividad, debido proceso y el *non bis in ídem*¹², entre otros.

Esta realidad afirma el origen social del derecho y comprende el concepto del pluralismo jurídico, que pone en la mesa de debate, la necesidad de otorgar especificidades al carácter pluriétnico y multicultural de las sociedades.

12 Principio que refiere a que nadie pueda ser juzgado y castigado dos veces por los mismos hechos.



II

DEFINICIONES E IMPORTANCIA

II. Definiciones e importancia

¿Qué se debe entender por pluralismo jurídico y el porqué de su importancia?

El pluralismo jurídico es definido como el reconocimiento que se hace desde los Estados sobre la existencia de órdenes normativos distintos a los que emergen de sus instituciones, incluyendo en ellos, a los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas que han logrado perdurar, con ajustes y cambios, a los periodos de conquista, colonia y república en América Latina.

Estos sistemas normativos están constituidos por principios, valores, autoridades y procedimientos, que son aplicados en la conformación de un orden social, que incluye sistema de gobierno; regulación de comportamientos sociales; resolución de conflictos; aplicación de justicia; regulación y administración de la tierra; recursos de uso y propiedad colectiva y todos aquellos asuntos civiles que afectan la vida comunitaria, como son los nacimientos, matrimonios, muerte, herencias, sistema de cargos, manejo de recursos públicos, regulación de ceremonias, práctica de la espiritualidad, relaciones con la naturaleza y, en general, situaciones que muchas veces, son imposibles de separar del conjunto de las prácticas cotidianas de estos pueblos.

Estos sistemas jurídicos generalmente obedecen a tradiciones normativas ancestrales, preexistentes a los Estados, que se encuentran con diferentes grados de conservación, actualización, vigencia y reconocimiento estatal en los Pueblos Indígenas del continente.

Visto así, lo normativo indígena abarca mucho más que lo jurídico estatal.

Lo normativo hace alusión a un contenido cosmovisional, social, cultural, simbólico y jurídico que desborda el mero ámbito de lo jurídico. En este sentido, lo normativo alude a esa categoría difusa, pero rica semánticamente, que viene siendo utilizada por los Pueblos Indígenas y que se traduce como buen vivir y vida digna¹³.

Los sistemas jurídico/normativos de los Pueblos Indígenas son también conocidos como derecho indígena, derecho propio y a menudo derecho consuetudinario, aunque esta última denominación ha sido cuestionada en la medida que, estos sistemas indígenas no son solamente la repetición de los llamados usos y costumbres, la *inveterata consuetudo* del derecho romano, sino que constituye todo

13 Martínez de Bringas, Asier (2013). *Revista de Derecho Político* n.º 86, enero-abril 2013, págs. 411-444. UNED, Madrid.

un entramado de normas y procedimientos que se renuevan y adecuan a los cambios sociales que los pueblos enfrentan permanentemente.

Es importante remarcar que el reconocimiento de los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas no se limita a los procedimientos de los sistemas judiciales de estos pueblos, sino también a la existencia misma de sus instituciones, autoridades, sus formas de nombramiento y su capacidad de creación de normas y sanciones, pues ninguna sociedad es estática y los cambios y transformaciones que ocurren a diario, tienen un equivalente en la actualización normativa e institucional.

Uno de los retos que genera el reconocimiento del pluralismo jurídico para la sociedad, los pueblos y el Estado es la necesidad de incorporar nuevas miradas interculturales respecto a conceptos tan básicos como los derechos humanos, lo que los pueblos entienden por dignidad, rehabilitación y reincorporación del trasgresor a la comunidad, los límites y propósitos de la sanción, para luego avanzar hacia una coordinación, delimitación y resolución de posibles conflictos de competencia y jurisdicción.

Como punto de partida, tanto el derecho internacional público como la normativa nacional, al reconocer y promover el pluralismo jurídico, señalan como límites el respeto por los derechos fundamentales y los derechos humanos, sobre los sistemas normativos de los Pueblos Indígenas. Asimismo, el reconocimiento del pluralismo jurídico obliga a los Estados a definir, por vía legislativa o judicial, los ámbitos de competencia, los límites, la coordinación interjurisdiccional y lo que los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas pueden o no, hacer. Igualmente, este reconocimiento implica, para los pueblos y para el Estado, la estructuración del aparato institucional y jurisdiccional necesario para la aplicación de la justicia indígena y su coordinación con el derecho formal estatal.


De lo anterior se desprende que, los pueblos y comunidades autoascritos como indígenas, son titulares de derechos específicos tanto a nivel individual como colectivo, frente a los Estados no solo como ciudadanos, sino como copartícipes de las funciones que otrora eran exclusivas del Estado.

En los marcos constitucionales contemporáneos, los Pueblos Indígenas ejercen el derecho de controlar sus propias instituciones, a determinar el tipo de desarrollo social, económico y cultural en sus territorios y a ser previamente consultados cuando se prevean iniciativas que los afecten directamente. Ello, implica para los Estados reconocer y respetar la integridad de principios, valores, prácticas e instituciones que se derivan de la condición de pueblos con historia, idiomas, instituciones y culturas propias.

Sobre la importancia de este derecho la siguiente cita del primer Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, señala la trascendencia para los pueblos de lo que implica este reconocimiento, dice este autor que el Derecho Indígena es fundamental, al menos, por las siguientes razones:

1) porque es una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo; 2) porque, junto con la lengua, constituye un elemento básico de identidad étnica; 3) porque la naturaleza de este derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre el Estado y los Pueblos Indígenas; y, 4) porque repercute en la forma en que estos pueblos gozan o carecen de derechos (tanto individuales como colectivos). Y, es tal su importancia que “constituye uno de los elementos de preservación y reproducción de las culturas indígenas en el continente. Y por el contrario, su desaparición contribuye, a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los Pueblos Indígenas¹⁴.

14 Stavenhagen, Rodolfo (1990). “Derecho consuetudinario indígena en América Latina” en: Entre la ley y la costumbre. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos p. 27-28.



III

VENTAJAS DEL PLURALISMO JURÍDICO

III.

Ventajas del pluralismo jurídico

La importancia del pluralismo jurídico y los aportes sociales que ofrece el reconocimiento de la diversidad jurídica, además de mejorar sustantivamente el acceso a la justicia de millones de personas en el continente, otorga a los Pueblos Indígenas la posibilidad de ejercer un derecho que contribuye sustantivamente a su desarrollo histórico, en la medida en que cada acto de justicia es también el espacio donde la comunidad reflexiona sobre sí misma, se evalúa el origen de las trasgresiones o conflictos y se discuten los ajustes que requieren para fortalecer una vida armónica y socialmente balanceada.

Su relevancia es igualmente remarcada por algunas de las reformas en los sistemas judiciales de los países en las últimas dos décadas, que observa en la diversidad de sistemas judiciales, posibilidades de asimilación de prácticas que contribuyan a generar una justicia más accesible y eficaz, como ocurre con la llamada justicia de paz, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, mediación, conciliación, justicia transicional⁸ y dentro del derecho penal, el llamado sistema acusatorio y la justicia restaurativa⁹, entre otros, son prueba de la búsqueda en modelos de justicias alternativas, que en el pasado habían sido no solo descartadas, sino prohibidas.

Algo en común en todas estas nuevas aproximaciones es el incremento de la oralidad, la participación de la víctima, el diálogo y la negociación para la resolución de conflictos, y el otorgamiento del perdón, todo lo cual forma parte del tipo de justicia que generalmente es practicada por los Pueblos Indígenas.

No se pretende afirmar que los sistemas de justicia indígena estén libres de falencias o que de sus propuestas se pueda obtener la solución a todas las debilidades de la justicia formal estatal. De igual manera, como las instituciones del Estado están sujetas a un constante escrutinio y crítica por parte de la academia y la sociedad civil, con el fin de mejorar su funcionamiento, los sistemas de organización interna de los Pueblos Indígenas también se benefician de críticas constructivas.

En el contexto de la demanda social por un mejoramiento en el acceso a la justicia y reformas que transformen el funcionamiento de un servicio que es percibido

8 Conjunto de mecanismos judiciales y no judiciales para sociedades afectadas por guerras, dictaduras o conflictos internos que pretenden hacer el tránsito hacia la paz, la institucionalización y la democracia.

9 Esta justicia toma diferentes formas, existiendo una variedad de interpretaciones y prácticas, pero que comparten principios comunes. Una definición generalmente aceptada de este tipo de justicia es aquella proporcionada por Tony Marshall (1999): “La justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro”.

generalmente como lento, formalista, costoso y discriminador, reformas que han sido inspiradas por la legislación de origen internacional de los últimos veinte años, lleva a concluir que la vigencia del derecho al debido proceso, para la población indígena, una clara obligación de los Estados en sociedades constituidas por una diversidad étnica y cultural, como mejor se cumple es garantizando su derecho a juzgar a los suyos en su idioma, por sus autoridades, en sus territorios, en el marco de la aplicación de valores, principios, procedimientos y sanciones que expresan su cultura, idiomas e identidad.

Aquí se tiene una primera aproximación a lo que se debe entender por debido proceso en sociedades diversas cultural y lingüísticamente. Los marcos conceptuales y las formas como se pretende resolver los conflictos en el mundo indígena tienen marcadas diferencias a los de la justicia ordinaria.

En la justicia indígena, por lo general, sus mecanismos y procedimientos no están constreñidos a formalismos ni burocracias, sino a la búsqueda de una solución real, pronta, efectiva y duradera, que no solo restablezca la unidad de la comunidad, la cual se supone desquebrajada por el conflicto que se juzga, sino que brinda al transgresor la posibilidad de recuperar su dignidad, compensar a la víctima y la comunidad y obtener el perdón que, junto con el arrepentimiento y compromiso de no repetición, le permitirá ser reincorporado, con sus derechos y obligaciones, a la comunidad.

Todo lo cual se encuentra en los fundamentos de culturas, que suelen estar basadas en principios de empatía, equidad y de supremacía de lo colectivo sobre lo individual. Mientras que en la justicia ordinaria o formal estatal se percibe muchas veces un formalismo exagerado, la moral judicial y la solución de las controversias se conforman a interpretaciones rígidas del derecho¹⁰, que terminan por alejarla de la justicia.

La justicia indígena es generalmente percibida por sus usuarios como cercana, gratuita, accesible, rápida y eficaz, que, ante la lejanía física, económica y cultural de la estatal, resuelve la demanda de justicia que de otra manera congestionaría aún más a la formal estatal. Es por ello, que muchos Estados han reconocido que “las instituciones de justicia de los Pueblos Indígenas pueden contribuir de manera positiva a dar acceso a la justicia y a resolver las controversias y fomentan las relaciones armónicas en el seno de las comunidades de los Pueblos Indígenas y en la sociedad”¹¹.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta la función conciliatoria de la justicia indígena, para lo cual es importante preguntarse ¿qué jurisdicción está en mejores condiciones para resolver los conflictos de manera definitiva y sostenible?, para una población que tiene la posibilidad de acceder a una justicia que se ofrece en su idioma, en sus lugares de residencia, por sus propias autoridades, esto reafirmaría la confianza de los usuarios en la justicia y sus autoridades.

10 Valiente, Aresio (2011). “Los Modos de Resolver los Conflictos Sociales en el Mundo Indígena” en: Derecho Indígena en Panamá. *Cuadernos de Ciencias Sociales n.º 5*, Panamá: FLACSO Panamá, Arpia Impresores.

11 Párrafo 16 del documento final del 22 de septiembre de 2014 de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General de Naciones Unidas conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Recuperado de: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9817.pdf>>



**FUENTES DEL RECONOCIMIENTO DE LOS
SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS**

IV.

Fuentes del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas

Desde mediados del siglo pasado, la normatividad internacional ha estado promoviendo el concepto que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”¹².

Diversas constituciones latinoamericanas, reformadas entre finales de la década de los ochenta hasta la actualidad, retoman la fórmula del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a la hora de definir lo que se debe entender por Pueblo Indígena y tribal, en cuanto es a estos dos sectores sociales, a quienes está dirigido este Convenio¹³. Es importante subrayar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de *Saramaka vs Surinam*, profundizó en la definición de pueblos tribales a la luz de normas de origen internacional.

El reconocimiento de los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas por parte de los Estados latinoamericanos, deviene del Convenio 169 de la OIT que en su Artículo 8 establece que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” y que los “pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Asimismo, se establece que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (Artículo 9).

Se incorpora el deber al respeto y protección de los valores, prácticas e instituciones sociales de dichos pueblos (Artículo 5). Establece la consulta a los pueblos a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, con el fin de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento, respecto a las medidas propuestas (Artículo 6).

12 Punto 2 de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1960. Recuperado de: <<http://www.un.org/es/decolonization/declaration.html>>

13 Artículo 1, párr. 1, Convenio 169: “a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”.

Posibilita a los pueblos y comunidades étnicas, decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera (Artículo 7).

De igual manera, en los Artículos 9 y 10 se insta a las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales, para tener en cuenta las características económicas, sociales, culturales y las costumbres de dichos pueblos en la materia. Asimismo, a dar preferencia a sanciones distintas al encarcelamiento.

A establecer el deber de garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces (Artículo 12).

Manda a los Estados a respetar su relación con las tierras o territorios o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación, especificando que el término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (Artículo 13).

La razón por la cual se transcriben algunos artículos del Convenio 169 relacionados con las tierras y territorios tradicionalmente ocupados por los Pueblos Indígenas, es por la intrínseca relación que existe entre los sistemas de gobierno y justicia con la tierra donde estos sistemas normativos se han generado¹⁴.

La otra fuente del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la que el Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas, afirmó que en realidad no crea nuevos derechos, sino que,

[...]especifica o proporciona una interpretación de los derechos humanos consagrados en otros instrumentos internacionales de derechos humanos de resonancia universal por lo que respecta a su aplicación a favor de los pueblos y personas indígenas. En este sentido, la Declaración tiene un efecto vinculante para la promoción, el respeto y el cumplimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas en todo el mundo¹⁵.

14 [...] La tierra, es la fuente desde donde se explica y comprende la integralidad de la vida de los diversos seres de la naturaleza, donde la tierra es la madre, la maestra, el espacio donde se vivencia la ley de origen, y está integrada por seres, espíritus y energías que permiten el orden y hacen posible la vida, de conformidad con las tradiciones culturales propias de cada pueblo. Colombia, Decreto 1953 de 7 octubre 2014, artículo 10.

15 “Los diversos artículos pueden ser parte de normas internacionales vinculantes basadas en otros instrumentos o costumbres, independientemente de su inclusión en la Declaración. Los derechos humanos previstos en la Declaración son los mismos derechos humanos reconocidos para el resto de la humanidad, pero no ha habido necesidad alguna de producir una declaración especial sobre los derechos de los pueblos no indígenas. Varios de los artículos se basan en los pactos de derechos humanos y otras convenciones, o pueden tener ya la calidad de derecho consuetudinario en virtud de las políticas que se aplican en jurisdicciones nacionales. Como expresiones del derecho consuetudinario internacional, debe aplicarse cualquiera que sea el carácter del documento en el que se declaren o aprueben”. Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas. Informe sobre el octavo período de sesiones (18 a 29 de mayo de 2009).

La DNUDPI, sin ser en sí misma derecho internacional público vinculante, tiene efectos orientativos para los ordenamientos nacionales, salvo en el caso de Bolivia donde fue incorporada como ley interna. La DNUDPI reconoce a los Pueblos Indígenas el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (Artículo 4), incluyendo el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales (Artículo 5).

Señala además que, la pertenencia a una comunidad o nación indígena no debe dar lugar a ninguna discriminación (Artículo 9). Asimismo al derecho a la participación plena y efectiva, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas (Artículo 13) y a “promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de DDHH” (Artículo 34).

Otra de las fuentes importante del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas es la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN), aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016, que, aunque no tiene la fuerza legal de un tratado o convenio, si obliga políticamente a los Estados que votaron a favor de su aprobación, pues de otra forma sería vano haber generado ese voto.

En esta declaración se establece que los Estados deben reconocer, “la personalidad jurídica de los Pueblos Indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración” (Artículo 9). En el mismo sentido dice que los Estados deben reconocer la institucionalidad propia de los pueblos y comunidades, libres de intentos externos de asimilación (Artículo 10). Asimismo, ratifica el derecho a que el orden jurídico nacional, regional e internacional, reconozca y respete las estructuras institucionales, sus costumbres y sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas (Artículo 23).

En síntesis, el reconocimiento y ejercicio del derecho a la aplicación de la justicia indígena implica, según la normativa de origen internacional, lo siguiente:

A) Que los pueblos y comunidades indígenas son titulares del derecho colectivo de tener, actualizar y aplicar sus normas propias, como parte del derecho de autonomía y libre determinación.

B) Que los sistemas jurídicos de los pueblos y comunidades indígenas, deben ser reconocidos por los Estados y coordinados con estos, de manera que esta práctica, además de contribuir a descongestionar los sistemas de justicia ordinaria, mejore sustantivamente el acceso a la justicia de los pueblos y comunidades.

C) Que las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, tienen la facultad de resolver los conflictos de su jurisdicción, de acuerdo con sus sistemas

normativos internos, respetando los mínimos de los DDHH internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales en el orden constitucional.

D) Que las resoluciones y sentencias de las autoridades indígenas, emitidas en el ámbito de su competencia, deben ser reconocidas por el Estado y hacer tránsito a cosa juzgada, para efectos de la vigencia del principio universal del *ne bis in ídem*¹⁶.

Además de las normas citadas, es importante remarcar que el derecho internacional ha sido pródigo en el reconocimiento de derechos que benefician a los Pueblos Indígenas, destacando, en ese sentido, lo establecido en los siguientes instrumentos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículos 1, 2.1, 7, 17.1 y 27); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 27); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 1.1 y 2); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículos 2, 13 y 23) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 24 y 26).

El derecho a revisar para garantizar el acceso a la justicia indígena en el marco de las normas internacionales está regulado por un conjunto de instrumentos internacionales de carácter general, entre los que se hallan: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Artículo 9, numeral 4) y sus Protocolos Opcionales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Artículo 2, numeral 2); la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer, (Artículo 2, numeral C y Artículo 15, numeral 2); la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Artículo 30 y Artículo 36, numerales B y D), entre otros. En el plano regional americano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, (Artículos 18; 26 y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (Artículo 8).

Es necesario estudiar los instrumentos internacionales ratificados por los respectivos países, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales e instancias del sistema internacional de justicia buscando la unificación o armonía internacional de las decisiones. Para esto es necesario analizar los sistemas vigentes en dichas jurisdicciones, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de Pueblos Indígenas, como se verá más adelante, para establecer qué elementos de dichos instrumentos y sentencias se pueden incorporar en la decisión nacional y local.

De cualquier manera donde el reconocimiento del pluralismo jurídico aporta con mayor contundencia al derecho de los Pueblos Indígenas a ejercer su propia justicia, es en el marco del Convenio 169 de la OIT, animado por la idea de la existencia perdurable de los Pueblos Indígenas y tribales, con la capacidad del aporte que estos tienen en una diversidad de campos que van del respeto a la madre tierra a la institucionalidad que garantiza su gobernanza y justicia, asimismo que por ser un tratado internacional de Derechos Humanos tiene carácter vinculante para los Estados y en la mayoría de estos forma parte del Bloque de Constitucionalidad,

16 Principio que proscribe que una persona sea juzgada dos veces por el mismo delito.

que lo sitúa al nivel de la Constitución Política y, en consecuencia, sobre el orden jurídico interno de los Estados.

Es a partir del Convenio 169 donde la reivindicación de los Pueblos Indígenas consolida mejor su aspiración de superar las políticas asimilacionistas e integracionistas, que eran características de las políticas de los Estados antes de la aprobación de este tratado internacional de Derechos Humanos. Es con su ratificación que la jurisdicción indígena como institución y derecho propio comienza a formar parte de las constituciones, primero en la colombiana en 1991 y posteriormente en las de Perú, Bolivia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela.

Una vez establecido que los Estados reconocen el pluralismo jurídico y en él la facultad de los Pueblos Indígenas a resolver los conflictos en su jurisdicción, surge la cuestión de determinar cuál es la autoridad competente. Para lo cual, lo primero que hay que establecer es si el sujeto pertenece a un pueblo o un grupo que se reconoce como indígena, con derechos específicos tanto a nivel individual como colectivo.

La importancia de esta determinación está relacionada con las obligaciones de los Estados de validar las garantías judiciales (Artículo 8) y la protección judicial (Artículo 25) de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos¹⁷. Específicamente el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso y, en ello, el derecho al juez natural¹⁸. Para la persona que debe responder al llamado de la justicia es esencial que el juez que ejerce esta jurisdicción sea el llamado juez natural, que —para el caso de los Pueblos Indígenas—es aquel nombrado por el pueblo de acuerdo con sus usos y costumbres y que aplique la justicia que les es familiar en términos culturales y lingüísticos.

Hay grandes diferencias entre Constituciones y leyes nacionales, en la forma como se desarrolla el ámbito de vigencia de la justicia indígena en su relación con la formal estatal, los llamados factores o criterios de vinculación territorial, personal y material. No son muchos los Estados donde existe una regulación detallada sobre la reglamentación de este derecho, esta se ha dado básicamente por dos vías, la judicial y la legal.

En Colombia, por ejemplo, la reglamentación se ha dado por el poder jurisdiccional, por medio de la resolución de recursos de personas que no se sienten conformes con los fallos de la jurisdicción especial indígena, generando, de esta forma, una extensa jurisprudencia por parte de la Corte Constitucional, que constituye todo un marco reglamentario de la justicia indígena. Esta vía ha mostrado las bondades de la justicia del caso concreto, que le ha permitido al Estado ir conociendo las fortalezas y debilidades de esta justicia, señalando las limitaciones

17 Cf. Ibáñez Rivas, Juana María, Artículos 8 y 25, en: Steiner, Christian; Uribe, Patricia (eds.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung. Recuperado de: <<http://www.kas.de/rspla/es/publications/38682/>>

18 Para una definición del derecho al juez natural de acuerdo a la jurisprudencia interamericana véase Ibáñez Rivas, Juana María, Artículo 8, p. 217 ss., en: Steiner, Christian; Uribe, Patricia (eds.) (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*.

sobre la base del caso concreto a la vez que emerge la necesidad, por parte del Estado, de cuestionar verdades que el reconocimiento de la diversidad plantea.

Un ejemplo de esto es la Sentencia del Fueite, donde la Corte Constitucional colombiana explica que para que la Declaración Universal de los Derechos Humanos cumpla su vocación universalista, es necesario escuchar todas las voces y las voces indígenas no habían sido escuchadas. Una vez la Corte lo hace por medio de un peritaje antropológico y luego visitando la región para dialogar con los actores implicados y las autoridades indígenas, generando un ejemplo de justicia “*in situ*” concluye que el castigo con un fueite, cuando este no genera un daño grave, no constituye una violación a los derechos humanos, sino al contrario, un mecanismo para validar su protección, en el marco de valores indígenas que privilegian el derecho del infractor a su reincorporación comunitaria libre de las estigmatizaciones, que sí genera la prisión en el derecho formal estatal¹⁹.

La otra vía para la reglamentación de la justicia indígena ha sido la legislativa, como ha sucedido en aquellos países donde se han aprobado leyes de coordinación de la justicia indígena con la formal estatal, la evaluación que se ha hecho de este mecanismo muestra las exclusiones o limitaciones sobre lo que el Estado permite que sea juzgado por la justicia indígena, en varios casos dando lugar a lo que se conoce como el síndrome de los “chismes y robos de gallinas” cuando la limitación desde el Estado, solo deja a la justicia indígena la posibilidad de resolver delitos menores.

En estos casos, es necesario evaluar si las excesivas limitaciones que las leyes generan sobre lo que los Pueblos Indígenas puedan juzgar, son compatibles con normas superiores, la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad. La desconfianza implícita en legislaciones que restringen la capacidad de los Pueblos Indígenas para juzgar con sentido de justicia y equidad, asuntos considerados graves, solo puede ser atribuida al arrastre colonialista que perdura en algunas mentalidades. El proceso de descolonizar la mente es una tarea a la que aportan los acercamientos dialógicos interculturales.

En aquellos Estados donde no se ha legislado sobre el pluralismo jurídico y la justicia indígena, queda en manos de los operadores jurídicos indígenas y de la justicia formal interpretar las reglas abstractas del pluralismo jurídico, específicamente lo contemplado en el Convenio 169 y su interpretación por parte del comité de expertos de la OIT y del relator(a) de derechos indígenas de la ONU.

19 “El fueite consiste en la flagelación con ‘perrero de arriar ganado’, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que ‘humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno’, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al ‘escarmiento’ público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523/97.

Así como, las recomendaciones y sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que, aunque no tiene competencia para interpretar el Convenio 169, sí interpreta y opina sobre la vigencia del conjunto de derechos de los Pueblos Indígenas que se derivan de normas de origen internacional, por el mandato de la Convención Americana de ejercer su función contra la discriminación. Igualmente se debe evaluar sobre la base del espíritu de las normas constitucionales e internacionales y de la jurisprudencia correspondiente, incluyendo la de altas cortes de otros países, que sirve como marco referencial, como lo ha establecido la Corte IDH.

En varios países se ha avanzado en establecer reglas de coordinación entre las diferentes jurisdicciones, que existen en el Estado, con el fin de despejar conflictos de jurisdicción y competencia y facilitar el buen desempeño de la justicia en su conjunto, incluyendo el avance hacia consensos interculturales en relación con definiciones e interpretaciones sobre derechos humanos y sanciones que sean compatibles con los estándares fijados en espacios internacionales con vigencia universal.

Dados los altos índices de impunidad en la mayoría de países del continente, los aportes de la justicia indígena deben ser reconocidos, no solo en cuanto descongestionan a la justicia formal estatal, permitiendo que esta se ocupe con mayor énfasis en aquellos delitos que más agobian a la sociedad, sino por la importancia que la práctica de la justicia indígena tiene para sus usuarios respecto a facilitar su acceso a la justicia y permitir a los pueblos y comunidades crecer como sociedades más sanas con este ejercicio.

Varias investigaciones y estudios de antropología y sociología jurídica²⁰ han documentado la manera como los Pueblos Indígenas del continente, han avanzado en la aplicación de sus propios sistemas normativos, asumiendo lo que antaño eran funciones privativas de los Estados, pero que en la actualidad, en muchos países, son responsabilidades compartidas con los Pueblos Indígenas. Esto se ha venido dando precisamente en el desarrollo del derecho de estos pueblos a su libre determinación y autonomía, que les ha permitido retomar públicamente las funciones que les corresponde como pueblos con historia, gobierno, instituciones, idioma y cultura propia.

Por efecto de este reconocimiento internacional de los sistemas normativos de los Pueblos Indígenas y el ejercicio de su potestad jurisdiccional, se encuentran legislaciones nacionales con un amplio reconocimiento del pluralismo jurídico. El cuadro 1 da una idea comparativa de este desarrollo en los diferentes países de la región.

20 Cheaut y Sierra, 1995; Martínez, 2011; Martínez *et al*, 2012; Roldan, 1999; Perafán, 1995; García y Chávez, 2004; Sánchez, 2010; Sánchez y Gómez, 2008; Escalante, 2015; Ortiz, 2000; Iturralde, 2008; Stavenhagen, 2006; Padilla, 2016; Ruiz-Chiriboga y Donoso, 2019; Anaya, 2005; Gómez, 1995; Hale, 2004, 2005; Santos, 1995, 2002, 2009; Aragón, 2016; Rodríguez, 2012; Sierra y Aragón, 2013; Sánchez, 2006; Piñacué, 1997; Yrigoyen, 2004; Gómez, 2012.

Cuadro 1: Reconocimiento del pluralismo jurídico en legislaciones nacionales

RECONOCIMIENTO A NIVEL CONSTITUCIONAL	RECONOCIMIENTO LIMITADO	SIN RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO
<p>Bolivia, Artículos 30 II inciso 14, 178 I, 179, 190 y ss. Y mediante el C. 169.</p> <p>Art. 91 de la CPE se refiere a que la Educación Superior tomará en cuenta los conocimientos universales y los saberes colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el Art. 93. IV de la CPE refiere a que las Universidades Públicas establecerán programas de interculturalidad, de acuerdo a las necesidades del Estado y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.</p> <p>Art. 289 al 292 de la CPE refieren a la autonomía indígena originaria campesina que consiste en el autogobierno, la conformación de dicha autonomía que son los territorios indígenas originario campesinos.</p>	<p>Costa Rica, Art. 76 de la Constitución incluye la protección de lenguas indígenas. La ley indígena 6172 de 1977, posibilita la organización de sus estructuras comunitarias tradicionales (Artículo 4) con lo que se infiere en la posibilidad de desarrollar un sistema jurídico también autóctono. También el Convenio 169 (Ley 7316 de 1992).</p>	<p>Argentina, no se reconoce expresamente. Convenio 169, incorporado con rango de ley mediante la Ley 24.071 de 1992, faculta este derecho</p>
<p>Colombia, Arts. 1, 7, 246, 329, 330, con desarrollos legislativos en el Decreto 1953 de 07/10/2014, la Ley 1653 de 15/07/2013 y la Ley 21 de 04/03/1991 (C.169)</p>	<p>Guatemala, Artículo 66 de la Constitución Nacional y mediante el Convenio 169</p>	<p>Belice, no ha adherido al Convenio 169 su Constitución se limita a reconocer los derechos fundamentales clásicos como la libertad sin prejuicio de "raza, lugar de origen, opiniones políticas, color, credo o sexo" (Art. 3), y prohibir la discriminación (Art. 16).</p>
<p>Ecuador, Arts. 57 núm. 10, 76 (i) y 171, con desarrollo en Artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial y el Convenio 169</p>	<p>México, Artículo 2, y de alguna manera en los Artículos 1, 14, 17 y 103 de la Constitución Política y mediante el Convenio 169</p>	<p>Brasil, sin reconocimiento expreso, es el Convenio 169 incorporado mediante el Decreto 5.051 de 2004, el que faculta este derecho</p>
<p>Nicaragua, la Constitución Política en su Art. 5 reconoce a los Pueblos Indígenas tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales. También los Arts. 8; 89; 90 y 91.</p>	<p>Panamá, Ley 63 de 2008, incluye en los órganos jurisdiccionales a las Autoridades Indígenas, Artículo 30 núm. 10. El Artículo 49 del Código Procesal Penal, reconoce competencia a las autoridades indígenas, así como las leyes comarcales. No ha ratificado el Convenio 169.</p>	<p>Cuba, no hay legislación específica sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Cuba no ha ratificado el Convenio 169. Actualmente, en el oriente hay una comunidad que reclama ancestralidad indígena y un grupo que defiende la presencia actual de comunidades originarias.</p>

Continúa en la página siguiente

RECONOCIMIENTO A NIVEL CONSTITUCIONAL	RECONOCIMIENTO LIMITADO	SIN RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO
<p>Paraguay, reconoce el derecho indígena, sobre la base de la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución, (Artículo 63). Asimismo, establece que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.</p> <p>También aplican los Arts. 62; 64; 65; 66; 67 y 140. El Convenio 169 fue ratificado por el Estado por medio de la Ley 234/93.</p>		<p>Chile, el Artículo 5° de la Constitución le otorga rango constitucional al Convenio 169</p>
<p>Perú, Arts. 89, 149 CP. Ley de Justicia de Paz, Ley de Rondas Campesinas, política judicial de diálogo y mediante el Convenio 169. La Constitución Política de Perú de 1993. Éstas pueden “con el apoyo de las Rondas Campesinas, [...] ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (Artículo 149).</p>		<p>El Salvador, el Artículo 63 de la Constitución dice: “El Salvador reconoce a los Pueblos Indígenas y adoptará políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad”. No se ha desarrollado este artículo y tampoco se ha ratificado el Convenio 169</p>
<p>Venezuela, el artículo 260, reconoce y fundamenta el pluralismo jurídico. Artículos 130 y siguientes de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.</p>		<p>Honduras. La Constitución Política tiene tres Artículos referidos a Pueblos Indígenas, el 172, el 173, y el 346, que ordena al Estado dictar medidas de protección de los derechos indígenas. El Convenio 169 es el que faculta este derecho.</p>
		<p>Uruguay, no existe en la Constitución uruguaya un reconocimiento de la preexistencia étnica de los Pueblos Indígenas. No se ha ratificado el Convenio 169.</p>

Como quedó dicho, la justicia que ejercen los Pueblos Indígenas no es solamente la repetición de usos y costumbres, sino también se trata de sistemas complejos, donde sus autoridades ejercen funciones legislativas para innovar estos sistemas de manera que se puedan adaptar a los cambios sociales, de los cuales los pueblos y comunidades no están exentos, pues no existen culturas que sean estáticas, todas cambian y sus instituciones deben estar adecuándose a dichas transformaciones.

Con relación específica a los llamados usos y costumbres de los Pueblos Indígenas, la Constitución de Colombia, por ejemplo, lo hace considerando para ello el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena²¹. El carácter de usos y costumbres y la ausencia de reglas escritas no impide su reconocimiento como derecho vigente, un derecho que dichos pueblos desarrollan y han desarrollado, para mantener la cohesión social y solucionar sus conflictos.

En Colombia la reglamentación del pluralismo jurídico se ha dado por vía judicial, por medio de tutelas (amparo constitucional) cuando alguna de las partes en un proceso de la jurisdicción indígena expresa su inconformidad y considera que se le está violando un derecho fundamental, esto ha permitido una mayor participación de la sociedad civil y los mismos Pueblos Indígenas, en la reglamentación de este tema.

Desde la Constitución de 1991 los tribunales judiciales del país, en particular la Corte Constitucional, han emitido varias sentencias que han permitido incorporar en los análisis de este derecho, los estándares internacionales y las lecturas que sobre este derecho hacen autoridades indígenas, investigadores y académicos, en sus análisis sobre los alcances, limitaciones y la necesidad de una interpretación intercultural de los derechos humanos.

En función de estos estudios de la sociología y la antropología jurídica, la normativa nacional e internacional ha configurado el marco legal para el pluralismo jurídico. A continuación, se verá una somera revisión de cómo se encuentra el tema en los países de América Latina que constituyen el FILAC.

21 Artículo 330 CP Colombia "De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades" y Artículo 246: "Las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República". Véase al respecto también la Sentencia C-486/93 de la Corte Constitucional colombiana.



**EXPERIENCIAS DE
AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL**





V. Experiencias de autodeterminación territorial

Los procesos exitosos de instalación de sistemas de autodeterminación territorial en conexión con los pueblos indígenas en la región latinoamericana son muy diferentes. Las divergencias obedecen a contextos históricos específicos, en ámbitos geográficos y momentos particulares, normalmente asociados a cambios económicos y políticos profundos.

Sin embargo, en todos los casos observamos énfasis en la demanda por el establecimiento de estructuras político-administrativas propias o al menos bajo su control aunada al reclamo por la realización de sus derechos colectivos y respeto por sus principales características culturales como pueblos distintos de otros del mismo país. Mirada desde una perspectiva presente, siempre se ha tratado del ejercicio de la autodeterminación como precondition para el desarrollo social y económico acorde con su propia cosmovisión.

Precisamente, uno de los ejes conceptuales que fundamenta la existencia del plejo jurídico de derechos de pueblos indígenas, es el de la autodeterminación de los propios pueblos y, por tanto, nociones como las de participación, consulta y otras, deben entenderse en armonía con esa idea.

La propia Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es muy clara al respecto al incluir los derechos de libre determinación y autogobierno dentro del elenco de derechos reconocidos planetariamente²².

Algunas de las constituciones de la región, incluyen normas específicas sobre la posibilidad de establecer zonas de territorios con algún tipo de autodeterminación de las comunidades indígenas.

22 Artículo 3 Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Artículo 4 Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Autodeterminación territorial en las Constituciones latinoamericanas	
Nicaragua	Art. 180. [Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica] Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y diputados. Asimismo, garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.
Panamá	Art. 127. El Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.
Bolivia	Art. 289. Autonomía indígena originaria campesina ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias
Colombia	Art. 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable.
Ecuador	Art. 242. El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de las Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales.

Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, las experiencias en curso sobre formas específicas de territorialización de los derechos de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas no se limitan a esta recepción constitucional.

Algunos casos, como en Costa Rica, se producen en países donde su Carta Magna no recoge de manera expresa esta posibilidad. En otros casos, como en Ecuador, aunque existe la previsión constitucional, en la práctica ello aún no se ha implementado.

A continuación, de forma sucinta, se comparte un cuadro con algunas de estas experiencias en la región:

EXPERIENCIAS DE AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL

COSTA RICA Territorios Indígenas

En el año 1939, la Ley General de Terrenos Baldíos declaraba a las tierras habitadas por indígenas como inalienables.

En el año 1956, un decreto demarca los primeros territorios indígenas, que en aquel momento se denominaban “reservas indígenas”, de Boruca-Térraba, Ujarrás-Salitre-Cabagra, China Kichá.

Hasta el momento, Costa Rica ha reconocido 24 territorios indígenas a través de Decretos Ejecutivos con rango de ley.

A partir del año 1977, la ley 6172, estableció un marco más completo al tema. Aprobada esta ley, los no indígenas que ingresarán para vivir en los territorios titulados como reservas tendrían que ser reubicados o expropiados, en virtud de su calidad de meros ocupantes. Pero no se reubicó ni se desalojó a los no indígenas, ni tampoco se expropiaron o anularon las invasiones de sus territorios. Según los datos oficiales, la totalidad de los territorios indígenas es de 334,447 hectáreas, de las cuales el 38% se encuentra en manos de no indígenas, a pesar de que existen algunos programas por parte del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) para la compra y restitución de tierras a los pueblos indígenas.

Una medida legislativa que ha tenido un significativo impacto en los territorios indígenas fue la creación de las Asociaciones de Desarrollo Integral (ADI), que suplantaron el reconocimiento de la autoridad de las instituciones tradicionales de los pueblos por un modelo occidental de organización comunal basado en la conformación de juntas directivas que ostentan la representación judicial y extrajudicial de los territorios.

Desde 2016, el Estado costarricense ha iniciado un proceso para dar cumplimiento con lo mandado por la ley de 1977, regularizar la posesión de la tierra en los territorios indígenas y recuperar los terrenos que se encuentren en posesión u ocupación de personas no indígenas.

Marco Jurídico. Constitución

La protección constitucional a la territorialidad indígena se sustenta en un marco conceptual evolutivo sobre la identidad cultural, la dignidad, la libertad y la igualdad ante la ley, como elementos inherentes a todas las personas.

En este sentido, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señaló en 2002:

La Constitución Política, si bien no contiene un estatuto específico respecto de los derechos de las comunidades autóctonas, de su sistema (en especial de las normas contenidas en los artículos 28, 33, 50 y 74) es posible colegir un principio de reconocimiento de tales prerrogativas, basado en la idea de respeto y protección estatales, como deberes ante las comunidades indígenas, velando por la preservación de su cultura y al mismo tiempo el acceso de sus integrantes a los frutos que el desarrollo nacional produce. Lo anterior es reafirmado por el numeral 76 constitucional, que expresamente plantea impone al Estado el deber de mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas. Así, puede la Sala partir como premisa del reconocimiento constitucional hecho a favor de la identidad cultural y protección de los pueblos indígenas que habitan el país.

La Sala Constitucional, en 2004, expresó:

Entre los derechos que se ha reconocido a las comunidades Indígenas está el de que, a fin de que defiendan el entorno natural de sus tierras, se les consulte en los procedimientos relativos a ellas o que de alguna forma puedan afectar su derecho a desenvolverse con garantía de su calidad de vida, pues de lo contrario se quebranta el debido proceso respecto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas interesados (artículo 13 del citado Tratado y 50 de la Constitución Política)(...)” (Sentencia número 2000-08019, de las 10.18 horas del 18 de setiembre de 2000). En ese orden de ideas, cualquier aprovechamiento de recursos naturales en Reservas Indígenas debe contar con el consentimiento de los pueblos indígenas, y debe informárseles sobre cualquier solicitud de aprovechamiento, aun cuando se trate de recursos naturales en propiedad privada.

Resolución 2004-09931 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, 3 de setiembre de 2004.

Legislación

Ley 6172, Ley Indígena de 1977 que reconoce los territorios indígenas declarados “reservas” en los decretos anteriores como inalienables, imprescriptibles, no transferibles y exclusivos de las comunidades indígenas.

Decreto 8489 de 1978, Reglamento de la Ley Indígena; introduce las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígena en sustitución de las estructuras tradicionales.

Continúa en la página siguiente

EXPERIENCIAS DE AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL

NICARAGUA Régimen de autonomía de la Costa Caribe

En el año 1987, en el marco de la aprobación de una nueva Constitución, cuando el Estado nicaragüense adopta un régimen de autonomía de las comunidades de la Costa Caribe, de carácter regional y multiétnico.

La Costa Caribe cuenta con 700 km de litoral, 32,159Km2 Costa Caribe Norte 27,407 Km2 Costa Caribe Sur, donde drena el 95% de las cuencas hídricas nacionales; dispone del 72% del área forestal del país; concentra el 70% de la producción pesquera; cuenta con el 23% del área total agrícola; posee el 60% de los recursos mineros y 45.000 km de plataforma continental con excelente potencial para la explotación de hidrocarburos. La población de las Regiones Autónomas, según el VIII Censo de Población y IV de Vivienda del año 2005, es 620,640 habitantes (314.130 en el Caribe Norte 305, 510 en el Caribe Sur), en su mayoría, habitan en áreas rurales.

El nuevo estatuto se discutió y aprobó en el contexto de un proceso de negociación para la paz y se asentó en base a los principios de reconocimiento y restitución de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas y afro descendientes dentro de la soberanía del Estado Nicaragüense.

De allí que la multiétnicidad se concibió como un elemento central para mantener la vinculación de las Regiones Autónomas al resto del país, contribuir a construir una conciencia de unidad nacional respetando la diversidad étnica- cultural y la creación de condiciones políticas, económicas, sociales y culturales para la convivencia interétnica.

Esos derechos colectivos, sin embargo, no abarcaban a todos los pueblos indígenas del país. Por lo tanto, actualmente hay tres espacios socio culturales, con marcos normativos diferenciados, a saber: las Regiones Autónomas del Caribe, las comunidades indígenas del Pacífico y Centro Norte y, las comunidades del Alto Coco y Bocay.

Marco Jurídico. Constitución

Art. 5. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley.

Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución. Art. 89. Capítulo VI Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica de la Asamblea Nacional.

Las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.

Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.

El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica.

Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

Art. 180. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales.

El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y diputados.

Art. 181. Régimen de autonomía para los pueblos indígenas y comunidades étnicas].

El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas: las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las leyes constitucionales.

Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica, deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.

Los miembros de los consejos regionales autónomos de la Costa Atlántica podrán perder su condición por las causas y los procedimientos que establezca la ley.

Continúa en la página siguiente

EXPERIENCIAS DE AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL

Legislación

Ley 28 – 1987. Estatuto de la Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua

Determina los órganos de administración de la autonomía:

El Consejo Regional Autónomo, Coordinador del Gobierno Regional, Autoridades municipales y comunales, Otros correspondientes a la subdivisión administrativa de los municipios (art. 15).

La Ley 445 – 2003. Régimen de propiedad comunal de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco e Indio Maíz.

Autonomía Jurídica Las competencias y facultades se derivan de la Constitución Política y la Ley 28.

Autonomía Política La facultad de elegir a sus propias autoridades mediante el voto universal, igual, directo, libre y secreto.

Autonomía Normativa

Potestad de regular materias de su competencia mediante resoluciones y ordenanzas de obligatorio cumplimiento en su jurisdicción.

Autonomía Económica- Financiera

La facultad de administrar su patrimonio, los recursos financieros que le son suministrados por el Estado y los que obtengan por otras fuentes nacionales e internacionales, para el desarrollo de los planes, programas y proyectos económicos regionales.

Autonomía Organizativa

Derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas propias de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales.

Autonomía Cultural Es el derecho de las Regiones Autónomas de preservar y promover su cultura multiétnica.

Autonomía Administrativa

Es la capacidad de crear su propio aparato administrativa a fin de cumplir con las atribuciones que le son propias y de establecer sus propias políticas y normas respecto a los asuntos que le competen.

Profundiza el régimen de autonomía puesto que incorpora aspectos referidos a las relaciones entre las comunidades con distintos niveles de gobierno y reafirma las competencias históricas de las autoridades comunales y territoriales.

Continúa en la página siguiente

EXPERIENCIAS DE AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL

<p>PANAMÁ</p>	<p>Comarcas indígenas</p> <p>La autonomía comarcal significa que los territorios son administrados por las autoridades tradicionales de acuerdo a sus propias normas y sistemas de autoridad y que se aplican sistemas de gestión territorial indígena.</p> <p>Fue el primer país en América Latina en reconocer derechos territoriales y autonomía política y administrativa a los indígenas.</p> <p>Las comarcas indígenas cuentan con importantes recursos naturales principalmente en bosques y biodiversidad y con mecanismos de protección definidos y realizados por los mismos pueblos que las poseen.</p> <p>Al interior del perímetro territorial indígena podrían existir distintos tipos de posesión de la tierra, desde los terrenos hereditarios sujetos a compra, venta y alquiler al interior de la comunidad restringida o ampliada hasta las áreas de conservación de capas freáticas o los territorios de caza. El ejercicio de soberanía sobre su propio territorio deriva de la observancia de los estatutos de la comarca y de una gestión territorial manejada por sus propias autoridades.</p> <p>De acuerdo con el Censo Nacional del año 2010, el total de población indígena de Panamá es de 318.059 personas, de las cuales, más de 200.000 viven en las comarcas.</p> <p>Marco jurídico. Constitución</p> <p>Art. 127. El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.</p> <p>Legislación</p> <p>Ley N° 16 de 1938; Comarca de San Blas, actual Comarca Kuna Yala.</p> <p>Ley N° 22 de 1983; Comarca de Emberá de Darién.</p> <p>Ley N° 24 de 1996; Comarca de Kuna de Madungandi</p> <p>Ley N° 10 de 1997; Comarca de Ngäbe Buglé</p> <p>Ley N°34 de 2000; Comarca de Kuna de Wargandí</p>
<p>BOLIVIA</p>	<p>Autonomía Indígena Originaria Campesina (AIOC)</p> <p>En el Estado Plurinacional de Bolivia, la Autonomía Indígena Originaria Campesina (AIOC), se enmarca dentro un proceso político, jurídico, social, económico y cultural, que han desarrollado los pueblos indígenas originario campesinos, afrobolivianas y comunidades interculturales. La autonomía indígena originario campesina, se centra en tres elementos fundamentales: la existencia precolonial, el dominio ancestral de su territorio, la libre determinación de los pueblos.</p> <p>La autonomía es un concepto indivisible que identifica a los pueblos indígena originario campesinos, cuya existencia es anterior a la colonia, su población comparte territorialidad, cultura, historia, lenguas, costumbres, saberes y conocimientos y organización o instituciones sociales, económicas, políticas culturales y jurídicas, propias de cada pueblo o nación y pueden acceder en igualdad de condiciones al derecho a la autonomía establecido en la Constitución Política del Estado.</p> <p>La entidad competente de la consolidación de la autonomía indígena originaria es el Viceministerio de Autonomías, a la fecha existen 24 procesos de solicitud de las naciones y pueblos indígenas originario campesino, que buscan la implementación de las garantías constitucionales para consolidar su autogobierno y la Autonomía Indígena originario Campesino.</p> <p>Actualmente se han establecido tres Autonomías Indígenas Originario Campesina (AIOC)</p> <p>El Gobierno Autónomo Indígena Originario de Charagua – Iyambae perteneciente a la Asamblea del Guaraní del Departamento de Santa Cruz, se creó el 1° de enero de 2017.</p> <p>El Gobierno Autónomo Indígena Originario Campesino del Territorio de Raqaypampa del Departamento de Cochabamba, se creó el 1° de enero de 2018.</p> <p>El Gobierno Autónomo Indígena Originario Campesino de la Nación Uru – Chipaya, en el Departamento de Oruro, se creó el 1° de enero de 2018.</p>

Continúa en la página siguiente

EXPERIENCIAS DE AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL

BOLIVIA	<p>Marco Jurídico. Constitución</p> <p>Artículo 271.</p> <p>I. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización regulará el procedimiento para la elaboración de Estatutos autonómicos y Cartas Orgánicas, la transferencia y delegación competencial, el régimen económico financiero, y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.</p> <p>II. La Ley Marco de Autonomías y Descentralización será aprobada por dos tercios de votos de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional.</p> <p>Legislación</p> <p>Ley N.º 3760, del 7 de noviembre de 2007, que da rango legal a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.</p> <p>Ley N.º 031 Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez” del 19 de julio de 2010</p> <p>Ley N.º 588, de octubre de 2014, que regula el procedimiento para la transferencia de recursos económicos para la organización y administración de referendos aprobatorios de estatutos de autonomías indígena originario campesinas, para garantizar la conversión de las autonomías indígenas originaria campesina – AIOC.</p> <p>Resolución Ministerial N.º 309/2017 del 29 de diciembre de 2017, de creación Ancestralidad Territorial.</p> <p>Resolución Ministerial N.º 310/2017 del 29 de diciembre de 2017 que da lugar a la Viabilidad Gubernativa y Base Poblacional.</p>
COLOMBIA	<p>Resguardos Indígenas</p> <p>Los resguardos indígenas son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.</p> <p>La legalización de tierras a comunidades indígenas incluye el procedimiento para la realización de los trámites de constitución y ampliación de resguardos; el primero tiene por objeto la legalización de tierras con el carácter de resguardo, con el fin de contribuir al adecuado asentamiento y desarrollo de las comunidades indígenas para que estas puedan “preservar sus usos y costumbres, prácticas tradicionales de producción y garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes”.</p> <p>Por su parte, la ampliación de resguardos es el proceso de legalización de tierras a comunidades indígenas, cuando estas fuesen insuficientes para su desarrollo económico y cultural o para el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, o aun cuando no fueron incluidas en el resguardo la totalidad de las tierras que ocupan tradicionalmente o que constituyen su hábitat.</p> <p>De esta manera, entre los años 1966 y 2018, han sido constituidos en Colombia 872 resguardos indígenas y se han ampliado 102, con una extensión aproximada de 32,3 millones de hectáreas, en los cuales, según datos de 2005, habitan más de un millón de personas.</p> <p>Marco Jurídico. Constitución</p> <p>Art. 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.</p> <p>Los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable.</p> <p>Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades.</p>

Continúa en la página siguiente

EXPERIENCIAS DE AUTODETERMINACIÓN TERRITORIAL

Legislación*Ley 89 de 1890*

Ley decretada por el Congreso que dice: “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada” Se norma la organización de cabildos, resguardos, de los protectores indígenas, las ventas, la división de los terrenos de los resguardos.

Decreto 1088 de 1993

Regula la creación de las asociaciones y cabildos indígenas.

Dicta normas relativas al funcionamiento de los territorios indígenas, protección de sus territorios, y asociación de comunidades indígenas, en función de su participación y fortalecimiento económico, social y cultural.

Decreto 1809 de 1993

Sobre normas fiscales relativas a los territorios indígenas.

Art. 1°. Confiere a los resguardos el estatus de municipios, para efectos de las transferencias de recursos.

Ley 160 de 1994

Su capítulo XIV regula la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los resguardos indígenas en el territorio nacional.

Decreto 2164 de 1995.

Dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional.

Poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Decreto 1953 de 2014

Crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de qué trata el artículo 329 de la Constitución Política.

Fuente: Elaboración propia



**RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO
EN ÓRDENES LEGALES NACIONALES**

VI.

Reconocimiento del pluralismo jurídico en órdenes legales nacionales

La siguiente es una revisión de los países del continente que constituyen el FILAC, sobre el desarrollo que se ha dado al tema, de acuerdo con lo que los órdenes legales nacionales contemplan frente a los ámbitos de competencia y coordinación entre las diferentes jurisdicciones.

Las citas que se han hecho sobre fuentes del reconocimiento del derecho de los Pueblos Indígenas a su propio derecho, en particular el Convenio 169, la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración de la OEA sobre el mismo tema, constituyen base legal plena, en particular el Convenio 169 que además de ser legalmente vinculante, forma parte del Bloque de Constitucionalidad, sino en todos los países, en Argentina y Brasil no se le da este estatus, sí en la mayoría.

En este sentido, estos principios del derecho de origen internacional obligan al reconocimiento de la justicia propia de los Pueblos Indígenas, concretamente en aquellos países que ratificaron el Convenio y votaron favorablemente las dos declaraciones, no se van, por lo tanto, a repetir estas menciones en los países que siguen.

La noción “Bloque de Constitucionalidad”, tiene su origen en el constitucionalismo europeo y define qué elementos ajenos a la articulación de la Constitución formal se incorporan al acervo constitucional de derechos fundamentales. En efecto, la idea de Bloque de Constitucionalidad, siguiendo al jurista colombiano Rodrigo Uprimny, hace referencia a la existencia de normas constitucionales o al menos supra legales, que no aparecen directamente en el texto constitucional. De esta forma, “una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales o al menos supra legales, pueden ser más numerosas que aquellas que puedan encontrarse en el articulado de la Constitución escrita”²³.

La aplicación inmediata del Convenio 169 de la OIT ha sido clarificada por las altas Cortes de varios de los países que lo han ratificado. El argumento de algunos gobiernos sobre “no poder aplicarlo por falta de una ley o reglamento que lo desarrolle”, es una excusa que está por fuera del derecho internacional de los derechos humanos. En el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del sistema de protección

23 Uprimny, Rodrigo (2005). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Dejusticia, Colombia.

de derechos humanos de las Naciones Unidas y de los Estados americanos, se funda en la aceptación soberana de los Estados que convinieron en que, a pesar de existir un ordenamiento jurídico interno, se sometían a un ordenamiento jurídico superior (internacional) que pudiera controlar los posibles actos de agresión entre los Estados y de los Estados para con sus ciudadanos.

Sobre el particular, Víctor Rodríguez Rescia, dice: “En el Derecho Internacional Público, desde el momento en que un Estado asume obligaciones internacionales de cualquier naturaleza, debe cumplirlas de buena fe. Ese principio de buena fe se conoce como principio *“pacta sunt servanda”* y está claramente definido en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la siguiente manera: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”²⁴. Asimismo, hay una norma que antepone la preeminencia de los estándares internacionales por encima del derecho interno: el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dicta: “el derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”²⁵.

Debido a que refiere a tratados de derechos humanos, hay otro argumento que sustenta la norma precedente, se trata del principio que la norma a aplicarse en un caso determinado, será la que más favorezca a la persona humana, independientemente de donde sea tomada. Entonces la discusión sobre la jerarquía entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno no tiene razón de ser en materia de derechos humanos porque el principio a aplicar es el *“pro homine”* traducido como principio pro-persona. El cual es definido como

*Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, que su interpretación este siempre a favor de la persona*²⁶.

ARGENTINA

La relación política y el desarrollo legal con los Pueblos Indígenas ha sido escasa, la Constitución Nacional de la República de Argentina (1994)²⁷, en su artículo 75, inciso 17, solamente asigna al Congreso determinadas competencias, concurrentes con las provincias, para regular aspectos culturales, territoriales, de desarrollo

24 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

25 Citado en: “Costa Rica. Resoluciones sobre Pueblos Indígenas 2000-2006”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2007

26 Pinto, Mónica (1997). “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales págs. 163-172. Recuperado de www.Corteidh.org.cr/tablas/20185.pdf

27 Argentina (Art. 75 n.º 17: corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas).

humano y la gestión de recursos naturales. Aunque, a través de la competencia del Congreso de asegurar la participación de los Pueblos Indígenas en la gestión “referida a [...] los demás intereses que los afecten”, podría dar lugar a que los Pueblos Indígenas demandaran el derecho a su participación si se previera o se exigiera el desarrollo legislativo en asuntos de justicia que los pudiera afectar.

El Decreto 791 de 2012 sobre el Consejo de Coordinación del Instituto de Asuntos Indígenas, que modifica el Decreto 155 (1989), y el Decreto 672 de 2016 que crea el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República Argentina, promueven la participación de los Pueblos Indígenas en diferentes ámbitos de políticas públicas, pero no mencionan el ámbito de justicia ni mucho menos el de una justicia indígena propia.

Argentina integra la categoría constitucional donde se omite la admisión expresa del derecho al propio derecho y a la jurisdicción en el texto constitucional. La normativa más específica relativa a asuntos de esta justicia en Argentina es, por tanto, el Convenio 169 de la OIT incorporado con rango de ley mediante la Ley 24.071 de 1992. Sin embargo, a diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos, el Estado argentino no incorpora este Convenio en el rango del Bloque de Constitucionalidad, definiéndolo como un Convenio infra constitucional y supra legal.

Por falta de regulación de una jurisdicción propia de los Pueblos Indígenas, el Derecho argentino tampoco menciona un derecho material aplicable. Si en función del Convenio 169 de la OIT incorporado con rango de ley mediante la Ley 24.071 de 1992 el Estado argentino reconociere jurisdicción propia a sus comunidades indígenas, salvo regulación específica nacional, el derecho material aplicable se regiría también por dicho Convenio internacional, al igual que la aplicación e interpretación del derecho estatal cuando participen indígenas en un procedimiento.

En relación con el acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada 5/09, establece que los órganos judiciales no pueden condicionar o supeditar el acceso jurisdiccional alegando cumplimiento de formalismos ajenos a su cultura, debiendo someter la cuestión según reglas de plexo normativo indígena²⁸.

BOLIVIA, EP

La Constitución Política de Bolivia de 2009 es amplia en la forma como incorpora elementos que son relevantes para los Pueblos Indígenas originario campesinos, define al Estado como plurinacional, intercultural y con autonomías del Estado (artículos 1, 98, 289-292), establece el carácter de libre determinación en el marco de la unidad del Estado, incluyendo el reconocimiento de sus instituciones (Artículo 2). Para el efecto de ser titular de estos derechos, define a nación o Pueblo Indígena originario campesino, como “toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española” (Artículo 30 I).

28 Marcos Jurídicos e Institucionales en los Estados Miembros del FILAC [derechos indígenas] a diciembre de 2018. Cuadernos de los Saberes, n.º 1 edición de enero de 2019. pág. 46.

El texto de la Constitución reconoce tres jurisdicciones, la ordinaria, la agroambiental y la indígena, además del tribunal constitucional. La jurisdicción ordinaria y la indígena originaria campesina tienen, según el Art. 179, similar jerarquía. Incorpora amplios mecanismos de participación y expresión democrática por medio de procesos e instituciones propias (artículos 11, 26, 146 VII, 211), asimismo, se protegen derechos individuales y colectivos en materia de cultura, salud, educación, economía (Artículo 30 II), y en el ejercicio de sus “sistemas [...] jurídicos [...] acorde a su cosmovisión” (Artículo 30 II inciso 14). Entre los principios que sustentan la justicia están el pluralismo jurídico y la interculturalidad (Artículo 178 I).

Estos principios se concretan en los artículos 179, 190 y ss. El Artículo 179 define la función judicial como “única”, aunque ejercida por diferentes ramas, a saber, la jurisdicción ordinaria, la agroambiental, la jurisdicción indígena originaria campesina ejercida por sus propias autoridades y otras jurisdicciones especializadas. Puntualiza además que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozan de igual jerarquía y crea el Tribunal Constitucional Plurinacional (párr. III) que no forma parte de la jurisdicción ordinaria, sino que se sitúa por encima de las jurisdicciones enumeradas en el Artículo 179 I para velar por la constitucionalidad de la función judicial.

El margen de maniobra de la jurisdicción indígena lo define el Artículo 190, lo que será de importancia para determinar los procedimientos y el derecho aplicable. A efectos de la jurisdicción es importante que la justicia indígena se ejerza a través de las autoridades propias (artículo 190 I). El artículo 191 marca los criterios para activar la jurisdicción indígena originaria campesina y llama al legislador a detallar el ámbito material:

I. La jurisdicción indígena originaria campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o Pueblo Indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o Pueblo Indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígenas originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

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

Sin embargo, la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia (Ley 073 de 29 de diciembre de 2010), que regula el ámbito de aplicación jurisdiccional de la justicia indígena, ha sido objeto de severas críticas por contradecir preceptos constitu-

cionales, reduciendo de manera sustantiva el alcance, en cuanto a jurisdicción y competencia, de la justicia indígena propia. Lo que queda del Artículo 10, que establece un catálogo de materias excluidas, son casos de poca importancia, dejando lo fundamental en manos de la justicia ordinaria.

Por último, la Constitución estipula que toda autoridad pública o personal acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina (Artículo 192 I) y prevé la cooperación y coordinación con las demás jurisdicciones, lo que también es abordado en la Ley de Deslinde Jurisdiccional (Artículo 192 II, III).

La Constitución de Bolivia enumera en su Art. 190-II los principios que debe respetar la jurisdicción indígena: el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la Constitución. b) Las reglas de delimitación, por su parte, establecen topes o límites a las competencias de la jurisdicción indígena: I. Personales: limita el ejercicio de la autoridad solo a los integrantes de los Pueblos Indígenas. II. Geográficos: dentro del territorio de la comunidad indígena, en el 191. III. En función de la materia: para la aplicación del derecho indígena (Bolivia, Art. 191).

El desarrollo constitucional que se da en la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional del 29 de diciembre de 2010, y la Ley 3897 del 26 de junio de 2008²⁹, que incorpora con rango de ley de la república la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), no cambia mucho las cosas, ya que la Constitución es en realidad acotada, pues el lenguaje un tanto abstracto de la declaración de la ONU no tiene mucho que agregarle a lo ya establecido en la Constitución Política del país.

Más relevancia, aunque no en un sentido progresivo, tiene la Ley de Deslinde que estaba prevista en la Constitución Política. Esta ley recoge en su Artículo 3 la igualdad jerárquica dentro de la función única judicial del Artículo 179 de la Constitución. Aborda, sin embargo, con más precisión, los posibles conflictos jurisdiccionales y el potencial elemento divisorio al enmarcar la exigencia de la unidad de la función judicial en el principio del “respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional” según la cual “el ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional” (Artículo 4a).

La Constitución no garantiza expresamente el ejercicio de la jurisdicción indígena en cualquier ámbito material y además resalta la unidad de la justicia. Sin embargo, la Constitución hace un amplio reconocimiento a los derechos colectivos derivados de la libre determinación y la autonomía, incluyendo la justicia propia, lo que se contrapone en la definición del alcance material de la justicia indígena refiere, por un lado, a los principios de unidad del Estado y de la función de la justicia, también la protección de los derechos humanos individuales, la igual-

29 La Ley 3897 de 26 de junio de 2008 incorpora, de conformidad al Artículo 59, atribución 12 de la Constitución Política del Estado, con rango de Ley los 46 Artículos de la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el 61° Período de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007.

dad ante la ley y, por el otro, a los derechos colectivos derivados de la pluralidad, interculturalidad y autonomía de los pueblos que son subsidiarios de la libre determinación.

En la ponderación de estos principios, que eventualmente habría que llevarse a cabo en casos de conflictos de jurisdicción, tendría que hacerse un test de proporcionalidad para establecer si la atribución de determinadas materias es necesaria, apta y proporcional en el sentido estricto para obtener los fines declarados a la hora de retirar determinadas materias de la jurisdicción indígena o para limitar el ejercicio de la jurisdicción en algunos aspectos.

En desarrollo del Artículo 191 de la Constitución, la Ley de deslinde activa entonces la jurisdicción indígena cuando (Artículo 9, ámbito personal) involucre a un miembro de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino, y al mismo tiempo (Artículo 10, ámbito material), se trate de un asunto o conflicto que histórica y tradicionalmente conoció la respectiva nación o Pueblo Indígena originario campesino bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación (apartado 1), el artículo 10 de la Ley de Deslinde, que desarrolla el Artículo 191 II.2 de la Constitución, excluye expresamente una serie de materias:

“a. En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b. En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c. Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

d. Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente”.

De esta manera, la Ley de Deslinde, al mismo tiempo que limita considerablemente la competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina, reconoce la igualdad jerárquica prevista en la Constitución y previene el fraccionamiento del Estado boliviano a través del ejercicio de diferentes jurisdicciones, e incluye la necesidad de observar una interpretación intercultural, al ordenar que al momento de admi-

nistrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales que caracterizan al Estado Plurinacional (Artículo 4 inciso d).

Señala igualmente que la jurisdicción propia, la libre determinación y la autonomía, deben observar la complementariedad entre jurisdicciones (Artículo 4 inciso f), la cooperación y coordinación entre ellas (Artículos 13 y ss.), también previstos en la Constitución (Artículo 192 II, III), aunque éstas sean independientes una de otra (Artículo 4 inciso g). e). Asimismo, la ley señala que el pluralismo jurídico que se reconoce en el Estado goza de igualdad jerárquica. “Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquía” (Artículo 4 inciso e).

El Artículo 8 es claro respecto a la competencia exclusiva (Artículo 10 III) a la jurisdicción indígena originaria campesina, cuando concurren simultáneamente los ámbitos de vigencia personal, material y territorial. Excluyendo expresamente el conocimiento de estas causas por las otras jurisdicciones.

El tercer requisito para activar la jurisdicción indígena es el ámbito territorial (Artículo 11), es decir que se trate de una relación o un hecho jurídico que se realiza o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción (entiéndase en este contexto “territorio”) de un pueblo indígena originario campesino.

En cuanto a la relación entre la jurisdicción indígena y la estatal, el Artículo 12 califica a las decisiones de las autoridades judiciales indígenas de cumplimiento obligatorio para todas las personas y autoridades, y no revisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas. Esto no excluye la revisión constitucional por el Tribunal Constitucional de todo acto de la “función única judicial” a la que pertenecen las jurisdicciones indígenas.

La Constitución en su Artículo 202, establece que “Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: [...] 11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental” (Artículo 202.11 CPE).

Dicho precepto constitucional está desarrollado por la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional del 6 de Julio, 2010 (Ley del TC) y el Código Procesal Constitucional (Ley 254) de 5 de julio de 2012.

El Artículo 12 inciso 11 en conjunto con el Artículo 28 I.10 de la Ley del TC atribuye a la sala plena del Tribunal Constitucional los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental. A partir del 6 de agosto de 2012 (entrada en vigor) el procedimiento se rige por el Código Procesal Constitucional. Los Artículos 100 a 102 del Código Procesal Constitucional regulan el procedimiento correspondiente. Las demandas pueden ser planteadas por autoridades de las tres jurisdicciones.

A su vez, una sala especializada del Tribunal conoce adicional y exclusivamente las consultas promovidas por autoridades indígenas originarias campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto (Artículo 32, Ley del TC) para garantizar que dichas normas guarden conformidad con los principios, valores y fines previstos en la Constitución Política del Estado (Artículos 128 a 132 del Código Procesal Constitucional). En su resolución, el Tribunal declara la aplicabilidad o no de la norma consultada al caso concreto, con efecto vinculante solamente para las autoridades de la nación o Pueblo Indígena originario campesino consultante (Artículo 132).

Aparte de estas atribuciones explícitas con relación a la jurisdicción indígena, el Tribunal Constitucional también tiene que velar por la constitucionalidad de los actos de las jurisdicciones indígenas formando esta parte de la función única judicial, más allá de la solicitud de control concreto promovido por la misma autoridad indígena, es decir, en los mismos términos que aplican a otras autoridades judiciales de las otras ramas de la función judicial. Así, por ejemplo, en el marco de una acción de amparo constitucional de acuerdo a los Arts. 51 y siguientes de la Constitución Política, entendiéndose que las autoridades indígenas representan autoridades públicas en el sentido del Art. 51 dentro de su ámbito competencial, teniendo en cuenta que las instituciones de los Pueblos Indígenas forman parte de la estructura general del Estado (Art. 30 II 5 CP) y que el autogobierno de las autonomías indígenas originarias campesinas se ejerce de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley (Artículo 290 II CP).

Además, el Artículo 199. I de la Constitución dispone que

Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia. II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y Pueblos Indígena originario campesinos (Artículo 199 CPE).

La Ley de deslinde de Bolivia en sus Artículos 13 a 17 sobre la coordinación y cooperación entre jurisdicciones, obliga (bajo amenaza de sanción, Artículo 17) a las diferentes jurisdicciones a “[concertar] medios y esfuerzos para lograr la convivencia social armónica, el respeto a los derechos individuales y colectivos y la garantía efectiva del acceso a la justicia de manera individual, colectiva o comunitaria” (Artículo 13 I), a saber, mediante el intercambio de información, el diálogo y otros mecanismos (Artículo 14). Más allá de la coordinación, las diferentes jurisdicciones están obligadas a cooperar para el cumplimiento y realización de sus fines y objetivos (Artículo 15), por medio de diferentes mecanismos como la remisión de la información y antecedentes de los asuntos o conflictos entre jurisdicciones (Artículo 16).

El Artículo 190 párrafo 1 de la Constitución boliviana determina que las jurisdicciones indígenas “aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”.

Según al párrafo 2 del Artículo 190 de la Constitución, el ejercicio de la jurisdicción indígena respetará “el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”. La Ley de deslinde, en sus Artículos 5 y 6, establece unos requisitos específicos respecto de los derechos de las mujeres y la aplicación de determinadas penas:

Artículo 5: “II. Todas las jurisdicciones respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.

III. Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.

IV. Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.

V. El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional”.

Artículo 6. “En estricta aplicación de la Constitución Política del Estado, está terminantemente prohibida la pena de muerte bajo proceso penal en la justicia ordinaria por el delito de asesinato a quien la imponga, la consienta o la ejecute”.

Como limitación más abstracta, la Ley de deslinde en su Artículo 4, principio (a), recoge la idea constitucional de la libre determinación de los Pueblos Indígenas originario campesino en el marco de la unidad del Estado (Artículo 2 CP), sujetando la aplicación de la ley —es decir el ejercicio de la jurisdicción indígena— al respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional. Sigue el principio (a) estableciendo que el “ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional”.

Sobre todo, para contextos interculturales, el Artículo 4 exige que las jurisdicciones deberán respetar la diversidad cultural (principio [c]), realizar interpretaciones interculturales al momento de administrar e impartir justicia (principio [d]). Recuerda que las diferentes jurisdicciones son complementarias e independientes una de otra (principios [f] y [g]), y que deberán respetar la equidad e igualdad de género (principio [h]) y garantizar igualdad de oportunidades para grupos

vulnerables en el acceso a los derechos sociales, económicos, civiles y políticos (principio [i]).

En síntesis, de la experiencia boliviana se puede observar cómo el pluralismo jurídico es constituido dentro del viejo modelo del monismo jurídico, que establece jerarquías y subordina lo que no puede ser controlado por el poder hegemónico, “una inversión ideológica donde los términos o lugares de reivindicación de lo plural ocultan las asimetrías entre una justicia ordinaria hegemónica frente a una justicia indígena subordinada”³⁰.

El caso boliviano valida la idea que el pluralismo jurídico no necesariamente implica una relación de igualdad entre sistemas jurídicos (Cruz, 2013). Sin embargo, su reconocimiento formal ha sido una de las alternativas para garantizar la igualdad entre grupos culturales al interior de los Estados plurinacionales (Ídem, p. 71).

Respecto al derecho fundamental de la Consulta y Consentimiento, Libre, Previa e Informada, (CCLPI), está protegido por la Constitución en el art. 30.II.15 que lo incorpora como un derecho colectivo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, al señalar:

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa, obligatoria; realizada por el Estado de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

Disposición concordante con los Artículos 352, 304.I.21 y 403 de la Norma Suprema. Sin embargo, este precepto constitucional al ser reglamentado por la Ley 026 de 2010, que en el Art. 39 señala:

La Consulta previa es un mecanismo constitucional de democracia directa y representativa, convocada por el Estado Plurinacional de forma obligatoria con anterioridad a la toma de decisiones respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la exploración de recursos naturales. La población participará en forma libre, previa e informada”; pero agrega que las conclusiones “no tienen carácter vinculante, pero deberán ser considerados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que correspondan

Por lo que esta ley, una de las primeras leyes en ser promulgada luego de la vigencia de la Constitución Boliviana, no contempla la consulta previa en su dimensión autonomista; es decir, como un derecho colectivo de las naciones y Pueblos Indígenas, que entre otros aspectos, involucra el derecho de libre determinación, lo que en definitiva no solo implica el respeto de las normas y procedimientos

30 Copa Pabón, Vianca y Mballa, Louis Valentin (2020). “Un acercamiento analítico al pluralismo jurídico en Bolivia: Lo Aymara en un panorama multipolar desde la visión de Fernando Untoya”. *Revista Humanidades*, vol. 10, núm. 1. Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

propios, sino pasa por el carácter vinculante de los acuerdos asumidos, así como el consentimiento previo de las naciones originarias que hacen al Estado plurinacional y descolonizado.

Otros artículos constitucionales pertinentes son: artículo 13. III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos. IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

En su artículo 8.I establece que el Estado no solo reconoce los derechos, sino que asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural los siguientes principios o valores indígenas: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).

La ley que reglamentó el precepto constitucional de la Consulta excluye el elemento del consentimiento y se limitan los alcances del proceso de consulta, al eliminar el carácter vinculante de las decisiones a que se lleguen durante las negociaciones, dice el texto de la ley: “sin embargo en cuanto a las conclusiones, acuerdos y decisiones tomadas estas no tienen carácter vinculante, pero deberán ser considerados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que corresponda”.

BELICE

Belice a pesar de tener una población étnica significativa no ha incorporado la protección de derechos indígenas sobre la tierra en su Constitución y sus leyes³¹. Solo hay una mención de cultura de indígenas en el preámbulo de la Constitución Nacional.

Belice no se ha adherido al Convenio 169 de la OIT y su constitución se limita a reconocer los derechos fundamentales clásicos como son la libertad sin prejuicio de “raza, lugar de origen, opiniones políticas, color, credo o sexo” (art. 3), y prohibir la discriminación (art. 16). Por una enmienda de 2001 en el preámbulo se menciona la necesidad de un Estado que protege la identidad y los valores culturales de los beliceños, incluyendo la de los indígenas.

En el año 2000, se formó una Comisión Especial en el Parlamento. La opinión mayoritaria de esta Comisión sobre “asuntos multiétnicos e indígenas”, aun con

31 Daes, Erica-Irene A. (2001). “Indigenous peoples and their relationship to land”, Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, (E/CN.4/Sub.2/2001/21).

los llamados de numerosos grupos indígenas que habían solicitado a la Comisión recomendar que la presencia de grupos indígenas fuera reconocida y aceptada en la Constitución, concluyó por la mayoría de los miembros de la Comisión que los principios [igualitarios] contenidos en el Preámbulo de la Constitución ya cubrían y protegían adecuadamente a todos los beliceños, sin importar el grupo étnico³².

El 12 de octubre del 2020 se firmó un Acuerdo de 10 puntos entre el gobierno de Belice y los Pueblos Mayas del sur de Belice. En esa fecha, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos había declarado admisibles las denuncias de violaciones de los derechos territoriales de los mayas de Toledo, y poco después el gobierno de Belice con el auspicio de la Comisión Interamericana negoció el acuerdo en el que se reconoce el derecho territorial y el derecho a los recursos naturales a los Mayas.

Los acuerdos con los Mayas de Toledo y las discusiones en el Parlamento indican que este país ha comenzado a asimilar los estándares latinoamericanos en materia de derechos indígenas, aunque no sea por la vía constitucional y haya sido necesario que los indígenas tuvieran que recurrir a instancias internacionales³³. El Estado creó la *Belice Maya Land Rights Comision*, solo para dar cumplimiento a la *Consent Order* 2015, sobre derechos a la tierra de las comunidades mayas.

Los pueblos y comunidades étnicas beliceñas son los Mayas y los Garífunas y constituyen alrededor de 37.000, es decir, 15% del total de la población.

BRASIL

La Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 no incorpora asuntos de autodeterminación y autonomía ni la administración propia de justicia por parte de los Pueblos Indígenas³⁴. Es entonces, el Convenio 169 de la OIT (incorporado mediante el Decreto 5.051 de 2004 a la legislación brasileña) el que tiene un papel decisivo a la hora de establecer los márgenes que puedan existir en Brasil para la administración de justicia propia por parte de los Pueblos Indígenas.

El Estado brasileño ratificó el Convenio 169 de la OIT, que entró en vigencia el 25 de junio del 2003. El derecho a la participación de los Pueblos Indígenas, también

32 Gobierno de Belice (2000). *Chapter 3*, traducción del inglés.

33 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos decide declarar que la petición de las comunidades indígenas Mayas contra el Estado de Belice es admisible respecto de las violaciones denunciadas de los Artículos I, II, III, VI, XI, XVIII, XX, y XXIII de la Declaración Americana. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2000)

34 La Constitución se limita a asignar a la Unión la propiedad sobre los territorios tradicionalmente ocupados por indígenas (Artículo 20 XI); asigna la competencia de legislar sobre las poblaciones indígenas exclusivamente a la Unión (Artículo 22 XIV), estipula la competencia exclusiva del Congreso nacional de autorizar, en territorios indígenas, la exploración y el uso de los recursos hídricos tanto como la exploración y la explotación de recursos mineros (Artículo 49 XVI), asigna la función de "defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas al Ministerio Público (Artículo 109 V), obliga al Estado a proteger las "manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas, y de otros grupos que participan en el proceso civilizatorio nacional" (Artículo 215 párrafo 1).

El Artículo 231 está dedicado a los indígenas, reconociendo su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, con la reserva que la demarcación compete a la Unión. El mismo artículo regula las condiciones en las cuales el Estado puede acceder excepcionalmente a estas tierras para su uso y explotación, jugando el Congreso un papel clave en las autorizaciones respectivas. Por último, se les otorga a los indígenas y sus comunidades y organizaciones legitimación activa para defender judicialmente sus derechos e intereses, con la intervención del Ministerio Público (Artículo 232).

se encuentra vigente en Brasil desde 1992, por vía de la Convención Americana de Derechos Humanos. Pero los instrumentos internacionales donde mejor se desarrolla el derecho de los Pueblos Indígenas a aplicar su propia justicia es en las Declaraciones de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, la cual fue votada favorablemente por el Estado en el 2007 y en la de la OEA el 14 de junio del 2016.

La Declaración de Naciones Unidas, en línea que no siguió la americana, considera que la participación es estrictamente un derecho y, por tanto, opcional para su sujeto: “Los Pueblos Indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez, su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

Estas declaraciones que como quedó dicho, no crean nuevos derechos, sino que facilitan la identificación de derechos humanos que se encuentran en diferentes cuerpos legales de resonancia universal en lo que respecta a su aplicación a los pueblos y personas indígenas, cuentan con escenarios de debate y reflexión internacional, como el Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas y también el Mecanismo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, quienes en diálogo con estos y con los Estados, están ocupándose de la evaluación, interpretación, integración y potenciación del derecho internacional de los pueblos, las comunidades y los individuos indígenas en general y, muy en particular, de la puesta en práctica de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas .

Esta base legal ha sido reconocida por el Supremo Tribunal Federal a nivel de normas supra legales, lo que ha llevado a que tribunales de este país reconozcan este derecho que ampara a Pueblos Indígenas y comunidades Quilombolas.

Aun así, el Estado brasileño se resiste a reconocer a los pueblos y comunidades tradicionales como sujetos del Convenio 169, y se ha negado a incluirlos en los informes que periódicamente presenta a la OIT. Lo que ha llevado a que estos pueblos y comunidades tengan que judicializar cada caso para lograr que el gobierno se vea obligado a consultarlos antes de tomar decisiones que los afecten³⁵.

La Constitución Federal establece en su Art. LXXVIII § 1º -

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo).

35 Rojas Garzón, Biviany; Yamada, Erika M.; Oliveira, Rodrigo (2016). *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais I*. -- São Paulo : Rede de Cooperação Amazônica (RCA) ; Washington, DC: Due Process of Law Foundation.

El Art. 231. Reconoce a los indígenas su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.

El Art. 210. Establece que en los planes de estudio deben fijarse mínimos de enseñanza en la escuela primaria para asegurar el respeto de los valores culturales y se estipula que la educación primaria en las comunidades indígenas debe promover el uso de sus lenguas maternas.

Dice el Art. 231.

Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones: les corresponde el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas; Las tierras de que trata este artículo son inalienables e indisponibles y los derechos sobre ellas imprescriptibles. Está prohibido el traslado de los grupos indígenas de sus tierras, salvo “ad referéndum” del Congreso Nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en peligro a su población, o en interés de la soberanía del país, después de deliberación del Congreso Nacional, garantizándose, en cualquier hipótesis, el retorno inmediato después que cese el peligro; Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses interviniendo el ministerio público en todos los actos del proceso;

El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas solo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley.

El Estatuto do Índio. Regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Art. 3. I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional. II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros sectores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados. Lei n.º 6.001, de 19.12.1973. Inventário Nacional da Diversidade Linguística e dá outras providências. Art. 1º Fica instituído o Inventário Nacional da Diversidade Linguística, sob gestão do Ministério da Cultura, como instrumento de identificação, documentação, reconhecimento e valorização das línguas portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Decreto n.º 7.387, del 9/XII/ 2010. Decreto sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde, altera disposi-

tivos dos Decretos n.º 564, de 8 de junho de 1992, e 1.141, de 19 de maio de 1994, e dá outras providências. Decreto No 3.156 del 27/ 08/ 1999.

Como dice la Constitución Federal en el Artículo 231 transcrito, se establece la obligación de la autorización previa del Congreso Nacional, luego de escuchar a los Pueblos Indígenas, para el aprovechamiento y la exploración de recursos minerales y del potencial hidroeléctrico de los ríos en tierras indígenas³⁶.

Esta peculiar figura constitucional, le otorga al poder legislativo un papel fundamental en la interlocución del Estado con los Pueblos Indígenas, como requisito previo para la explotación de recursos naturales en tierras indígenas.

Los artículos 109, 231 y el 232 de la Constitución de la República Federativa en hacen mención “tutelar” de los pueblos, este nivel bajo de reconocimiento y garantía a la fecha no avanza en dirección de mejorar las condiciones de los Pueblos Indígenas. El artículo 232 señala que los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses, interviniendo el Ministerio Público en todos los actos del proceso.

Este aspecto del papel del Ministerio Público demuestra que ni la Constitución Federal brasileña ni el papel de las instituciones republicanas, coadyuvan a lograr un nivel de autonomía relativa de los pueblos. Esta mirada de la gramática constitucional de Brasil insiste en la subordinación, inferioridad y minoría de edad de los Pueblos Indígenas de este país³⁷.

En lo que va corrido del presente año de 2020, se han producido dos hechos que inciden en la situación de los derechos de los Pueblos Indígenas de Brasil. El primero fue la presentación por el presidente de la república el 5 de febrero, de un proyecto de ley que, al decir de organizaciones ecológicas y de los mismos indígenas, permitía la minería y la generación de energía eléctrica en las reservas indígenas.

Este proyecto estaría contradiciendo la Constitución, en cuanto en ella se establece que las tierras de las reservas son de “usufructo exclusivo” de los indígenas, por tratarse de “tierras tradicionalmente ocupadas” por ellos, así como de “las riquezas del subsuelo, de los ríos y lagos existentes en ellas”. Además, define como tierras de los indígenas las “necesarias a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones”, de donde ellos no pueden ser removidos. Son tierras “inalienables e indisponibles, y los derechos sobre ellas imprescriptibles”, establece, igualmente, que solo un “relevante interés público” del Estado justifica la explotación de sus recursos naturales, a ser reglamentada por una ley complementaria a la Constitución, y no la ordinaria propuesta por el gobierno.

36 *O artigo 231 da CF dispõe no seu §3 o que: “O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurado participação nos resultados da lavra, na forma da lei”.*

37 Oliveira, Assis Da Costa; Castilho, Ela Wiecko Volkmer (Orgs.). (2019). *Lei do Índio ou Lei do Branco. Quem Decide? Sistemas Jurídicos Indígenas e Intervenções Estatais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

Además, por ser Brasil signatario del Convenio 169, este tipo de proyectos de ley demandan de Consulta Previa, lo cual no había ocurrido en este caso. Para observadores de la situación de los Pueblos Indígenas, este proyecto de ley estaría buscando beneficiar la minería ilegal, conocida como “*garimpo*”, la que ha generado graves daños no solo a la ecología de la Amazonía, sino a la salud de los pueblos que la habitan.

En las tierras yanomami, pueblo de unas 26.000 personas en el extremo norte de Brasil, un estudio de la Fundación Oswaldo Cruz de 2019 constató que el 56% de esa población tiene exceso de mercurio en la sangre, producto del “*garimpo*” ilegal que usa ese metal para buscar oro y que contamina el agua de los ríos y los peces que hacen parte de la dieta indígena.

El debate que esta ley suscitó en el Congreso, la que no logró aprobarse, dio lugar a la promulgación de otra ley el 16 de junio del 2020, que estipula medidas de apoyo a los Pueblos Indígenas gravemente afectados por el COVID-19. El presidente de Brasil, al sancionar la ley, lo hizo con 14 vetos, entre los artículos vetados figuran el que obligaba al gobierno brasileño a garantizar a los indígenas el “acceso universal al agua potable” y la “distribución gratuita de materiales de higiene, limpieza y desinfección en las aldeas”.

El presidente, quien testó positivo para el nuevo coronavirus la víspera, también vetó la oferta en carácter de urgencia, de camas hospitalarias y de unidades de cuidados intensivos a los indígenas, así como la adquisición o facilitación de ventiladores y máquinas de oxigenación sanguínea.

También fueron vetados los puntos que preveían la liberación de recursos extras destinados a dar prioridad a la salud indígena ante la “emergencia de salud pública debido al COVID-19” y la facilitación de su acceso a la ayuda estatal de 600 reales (unos 110 dólares) creada durante la pandemia.

El presidente brasileño rechazó además el artículo que establecía la elaboración y distribución, en formatos diversos, de materiales informativos sobre los síntomas del coronavirus en las aldeas de todo el país, así como la instalación de puntos de Internet en las comunidades y la repartición de cestas básicas.

Para justificar los vetos, el Ejecutivo brasileño argumentó que las medidas previstas y aprobadas por el Parlamento creaban “gastos obligatorios” para el gobierno sin demostrar cuál sería su “impacto presupuestario y financiero”, lo que sería inconstitucional.

CHILE

A diferencia de otras Constituciones en América Latina, en la Constitución chilena no hay mención a los Pueblos Indígenas y sus derechos específicos, en ninguna de sus disposiciones se menciona la diversidad étnica y cultural de la nación.

En el 2001, se creó la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas con el objetivo de recoger recomendaciones para construir la política

indígena en el país. El informe entregado por esta Comisión, recomendó la necesidad del reconocimiento constitucional junto a una serie de derechos sociales, así como “la participación de los Pueblos Indígenas en la formación de la voluntad general de la nación, a través de la elección de sus propios representantes en el Senado y la Cámara de diputados”. Nada de esto se ha conseguido debido a la negativa del Congreso de aprobar una legislación al respecto³⁸.

Sin embargo, el Convenio 169, que se encuentra vigente en Chile, se establece un marco jurídico que promueve la participación y consulta de los Pueblos Indígenas en los procesos que los afecten.

El artículo 5° de la Constitución Política, le otorga rango constitucional al Convenio 169, al establecer que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

La Ley Indígena 19.253 del 5 de octubre de 1993, tiene como objetivos la promoción, la coordinación y la ejecución de la acción estatal de los planes de desarrollo de las personas pertenecientes a los Pueblos Indígenas de Chile. Establece los derechos de estos pueblos, crea una institucionalidad pública propia de este sector, impulsa la ejecución de políticas públicas en materia de restitución y protección de tierras y aguas, de desarrollo productivo, de afirmación cultural y educativa.

En el 2013 se expidió el Decreto 66 del 15 de octubre de 2013 que reglamenta el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que regula el procedimiento de consulta indígena para los órganos de la administración del Estado y el derecho de los Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectados directamente por la adopción de medidas legislativas o administrativas, que se materializa a través de un procedimiento apropiado y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. El reglamento se aplica a los ministerios, las intendencias, los gobiernos regionales, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

El decreto 40 del 12/ de agosto de 2013 en su Artículo 84, refiere a la Consulta a Pueblos Indígenas:

En el caso que el proyecto genere alguna afectación, indicadas en el reglamento, directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a Pueblos Indígenas, el Servicio deberá, diseñar y desarrollar un proceso de consulta de buena fe, que contemple mecanismos apropiados según las características socioculturales propias de cada pueblo y a través de sus instituciones representativas, de modo que puedan participar de manera informada y tengan la posibilidad de influir durante el proceso de evaluación ambiental.

38 En las elecciones de noviembre de 2013, los legisladores de centro-izquierda obtuvieron 71 de los 120 asientos en la Cámara de Diputados y 21 de 38 asientos en el Senado. Esta correlación de poder no les permitió una mayoría suficiente para cambiar el artículo sobre reconocimiento constitucional de los Pueblos Indígenas (que requiere 66% de ambas Cámaras).

Igualmente, el Estado chileno votó a favor de la Declaración de las Naciones Unidas y la de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. En ellas, se condena la discriminación contra los Pueblos Indígenas y se promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les atañen. La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en su Artículo 19 prescribe que “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas” que afecten a los pueblos, los Estados deben adelantar consultas y cooperar de buena fe con los indígenas, a fin de “obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Por su parte, la Declaración de la OEA en su Artículo 23, numeral 2, dice: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los Pueblos Indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

Asimismo, en estas declaraciones se garantiza el derecho de los Pueblos Indígenas a la diferencia y al logro de sus propias prioridades en cuanto al desarrollo económico, social y cultural se refiere.

En los últimos años, en la jurisprudencia chilena ha habido una tendencia a abrir el sistema normativo constitucional a la idea del Bloque de Constitucionalidad, que amplíe y mejore la protección de derechos humanos en el país. Tanto en la Corte Suprema como en el Tribunal Constitucional, hay sentencias que apuntan a la configuración de un Bloque de Constitucionalidad en Chile. Así se hallan sentencias que asignan a la normativa y jurisprudencia internacional un rol relevante a través de dos vías: (i) de la incorporación directa de derechos con rango constitucional; o ii) como elemento hermenéutico de derechos actualmente consagrados en el texto constitucional.

De estas sentencias se extrae que las normas que componen el Bloque de Constitucionalidad en materia de derechos humanos cumplen el mismo rol que cualquier norma constitucional: son derechos subjetivos (exigibles frente al Estado) y derechos objetivos (principios que irradian en toda la estructura del Estado); por lo que cumplirán el rol de todo derecho, en tanto constituyen un conjunto de normas de nivel constitucional como mecanismo de protección de la dignidad del ser humano, y que también han de servir para la incorporación de derechos consagrados en instrumentos internacionales (que no se encuentran protegidos por la regulación constitucional) y como elemento hermenéutico de derechos positivados constitucionalmente.

COLOMBIA

En lo que concierne a los Pueblos Indígenas y la relación con el Estado siguiendo criterios del Convenio 169 de la OIT aprobado por la Ley 21 del 4 de marzo de 1991, Colombia se define, en su Constitución Política del 1991, como “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria [...] democrática, participativa y pluralista [...]” (Artículo 1); Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural (artículo 7). Ello implica, entre otros aspectos, que las “autoridades de los

Pueblos Indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (artículo 246). Los Artículos 329 y 330 regulan los territorios indígenas y la forma de gobierno que rige en los mismos; a falta de la ley prevista para su desarrollo, el Decreto 1953 del 7 octubre de 2014 suple temporalmente esta función promoviendo, entre otras cuestiones, el fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena (Artículo 1).

El Artículo 246 de la Constitución Política determina que el ejercicio de las jurisdicciones por las autoridades indígenas se hará “de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”.

Una vez que ingresó en vigencia la Constitución en 1991, la Corte Constitucional recomendó al Congreso de la República no legislar para reglamentar la jurisdicción especial indígena, sino en lugar hacer un monitoreo por el poder judicial a partir de recursos legales que personas inconformes con decisiones de esta jurisdicción pudieran presentar. Esta solicitud se hizo sobre la premisa que señala: que es más lo que se ignora sobre este tema, que lo que se conoce, de manera que el riesgo era que una ley hecha en estas circunstancias correría el riesgo de convertirse en una camisa de fuerza que impediría que la realidad se mostrara tal como es.

Por eso se optó por la justicia del caso concreto y en las últimas décadas se ha formulado un cuerpo jurisprudencial de sentencias que han generado una clara y concreta reglamentación, con participación de indígenas, universidades, centros de investigación y académicos, que participan de estas reflexiones por medio de informes (*amicus curiae*) que son solicitados por las altas cortes, para que, junto con peritajes antropológicos, apoyen el trabajo de los jueces. El marco de interpretación constitucional que el poder judicial ha generado le ha permitido al conjunto de la sociedad nacional y a los otros poderes del Estado, acercarse con respeto a las culturas indígenas con una mentalidad cada vez más libre de prejuicios coloniales.

Ante la ausencia de legislación reglamentaria que prevé la Constitución, toma relevancia el Decreto 1953 del 7 de octubre de 2014 sobre la jurisdicción indígena que en su Artículo 10 explica los principios generales:

a. Autonomía y libre autodeterminación: Es el ejercicio de la ley de origen, derecho mayor o derecho propio de los Pueblos Indígenas, que con fundamento en sus cosmovisiones les permite determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, ejercer funciones jurisdiccionales, culturales, políticas y administrativas dentro de su ámbito territorial, el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus territorios y vivenciar sus planes de vida, dentro del marco de la Constitución Política y de la ley.

b. Identidad Cultural: Es el reconocimiento de la cosmovisión de cada uno de los Pueblos Indígenas, como fundamento para comprender el orden de la naturaleza y establecer las formas de convivencia en ella.

c. Reconocimiento de la diversidad étnica y cultural: Es aceptar, respetar y fortalecer la existencia de diversas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, de valores, diversidad lingüística, formas de comunicación propias, creencias, actitudes y conocimientos.

d. Territorialidad: Es la fuente desde donde se explica y comprende la integralidad de la vida de los diversos seres de la naturaleza, donde la tierra es la madre, la maestra, el espacio donde se vivencia la ley de origen, y está integrada por seres, espíritus y energías que permiten el orden y hacen posible la vida, de conformidad con las tradiciones culturales propias de cada pueblo.

e. Unidad: Es el encuentro de pensamientos, la palabra, la acción, saberes ancestrales y experiencias comunitarias, que constituyen la legitimidad de las decisiones colectivas de los pueblos en todos los espacios autónomos de deliberación. Esto los constituye en sujeto colectivo de derechos fundamentales.

f. Integralidad: Es la relación de armonía y equilibrio constante entre todos los seres de la naturaleza y procesos de los Pueblos Indígenas que garantiza el desarrollo de los planes de vida y en ellos, los sistemas propios y el ejercicio de las funciones públicas, de acuerdo a las cosmovisiones de los diferentes pueblos.

g. Universalidad: Todos los indígenas de Colombia tienen acceso al ejercicio de los derechos que se garantizan mediante los sistemas y demás funciones públicas a los que refiere el presente Decreto. En este sentido, el Estado dispondrá los recursos para la cobertura de toda la población indígena del país, de manera gradual y progresiva.

h.- Coordinación: La administración de los sistemas propios de los Pueblos Indígenas regulados en este Decreto y el cumplimiento de las consecuentes funciones públicas propias se hará de manera coordinada, concurrente y subsidiaria.

i.- Interpretación cultural: Cuando surja alguna duda sobre la interpretación de los términos utilizados en el presente Decreto, su alcance, objeto o efectos, se acudirá a las disposiciones constitucionales pertinentes, al pensamiento, lenguaje, ley de origen, Derecho Propio y Derecho Mayor de los diferentes pueblos.

La Corte Constitucional ha establecido el alcance y las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que se reconoce a las autoridades indígenas en los artículos 246 y 330 de la Constitución. Estas normas establecen a las autoridades indígenas, como guardianas y representantes de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres, derecho propio o ley de origen, así como el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y los Derechos Fundamentales³⁹.

Dado el grado de indeterminación de los derechos emanantes de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha sido la llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos en

39 Santizo, L. (2020). Portafolio digital. Guatemala.

función del grado de autonomía y llevando a cabo una ponderación entre las necesidades de autonomía cultural, por un lado, y principios constitucionales de gran peso, por el otro. Como la reglamentación de este derecho ha sido determinado por sentencias judiciales, se realizará a continuación una síntesis del marco referencial que ha sido desarrollado por esta vía desde la promulgación de la Constitución de 1991.

Las sentencias de tutela de la Corte Constitucional números T-342 de 1994, T-349, T-496 de 1996 y T-523 de 1997 reconocieron las facultades de las autoridades indígenas, la vigencia de los sistemas normativos y procedimentales propios de la tradición cultural de cada Pueblo Indígena y la potestad de sus autoridades para asumir la competencia en la resolución de todo tipo de problemas relacionados con su propia población.

La Corte Constitucional en la Sentencia SU-510 de 1998, se pronunció a favor de las autoridades indígenas frente a un conflicto con la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. Asimismo, en la Sentencia T-342 de 1994, la Corte Constitucional otorgó el amparo del derecho fundamental a la existencia de la comunidad Nukak-Maku amenazada por las prácticas de una comunidad evangelizadora denominada Nuevas Tribus de Colombia, que invadía de forma progresiva su territorio. La Corte consideró que la irrupción de los forasteros ponía en riesgo la cohesión que sirve de base para la estructura social de la comunidad.

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-349 de 1996, reiteró la importancia de respetar la autonomía de las comunidades indígenas, pero también que esta jurisdicción garantice al involucrado o implicado el debido proceso, de manera que comprenda que pueda hacer uso de su derecho a la defensa. En la Sentencia T-523 de 1997 consideró importante que se abstuviera de aplicar sanciones que pudieran obedecer a tratos indignos o degradantes. Con la aclaración que la Corte no considera tortura los castigos con fuste, si este causa un daño corporal mínimo.

En las Sentencias T-370 de 2002 y T-214 de 1997, la Corte consideró que los miembros de las comunidades indígenas que han sido juzgados y condenados por la jurisdicción ordinaria tienen derecho a ser reclusos en establecimientos carcelarios especiales a fin de salvaguardar su identidad cultural.

En la Sentencia T-002 de 2012, la Corte conoció y rechazó dos casos en los que el Consejo Superior de la Judicatura había negado la competencia de la jurisdicción especial indígena para conocer de delitos sexuales cometidos contra niños. La Sentencia reiteró que la protección del interés superior del niño indígena no puede hacerse de espaldas al valor de la diversidad, puesto que es necesario entender que el niño es gestor de una cultura propia.

En la Sentencia T-921 de 2013, la Corte Constitucional conoció una acción de tutela interpuesta por un comunero de un resguardo indígena quien se encontraba retenido y procesado por la jurisdicción ordinaria por sostener relaciones sexuales con una joven de trece años, integrante de la comunidad, pese a que la comunidad indígena había reclamado competencia para tramitar el asunto. El Consejo Superior de la Judicatura decidió el conflicto positivo de competencias a favor de la jurisdicción ordinaria. Por su parte, la Corte Constitucional decidió tutelar los derechos funda-

mentales del accionante, por lo cual, dejó sin efectos la providencia del Consejo Superior de la Judicatura que decidió el conflicto positivo de jurisdicciones y ordenó remitir el caso y entregar al acusado a las autoridades indígenas.

En la Sentencia T-266 de 1999, la Corporación conoció el caso de un comunero indígena Arhuaco, a quien se le acusó de haber asesinado a su cónyuge, también perteneciente a dicha comunidad, el cual ya había sido juzgado a nivel comunitario, aplicando para ello, el principio del *non bis in ídem*.

De otro lado, en la Sentencia T-866 de 2013, la Corte decidió a favor una acción de tutela interpuesta por el gobernador de un cabildo indígena de Bosa quien, actuando como agente oficioso de un comunero, interpuso acción de tutela contra un juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad de Fusagasugá, toda vez que consideró que se estaban vulnerando los derechos al debido proceso, diversidad étnica y cultural, a la igualdad y al *ne bis in ídem*.

En las Sentencias T-617 de 2010, T-002 de 2012 y T-921 de 2013, la corporación determina la competencia de las autoridades indígenas para tramitar procesos judiciales, frente a conflicto de jurisdicciones entre las autoridades indígenas y la justicia formal estatal, en dichas sentencias la Corte define, a partir del criterio objetivo que refiere al estatus del sujeto y del bien jurídico afectado, las bases teóricas de la jurisdicción especial y concluye que: i) de acuerdo con el principio de razonabilidad el procedimiento no concluirá con impunidad; y siempre que ii) el derecho propio establezca medidas de protección para la víctima.

En la Sentencia SU-510 de 1998 sobre el derecho a la participación de las comunidades indígenas, dice la Corte:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los Pueblos Indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un Bloque de Constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación⁴⁰.

En esta misma Sentencia SU-510 de 1998, la Corte establece que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales mencionados (derechos específicos y diferenciados en función del grupo), se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas que se suponen transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.

40 Cf. También Sentencia C-620 de 2003.

Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., Artículo 2º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P. Artículos 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P. Artículos 13 y 70) ⁴¹.

Para la Corte Constitucional el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades étnicas es un derecho fundamental, Sentencia SU-039 de 1997, no tiene el valor de consulta, dice la Corte, como mecanismo de participación de la comunidad, la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de explotación o exploración de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices señaladas en la legislación correspondiente, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que, finalmente, ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, indicando su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica

Según la Corte, en la Sentencia C-053 de 1999, se vulnera el derecho a la igualdad de los Pueblos Indígenas cuando se prohíbe la utilización de su propia lengua para la difusión de mensajes por los medios masivos de comunicación.

En la Sentencia T-567 de 1992, dice la Corte que la administración estatal incurre en reticencia, al no dar curso a los trámites necesarios para la adjudicación del territorio reclamado por un cabildo indígena legalmente constituido. Vulnera, además el derecho de petición, el derecho a la igualdad material, pues existe el deber constitucional de adoptar las medidas pertinentes a favor de grupos discriminados o marginados. Y siendo evidente el abandono, humillación y discriminación a los que han sido expuestos los indígenas durante siglos, se hace necesario que se imponga siempre a su favor un trato preferencial.

En las Sentencias T-188 de 1993 y T-567 de 1992, conmina al Estado para que constituya resguardos indígenas, señalando que el acceso a la propiedad colectiva por parte de las comunidades resulta de vital importancia para su subsistencia y que, en cuanto a esto, la actividad del Estado, dirigida por las entidades que tienen competencia para ello, deben ser emprendedoras y tomar la iniciativa

En la sentencia se indica que el derecho a la propiedad colectiva de la tierra de las comunidades indígenas es de carácter fundamental, con lo cual habilita la acción de tutela como mecanismo de protección de ese derecho y lo refuerza frente a posibles intervenciones externas. Asimismo, en la Sentencia T-528 de 1992, indica que el Estado debe prohibir el fomento de colonización en territorios de los resguardos indígenas.

41 Botero Catalina, Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Recuperado de: <<https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2003/2BOTEROMARINO.pdf>>

En la Sentencia C-058 de 1994, la Corte facultó la exclusión de los miembros de los Pueblos Indígenas del servicio militar obligatorio, tomando como base el mismo argumento de reconocimiento de la diferencia como condición para salvaguardar el derecho a la igualdad material.

Asimismo, la Corporación ha indicado, en la Sentencia C-053 de 1999, que viola el derecho a la igualdad la medida que impida o dificulte que las comunidades indígenas conserven sus tradiciones ancestrales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido los siguientes derechos diferenciados en función del grupo: 1) el derecho a la vida y a la integridad comunitaria; 2) el derecho de la comunidad a la igualdad, entendida, entre otras cosas, como el derecho al reconocimiento de la diferencia; 3) los derechos políticos de representación y consulta; 4) el derecho a la propiedad colectiva e inajenable sobre el territorio ancestral; 5) el derecho a la autonomía política, económica y social y, particularmente, a la jurisdicción propia.

En síntesis:

- A mayor cohesión y autocontrol por parte del grupo y con el fin de asegurar la conservación de los usos y costumbres del grupo, se reconoce una mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constituyen los mínimos jurídicos para la convivencia y bajo ningún supuesto podrán denegarse.
- Las normas de orden público del derecho nacional priman sobre las normas de las comunidades indígenas, siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena. No por la sola existencia de una ley contraria a las costumbres estas pueden ser desconocidas.
- Los usos y costumbres indígenas priman sobre las normas dispositivas o secundarias del derecho nacional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia no es uniforme con relación a cuestiones multiculturales. Más bien se encuentran tres interpretaciones de la tensión entre diversidad y unidad cultural que existen al interior de la Constitución: i) una liberal absoluta (los derechos y la libertad son valores universales que deben imperar sobre todas las culturas); ii) una liberal moderada (garantizar supervivencia cultural de un pueblo indígena) y iii) una relativista (solo un acuerdo intercultural es vinculante).

Las primeras dos señalan que los derechos individuales y el marco conceptual liberal en el que están situados deberían ser respetados por todas las culturas que habitan el país. La diferencia entre estas perspectivas es solo de grado. Mientras que la primera no acepta ninguna excepción a la regla de que los valores básicos del liberalismo deben ser reconocidos por todas las culturas, la segunda indica que los derechos individuales pueden ser restringidos si hay

evidencia de que este es el único medio disponible para evitar la desaparición de una cultura.

Estos dos puntos de vista argumentan que al dar prioridad a las tradiciones morales y políticas de la mayoría se resuelve justamente el conflicto entre la cultura dominante y las minorías culturales. La única diferencia cultural que la Constitución reconoce y acomoda es entonces aquella producida por las varias interpretaciones del canon liberal. Como consecuencia, el Estado puede legítimamente invertir sus recursos en la transformación de cualquier tradición que se encuentre fuera de los límites del liberalismo⁴².

La tercera interpretación de la tensión constitucional indica que la autonomía jurídica y política de las minorías nacionales que habitan el país debe ser maximizada. Los únicos límites a esta autonomía, argumenta la Corte Constitucional colombiana en estos casos, deben ser los valores que gozan de un acuerdo intercultural: vida (prohibición de la pena de muerte), integridad corporal (prohibición de la tortura) y libertad (prohibición de la esclavitud).

En esta línea jurisprudencial, la Corte agrega a esta lista el debido proceso y la legalidad de los crímenes y de las penas, argumentando que se trata de un mandato expreso de la Constitución (Artículo 246). Esta lectura de la carta política abre un espacio interesante para la adaptación de la diferencia cultural. Reconoce el carácter proyectivo de los valores morales y políticos favorecidos por la mayoría, así como, la necesidad de acomodar a las minorías culturales sin que se les exija que se transformen en variaciones de la cultura hegemónica.

Un ejemplo práctico sobre este debate se lo ve reflejado en la discusión que existe entre el Consejo Superior de la Judicatura, órgano encargado de dirimir conflictos de jurisdicción y competencia y la Corte Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, respecto a la competencia de la jurisdicción especial indígena para juzgar casos que involucren la integridad sexual de niños y niñas. En una providencia del Consejo Superior de la Judicatura, fechada el dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), que resolvió el conflicto positivo de jurisdicciones desatado entre las autoridades indígenas y el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, y que falló a favor de este último.

Al resolver el caso concreto, la Corte encontró, entre otros aspectos, que el Consejo Superior de la Judicatura había incurrido en un defecto sustantivo al interpretar de manera errónea el art. 246 de la Constitución. De acuerdo con el Consejo, esta disposición no permite que asuntos que involucren menores de edad sean conocidos por la jurisdicción especial indígena. Esta comprensión, de acuerdo con la Corte no resulta conforme a la Carta Política, toda vez que al determinar la competencia: i) no tomó en cuenta el elemento institucional a la hora de establecer en qué sede habría de darse trámite al proceso; ii) tomó como prevalente el criterio objetivo a pesar de

42 Bonilla, Daniel (2006). *La Constitución Multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Pág. 3-6. Ver también Bonilla, Daniel (1999). *La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Estudios Ocasionales CIJUS. Pág. 88 y ss.

que el bien jurídico era compartido; iii) señaló que existía una falta de competencia de la jurisdicción especial para juzgar asuntos relacionados con niños⁴³.

En un primer momento, la Corte se refirió al principio del interés superior de niños pertenecientes a comunidades indígenas, advirtiendo que la labor del juez constitucional no debe restringirse a evaluar bajo la perspectiva de la cultura mayoritaria la situación del niño, sino que debe tener en cuenta que aquel es un “[...] *guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991, pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia*”⁴⁴.

Igualmente, la providencia se encargó de establecer el alcance de los aspectos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena, así como los elementos estructurales del fuero indígena. En este sentido, la Corte estableció que si bien, en principio, corresponde al Consejo Superior de la Judicatura resolver los conflictos de competencia que se susciten entre la justicia ordinaria y la jurisdicción especial, toda vez que no existe una ley de coordinación entre las jurisdicciones, corresponde a la Corte definir el alcance del Art. 246 Superior, debido al carácter fundamental que asiste al principio de autonomía de los Pueblos Indígenas.

COSTA RICA

Además del Convenio 169 de la OIT, y el Artículo 76 de la Constitución Política que establece la obligación del Estado de velar por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales, hay una normativa y jurisprudencia que ha reconocido algunos derechos de los Pueblos Indígenas. Se tiene la Ley Indígena de 1977 y su Reglamento, que procura hacer efectivos esos derechos. Costa Rica también votó favorablemente a las Declaraciones sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la ONU y de la OEA.

Existe, además, una jurisprudencia en materia de derechos de los Pueblos Indígenas, especialmente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en temas tan diversos como el derecho a la tierra y la propiedad comunal, el acceso al agua potable y el derecho a la salud, por ejemplo. Igualmente, la Defensoría de los Habitantes, institución nacional de derechos humanos independiente, ha realizado un importante trabajo en la materia, desde la Dirección de Protección Especial⁴⁵.

En Costa Rica, se reconoce una población indígena de aproximadamente 63.876 personas (el 1,5% de la población total según el censo del año 2000). En el año 1977 se emite la “Ley Indígena de Costa Rica” (6172) que hace una regulación de temas que abarcan la identidad, la organización y el territorio de los Pueblos Indígenas. El Estado costarricense reconoce 24 territorios indígenas. Es por medio de

43 Fichas de Análisis de Jurisprudencia, sentencias de Tutela. Sentencia T-196/15. ICBF 31 de diciembre de 2019.

44 Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

45 Informe del Embajador Eduardo Ulibarri, Representante Permanente de Costa Rica a las Naciones Unidas. New York, octubre del 2013.

Decretos Administrativos con rango de ley (según el artículo 1 de la Ley Indígena de 1977) que se define la extensión de cada territorio⁴⁶.

Se reconocen ocho Pueblos Indígenas: Huetar, Chorotega, Teribe, Brunka, Guaymí, Bribri, Cabécar y Maleku. La organización de la “Comunidades Indígenas”, se expresan jurídicamente a través de la figura de las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (creada por una disposición administrativa), que es una estructura impuesta por el sistema, pese a que la ley indígena posibilita que los Pueblos Indígenas se organicen en sus estructuras comunitarias tradicionales (Artículo 4 de la Ley 6172 de 1977), que determina el derecho de los indígenas a organizarse en “sus estructuras comunitarias tradicionales”. Con lo que se infiere que esa organización propia deriva en la posibilidad real de desarrollar un sistema jurídico autóctono.

El Convenio 169 de la OIT (Ley 7316 de 1992), asegura en su letra el derecho de estos pueblos a reivindicar su justicia propia. Esto es reconocido en el sistema jurídico costarricense en el artículo 4 de la Ley Indígena de Costa Rica, cuando refiere que “Las Reservas serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales [...]”.

“Entre los derechos que se ha reconocido a las comunidades indígenas, de acuerdo con sentencias de la Corte Suprema de Justicia⁴⁷ está el que, a fin de que defiendan el entorno natural de sus tierras, se les consulte en los procedimientos relativos a ellas o que de alguna forma puedan afectar su derecho a desenvolverse con garantía de su calidad de vida, pues de lo contrario, se quebranta el debido proceso respecto de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas interesados (Artículo 13 del citado Tratado y 50 de la Constitución Política)”.

En ese orden de ideas, cualquier aprovechamiento de recursos naturales en Reservas Indígenas debe contar con el consentimiento de los Pueblos Indígenas, y debe informárseles sobre cualquier solicitud de aprovechamiento, aun cuando se trate de recursos naturales en propiedad privada [...].

En Costa Rica, el Derecho Indígena ha sido poco desarrollado. Existen en la actualidad algunos tribunales de derecho consuetudinario en territorios indígenas como Cabagra y Talamanca. Estos tribunales pretenden rescatar parte de las antiguas formas de resolución de controversias al interior de las comunidades indígenas. Estas instancias son escritas (con audiencias orales), forma hasta la fecha propuesta para hacer valer parte de la autonomía de sus territorios y la vigencia de derechos fundamentales. La importancia de la resolución constitucional⁴⁸ es la que declara la constitucionalidad de este tipo de tribunales, su naturaleza y funciones, que en suma reivindicar el derecho de los Pueblos Indígenas a su propio derecho.

46 Chacón Castro, Rubén (comp.) (2001). *Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional*, San José, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena, San José, Organización Internacional del Trabajo (OIT), Impresora Gossestra.

47 Res: 2004-09931 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, del 3 de septiembre del 2004.

48 Res: 2004-12743 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, del 12 de noviembre del 2004

CUBA

No hay legislación específica sobre derechos de los Pueblos Indígenas y Cuba no ha ratificado el Convenio 169. Esto se debe a que, de acuerdo con la historiografía oficial, la población nativa que habitaba Cuba en el momento de la llegada de los españoles, desapareció casi completamente en pocas décadas, por exterminio, enfermedades, suicidios, condiciones de sobre-explotación y maltrato, todo ello producto de la colonización del archipiélago por el imperio español. No deben confundirse esas comunidades nativas con indios yucatecos, traídos a Cuba por el gobierno colonial desde México, en siglos posteriores ni con la presencia de amerindios floridanos y del sur.

Sin embargo, hay evidencias de que en la Isla hoy, viven algunas comunidades que no solo remontan sus genealogías “biológicas” a ancestros indígenas prehispánicos, sino que también se definen como tales. En el momento de la conquista, Cuba era poblada, principalmente, por Aruacos, pueblos antillanos de la familia lingüística Tupi-guaraní (que agrupa etnias del enorme espacio entre el Caribe y el Paraguay), que eran conocidos entre los conquistadores y sus descendientes bajo el nombre de “taínos”. Hay testimonios de la presencia en la Isla de nativos de otras etnicidades (Siboneyes, Guanahatabeyes), pero actualmente sus diferencias con los Aruacos son cuestionadas.

La cuestión de la herencia aborigen hoy queda planteada así: “¿existe en Cuba solamente un legado amerindio cultural, insertado en el ‘ajiaco’ transculturado de la nación toda o hay también poblaciones cubanas que –como los/as afrodescendientes, los/as hispano/as, o los/as cubanos/eslavos– portan rasgos propios, venidos directamente de ancestros Aruacos?” En la actualidad, el cacique Panchito y su hija, al frente de su comunidad por el extremo oriente cubano, reclaman ancestralidad indígena y el derecho a posicionarse como tales. Y aparecen activistas del grupo Kagüeiro, gente que estudia las raíces indígenas de las Américas y que defienden la presencia actual de comunidades originarias en Cuba⁴⁹.

EL SALVADOR

La reforma constitucional del 12 de junio de 2014 fue un momento de ruptura en la historia de El Salvador, los Pueblos Indígenas lograron que la Asamblea Legislativa aprobara una enmienda al artículo 63 de la Constitución de la República, con la cual sus derechos quedaron incorporados en la Carta Magna, por esto el Estado quedó obligado a crear políticas públicas para su desarrollo y resguardo.

El artículo 63 de la Constitución quedó de la siguiente forma: “El Salvador reconoce a los Pueblos Indígenas y adoptará políticas a fin de mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores y espiritualidad”. La versión anterior solo decía que “la riqueza artística, histórica y arqueológica del país forma parte del tesoro cultural salvadoreño, el cual queda bajo la salvaguarda del Estado y sujeto a leyes especiales para su conservación”.

49 Prieto, Dimitri (2016). ¿Pueblos originarios en Cuba? Havana Times <<https://havanatimesenespanol.org/diarios/dimitri-prieto/pueblos-originarios-en-cuba/>>

El primer Congreso Nacional Indígena fue en octubre del 2010, en ese Congreso el presidente del país pidió perdón a los Pueblos Indígenas y definió El Salvador como multiétnico, pluriétnico y multilingüe, de ese Congreso nace la Multisectorial, que es un espacio de coordinación interinstitucional para el avance de los derechos de los Pueblos Indígenas.

De acuerdo con el Perfil de los Pueblos Indígenas de El Salvador⁵⁰ se ha evidenciado que estos son más pobres que el promedio de los pobres en el país, en este estudio del Banco Mundial se señala que el 38,3% de los indígenas se calificó en extrema pobreza; el 61,1% en la línea de pobreza y solo el 0,6% calificó con cobertura referente a sus condiciones básicas de vida. La mayoría de los indígenas (un 85% aproximadamente) no tienen tierras para cultivar⁵¹.

El Salvador no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT.

ECUADOR

Es definido en la Constitución de la República de 2008 como “Estado constitucional de derechos y justicia, [...] unitario, intercultural, plurinacional” [...] (artículo 1). Como en la Constitución boliviana hace hincapié en la unidad que contiene la diversidad al afirmar que las “comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible” (artículo 56). Reconociendo y garantizando “a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” una serie de derechos colectivos entre los que figura el de “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (Artículo 57 numeral 10).

Respecto de la relación entre jurisdicciones, el Artículo 76 i) aclara que a efectos del principio *ne bis in idem* (a no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia), los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados. El Artículo 171, finalmente, elabora la base para la jurisdicción indígena: Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

50 Banco Mundial; Unidad Regional de Asistencia Técnica (RUTA); Ministerio de Educación. Concultura y Pueblos Indígenas. (2003). Perfil de los Pueblos Indígenas de El Salvador. Primera Edición. El Salvador.

51 Informe Sombra presentado por la Federación Luterana Mundial ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en 2006.

El Artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo de 2009 añade que “no se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”.

El mismo código recuerda las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas en tanto reconocidas por la Constitución y la ley (artículo 7) enmarcándolas, junto a otros medios alternativos de resolución de conflictos, como una forma de servicio público (Artículo 17).

El artículo 189 de la Constitución precisa que las resoluciones de los jueces de paz no prevalecerán sobre la justicia indígena. De igual manera, lo reitera el artículo 253 del Código Orgánico de la Función Judicial. Dicho artículo además prevé que si en la sustanciación del proceso una de las partes alega que la controversia se halla ya en conocimiento de las autoridades de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena se procederá de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 344, norma que expone los principios de la justicia intercultural de la siguiente manera:

La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

- a. Diversidad. Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y Pueblos Indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b. Igualdad. La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c. Ne bis in ídem. Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;
- d. Pro-jurisdicción indígena. En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible;
- e. Interpretación intercultural. En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Una serie de medidas, proyectadas en el Artículo 346 del Código Orgánico de la Función Judicial, deben contribuir a promocionar la justicia intercultural, siendo el Consejo de la Judicatura el órgano promotor, pero sin autoridad sobre la jurisdicción indígena. El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los Pueblos Indígenas. El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.

La supremacía constitucional y de los derechos internacionalmente reconocidos expresada en las normas constitucionales y legales ya descritas, se garantiza por medio del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y el Control Constitucional del 22 octubre de 2009, abre un recurso ante la Corte Constitucional en contra de la decisión de una autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer (Artículo 65).

La sentencia de la Corte deberá respetar una serie de principios y el procedimiento⁵² previstos en el artículo 66, teniendo legitimación activa para la acción cualquier persona o grupo de personas (numeral 6). A efectos del reparto de competencias entre la jurisdicción indígena y la estatal, este artículo reconoce el pluralismo jurídico (numeral 2), la autonomía de las autoridades indígenas y “un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio”, y dentro de “los límites establecidos por la constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los Pueblos Indígenas y esta ley” (numeral 3).

En lo que respecta al derecho a la consulta previa, este derecho en Ecuador contrasta con los postulados constitucionales. Como se ha visto desde 1998 se configura un Estado intercultural y plurinacional, su Constitución Política incorpora un capítulo sobre los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y naciones indígenas, en los que reconoce a la consulta libre, previa e informada en medidas administrativas o legislativas que puedan afectar el medio ambiente, como dice el Convenio 169, sin embargo, este derecho: a) no ha sido reglamentado legislativamente; b) no existe una institucionalidad estatal adecuada; c) el presupuesto es insuficiente; d) los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales se realizan sin consulta previa; e) la Ley de Minería 2009 fue aprobada sin consulta

52 Véase, en el anexo a este Manual, especialmente los numerales 6, 7 y 13 sobre la legitimación activa, los requisitos de la acción y la notificación de la sentencia, respectivamente.

previa y sin participación de las comunidades; d) no existe un diálogo entre los principales representantes de los pueblos y el Estado, entre otros⁵³.

GUATEMALA

La Constitución Política de la República de Guatemala del 17 de noviembre de 1985, aunque fue la primera en la región en incluir específicamente a los indígenas, es bastante sucinta en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas del país, el artículo 66 obliga al Estado a reconocer, respetar y promover “sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”, no mencionando específicamente las jurisdicciones indígenas ni la libre determinación.

Lo que podría de alguna manera quedar resuelto en cuanto a la jurisdicción indígena, por lo que aporta al orden jurídico el Bloque de Constitucionalidad, con lo que afirma la Constitución Política en el artículo 46, “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

Asimismo, la Constitución incluye preceptos respecto a la protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas; Tierras para comunidades indígenas; Traslación de trabajadores y su protección para impedir la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio.

En otras normas, como la Ley Marco de los Acuerdos de Paz. Se otorga carácter de compromisos de Estado a los Acuerdos de Paz, entre ellos, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito en la Ciudad de México el 31 de marzo de 1995. Decreto 52-2005 del 1º de septiembre de 2005. En normas secundarias la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, prevé la adopción de una “ley que regule la consulta a los Pueblos Indígenas”. Como medida transitoria, estipula que la consulta debe realizarse a través de los representantes indígenas en los consejos de desarrollo en todo lo que se refiere a las “medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente” a los Pueblos Indígenas. Decreto 11-2002 del 11 de abril de 2002.

También en relación con la participación de los Pueblos Indígenas, el Código Municipal. Establece los siguientes procedimientos:

Art. 63. Consulta a los vecinos. Cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos, el Concejo Municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes, podrá acordar que tal consulta se celebre tomando en cuenta las modalidades indicadas en los artículos siguientes.

53 Clara Galvis, María (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los Pueblos Indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington: Due Process of Law, pp. 10-11.

Art. 65. Consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

Art. 66. Las modalidades de las consultas a que refieren los artículos 64 y 65 de este Código, entre otras, podrán realizarse de la manera siguiente: 1. 1. Consulta en boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta. 2. 2. Aplicación de criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el cincuenta (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado.

Decreto 12-2002 del 9 de mayo de 2002. Otros aspectos Reglamento y Declaratoria de Tierras Comunales que establece los procedimientos para la identificación, reconocimiento, declaratoria y registro de las tierras en propiedad, posesión o tenencia colectiva de la comunidad indígenas y campesinas.

Resolución 123-001-2009. Código Municipal. Art. 20. Comunidades de los Pueblos Indígenas. Las comunidades de los Pueblos Indígenas son formas de cohesión social natural y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, debiendo inscribirse en el registro civil de la municipalidad correspondiente, con respeto de su organización y administración interna que se rige de conformidad con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado, de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales.

Art. 21. Relaciones de las comunidades de los Pueblos Indígenas entre sí. Se respetan y reconocen las formas propias de relación u organización de las comunidades de los Pueblos Indígenas entre sí, de acuerdo a criterios y normas tradicionales o a la dinámica que las mismas comunidades generen.

Art. 55. Alcaldías indígenas. El gobierno del municipio debe reconocer, respetar y promover las alcaldías indígenas, cuando éstas existan, incluyendo sus propias formas de funcionamiento administrativo.

Decreto 12-2002 del 9 de mayo de 2002. Programa Nacional de Educación Bilingüe (PRONAEBI). Acuerdo Gubernativo 1093-84, Código Penal; “Adiciona el Artículo 202 Bis, referente a la Discriminación, la cual se entenderá a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil o en cualesquier otro motivo, que impidiere el ejercicio de un derecho legalmente establecido incluyendo el derecho consuetudinario de conformidad con la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos” (Reforma DCX 17-73).

Específicamente en relación con el ejercicio de la justicia indígena desde 1996, Guatemala también ratificó el Convenio 169 de la OIT que ante la ausencia de normativa nacional más especializada juega un papel importante, a efectos de determinar competencias de autoridades indígenas en materia de justicia.

A partir de la firma de la paz en 1996 que puso fin al conflicto armado interno, a falta de voluntad política del Estado, algunos Pueblos Indígenas han estado apropiándose de los derechos contemplados en el Convenio 169, en particular el derecho a su propia justicia, lo que ha obligado a jueces del poder judicial local, a establecer mecanismos de coordinación con esta justicia impartida por autoridades indígenas en asambleas comunitarias. Esto ha ocurrido con mayor frecuencia en los departamentos del Quiché y Totonicapán, donde los niveles de organización comunitaria son más altos.

El video documental *Seis Años*,⁵⁴ relata la experiencia de dos casos, uno en cada uno de los departamentos descritos, uno de los cuales llevó a que la Corte Suprema de Justicia, en noviembre del 2004, aceptara, en recurso de casación, el carácter vinculante para Guatemala de los derechos de los Pueblos Indígenas contenidos en tratados internacionales ratificados por el Estado.

Respecto al derecho a la Consulta Previa, en Guatemala la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, otorga carácter de compromisos de Estado a los Acuerdos de Paz, entre ellos, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito en la Ciudad de México el 31 de marzo de 1995. Decreto 52-2005 del 1 de septiembre de 2005. En normas secundarias la Ley de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, prevé la adopción de una “ley que regule la consulta a los Pueblos Indígenas”. Como medida transitoria, estipula que la consulta debe realizarse a través de los representantes indígenas en los consejos de desarrollo en todo lo que se refiere a las “medidas de desarrollo que impulse el Organismo Ejecutivo y que afecten directamente” a los Pueblos Indígenas. Decreto 11-2002 del 11 de abril de 2002.

Código Municipal. Art. 63. “Consulta a los vecinos. Cuando la trascendencia de un asunto aconseje la conveniencia de consultar la opinión de los vecinos, el Concejo Municipal, con el voto de las dos terceras (2/3) partes del total de sus integrantes, podrá acordar que tal consulta se celebre tomando en cuenta las modalidades indicadas en los artículos siguientes”.

Art. 65. “Consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas”.

54 Recuperado de la página web del Programa Universitario Diversidad Cultural e Interculturalidad de la Universidad Nacional Autónoma de México <http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/galeria_audiovisual/seis_años.html>

Art. 66. “Las modalidades de las consultas a que refieren los Artículos 64 y 65 de este Código, entre otras, podrán realizarse de la manera siguiente: 1. 1. Consulta en boleta diseñada técnica y específicamente para el caso, fijando en la convocatoria el asunto a tratar, la fecha y los lugares donde se llevará a cabo la consulta. 2. 2. Aplicación de criterios del sistema jurídico propio de las comunidades del caso. Los resultados serán vinculantes si participa en la consulta al menos el cincuenta (50) por ciento de los vecinos empadronados y la mayoría vota favorablemente el asunto consultado”. Decreto 12-2002 del 9 de mayo de 2002.

Otros aspectos del Reglamento y de la Declaratoria de Tierras Comunales establecen los procedimientos para la identificación, reconocimiento, declaratoria y registro de las tierras en propiedad, posesión o tenencia colectiva de las comunidades indígenas y campesinas. Resolución 123-001-2009. Código Municipal. Art. 20. Comunidades de los Pueblos Indígenas. Las comunidades de los Pueblos Indígenas son formas de cohesión social natural y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, debiendo inscribirse en el registro civil de la municipalidad correspondiente, con respeto de su organización y administración interna que se rige de conformidad con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado, de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales.

Art. 21. Relaciones de las comunidades de los Pueblos Indígenas entre sí. Se respetan y reconocen las formas propias de relación u organización de las comunidades de los Pueblos Indígenas entre sí, de acuerdo a criterios y normas tradicionales o a la dinámica que las mismas comunidades generen.

Art. 55. Alcaldías indígenas. El gobierno del municipio debe reconocer, respetar y promover las alcaldías indígenas, cuando éstas existan, incluyendo sus propias formas de funcionamiento administrativo. Decreto 12-2002 del 9 de mayo de 2002. Programa Nacional de Educación Bilingüe (PRONAEBI). Acuerdo Gubernativo 1093-84, Código Penal; Adiciona el Artículo 202 Bis, referente a la Discriminación, la cual se entenderá a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil o en cualesquiera otro motivo, que impidiere el ejercicio de un derecho legalmente establecido incluyendo el derecho consuetudinario de conformidad con la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos⁵⁵.

Aunque el Bloque de Constitucionalidad y las normas citadas contemplan la obligatoriedad de la consulta a los Pueblos Indígenas, debido a la falta de voluntad del Estado por aplicar este derecho, desde el 2004 hasta finales del 2014 los Pueblos Indígenas de Guatemala habían realizado 114 consultas comunitarias de buena fe o auto consultas, fundamentadas en sus prácticas ancestrales de gobierno y administración de sus territorios. Según Oxfam, los temas consultados principalmente

55 Changala, R. et al. (2019). *Marcos jurídicos e institucionales en los Estados miembros del FILAC a diciembre de 2018*. Cuadernos de los saberes N. 1. La Paz.

son: la actividad minera que representa el 88,59% y la construcción y operación de hidroeléctricas, que representa el 6,14%⁵⁶.

Frente a la ausencia del Estado para cumplir el papel que le corresponde de acuerdo con sus compromisos constitucionales, convencionales y legales varias comunidades indígenas han puesto en marcha procesos judiciales que han dado lugar a lo que hoy se podría llamar un cuerpo jurisprudencial, que, con diferentes niveles de interpretación y compromiso con el tema, ha sido construido por sentencias de la Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia y otros órganos jurisdiccionales⁵⁷.

El Expediente 3878-2007, puede considerarse como punto de partida para analizar la forma como la Corte de Constitucionalidad ha abordado el derecho a la consulta de los Pueblos Indígenas:

El Estado tiene el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los Pueblos Indígenas, expresada en varios componentes: a) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al Bloque de Constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los Artículos 44 y 46 de la Carta Magna; b) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y c) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable– a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país⁵⁸.

Al Congreso de la República llegó en marzo del 2018, la iniciativa “Ley de consulta a Pueblos Indígenas”, que permitiría a Guatemala cumplir con las obligaciones sobre el derecho de consulta, en el marco del Convenio 169 que propone en su Artículo 21, que el plazo para el desarrollo de las etapas de la consulta indígena no exceda los 120 días calendario.

En la opinión de observadores políticos, este proyecto cuenta con deficiencias graves, en cuanto “Fue presentada sin haber consultado a los actores afectados y no brinda el derecho de veto a las comunidades indígenas para que el resultado de la Consulta sea vinculante”, derecho a veto que debería acompañar cuando el tema a ser consultado refiera al consentimiento. Por lo tanto, se hizo un llamado al Congreso para que detenga el trámite legislativo de la iniciativa y abra un proceso de diálogo participativo en aras de no generar más conflictividad en torno al tema de la Consulta a los Pueblos Indígenas.

56 Oxfam (2015). Sistematización del proceso de implementación del Derecho a la consulta a los Pueblos Indígenas establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Guatemala. Nairobi.

57 Las siguientes sentencias de la Corte de Constitucionalidad refieren al tema de consulta previa: Expediente 406-2014, Sentencia de fecha 23/11/2015; 411-2014, Sentencia de fecha 12/01/2016; Expediente 5712-2013, Sentencia de fecha 23/11/2015; Expediente 2567-2015, Sentencia de fecha 31/03/2016; Expediente 3753-2014, Sentencia de fecha 13/01/2016; Expediente 5705-2013 y 5713-2013, Sentencia de fecha 12/01/2016; Expediente 795-2016, Sentencia de fecha 05/05/2016. Expedientes: 4419-2011, 1149-2012, y Expedientes Acumulados 4957-2012 y 4958-2012.

58 Xiloj Cuin, L. (2017). La consulta previa, libre e informada en la jurisprudencia guatemalteca. Ciudad de Guatemala.

HONDURAS

Tiene una población aproximada de 6,7 millones de habitantes, de los cuales unas 600.000 personas de comunidades étnicas viven en unas 4.000 aldeas. Son siete pueblos: Lenca, Xicaques Otolupanes, Garífunas o Caribes Negros, Mískitos o Zambos, Chortís, Pech o Payas, y Tawahkas o Sumos.

La Constitución Política tiene tres artículos referidos a Pueblos Indígenas, el 172, que declara la riqueza arqueológica como patrimonio de la nación, el 173, que establece el deber del Estado de preservar y estimular las culturas nativas, y el 346, que ordena al Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentadas.

Los pueblos étnicos de Honduras representan entre el 7 y el 12 por ciento de la población nacional. Entre ellos, figuran los Garífunas de origen afroamericano que viven a lo largo del litoral atlántico, los Lenca, los Misquito (también con influencia africana), los Xicaque y los Chortés, como grupo representante más meridional de la familia Maya-Quiché.

Honduras es un país multiétnico, multicultural y multilingüe que se compone de cuatro grandes familias étnicas: los ladinos o mestizos que son la mayoría (casi 5 millones), la llamada sociedad nacional, los indígenas, los afroantillanos (Garífunas) y los criollos anglos hablantes.

En 1982 se emite una nueva Carta fundamental, que declara a la población minoritaria objeto de protección, donde se crean los artículos transcritos. Por otra parte, el Estado otorga “tierras ejidales” a los municipios, término conocido por el constitucionalismo mexicano (Art. 300). También se alude en esta Carta de 1982 al fomento de la organización de cooperativas (Art. 338), precepto que implica la titularidad colectiva de la propiedad. Desde un punto de vista comparativo, Honduras presenta un articulado bastante restringido en el tema de los derechos indígenas y las políticas estatales se han limitado a reaccionar ante las reivindicaciones puntuales de los Pueblos Indígenas y no lograron proponer una planificación estratégica a mediano y largo plazo.

El Estado suscribió el Convenio 169 de la OIT en 1995, hecho que explica la paulatina transformación de la legislación común; de este modo, se estableció, por ejemplo, la educación bilingüe intercultural por un acuerdo presidencial (núm. 0719-EP-94 de 1994). Existen cinco organizaciones étnicas, entre ellas, la Coordinadora Nacional de Pueblos Autóctonos de Honduras (CONPAH), la Organización Indígena Lenca de Honduras (ONILH), la Organización Fraternal Negra Hondureña (OFRO-NEH), la Federación de Tribus Xicaques de Yoro (FETRIXY), y el Consejo Cívico de Organizaciones Populares e Indígenas de Honduras (COPINH).

México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, con múltiples reformas, resalta que la Nación Mexicana es “única e indivisible”, teniendo

una “composición pluricultural sustentada originalmente en sus Pueblos Indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. [...] El derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional” (Artículo 2).

El Artículo 2 también aclara que la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre Pueblos Indígenas, y que son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

En relación con el tema de la justicia indígena reconoce y garantiza:

“El derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para (1) decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural y sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”.

Continúa el mismo artículo afirmando:

“El derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las Constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico”.

A falta de una regulación específica general,⁵⁹ de manera complementaria, sobre todo en lo que respecta la aplicación e interpretación del Derecho estatal a indígenas, se aplicará el Convenio 169 de la OIT.

El 12 de septiembre de 2013 la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su Resolución 293/12 determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional.

Los derechos reconocidos en la Declaración, en especial el derecho a la justicia de las personas y Pueblos Indígenas se encuentra reconocido también, entre otros, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, de alguna manera, en

59 Véase nuevamente, a modo de ejemplo, la Constitución de Chihuahua (Arts. 8 ap. 2 n.o IV, y 9 ap. 2), la de Quintana Roo (Art. 13), la de Chiapas (Art. 7 ap. 8), y la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California (Arts. 38 y 39), la Ley de Derechos, Cultura y organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche (Art. 56), la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (capítulo VI), y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (capítulo V).

los Artículos 1º, 2º, 14, 17 y 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la Constitución).

En México, fue con la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, cuando comenzaron a crearse condiciones favorables al derecho a la justicia de los Pueblos Indígenas, en el marco de los compromisos del Estado contenidos en la Declaración y en los tratados internacionales mencionados, ya que abrió la puerta a la aplicación en el ámbito interno de los Tratados internacionales y estándares en materia de derechos humanos, para lo cual ha sido fundamental la posición asumida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia relacionada con la obligatoriedad de ejercer control de convencionalidad y de constitucionalidad de aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Las siguientes reformas legislativas fueron aprobadas y publicadas durante la vigencia de la Declaración, con contenidos favorables a los derechos de los Pueblos Indígenas: en materia de amparo, cuando se trata de comunidades indígenas, impone a los jueces de distrito la obligación de recabar pruebas, de suplir la deficiencia de los conceptos de violación y ordena decretar la suspensión de plano de los actos reclamados; se incorporó la figura de intérprete en la lengua y cultura en materia civil federal; se tipifica en el ámbito federal el delito de discriminación; se establece que los actos procesales deberán realizarse en español y, en el caso, de miembros de pueblos o comunidades indígenas, se nombrará intérprete que conozca su lengua y cultura, aun cuando hablen el español, si así lo solicitan.

Entre los derechos de las víctimas e imputados, se estableció que, cuando pertenezcan a un grupo étnico o pueblo indígena, a recibir gratuitamente asistencia de intérprete o traductor y el asesor jurídico deberá tener conocimiento de su lengua y cultura y, en caso de no ser posible, deberá actuar asistido de un intérprete que tenga dicho conocimiento y se establecen las condiciones que deben reunirse para considerar válida la aplicación de la jurisdicción indígena en materia penal.

En materia agraria se hizo una reforma estableciendo que, en los juicios en los que una o ambas partes sean indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos o comunidades indígenas a los que pertenezcan mientras no contravengan lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la propia Ley Agraria, además, se incorporó en el procedimiento agrario la posibilidad de asistencia de traductor e intérprete de la cultura, de suplencia de la deficiencia de la queja y el derecho de las partes pertenecientes a un pueblo indígena, a contar con asesor jurídico conocedor de su lengua y su cultura o a que éste sea asistido por quien lo sea.

No obstante, las reformas legislativas mencionadas, en México las autoridades gubernamentales no aplican estos derechos. México adolece de falta de armonización legislativa integral y adecuada, coherente con las obligaciones asumidas por el Estado mexicano en la Declaración y los tratados internacionales antes mencionados, ya que hasta el momento, no se ha elaborado ni aprobado una ley general de derechos de los Pueblos Indígenas, que defina con precisión la manera como las leyes del Estado incorporan y dan validez a los sistemas normativos de dichos pueblos, en particular en materia de justicia, debiendo mencionar por su

importancia, los avances alcanzados en ese sentido, en la Constitución Política del Estado libre y soberano de Oaxaca, en su reforma publicada en junio de 2015.

Algunas Constituciones o leyes de los Estados mexicanos se desarrollan sobre la base de la Constitución Federal y de los derechos en materia de justicia indígena, como por ejemplo la Constitución de Chihuahua (Arts. 8 ap. 2 n.º IV, y 9 ap. 2), la de Quintana Roo (Art. 13), la de Chiapas (art. 7 ap. 8), y la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California (arts. 38 y 39), la Ley de Derechos, Cultura y organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche (art. 56), la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (capítulo VI), y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (capítulo V), considerándose este Estado, en efecto, el que más desarrollo le ha dado a la materia.

Para el caso del Estado mexicano de Oaxaca, el Artículo 414 el Código Procesal Penal Estatal (Decreto 308 del 9 de septiembre de 2006) prevé la subsidiaridad de la justicia penal estatal en los siguientes términos:

Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, se declarará la extinción de la acción penal.

En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez competente. Se excluyen los casos de homicidio doloso, violación, violencia intrafamiliar, los delitos cometidos contra menores de doce años, los delitos agravados por el resultado de muerte y los delitos de asociación delictuosa.

El Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y Pueblos Indígenas⁶⁰ de 2014 es una herramienta práctica que la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (México), quiere ofrecer a los y las juzgadoras para la interpretación jurídica que pueda garantizar de mejor manera los derechos de las personas, comunidades y Pueblos Indígenas.

El Convenio 169 de la OIT entró en vigor en México el 5 de septiembre de 1991.

Con relación al importante derecho de los Pueblos Indígenas a la consulta previa, el 10 de junio del 2020, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) “ordenó al Congreso Federal emitir una ley que reglamente el derecho a la consulta previa, libre e informada (CPLI). Dictada en el marco de una acción de amparo presentada por tres personas indígenas, la sentencia se fundamenta en el Artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y tribales, y en el Artículo 2º de la Constitución Federal Mexicana, los cuales consagran el referido derecho fundamental de los Pueblos

60 Véase el Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y Pueblos Indígenas en: www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/nueva_version_ProtocoloIndigenasDig.pdf

Indígenas. La resolución de la SCJN comparte los parámetros de una sentencia emitida por la judicatura federal el año pasado [2019], dirigida al Estado de Oaxaca, que ordenaba al congreso local adoptar una ley sobre CPLI. El 22 de febrero del presente año [2020], el Congreso de Oaxaca dio cumplimiento a esta sentencia y publicó la Ley de Consulta Previa Libre e Informada de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas⁶¹.

“Antes de Oaxaca, los Estados de Durango y San Luis de Potosí ya habían adoptado leyes reglamentando la CPLI, las cuales contienen una serie de disposiciones que se apartan de los parámetros internacionales. Pero pese a que el contenido de la ley oaxaqueña está más alineado a las obligaciones previstas en el Convenio 169 de la OIT y demás instrumentos aplicables, la reglamentación legislativa de la CPLI presenta una serie de desafíos que, a nuestro juicio, desaconsejan una solución vertical emanada del Poder Judicial y/o Legislativo⁶². Es importante recordar que la Corte IDH, en su jurisprudencia respecto a derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas⁶³, ha señalado que la reglamentación legislativa sobre este derecho debe ser previamente consultada con los Pueblos Indígenas.

La reciente decisión de la SCJN busca llenar ciertas lagunas del ordenamiento jurídico mexicano sobre cómo las diferentes instancias del Estado Federal deben cumplir con los estándares constitucionales e internacionales en materia de CPLI. Entidades estatales en México y en otros países han apostado igualmente por la adopción de una ley como mecanismo de implementación del citado derecho. En 2016, por ejemplo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México emitió la Recomendación 27/2016, instando al Congreso de la nación a legislar sobre la materia. Previamente esta Comisión había elaborado un protocolo sobre la consulta previa a Pueblos Indígenas, pero que tuvo muy poca divulgación y, por ende, poco impacto⁶⁴.

Cabe aquí recordar que, bajo los parámetros internacionales y del Derecho Constitucional Comparado, por tratarse de un derecho que forma parte del Bloque de Constitucionalidad, la consulta previa es un derecho autoejecutable, es decir, su aplicación surte efectos inmediatos y no depende de una norma habilitante.

De los cientos de procesos de consulta en los últimos cinco años, únicamente no más de dos se han llevado a cabo según los estándares internacionales. Las consultas realizadas por orden judicial no se han ejecutado o presentan considerables deficiencias.

NICARAGUA

La Constitución de la República de Nicaragua de 1987, reformada en 1995, reconoce la multiétnicidad y fundamentó el Régimen de Autonomía para las comunidades

61 Suprema Corte de México ordena al Congreso legislar sobre consulta indígena. Julio 3, 2020, en Justicia en las Américas.

62 Ídem

63 Corte IDH, Caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Fondo y Reparaciones, Sentencia del 27/06/2012, Serie C, n.º 245.

64 Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI).

indígenas y afrodescendientes de la Costa Atlántica (Ley 28). Asimismo, dio lugar a la ley que desde el año 2003 regula la propiedad de las tierras indígenas: Ley 445 de Régimen de Propiedad Comunal de las Tierras de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Coco, Bocay Indio y Maíz.

El 7 de mayo de 2010, el Congreso de Nicaragua aprobó el Convenio 169. Comprometiéndose el Estado a dar efecto a las disposiciones que emanan de este instrumento internacional. El Decreto de aprobación de la Asamblea Nacional 5934 extiende su vigencia a las comunidades afrodescendientes Garífunas y Creoles.

La Constitución política reconoce el pluralismo político, económico y étnico, el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos, el derecho de los Pueblos Indígenas a sus formas de organización social y a la autonomía en los pueblos de la costa Atlántica, (Artículo 5).

Declara a la nación de naturaleza multiétnica, (Artículo 8). Explica que las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones (Artículo 89).

Declara que las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura (Artículo 90). Asimismo, dispone que el Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen (Artículo 90).

PANAMÁ

Siendo Panamá uno de los pocos Estados latinoamericanos que no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT la definición del concepto de Pueblo Indígena se rige por el Convenio 107 de la OIT que este país sí suscribió.

Panamá no tiene un desarrollo constitucional de los derechos colectivos indígenas (Artículos 90 y 124), pero tiene establecido el régimen autonómico particular en virtud de leyes comarcales y decretos⁶⁵, por ejemplo, la Ley 16 de 19 de febrero de 1953, por la cual se organiza la comarca de San Blas (desde 1998 “Kuna Yala”) que regula la jurisdicción propia acotada y mecanismos de coordinación con la justicia estatal:

Es obligación de la primera autoridad política de toda población indígena, tomar conocimiento de las infracciones de la ley que ocurrieren dentro de su jurisdicción, informar de lo sucedido al Intendente, y poner a las órdenes de éste a los transgresores (Artículo 7).

65 Ley 16 de 19 de febrero de 1953 por la cual se organiza la Comarca de San Blas (mediante la Ley 99 de 23 de diciembre de 1998, se cambió el nombre de la Comarca de San Blas a Comarca Kuna Yala); Ley 22 de 8 de noviembre de 1983 por la cual se crea la Comarca Embera de Darién; Ley 10 de 7 de marzo de 1997 por la cual se crea la Comarca Ngöbe-Bugle y se toman otras medidas; Decreto ejecutivo 228 de 3 de diciembre de 1998 por el cual se adopta la carta orgánica administrativa de la comarca Kuna de Madungandi; decreto ejecutivo 84 de 9 de abril de 1999 por el cual se adopta la carta orgánica administrativa de la Comarca Embera-Wounaan de Darién; Ley 34 de 25 de julio de 2000 por la cual se crea la comarca Kuna de Wargandi; Decreto ejecutivo 414 de 22 de octubre de 2008 por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Kuna de Wargandi.

El Estado reconoce la existencia y jurisdicción en los asuntos concernientes a infracciones legales, exceptuando lo referente a la aplicación de las leyes penales, del Congreso General Kuna, de los Congresos de pueblos y tribus y de las demás autoridades establecidas conforme a la tradición indígena y de la Carta Orgánica del Régimen Comunal Indígena de San Blas. Dicha Carta tendrá fuerza de ley una vez que la apruebe el Órgano Ejecutivo, luego de establecer que no pugna con la Constitución y las Leyes de la República (Artículo 12).

El Código Procesal Penal de Panamá (Ley 63 de 28 de agosto de 2008) expresamente incluye en los órganos jurisdiccionales a las Autoridades Tradicionales Indígenas (Artículo 30 numeral 10). Los Tribunales Superiores de Apelaciones de los Distritos Judiciales conocerán en sus respectivas Salas también los conflictos que surjan en materia de competencia entre las Autoridades Tradicionales Indígenas y los Jueces Comarcales (Artículo 41 numeral 10).

El más específico es el Artículo 49 del Código Procesal Penal “las Autoridades Tradicionales Indígenas tendrán competencia para conocer las conductas sancionadas de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica. La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales”.

La legislación panameña prevé la colaboración en algunos asuntos puntuales, como la exhumación (Artículo 322 del Código Procesal Penal), la aprehensión de personas y la recolección de pruebas (Artículo 236).

El Artículo 199 de la Carta Magna panameña establece que el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca, pero no menciona específicamente una jurisdicción indígena. Pero las leyes comarcales⁶⁶ y la Ley del Código de Procedimiento Penal, han establecido la coordinación que debe existir entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal.

Mediante el Acuerdo n.º 424 de 22 de mayo de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Panamá creó el Departamento de Acceso a la Justicia para los Grupos Indígenas, el cual está adscrito a la Unidad de Acceso a la Justicia y Género del Órgano Judicial. El Departamento de Acceso a la Justicia para los Grupos Indígenas tiene como atribuciones desarrollar el servicio de intérpretes de las lenguas indígenas, analizar en cada Comarca Indígena del país las divergencias a través de los métodos alternos de solución de conflictos, entre otras opciones.

Aparte de ello, la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha financiado y apoyado proyectos para mejorar la coordinación entre la Justicia Indígena y la justicia formal estatal. En 2006 se elaboró el Diagnóstico de la Realidad de la Justicia en las regiones indígenas panameñas y las posibles soluciones a las carencias de acceso a la justicia de las que adolece la población indígena.

⁶⁶ Las leyes comarcales son las leyes que legalizan los territorios indígenas y reconocen las autonomías y justicia indígenas. Ver Valiente López, Aresio (2008). La jurisdicción indígena en la legislación panameña, en: *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

También en 2007 se diseñó un Plan de Divulgación de los Derechos Indígenas y un Plan de Acercamiento del Órgano Judicial a las Comarcas Indígenas. En 2009 se suscribió un acuerdo entre las autoridades indígenas, Unión Nacional de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá y la Corte Suprema de Justicia de Panamá, para la creación de la Comisión Interinstitucional de Acercamiento de la Justicia Tradicional Indígena y la Justicia Ordinaria.

PARAGUAY

La Constitución Política en la Parte I de las Declaraciones Fundamentales de los Derechos, de los Deberes y de las Garantías. Título II de los Derechos, de los Deberes y de las Garantías Capítulo V. De los Pueblos Indígenas y Grupos Étnicos. Artículo 62. “Esta Constitución reconoce la existencia de los Pueblos Indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”.

Sobre la identidad étnica, se establece que el Estado reconoce y garantiza el derecho de los Pueblos Indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Igualmente, que tienen derecho, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución (artículo 63). Asimismo, establece que en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

El artículo 64. Establece que los Pueblos Indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. Dice que estas tierras, serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

El Artículo 65, garantiza a los Pueblos Indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de estos.

El Artículo 66. Establece que el Estado respetará las peculiaridades culturales de los Pueblos Indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

El Artículo 67. Establece que los miembros de los Pueblos Indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley.

Y el Artículo 140. Establece que Paraguay es un país pluricultural y bilingüe, que son idiomas oficiales el castellano y el guaraní, y que la ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro. Las lenguas indígenas, forman parte del patrimonio cultural de la Nación.

Ley 904. Estatuto de las Comunidades Indígenas, modificada por la Ley 919 de julio 31 de 1996, en su art. 1º, establece que dicha ley tiene por objeto la preservación social y cultural de las comunidades indígenas, la defensa de su patrimonio y sus tradiciones, y su efectiva participación en el proceso de desarrollo nacional y su acceso a un régimen jurídico que les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos.

El Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), tiene entre sus funciones prestar asistencia científica, técnica, jurídica, administrativa y económica a las comunidades indígenas, por cuenta propia o en coordinación con otras instituciones y gestionar la asistencia de entidades nacionales o extranjeras. Adherir a los principios, resoluciones y recomendaciones de entidades internacionales indigenistas, que concuerden con los fines de la presente ley, y promover, a su vez, la adhesión de ellas a los objetivos del INDI; apoyar las gestiones y denuncias de los indígenas ante entidades gubernamentales y privadas; mantener relaciones con entidades nacionales e internacionales indigenistas, asesorarlas y hacer cumplir los convenios sobre la materia; promover la formación técnico-profesional del indígena, especialmente para la producción agropecuaria, forestal y artesanal y capacitarlo para la organización y administración de las comunidades; y realizar otras actividades que tengan relación con los fines del INDI⁶⁷.

En estas normas no se establece el derecho de los Pueblos Indígenas a la práctica de su propio derecho. Por lo que dicha capacidad está regulada por el Artículo 63 de la Constitución y el Convenio 169 que fue ratificado por el Estado por medio de la Ley 234/93.

PERÚ

La Constitución Política de Perú de 1993 otorga existencia legal, personería jurídica y autonomía a las Comunidades Campesinas y las Nativas (Artículo 89). Éstas pueden “con el apoyo de las Rondas Campesinas, [...] ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial” (Artículo 149).

A los órganos de gobierno de las comunidades nativas de la selva y ceja de selva, mediante el Decreto-ley 22175 del 9 de mayo 1978 se les asigna competencia para resolver y sancionar en forma definitiva los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una comunidad nativa, así como las faltas que se cometan (Artículo 19 párr. 1).

67 Ley n.º. 904/81. Estatuto de las Comunidades Indígenas.

Mediante la resolución legislativa 26253 de 1993 el Perú aprobó el Convenio 169 de la OIT.

La legislación peruana también prevé algunas instrucciones para la coordinación y cooperación entre las diferentes jurisdicciones. Así, la Ley de Justicia de Paz obliga, entre otras autoridades, a las comunidades campesinas, las comunidades nativas y las rondas campesinas a apoyar al juez de paz (Artículos 7, 34), y a la coordinación entre el juez de paz y otras autoridades a efectos de una adecuada administración de justicia (Artículo 60), especialmente, para la resolución de casos derivados de la justicia comunal (Artículo 62), la aplicación de sanciones (Artículo 63) y el respeto a actas de conciliación y sentencias de los juzgados de paz (Artículo 64).

La Ley de Rondas Campesinas del Perú (27908 del 17 de diciembre de 2002), en su Artículo 1, reconoce personalidad jurídica a las rondas campesinas y prevé funciones de apoyo al ejercicio de funciones jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas. Respecto de las otras jurisdicciones, sin embargo, no hubo mayor desarrollo de acuerdo con el Artículo 149 de la Constitución.

Más allá de la regulación legislativa existen resoluciones administrativas y acuerdos de algunas instituciones de la justicia estatal que expresan la buena disposición para mejorar la coordinación y colaboración con las autoridades indígenas.

En 2009, la Corte Suprema de Justicia adoptó el Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116 reconociendo formalmente las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas. A través la Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ el Consejo Ejecutivo dispuso la adhesión del Poder Judicial a las 100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad, entre cuyos destinatarios se cuentan a las personas integrantes de comunidades indígenas.

El 11 de mayo de 2011 la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia aprobó la Resolución Administrativa n.º 202-2011-P-PJ la cual crea la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz. Mediante la Resolución Administrativa n.º 499-2012-P-PJ el 17 de diciembre del 2012, la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia aprobó la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural elaborada por la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz, con el propósito de continuar con la promoción y consolidación de un sistema de justicia intercultural que responda a la realidad pluriétnica y cultural del país.

En virtud de la Resolución Administrativa n.º 082-2015-P-PJ del 16 de febrero 2015, el Poder Judicial continua desarrollando la posición institucional en su relación de coordinación y colaboración con la justicia indígena, en un contexto de interculturalidad y de protección efectiva de los Derechos Humanos; siendo de prioridad concretar el principio de unidad del Poder Judicial en esta materia, de manera que las Cortes Superiores del país apliquen líneas de trabajo comunes, que se adapten en cada caso a la diversidad de la justicia indígena, rescatando además en cada contexto la relevante experiencia de la Justicia de Paz.

la Constitución peruana dispone, asimismo, que los derechos “se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (Disposición Final 4). El Código Procesal Constitucional especifica que la referencia a tratados comprende “las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (Artículo 5).

El Tribunal Constitucional ha establecido que los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar —normativa e interpretativamente— las disposiciones constitucionales sobre Pueblos Indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación. No solo forman parte del ordenamiento interno, sino que además ostentan el máximo rango, pues los “tratados internacionales sobre derechos humanos [...] detentan rango constitucional” (STC n.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26).

Ley General de Comunidades Campesinas. Artículo 2. Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país. Constituyen anexos de la comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorios comunales y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad. Ley 24.656 del 13 de abril de 1987.

Consulta y Participación Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios. Ley n.º 29785 del 31/08/2011 (Reglamento de la Ley de consulta previa: Decreto Supremo n.º 001-2012-MC (2/04/2012).

Artículo 1. Objeto de la Ley. “La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los Pueblos Indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente”.

Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253. Otros aspectos. Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos. Ley n.º 27811 del 24/08/2002. Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos, aprobado mediante Resolución Ministerial n.º 087-2008-MINAM el 31/12/ 2008.

Protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas. Ley n.º 28216 del 7/04/2004. Protección de Pueblos Indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. Ley n.º 28736 del 24/04/2006 Regulación del uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú. Ley n.º 29735 del 2/07/2011. Incorporación del enfoque intercultural en el procedimiento administrativo general. Ley 27444, Art. 39 A.

Sin embargo, estas disposiciones legales y reglamentarias son dispersas, inadecuadas e insuficientes por no regular todas las actividades que puedan afectar a los Pueblos Indígenas, como el caso de las leyes mineras, que confunden la consulta previa con procesos de participación informativos, aunado a que se encuentran en: a) la pobreza y analfabetismo de las comunidades indígenas y campesinas; b) la falta de reconocimiento legal de las comunidades y el lento, costoso, burocrático y reiterativo proceso de titulares de tierras indígenas; c) la falta de demarcaciones de los territorios indígenas y campesinos; d) falta de voluntad política del Ejecutivo para garantizar la consulta previa y e) política gubernamental de fomento intensivo de inversiones privadas, entre otros⁶⁸.

URUGUAY

Uruguay no posee un marco legal para los derechos de los Pueblos Indígenas, pues el Estado no reconoce la actual existencia de dichos pueblos. Esto lleva a la ausencia de reconocimiento de derechos específicos y colectivos como Pueblos Indígenas en el orden legal de la nación y, por ende, en la inexistencia de políticas públicas específicas para la población indígena⁶⁹.

Si bien Uruguay ha votado a favor de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y ha suscrito y ratificado los tratados internacionales de derechos humanos tales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el problema es que no reconoce a los Pueblos Indígenas que habitan en su territorio. No existe en la Constitución uruguaya un reconocimiento de la preexistencia étnica de los Pueblos Indígenas en el territorio del país ni tampoco se reconoce en ella, el carácter multiétnico de su población.

No figuran en ella ninguno de los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas (autonomía, libre determinación, justicia, territorio, cultura) ni tampoco figura el derecho a la titulación colectiva de tierras y territorios. Esto se expresa en los informes que Uruguay ha enviado en estos últimos años a los organismos de la ONU. Por ejemplo, en su Informe país DESC del 2008, en el ítem de “Reconocimiento de los derechos y consulta a los Pueblos Indígenas”, el informe señala: “La República Oriental del Uruguay es un Estado sin presencia indígena organizada en tanto pueblos. Los colectivos actuales se identifican como descendientes de indígenas, y el Estado ha promovido proyectos de rescate de su identidad cultural”.

Estas aseveraciones produjeron un pedido de aclaración por parte del Consejo Económico y Social de la ONU, a las cuales Uruguay respondió: “Respecto de este punto cabe aclarar que, en los censos nacionales realizados en el país en el siglo XX, no se incorporaba una pregunta relacionada con el ítem etnia o

68 Clara Galvis, María (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los Pueblos Indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*. Washington: Due Process of Law, pp. 10-11.

69 Consejo de la Nación Charrúa (CONACHA). Informe sobre la Situación de los Pueblos Indígenas de Uruguay. Junio del 2012.

raza. Se obtuvieron datos relacionados a la diversidad de la población recién en las Encuestas Nacionales Permanentes de Hogares realizadas en los años 1996 y 2006 por parte del Instituto de Estadísticas y Censos”. Y luego continúa afirmando: “En la actualidad las organizaciones y personas que integran el Consejo de la Nación Charrúa se reconocen como charrúas, ejerciendo el derecho a la identidad, basados en su conciencia y voluntad de pertenencia a una cultura originaria, a una nación histórica. Basados en esta concepción participan de la Presidencia del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América y El Caribe como indígenas”.

Uruguay no ha ratificado aún el Convenio 169 de la OIT. Esto también fue expresado en el Informe 2009 de Uruguay al Grupo de Trabajo sobre el Examen periódico Universal (GTEPU), cuando se refiere a los Derechos de los Pueblos Indígenas: “El país tiene pendiente de ratificación el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”. El Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal celebró su quinto período de sesiones del 4 al 15 de mayo de 2009. El examen de la situación del Uruguay se llevó a cabo en la 11.ª sesión, que tuvo lugar el 11 de mayo de 2009. La delegación del Uruguay estuvo encabezada por el Ministro de Relaciones Exteriores quien en su declaración inicial de dicha sesión aprovechó la oportunidad para reconocer que “en los inicios de nuestra República los indios de mi país sufrieron un genocidio”, en relación al genocidio perpetrado contra la población charrúa en 1831.

En el Informe del Grupo de Trabajo sobre el EPU, aprobado en la 15.ª sesión, celebrada el 13 de mayo de 2009, en el capítulo de Conclusiones y Recomendaciones, se afirma:

A-4. Considerar la posibilidad de ratificar a la brevedad el Convenio 169 de la OIT, a fin de coronar su reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas (Bolivia). A-36. Estudiar la posibilidad de elaborar y aplicar un plan nacional para combatir la discriminación contra los afrodescendientes y los Pueblos Indígenas (Argelia). Cabe señalar que de las recomendaciones Uruguay solo ha dado cumplimiento a la última. Durante el año 2011 Uruguay estuvo proyectando un Plan Nacional contra la Discriminación y el Racismo, y en esta etapa de diseño, se trabajó con poblaciones específicamente afectadas, entre las cuales se hicieron talleres de sensibilización con las organizaciones indígenas de todo el país que integran el CONACHA.

En la Recopilación de los documentos de la ONU, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), recomienda a Uruguay facilitar a las comunidades indígenas el acceso equitativo a los tribunales y órganos administrativos, y solicita medidas para garantizar a los Pueblos Indígenas el goce de todos los derechos en virtud de la CERD.

Por otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) lamenta que no haya suficiente información sobre la situación de las mujeres indígenas e insta a Uruguay a eliminar efectivamente la discriminación contra ellas, a reconocer su contribución económica en la producción rural, a garantizar una perspectiva de género en los programas de

desarrollo y a fortalecer sus papeles en cuanto a liderazgo y en los procesos de adopción de decisiones⁷⁰.

Según datos preliminares arrojados por el Censo Nacional del 2011, otorgados por el Instituto Nacional de Estadísticas, un 4,9% de la población uruguaya, que equivale a 159.324 personas, afirman tener ascendencia indígena.

El Consejo de la Nación Charrúa de Uruguay (CONACHA) está integrado actualmente por 10 organizaciones y comunidades de diferentes puntos del Uruguay. Tiene entre sus principales objetivos lograr el reconocimiento de la población indígena actual, lograr la ratificación del Convenio 169 de la OIT e incrementar la visibilidad del tema indígena, para lograr el incremento de la autoidentificación indígena en el Uruguay.

VENEZUELA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela incluye amplios reconocimientos a los Pueblos Indígenas en materia cultural, política, territorios, de organización y cosmovisión propia, educación (Artículos 9, 119, 121, 125, 166, 169, 181, 186, 281, 327 CP)⁷¹, el aprovechamiento de recursos naturales (Artículo 120), salud (Artículo 122), prácticas económicas y productivas (Artículo 123), y propiedad intelectual colectiva (Artículo 124).

Incluye a los Pueblos Indígenas como “parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible”, por lo que, de conformidad con la Constitución “tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional” (Artículo 126). Resalta además que el “término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional” (Ibid.). Se atribuye al Poder Público Nacional la competencia de la legislación de Pueblos Indígenas y territorios ocupados por ellos (Artículo 156 numeral 32).

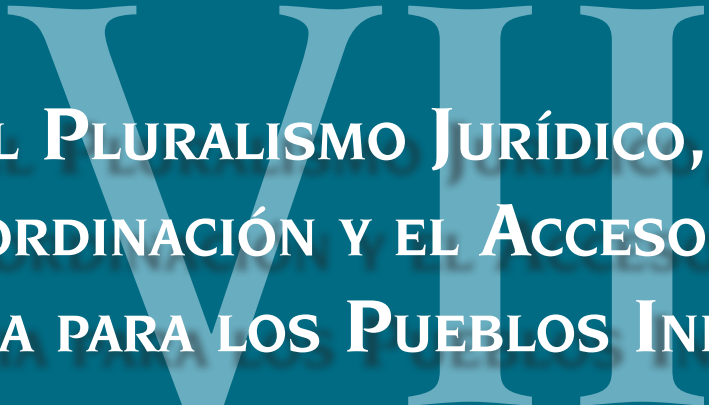

El Artículo 260 fundamenta el pluralismo jurídico:

Las autoridades legítimas de los Pueblos Indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que solo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.


Dichos preceptos constitucionales fueron ampliamente desarrollados en el Artículo 130 y siguientes de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de 2005.

70 A/HRC/WG.6/5/URY/2 extraído del Informativo 92-93 de CIP. 8 párr.26.40 9 CERD/C/304/ADD.78, párr.11,17 10 párr.28,40 11 CEDAW/C/URY/CO/7, párr. 30,31,44,45; A/57/38, párr. 201.

71 Véase también las disposiciones transitorias séptima y décimo segunda.



**EL PLURALISMO JURÍDICO, LA
COORDINACIÓN Y EL ACCESO A LA
JUSTICIA PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS**



VII.

El Pluralismo Jurídico, la Coordinación y el Acceso a la Justicia para los Pueblos Indígenas

No obstante los avances en el reconocimiento del pluralismo jurídico, todavía los Pueblos Indígenas continúan sufriendo de discriminación en lo que tiene que ver con el acceso a la justicia formal estatal. No solo porque el reconocimiento de la potestad jurisdiccional de los pueblos es todavía precario en la mayoría de los países, sino por la débil capacidad de la justicia formal estatal para asistir adecuadamente a indígenas cuando estos tienen que responder ante la justicia formal del Estado.

En los países donde la jurisdicción indígena se encuentra en desarrollo se suelen observar varios tipos de problemas. Con frecuencia surgen preguntas que apuntan a asuntos de jurisdicción y competencia, como, por ejemplo: ¿Es posible invocar en el respectivo país, la existencia de una jurisdicción indígena en la forma como lo establecen las normas nacionales o las de origen internacional vigentes? ¿Existe pueblo indígena según la definición aplicable, que posee un sistema de justicia, con autoridades, procedimientos y sanciones propias? ¿Cómo y a quién compete determinar a qué jurisdicción le corresponde resolver el litigio? ¿Cuáles son las condiciones que determinan la jurisdicción, el factor territorial, personal, material?

El juez estatal invocado en contra de una resolución de la justicia indígena, ¿puede revisar o reabrir el caso, o actuar como segunda instancia? En un evento donde se dé esta circunstancia, ¿La resolución del juez estatal es ilegal o incluso nula, por violación del *ne bis in ídem*, o por haber actuado *ultra vires*, es decir, sin tener jurisdicción en el caso concreto porque competía a la autoridad indígena?⁷².

Las posibles respuestas a estas preguntas varían de un Estado a otro y dependerá de la existencia y el tipo de reconocimiento de la justicia indígena en el Estado respectivo, que como se ha visto difiere mucho sobre la importancia que se le otorgue a los convenios y tratados internacionales y el desarrollo que a estos se den en el orden legal nacional.

72 Martínez, Juan Carlos; Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Coords.). (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia* (2012). Prujula y Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.

Para los Pueblos Indígenas el acceso a la justicia tiene dos vertientes. La primera consiste en acceder a su propia justicia tradicional o jurisdicción especial indígena, con lo cual se estarían respetando los estándares internacionales; la otra en el acceso a la justicia formal del Estado (justicia ordinaria), en condiciones que permitan el desarrollo de la interculturalidad, tal como lo establecen los estándares de las normas de origen internacional, esto es con el concurso de operadores de justicia familiarizados con la cultura, usos y tradiciones de los actores, con *amicus*, peritajes antropológicos y con traductores e intérpretes profesionalizados para desempeñar adecuadamente su trabajo.

Otra área que genera con frecuencia debate es el tema de las sanciones donde se observan importantes diferencias en la manera como se percibe el objetivo de la justicia, si lo que se quiere con esta es castigar un mal comportamiento o, por el contrario, permitirle al transgresor recuperar su dignidad perdida por el daño causado. Entendiendo que todos los sistemas de justicia en el mundo involucran una suspensión o limitación a los derechos humanos, es importante no perder de vista las reflexiones de la Corte Constitucional colombiana frente a la sentencia del fuete ya mencionada.

También cabe la pregunta si los Estados están sensibilizados y tienen los recursos para aplicar reglas de interpretación especiales a casos donde las diferencias culturales de las personas afectadas, diferencias de comprensión sobre términos legales o el significado cultural de ciertos hechos que exigirían una interpretación intercultural, con el apoyo de *amicus curiae* y peritajes antropológicos, por ejemplo, en el caso de una persona indígena que al salir de su territorio se ve abocada a responder ante la jurisdicción formal estatal.

Esto lleva a aspectos de procedimiento: ¿Rigen los mismos principios de un debido proceso en ambas jurisdicciones? ¿Surgen necesidades especiales debido al posible carácter indígena del procedimiento? Las partes de un ámbito cultural y jurisdiccional diverso tal vez requieren de medidas de apoyo y protección particulares cuando se sometan a la respectiva otra jurisdicción. Además, se plantean retos respecto de los derechos derivados del debido proceso donde habrá que decidir si existe un margen de adaptación de estos principios en un contexto cultural y jurídico diferente⁷³.

Frente a este tipo de situaciones cuando una persona indígena tiene que responder ante la justicia formal estatal, es claro que requiere de un tipo de justicia especial que le permita contar con una defensa adecuada, incluyendo intérpretes, traductores, peritos, abogados especializados y particularmente de un juez que haya sido sensibilizado respecto a la importancia de las diferencias culturales y el pluralismo jurídico.

El Artículo 12 del Convenio 169 de la OIT establece “[...] Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y

73 Ibid.

hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

También la DNUDPI señala que las personas que administran justicia, llámense fiscales o jueces, deben tomar en cuenta dicha declaración cuando un indígena es involucrado en un proceso judicial. Así lo prescribe el Artículo 13 numeral 2 de la DNUDPI:

“Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los Pueblos Indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados”.

Por otra parte, en la mayoría de las constituciones modernas latinoamericanas se han reconocido los idiomas indígenas como parte de los derechos constitucionalmente protegidos. Es decir, expresarse en su propio idioma, también ante las instancias estatales, es reconocido como un derecho fundamental de los indígenas.

Cuando en un proceso una de las partes es miembro de una comunidad indígena, el operador de justicia debe cerciorarse que él entienda realmente los términos que se utilizan en la diligencia judicial. Además, lo que él o ella manifieste debe ser comprendido efectivamente, involucrando la interculturalidad, por las autoridades judiciales.

El hablante de la lengua indígena no necesita ser monolingüe para gozar del derecho de expresarse en su propio idioma ante los tribunales.

Más allá de aspectos lingüísticos, es necesario que la justicia formal tome en cuenta las características y especificidades culturales, lo que obliga al uso de periciales antropológicas o culturales, el testimonio de mayores de la respectiva comunidad que puedan explicar al despacho aspectos culturales que podrían incidir en la calificación de la conducta que se juzga. Aquí se trata de evitar lo que se conoce como la criminalización de la diferencia cultural.

Con el nuevo enfoque se reconoce que el Estado actual debe lidiar no con sujetos abstractos sino con personas con identidad étnica y cultural diferente, que los hace vivir y actuar de conformidad con éticas y valores que no son los de la sociedad hegemónica.

Al respecto la Corte Constitucional colombiana dice:

[...] El reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo en abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia étnica. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su

interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida⁷⁴.

De acuerdo con lo establecido en los pactos, declaraciones y convenciones internacionales que tratan sobre derechos de Pueblos Indígenas, las autoridades judiciales tienen que tomar en cuenta algunos elementos claves cuando el indígena o la comunidad indígena es víctima de un delito⁷⁵:

- Recibir tratamiento individual o colectivo con base a la cultura y espiritualidad indígena;
- Ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno sobre el curso del proceso, tomando en cuenta los vínculos de la persona que solicita la información con el o los autores de los hechos investigados y la o las directamente agraviadas;
- Permitir la intervención de sus abogados o sus equivalentes de acuerdo con la cultura y autoridades tradicionales, sin formalidades como querellantes en el proceso;
- Si no cuenta con suficientes medios económicos, recibir patrocinio jurídico gratuito del Estado para coadyuvar con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y para obtener la reparación del daño derivado del delito;
- Tomar debidamente en cuenta las características culturales y sociales de las partes en el proceso y preferir, para personas indígenas, medidas alternativas al encarcelamiento. Para esto último el juez podrá hacer uso de las periciales antropológicas, de los *amicus curiae* y coordinar con las autoridades indígenas respectivas lo relativo al procedimiento y la sanción.

Una adecuada coordinación de buena fe puede prevenir conflictos jurisdiccionales. En un proceso de coordinación interjurisdiccional es importante evaluar la contribución que hace la justicia indígena al sistema integral de la justicia en un Estado. Las diferentes jurisdicciones deben considerarse como coparticipes y aliadas de un sistema jurídico pluralista, que busca mejorar la justicia sin adjetivos, venciendo el obstáculo del árbol que impide ver el bosque.

No todos los Estados prevén mecanismos formalizados de coordinación y cooperación. En su Art. 8 II 2, el Convenio 169 de la OIT, remite a los procedimientos nacionales. Si llegase a haber un conflicto entre jurisdicciones, es necesario recurrir a las normas que regulan la resolución de tales conflictos. Pocos Estados tienen una regulación concreta al respecto.

74 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523 de 1997, párr. II 2.1.

75 Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI); Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN).

Mientras que las normas que se han visto a lo largo del presente trabajo definen el derecho colectivo a la jurisdicción propia, el argumento del juez natural se basa en la perspectiva del individuo. El Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, (aplicable en México en virtud del Art. 1 CP México) concede a toda persona el “derecho a ser oída [...] por un juez o tribunal [...] establecido con anterioridad por la ley [...]”. Aunque el legislador nacional puede y debe definir la organización interna de los tribunales, de la cual depende la asignación del juez a un caso concreto, un reparto de competencias contrario a derechos o principios constitucionales no sería compatible con el derecho al juez natural. Aplicado al caso, esto significa que un indígena inculpado de un delito cometido en su territorio, en México, en principio, tiene derecho a ser juzgado por las autoridades de su respectivo pueblo indígena. Si una ley asigna como juez natural a un juez del Estado, contrario al reparto de competencias constitucionales, el indígena estaría privado de su juez natural.

En síntesis, los preceptos constitucionales y convencionales citados obligan a las autoridades del Estado a respetar la jurisdicción indígena que, a su vez, está sometida al Derecho estatal. Esto, sin embargo, no da carta blanca a restringir la jurisdicción indígena libremente mediante una ley reglamentaria. Por el contrario, siguiendo las reglas generales relativas a la restricción de derechos y principios constitucionales, cualquier limitación tiene que obedecer, no solo a la reserva legal, sino además al principio de proporcionalidad. Por consiguiente, la reglamentación de la jurisdicción indígena tiene que perseguir un fin legítimo, la medida empleada para conseguir este fin tiene que ser apta, necesaria (no habiendo medidas alternativas menos invasivas) y proporcional en el sentido estricto (lo cual requiere una ponderación entre los principios en juego)⁷⁶.

El fin último de la justicia es la preservación de la paz social, objetivo que es compartido además por las autoridades de los Pueblos Indígenas. Por eso, las limitaciones o exclusiones de esta capacidad a las autoridades indígenas, en los países con altos índices de impunidad, no es precisamente una medida adecuada que contribuya para lograr el fin legítimo de la paz social.

Existirán situaciones donde las autoridades indígenas, por falta de experiencia, por temor, ausencia de recursos o de legitimidad interna, no se sientan con la capacidad para juzgar delitos que son percibidos como graves, en estos casos corresponderá a la justicia formal estatal procesarlos, para lo cual, será indispensable que esta justicia cuente con los recursos e instrumentos que permitan a personas de otro universo cultural acceder a la justicia adecuadamente.

En el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, la Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional, fue promulgada el 29 de diciembre de 2010. Regula los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determina los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico. Se fundamenta en “la Constitución

76 Martínez, Juan Carlos; Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Coords.). (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia* (2012). Prujula y Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.

Política del Estado, la Ley 1257 que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Ley 3897 de 26 de junio de 2008, que ratifica y eleva a rango de Ley la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y demás instrumentos internacionales de Derechos Humanos aplicables” (Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional, 2020).

Para hacer efectiva esta norma y que dentro del Estado exista un ente articulador, se creó el Viceministerio de Justicia Indígena Originaria Campesina dependiente del Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional. Facilitando, de esta manera, que no exista choque entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOC).



**JURISPRUDENCIA Y SENTENCIAS PARADIGMÁTICAS
EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA**

VIII



VIII.

Jurisprudencia y Sentencias paradigmáticas en países de América Latina

Las culturas no se relacionan en abstracto, y cuando se relacionan no son las personas portadoras de cultura las que determinan el hecho intercultural, aunque sin ellas, no se podría manifestar explícitamente. Lo que generalmente se relaciona no refiere a indígenas con no indígenas, sino a tradiciones espirituales con filosofías, leyes con costumbres, palabras con conceptos, problemas con soluciones, y necesidades con satisfacciones. La preposición “entre” es denotativa de una relación entre significaciones, sentidos, costumbres, tradiciones, y modos de vida. En suma, relación de significaciones que son distintas entre sí, suscitadas por una misma cosa o situación en contacto⁷⁷.

Dice Boaventura de Sousa Santos, que “los derechos étnicos deben ser construidos y contextualizados como derechos de los pueblos y de las colectividades antes de que puedan proteger, como derechos humanos, a los individuos que pertenecen a tales pueblos y colectividades”⁷⁸.

En América Latina es inocultable la disparidad o brecha entre el discurso jurídico-penal y lo que ocurre en la realidad. En la medida que lo que proclama el discurso jurídico penal es inconsistente con lo que sucede en la práctica, es necesario admitir que este discurso es, la más de las veces, aparente y quimérico. Luego de un recorrido por los críticos más importantes de los sistemas penales hegemónicos, Zaffaroni (Ibid.) sentencia que:

“[...] el discurso jurídico-penal falso no es producto de mala fe ni de simple conveniencia, como tampoco es resultado de la elaboración calculada, de ningún genio maligno, sino que en buena parte se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro”⁷⁹.

Lo que se verá a continuación en la selección de sentencias paradigmáticas de algunos países latinoamericanos, es la prueba que, al permitir el funcionamiento de la justicia de los Pueblos Indígenas, los sistemas oficiales han comenzado a encontrar valores que podrían mejorar no solo el acceso a la justicia de millones

77 Martínez, Juan Carlos; Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Coords.). (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia* (2012). Prujula y Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.

78 Boaventura de Sousa Santos (1995). *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Routledge Nueva York falta editorial.

79 Zaffaroni, Eugenio Raúl (1998). *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1998.

de personas sino de la justicia misma. De esta abertura intercultural dependen las posibilidades de incorporación e intercambio que puedan mejorar los modelos de justicia que se apliquen.

BOLIVIA, EP

A partir de 2009, la existencia jurídica de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOC) así como del Pluralismo Jurídico, han permitido que el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) como ente encargado de velar y hacer cumplir estas normas, haya producido una variedad de jurisprudencia.

A continuación, se expone un ejemplo:

SCP 0698/2013

TITULACIÓN JURISPRUDENCIAL

- Interpretación de la Constitución y de las normas del Bloque de Constitucionalidad
- Derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales en la Constitución y el Derecho Internacional de los derechos humanos
- Aplicación de estándares internacionales
- Acceso a la justicia

EXTRACTO JURISPRUDENCIA INDICATIVA

FJ.III.4. Del derecho a la jurisdicción indígena y el componente plural del derecho de acceso a la justicia.

Cuando la Constitución establece que la función judicial es única e introduce a la jurisdicción indígena como parte de ella, determinando que la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades (Art. 179.I) y que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía, a la par de confirmar el reconocimiento del pluralismo jurídico estatuido en los Arts. 1 y 2 de la CPE y de reconocer a los pueblos indígena originario campesinos, en su calidad de sujetos colectivos, el derecho a ejercer la jurisdicción indígena como una manifestación del derecho a su libre determinación, trae consigo el reconocimiento individual a cada integrante del pueblo indígena originario campesino de su derecho de acceder a los tribunales del Estado, esto es, a la jurisdicción indígena, en el marco de lo previsto en el Art. 179.I de la Norma Suprema, entendiendo que ésta se ejerce por sus autoridades indígenas y éstas son parte de la función judicial del Estado Plurinacional.

Este entendimiento encuentra sustento en lo previsto en el Art. 9 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas cuando indica que: “Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a

una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo”.

En efecto, bajo este dimensionamiento el derecho de acceso a la justicia, por el carácter dinámico de los derechos, adquiere un nuevo componente: la pluralidad, en la medida que su contenido también debe guardar correspondencia con el titular de su ejercicio, pues además de implicar el derecho de acceder a la jurisdicción, de obtener una resolución fundamentada en tiempo razonable que resuelva la cuestión o conflicto jurídico suscitados y que esta resolución sea ejecutada y cumplida.

En contextos de pluralidad, el derecho de acceso a la justicia con relación a los miembros de Pueblos Indígenas originario campesinos no significa que el Estado traslade su aparato estatal a las comunidades de los pueblos indígena originario campesinos para administrar justicia en sus territorios, sino que se extiende en su contenido y se trasunta a la vez en el derecho de los miembros de los pueblos indígena originario campesinos de acceder a sus instancias propias de resolución, a sus autoridades indígenas, normas y procedimientos para resolver sus controversias y conflictos internos.

Por tanto, comporta el deber del Estado Plurinacional de garantizar a toda persona el acceso a una justicia acorde con su cosmovisión, su cultura, sus normas y procedimientos propios. Al mismo tiempo, contempla que los miembros de pueblos indígena originario campesinos cuando se encuentren bajo una jurisdicción que no le es propia, se considere y comprenda su condición cultural de diferencia al momento de juzgarlos y sancionarlos”.

COLOMBIA

La Ley 1653 del 15 de julio de 2013 por la cual se regula un arancel judicial y se dictan otras disposiciones, implica un reconocimiento a la labor en materia de administración de justicia que presta la jurisdicción especial indígena en Colombia al asignarle el 10 por ciento de los recursos del arancel judicial (Artículo 11, parágrafo único).

El alcance de la jurisdicción especial indígena y la coordinación entre jurisdicciones ha sido definido, a falta de una legislación específica, por la jurisprudencia sobre todo de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura⁸⁰. De hecho, en Colombia es donde más se ha avanzado en la definición jurisprudencial esta materia en la región. En la sección V. Reconocimiento del pluralismo jurídico en órdenes legales nacionales, se ha hecho una selección de sentencias de la Corte Constitucional sobre derechos de los Pueblos Indígenas referidos a la justicia.

80 Una rica recopilación de jurisprudencia, aunque no actualizada, se encuentra en el *Consejo Superior de la Judicatura & Organización Nacional Indígena de Colombia*, Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena 1980-2006, Colombia 2006. Recuperado de: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdiccion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/compilacion-y-seleccion-de-los-fallos-y-decisiones-de-la-jurisdiccion-especial-indigena>

No se van a repetir en esta sección las mismas sentencias, se han seleccionado otras que incrementan los debates y reflexiones en torno a la justicia indígena.

La Corte Constitucional colombiana⁸¹ ha manifestado que es filosóficamente incompatible con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, obligar a los indígenas a adoptar procedimientos, sanciones y castigos foráneos a su manera de vivir, entender y ejercer su justicia.

El desarrollo de diferentes formas de jurisdicciones indígenas, con grandes diferencias de país a país, refleja una exploración y cierta apertura para incorporar instituciones que han probado eficiencia y equidad en algunos contextos comunitarios. Algo que resulta común a diversos sistemas indígenas de justicia es la búsqueda de reparación del daño, por medio del diálogo y la participación comunitaria, la exploración de acuerdos, el perdón y la sanción como mecanismo de restauración del perjuicio individual y social.

La importancia del diálogo para poder avanzar en el fortalecimiento del pluralismo jurídico se señala por la Corte Constitucional⁸² como “aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución —directa o indirecta— entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse”.

Una primera solución a este tipo de conflictos se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una.

Así lo entendió la Corte Constitucional, que en Sentencia hito T-523 de 1997⁸³ estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

81 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T/523 de 1997. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

82 Ibid, T-523/97.

83 Se entiende por sentencias “hito” aquéllas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre *ratio* y *obiter*, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usualmente, pero no necesariamente, son sentencias hito. Es importante notar, igualmente, que las SU no son, *a priori*, estructuralmente más importantes que sentencias normales de revisión (T-) dentro de la línea. El peso estructural de la sentencia dentro de la línea tiene que ser apreciado en concreto por el investigador. Para ampliar la información sobre las distintas sentencias de la Corte Colombiana revisar el texto del profesor Olano: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/ documents/130lanoult.pdf

Resulta evidente, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos.

El marco constitucional colombiano permite entender la importancia colectiva e individual de la protección cultural, espiritual e identitaria de las personas y de los Pueblos Indígenas. En cierta medida la Corte ha previsto la interculturalidad como se menciona a continuación:

La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, solo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política⁸⁴.

En la interpretación jurídica sobre el principio de diversidad étnica y cultural, respecto de la solución constitucional a conflictos con otros principios de igual jerarquía, se desarrolló la idea de diálogo intercultural, como un mínimo de convivencia entre las distintas culturas. Mínimo que debe ser tenido en cuenta en la administración de justicia.

Sobre los alcances del principio de diversidad étnica y cultural que contempla la Constitución, la Corte ha marcado los alcances de este reconocimiento de la siguiente manera:

Para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a 'la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental'.

La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y mono culturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza o cultura.

En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de

84 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523/97. Principio de diversidad étnica y cultural. Reconocimiento constitucional.

otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades⁸⁵.

Sobre este particular, ha dicho la Corte Constitucional:

Cosmovisión es incompatible con doctrina evangélica. En la cultura Ika -a diferencia de otras culturas- existe una estrecha relación entre el ámbito de lo sacro -la religión- y de lo profano -lo político y lo jurídico-.

El carácter individualista de los dogmas y credos evangélicos choca frontalmente con la concepción del sujeto contemplada por la cosmovisión Ika y con las responsabilidades que esa misma cosmovisión ha asignado a los indígenas serranos, de las que se derivan roles y tareas sociales bien definidas. Las prácticas rechazadas por la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC), forman parte del nódulo esencial de la filosofía práctica y religiosa de los Ika y su incumplimiento está catalogado por el sistema jurídico Arhuaco como una falta que puede generar, incluso, la expulsión del resguardo.

De las consideraciones puede concluirse que un indígena que suplanta la "ley de origen" por la Biblia y al mamo por el pastor evangélico, ha dejado de compartir la cosmovisión y, por lo tanto, la cultura Arhuaca. Las particularidades de la cultura Arhuaca, permiten a la Corte afirmar que el cambio de mentalidad religiosa implica, necesariamente, un proceso profundo y radical de sustitución cultural, con independencia de que ciertas apariencias formales -como el vestido, el largo del cabello, la utilización de collares, o la vivienda -se mantengan intactas⁸⁶.

En relación con la protección de los derechos fundamentales de miembros de los pueblos y comunidades indígenas, y la especificidad de estos derechos focalizados en estas poblaciones, la Corte ha establecido que:

[...] considerado que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales. Ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Con base en la anterior doctrina, ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no solo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios⁸⁷.

Respecto a la autonomía de las autoridades tradicionales indígenas, que protege la Constitución, la Corte ha puntualizado:

El principio de diversidad étnica y cultural otorga a las comunidades indígenas, un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales

85 Ibid.

86 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510 de 1998.

87 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-365/18.

dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios. Igualmente, la Carta les confiere el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres; consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes; y, les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios⁸⁸.

Sobre los límites a la autonomía política y jurídica de los pueblos y comunidades indígenas la Corte ha señalado que

Las limitaciones a que se encuentran sujetos los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía de las comunidades indígenas surgen del propio texto constitucional, el cual determina, por una parte, que Colombia es un Estado unitario con autonomía de sus entidades territoriales y, de otro lado, que la autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, es decir, la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley⁸⁹.

Lo anterior determina que, en materia de comunidades indígenas, la Carta Política consagre un régimen de conservación de la diversidad en la unidad. Según la Corte,

solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”, afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural, como principio general, solo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir. La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”⁹⁰.

En relación con los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de su propio derecho, la Corte ha establecido un consenso intercultural “[...] sobre lo que “verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos” de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico”). Estas medidas se justifican porque son “necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional”⁹¹.

88 Ibid.

89 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523/97. Principio de diversidad étnica y cultural. Reconocimiento constitucional.

90 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523/97. Principio de diversidad étnica y cultural. Reconocimiento constitucional.

91 Ibid.

Sobre la relación que existe entre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, la Corte ha establecido que,

La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades y, en ocasiones, refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad⁹².

En torno al supuesto control, de acuerdo con una opinión extendida en algunos países de la región, que el poder judicial debería ejercer sobre las decisiones tomadas en tribunales indígenas, ha dicho la Corte:

[...] resulta contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta dependa del reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, solo sería objeto de una verificación ex post, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades indígenas⁹³.

En relación con la supremacía de normas que supuestamente expresan valores universales y a los cuales el pluralismo debería subordinarse, la Corte ha señalado lo siguiente:

El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supra culturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante.

En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de

92 Sentencia T-552 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

93 Ibid.

preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido⁹⁴.

Es frecuente que, al aplicar la justicia indígena, esta cede con mayor rigor contra personas que son disidentes del credo oficial, esto se ha dado en casos de indígenas que han adoptado una religión distinta a la mayoritaria o a la que se considera que es la expresión de la cultura propia. Si bien la Corte Constitucional dio la razón al pueblo Arhuaco (Ika) en el caso de la Sentencia SU-510/98, mencionado en la página 61 del presente texto, al afirmar que “cosmovisión es incompatible con doctrina evangélica”, no lo es menos que la misma Corte ha establecido los límites que se deben observar, para no violentar los derechos fundamentales de personas del mismo Pueblo Indígena, por el mero hecho de profesar otro culto religioso.

En la Sentencia SU-510/98, la corte advierte que aplicar una sanción más gravosa por adopción de credo distinto, constituye una violación a derechos fundamentales protegidos constitucionalmente. “La Corte ha indicado que, si bien las autoridades tradicionales pueden definir las faltas y las sanciones, deben hacerlo con sujeción a los principios mínimos del debido proceso. Adicionalmente deben respetar un contenido mínimo del principio de igualdad en el sentido de que no pueden aplicar sanciones más gravosas simplemente porque la persona en ejercicio de su libertad religiosa opta por un credo distinto. Esto es desproporcionado y viola el núcleo esencial de la libertad religiosa y de la igualdad”⁹⁵.

En torno a la necesidad de ponderar derechos constitucionalmente protegidos, como son los derechos a la libertad religiosa y la protección de la diversidad étnica y cultural, con los desarrollos de autonomía, libre determinación y el gobierno que legítimamente los pueblos se dan, ha puntualizado la Corte:

“En el caso de las comunidades indígenas, la conservación de su cultura legítima con más fuerza el empleo por parte de sus miembros de mecanismos para determinar la presencia de “extraños” o “no-extraños” y poder comportarse en consecuencia. Si se insiste en recortarles a estos grupos estos elementales mecanismos de defensa y preservación, no será posible que ellos mantengan su identidad cultural. No obstante que el examen de la Corte lleva a eliminar el estigma de inconstitucionalidad atribuido a la conducta de las autoridades indígenas —en cuanto se ha demostrado que ella queda cobijada por el margen de diferencia cultural que la Constitución garantiza y, además, no es ajena a una forma específica de conducta religiosa garantizada— ella no puede pretermitir consideraciones mínimas de respeto a la dignidad de la persona humana.

94 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523/97. Principio de diversidad étnica y cultural. Reconocimiento constitucional.

95 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510 de 1998.

El respeto a la persona humana impide a las autoridades indígenas incurrir en actos arbitrarios y apelar a procedimientos inhumanos y degradantes para sujetar a los miembros de la comunidad que se desvíen de los cánones tradicionales. Si más allá de sancionar las conductas objetivas que violan los usos y costumbres del pueblo indígena, de modo que ante la ley indígena todos sean iguales, lo que se proponen sus autoridades es punir al no creyente por el mero hecho de serlo, así este se someta a las reglas existentes, sin duda se está frente a una manifestación de poder que la Constitución rechaza”⁹⁶.

Profundizando en este tema, la Corte aclara que sancionar a un comunitario por el mero hecho de profesar un culto distinto al de la mayoría, constituye una violación a los derechos fundamentales y un acto arbitrario.

“Si bien las autoridades tradicionales tienen autonomía para establecer sus faltas, la sanción a una persona por el mero hecho de profesar el culto evangélico es arbitraria, pues la mera creencia no amenaza gravemente la supervivencia de la cultura y, en cambio, sí viola el núcleo esencial —el mínimo de los mínimos— de la libertad de cultos. No obstante, la creencia en el evangelio puede implicar que se incumplan las normas tradicionales de la comunidad por ser incompatibles con los mandatos bíblicos. En este caso, las autoridades están en su derecho de sancionar a quien no obedece en los términos en los que deben obedecer los restantes miembros de la comunidad”⁹⁷.

Frente a este tema la Corte hace un llamado a las autoridades indígenas, para que al judicializar comportamientos que expresan convicciones culturales diferentes a las mayoritarias, bien sea por creencias religiosas o de otro tipo, se hagan los esfuerzos necesarios para buscar lo que esta denomina un “verdadero consenso intercultural”, que logre una mayor convivencia pacífica entre grupos culturales distintos.

Se trata con este esfuerzo de garantizar la vigencia del principio constitucional de coexistencia pacífica entre distintas formas de ver el mundo. Ha dicho la Corte: “Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una.

Así lo entendió la Corte Constitucional, que en Sentencia de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Es obvio, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración

96 Ibid.

97 Ibid.

respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos”⁹⁸.

En materia de límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en ejercicio de su jurisdicción especial, la Corte señala el debido proceso, entendido en un marco intercultural, como una base mínima que permita a quien es procesado en esta jurisdicción comprender con anticipación la manera como será juzgado y ejercer el derecho a la defensa dentro de un marco cultural que le sea conocido.

Dice la Corte, “[...] el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social”⁹⁹.

Frente a este límite del debido proceso, la Corte aclara que no se trata de imponer el equivalente de este derecho en la justicia formal estatal a la justicia indígena, por ejemplo, el ejercicio del derecho a la defensa no implica una imposición del papel de un abogado en el proceso ante un pueblo indígena.

*La Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza*¹⁰⁰.

El tema de las sanciones que aplica la jurisdicción indígena ha sido ampliamente debatido, en él una de las penas más graves dictada con frecuencia en casos extremos, es la pena del destierro de la comunidad. Frente a este castigo y sus probables contradicciones frente a derechos fundamentales protegidos tanto por la Constitución Política como por normas de origen internacional, la Corte señala:

El Artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Americana sobre Derechos Humanos el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto,

98 Ibid.

99 Ibid.

100 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-254 de 1994 y Sentencia 523 de 1997.

como los cabildos solo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del Artículo 38 de la Constitución. Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo contra esta determinación”¹⁰¹.

De lo transcrito, se desprende que el ordenamiento superior desarrolla una importante faceta del Estado Social y Democrático de Derecho, encaminada a permitir la diversidad cultural y lograr la supervivencia de las comunidades históricamente ignoradas y en el mejor de los casos subestimadas, tanto en su integridad material como espiritual.

Entiende la Sala que el conjunto normativo de orden constitucional y jurisprudencial referido es, en mucho, expresión de uno de los tres grandes pilares del constitucionalismo occidental: la igualdad.

En el caso colombiano, este valor, principio y derecho aparece estipulado en el Artículo 13 de la Carta. Como se trata de derechos de minorías víctimas de diversas formas de discriminación, resulta oportuno precisar que la idea de igualdad a la que se alude, es la contemplada en el inciso 2º del referido Artículo 13, el cual, se puede resumir en el postulado de igualdad en la diferencia.

A su vez, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-139 del 9 de abril de 1996, señala elementos que deben observarse según el orden constitucional en relación con la jurisdicción especial indígena. Los elementos centrales en cuanto al reconocimiento de una jurisdicción propia, en su caso transportables a otros ordenamientos jurídicos, son:

a. Autoridades con capacidad de resolver conflictos internos

La posibilidad que existan autoridades judiciales propias para los Pueblos Indígenas, aplicada a la realidad colombiana, de este enunciado se infiere algo que es común en comunidades indígenas en el continente, donde siempre hay titulares, autoridades o líderes con capacidad para asumir desempeños judiciales. Función que culturalmente le es reconocida a diferentes autoridades que ejercen funciones civiles o religiosas, otras veces a miembros de clanes familiares, algunas veces a individuos, otras a órganos colectivos. Todo tribunal de justicia debe ser un tribunal establecido por la ley, dice el derecho internacional¹⁰². Un tribunal establecido por la ley puede haber sido instituido por la Constitución u otra legislación promulgada por el poder legislativo, o por el derecho consuetudinario, también conocido como usos y costumbres.

b. Existencia de un marco normativo propio

101 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523 de 1997.

102 Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), Artículo XXVI de la Declaración Americana, Artículo 8.1 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

La potestad de las autoridades de establecer normas y procedimiento propios. Las autoridades y la comunidad tienen la potestad de establecer reglas, procedimientos y mecanismos para la contención de conflictividad social, que es siempre cambiante, pues no hay culturas blindadas contra la globalización e interdependencia. Ninguna cultura es estática y pretender que el derecho indígena es solo la tradición y la costumbre, sería congelar en el tiempo algo que es por definición dinámico.

La resolución de conflictos entre las jurisdicciones, en Colombia, compete a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior De La Judicatura (Arts. 256 n.º 6 CP y 112 n.º 2 Ley 270 de 1996)103.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural a que se obligan los Estados constituye un reto bastante complejo, como lo demuestra la intensidad del debate suscitado entre juristas y estudiosos de la antropología jurídica. Complejidades, que solo se podrán ir resolviendo a medida que el Estado y funcionarios del poder judicial, abogados, investigadores y académicos, se familiaricen, con los valores y principios de los diferentes procedimientos y sanciones que caracterizan los métodos de aplicar justicia en diferentes contextos étnicos y culturales. Es propiciando un verdadero diálogo intercultural, dice la corte colombiana, como se irán fijando los límites y consensos sobre aquello que la misma ha denominado núcleo duro de derechos humanos.

Herinaldy Gámez resalta al respecto que para evitar la impunidad y/o para contribuir al fortalecimiento de las justicias indígenas, las autoridades indígenas y la jurisdicción ordinaria (y sus instituciones auxiliares) requieren establecer relaciones de reciprocidad en varios aspectos:

“1. Intercambio de información: debe haber comunicación permanente sobre casos contra indígenas y entre indígenas con no indígenas que estén en curso en uno u otro sistema de justicia, para evitar dilaciones en los procesos judiciales ordinarios o en los juzgamientos indígenas.

2. Disponibilidad de los instrumentos o instituciones coercitivas del Estado, cuando la autoridad indígena lo solicite. Ejemplo: caso de evasión de la justicia indígena por uno de sus miembros o disposición del Instituto Nacional Penitenciario de Colombia (INPEC) a recibir indígenas sancionados con cárcel por la autoridad indígena.

3. Disponibilidad de las instituciones para evaluaciones, peritajes etc., que se requieran y la comunidad no disponga de esos medios o del conocimiento para realizarlos, por ejemplo, pruebas de balística, evaluación de Medicina Legal, pruebas genéticas sobre paternidad y otros asuntos de familia.

4. Acato a las decisiones judiciales indígenas por parte de la misma justicia ordinaria y de entidades como notarías, Registraduría del Estado Civil, entre otras.

103 Cf. Alguna jurisprudencia en Consejo Superior de la Judicatura & Organización Nacional Indígena de Colombia, Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena 1980-2006, Colombia 2006. Recuperado de: <<https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdiccion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/compilacion-y-seleccion-de-los-fallos-y-decisiones-de-la-jurisdiccion-especial-indigena>, pp. 826 y ss.>

5. *Cooperación de las autoridades indígenas con la justicia ordinaria en la aprehensión preventiva de procesados por esta justicia que se encuentren en los territorios indígenas. De la misma manera, en el intercambio y aporte de pruebas.*

6. *Acatamiento de las decisiones judiciales ordinarias en la medida que cumplan los procedimientos legales*¹⁰⁴.

Como se ha querido puntualizar en esta selección de sentencias de la Corte Constitucional, el reto para el Estado ha sido darle vida y desarrollo al principio de diversidad étnica y cultural, que establece la Constitución, cuyo alcance para la Corte, tiene una dimensión histórica para pueblos que han sido históricamente excluidos en la construcción institucional del Estado, sobre lo cual la Corte ha señalado que “[...] el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental”.

La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y mono culturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades¹⁰⁵.

COSTA RICA

La Sentencia n.º 3003-92 del 7 de octubre de 1992 de la Sala Constitucional, en fallo que analizó la pertinencia constitucional del Convenio 169 de la OIT, reconoció que la legislación penal no contemplaba la posibilidad de dar valor al sistema tradicional de justicia interna indígena, por ello, estos pueblos “[...] aspiran a que se les permita celebrar sus propios juicios y a que la legislación no les imponga un doble castigo por el mismo hecho; el de su comunidad y el de la justicia común [...]”.

Otras resoluciones de este Tribunal Constitucional han ratificado los derechos de estos pueblos por reivindicar su propia jurisdicción tradicional. Así, el Voto 1786-93 del 21 de abril de 1993 ha sostenido en su considerando II que “[...] nuestra

104 Gómez, Herinlady (2010). *Justicias Indígenas Andinas*. Universidad del Rosario, UE-ONIC, 2008. Citado en Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia. Rosember Ariza Santamaría. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R.: IIDH.

105 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523 de 1997.

Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica [...]”. Esta perspectiva ha sido entendida así por los juzgadores que tratan materia común. Por ejemplo, en materia agraria se hace mención a un fallo del Juzgado Agrario de Limón emitida en 1993 que reivindica esa posibilidad.

Otros fallos judiciales han tratado la necesidad de tomar en cuenta las tradiciones ancestrales, como es el caso en que el Tribunal Superior Agrario, en resolución n.º 429 del 24 de julio de 1997 dispuso, que de alcanzarse una solución de un asunto por parte de los entes comunales indígenas en caso de irrespetarse “[...] los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales [...]”.

La Sala Constitucional también ha reiterado en el Considerando II del Voto 1867-95 del 5 de abril de 1995, que el Convenio 169 de la OIT “[...] obliga a reconocer validez a las instituciones jurídico-materiales y procesales de cada comunidad indígena y, por ende, también a los órganos de su ejecución o aplicación, sin más salvedad que el necesario respeto a los derechos fundamentales [...]”. Ha habido una tendencia en los últimos años, por parte del Tribunal Constitucional de no acceder a revisar objeciones a la actuación de los entes indígenas que impulsan el derecho consuetudinario, por considerar que los reclamos contra éstos no envuelven violaciones a los derechos fundamentales.

En Costa Rica, la jurisdicción constitucional posibilita activar reclamos en esta sede inclusive contra sujetos de derecho privado; sin embargo, para posibilitar este reclamo contra un particular se requiere que tal persona esté en una posición de poder que impida al reclamante ampararse por otros remedios jurisdiccionales.

La Sala Constitucional, en el Considerando Único del Voto n.º 06345-03 del 4 de julio del 2003, en un recurso de amparo interpuesto por persona no indígena contra acciones llevadas a cabo por el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra, dijo que en estos casos un supuesto afectado por actos del tribunal indígena puede recurrir si lo desea, a plantear las denuncias que estime convenientes ante la propia Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de San Rafael de Cabagra de Buenos Aires de Puntarenas o ante la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas.

El fallo Constitucional 12743-04 de la Sala Constitucional del 12 de noviembre del 2004, cuestiona el estatus de la autoridad indígena, la que subordina a lo que en definitiva decidan otras instancias, que surge de otro recurso de amparo interpuesto contra la Asociación de Desarrollo Integral Indígena de San Rafael de Cabagra y el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra de Buenos Aires de Puntarenas, en el que se admite que tanto la Asociación de Desarrollo como el Tribunal de Derecho Consuetudinario actúan desde una posición de poder, de hecho o de derecho, frente a la cual, los remedios jurisdiccionales comunes resultarían claramente insuficientes (Considerando I), con lo que por primera vez, se admite el estatus de esta instancia propia.

Concluye el Tribunal Constitucional que los reclamos de la parte recurrente son ajenos al ámbito de competencia (se trata de temas de derecho de posesión y de no impugnación en tiempo del fallo que se reclama) y que por eso no entra a evaluarlos (Considerando II). Aquí se comprobó que hubo un debido proceso, por lo que no se detecta violación a este principio constitucional. Entre las argumentaciones que se hicieron contra la actuación del Tribunal de Derecho Consuetudinario estaba la acusación que se trataba de un tribunal especial y que ello violaba los principios constitucionales de “juez natural” y el de “universalidad de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial”. La Sala desestimó tal alegato aduciendo que dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se susciten entre indígenas y, no en forma particular, para el caso de la recurrente.

También dijo que su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un Tribunal de Derecho Consuetudinario Indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres, de modo que no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado. Finalmente, recordó que estas acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario se enmarcan dentro de la idea que en el sistema jurídico costarricense no solo existe la justicia jurisdiccional, sino otros tipos tales como la justicia arbitral, lo cual no viola principio constitucional alguno (Considerando II)¹⁰⁶.

ECUADOR

El Ecuador ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1998, cuyas reglas generales, sin embargo, solo tienen una función complementaria ante la normativa especializada nacional.

Un aspecto problemático de las decisiones de la Corte Constitucional es la lectura de “incapacidad” de los pueblos o comunidades étnicas para conocer de asuntos como el homicidio o temas “de mayor cuantía”, esto nos permite constatar cómo un Estado plurinacional como el Ecuador, considerado de nivel medio de garantismo, a través de una sentencia de la Corte Constitucional de Transición frenó los progresos en materia de justicia indígena.

El 12 de agosto de 2010, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional para el período de transición, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Víctor Manuel Olivo Palio, en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo de 2010, por parte de autoridades indígenas pertenecientes al pueblo de Panzaleo, de la nacionalidad micha, de la provincia de Cotopaxi, con relación al asesinato de su hermano Marco Antonio Olivo Palio. Dicha causa se denominó “Caso La Cocha”.

El 30 de julio de 2014, dentro del ámbito de sus competencias, la Corte Constitucional del Ecuador expidió la Sentencia n.º 113-14-SEP-CC, en la cual se dejaron

¹⁰⁶ Algunas de estas sentencias fueron tomadas de Chacón Castro, Rubén (comp.) (2001). *Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional*, San José, *Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena*, San José: Organización Internacional del Trabajo (OIT), Impresora Gossestra.

sentados precedentes jurisprudenciales que limitan la competencia de la justicia indígena. Entre otros puntos importantes, se señalan principalmente dos: 1) al existir una sanción en la justicia indígena sobre delitos contra la vida, no existe doble juzgamiento y, por tanto, es susceptible de ser conocido y sancionado en la justicia ordinaria; y 2) desde la fecha de expedición de la sentencia, todos los casos relativos a delitos contra la vida deberán ser conocidos exclusivamente por la justicia ordinaria (Bravo, 2015).

GUATEMALA

En los últimos años se ha visto un interés creciente de las altas cortes de este país por los temas que tienen que ver con derechos fundamentales de la población indígena. Hay dos vertientes en este interés: en primer lugar, el tema de la participación política de estos pueblos, en particular referidos al derecho a la consulta, que evidentemente pasan por reconocer el carácter de pueblos, con autoridades, procedimientos, derecho propio, idioma, etc. En segundo lugar, el tema del pluralismo jurídico y el reconocimiento de la potestad de las autoridades indígenas para aplicar su justicia.

Respecto a este último, se destaca la Sentencia 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala que, a propósito de un conflicto de competencia, señala que:

“[...] el procesamiento penal a un alcalde indígena por dar cumplimiento a una disposición adoptada por medio de las instituciones, mecanismos y procedimientos propios del Derecho Indígena, muestra con claridad la falta de comprensión y reconocimiento en la sentencia que se analiza en casación, de las costumbres, tradiciones, organización social y más específicamente del derecho indígena, vacío que pueden y deben empezar a llenar los fallos judiciales no solo por cumplimiento de principios y normas jurídicas que guían y rigen el ordenamiento jurídico nacional, sino por necesidades básicas de convivencia en armonía, respeto y progreso de los diferentes pueblos que conforman Guatemala”¹⁰⁷.

Sobre la importancia del derecho indígena y su legitimidad ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“El Derecho, incluyendo el indígena, implica normas de cumplimiento obligatorio, instituciones, autoridades reconocidas y, por ende, legítimas, procedimientos, órdenes y coacción; es un medio para conseguir metas colectivas de interés general de un grupo social, sistema e instituciones que son consideradas legítimas y que implican la regulación de las actividades personales y colectivas en relación con fines en procura de lograr el bien común de los pueblos”¹⁰⁸.

En relación con aparentes contradicciones entre los Derechos Humanos y algunas de las sanciones que se aplican en el derecho indígena, la Corte Constitucional de

107 Sentencia 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

108 Guatemala, Corte Suprema de Justicia, 2012.

Guatemala señala, frente al cuestionamiento expresado por quienes dudan de la importancia del pluralismo jurídico, lo siguiente:

“[...] las sanciones impuestas en el derecho indígena no pueden ser calificadas *prima facie* como vulneradoras de derechos humanos, en tanto que para su análisis es indispensable conocer los aspectos sociales y culturales de la comunidad en que se aplican, cuestión que puede obtenerse, verbigracia, por medio de un peritaje cultural o jurídico-antropológico, que permita comprender la cosmovisión indígena y su sistema normativo propio, lo que, incluso, podría variar dependiendo de la comunidad indígena de que se trate; en todo caso, [...] lo importante es que al momento de evaluar estos hechos y los tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave pluralista, no se puede juzgar solo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario [...]”¹⁰⁹.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe sobre la situación de Pueblos Indígenas, en 2016, en Guatemala, afirma:

“La construcción de una sociedad equitativa en Guatemala solo es posible si se garantiza el disfrute efectivo de los derechos de los Pueblos Indígenas y se toman medidas concertadas para combatir su discriminación racial y exclusión. Veinte años después, la ruta trazada por el Acuerdo de Paz sobre la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas sigue siendo pertinente para atender las preocupaciones pendientes que enfrentan estos pueblos”¹¹⁰.

En desarrollo del Artículo 8 de la CADH, estipula el Código Procesal Penal de Guatemala (Decreto 51 de 1992) en su Artículo 142:

Idioma: Los actos procesales serán cumplidos en español. Cuando una persona se exprese con dificultad en ese idioma, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto se pueda desarrollar. La exposición de personas que ignoren el idioma oficial o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, de un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito y los documentos o grabaciones en lengua distintas o en otra forma de transmisión del conocimiento, solo tendrán efectos, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda. Los actos procesales deberán también realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. En este caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas”.

La Sentencia 01004-2012-01524 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, a propósito de un conflicto de competencia, señala que:

El Derecho, incluyendo el indígena, implica normas de cumplimiento obligatorio, instituciones, autoridades reconocidas y, por ende, legítimas, procedimientos, órdenes y coacción; es un medio para conseguir metas colectivas de interés general de un grupo social, sistema e instituciones que son consideradas legítimas y que implican la regulación de las

109 Guatemala, Corte Constitucional, Expediente 1467 de 2014.

110 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Guatemala, 2016.

*actividades personales y colectivas en relación con fines en procura de lograr el bien común de los pueblos*¹¹¹.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en su informe sobre la situación de Pueblos Indígenas, en 2016, en Guatemala, afirma:

La construcción de una sociedad equitativa en Guatemala solo es posible si se garantiza el disfrute efectivo de los derechos de los Pueblos Indígenas y se toman medidas concertadas para combatir su discriminación racial y exclusión. Veinte años después, la ruta trazada por el Acuerdo de Paz sobre la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas sigue siendo pertinente para atender las preocupaciones pendientes que enfrentan estos pueblos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Guatemala, 2016).

En desarrollo del Artículo 8 de la CADH, estipula el Código Procesal Penal de Guatemala (Decreto 51 de 1992) en su Artículo 142: Idioma: Los actos procesales serán cumplidos en español. Cuando una persona se exprese con dificultad en ese idioma, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto se pueda desarrollar. La exposición de personas que ignoren el idioma oficial o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, de un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito y los documentos o grabaciones en lengua distintas o en otra forma de transmisión del conocimiento, solo tendrán efectos, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda. Los actos procesales deberán también realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. En este caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas.

El Expediente 3878-2007, puede considerarse como punto de partida para analizar la forma como la Corte de Constitucionalidad ha abordado el derecho a la participación y consulta de los Pueblos Indígenas: “El Estado tiene el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los Pueblos Indígenas, expresada en varios componentes: (a) su reconocimiento normativo propiamente dicho y por ende, su inserción al Bloque de Constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los Artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (b) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (c) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal — sobre todo en cuanto a la legislación aplicable— a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país”¹¹².

Aunque el Bloque de Constitucionalidad y las normas citadas, contemplan la obligatoriedad de la consulta a los Pueblos Indígenas, debido a la falta de voluntad del Estado por aplicar este derecho, como quedó dicho en el presente texto, en el lapso de diez años del 2004 hasta finales del 2014, los Pueblos Indígenas de Guatemala habían realizado 114 consultas comunitarias de buena fe o auto consultas, convocadas por sus autoridades tradicionales y fundamentadas en sus prácticas ancestrales de gobierno y administración de sus territorios, pero que al no cumplir

¹¹¹ Guatemala, Corte Suprema de Justicia, 2012.

¹¹² Xiloj Cuin, Lucia Inés (2017). La consulta previa, libre e informada en la jurisprudencia guatemalteca. Guatemala.

los mínimos exigidos por los estándares internacionales, como lo expresó en su oportunidad la Corte de Constitucionalidad, en particular la ausencia del Estado en la convocatoria y ejecución de estas consultas, estas carecen de efectos legales.

Según Oxfam, los temas objeto de estas consultas de buena fe, principalmente son: la actividad minera que representa el 88,59% y la construcción y operación de hidroeléctricas, que representa el 6,14%¹¹³.

Como podrán observar los lectores de las sentencias referenciadas, en las mismas, aunque los órganos jurisdiccionales han coincidido en la obligatoriedad del Estado para llevar a cabo el derecho fundamental a la consulta previa; a la fecha, sin embargo, el Estado no ha realizado ninguna, que cumpla los estándares internacionales. De la misma forma que tampoco el poder legislativo lo ha hecho frente a su obligación de consultar a los Pueblos Indígenas antes de desarrollos legislativos ni el poder ejecutivo frente a la implementación de medidas administrativas que los afecten directamente.

Asimismo frente a la ausencia del Estado para cumplir el papel que le corresponde de acuerdo con sus compromisos constitucionales, convencionales y legales varias comunidades indígenas han puesto en marcha procesos judiciales que han dado lugar a lo que hoy se podría llamar un cuerpo jurisprudencial, que con diferentes niveles de interpretación y compromiso con el tema, ha sido construido por sentencias de la Corte de Constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia y otros órganos jurisdiccionales¹¹⁴.

Por otra parte, también la Corte IDH, en la sentencia denominada “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”¹¹⁵, destaca la existencia de autoridades propias del pueblo Maya achi, y la importancia que tiene para este pueblo la existencia de sus tradiciones culturales en su relación con la naturaleza, legado que debe ser preservado y transmitido a las generaciones futuras.

“Este Tribunal observa que las víctimas del presente caso pertenecientes al pueblo indígena Maya, de la comunidad lingüística Achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza.

113 OXFAM (2015). Sistematización del proceso de implementación del Derecho a la consulta a los Pueblos Indígenas establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Guatemala. Guatemala: Editorial Serviprensa.

114 Las siguientes sentencias de la Corte de Constitucionalidad refieren al tema de consulta previa: Expedientes 406-2014, Sentencia de fecha 23/11/2015; 411-2014, Sentencia de fecha 12/01/2016. Expediente 5712-2013. Sentencia de fecha 23/11/2015; Expediente 2567-2015. Sentencia de fecha 31/03/2016. 3753-2014. Sentencia de fecha 13/01/2016. Expediente 5705-2013 y 5713-2013. Sentencia de fecha 12/01/2016. Expediente 795-2016. Auto de fecha 05/05/2016. Expedientes: 4419-2011, 1149-2012, y Expedientes Acumulados 4957-2012 y 4958-2012.

115 Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala Reparaciones. Sentencia del 19 de noviembre de 2004. Corte IDH.

Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres. Dado que las víctimas en este caso son parte del pueblo maya, este Tribunal considera que la reparación individual tiene como un componente importante las reparaciones que esta Corte otorga más adelante a los miembros de las comunidades en su conjunto”.

PANAMÁ

Uno de los fallos emblemáticos de la Corte Suprema panameña sobre la coordinación entre las jurisdicciones ha sido la acción de *Hábeas Corpus* a Favor de Charles Martínez Félix, Contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas y la acción de *Hábeas Corpus* a Favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas¹¹⁶.

Como ya se mencionó, algunos ordenamientos nacionales tienen definido el reconocimiento del ejercicio jurisdiccional por parte de los Pueblos Indígenas, pero al mismo tiempo, se pronuncian sobre las normas materiales aplicables por la autoridad a la que compete resolver el litigio. En ausencia de una regulación específica tiene gran relevancia el Convenio 169 de la OIT en la medida en la que haya sido ratificado. Por regla general se puede observar que las autoridades deben aplicar sus usos y costumbres, pero respetar el derecho estatal, especialmente los derechos humanos. Viceversa, la justicia estatal, ejerciendo su jurisdicción sobre indígenas, tendrá que realizar una aplicación e interpretación intercultural del derecho estatal.

La Constitución panameña no regula el pluralismo jurídico, pero como se vio más arriba¹¹⁷ se contempla el ejercicio de la justicia indígena en algunas leyes estatales y comarcales. El Código de Procedimiento Penal, Ley 63 de 2008, reconoce la competencia jurisdiccional indígena para conocer las conductas sancionadas “de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica. La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales” (Artículo 48). El Artículo 205 añade que los “Pueblos Indígenas mantendrán las formas naturales de resolución de sus conflictos, como un medio de administración de justicia local fundado en sus valores, visiones y forma de vida. A las personas, entidades u órganos dedicados a estas actividades se le denomina Autoridades Tradicionales Indígenas a diferencia de las reconocidas por el Estado”.

116 *Hábeas Corpus* a Favor de Charles Martínez Felix, Contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas; Ponente: Aníbal Salas Céspedes. Panamá, 19 de octubre de 2006. Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Plena. Ponente: Aníbal Salas Céspedes. Fecha: 19 de octubre de 2006. Materia: *Hábeas Corpus*. Primera instancia. Expediente: 768-06. Corte Suprema de Justicia de Panamá. <www.organojudicial.gob.pa> *Habeas Corpus* a Favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, 8 de agosto de 2007. Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Plena. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Fecha: 08 de agosto de 2007. Materia: *Hábeas Corpus*. Primera instancia. Expediente: 470-07. Corte Suprema de Justicia de Panamá <www.organojudicial.gob.pa>

117 Véase nuevamente los detalles previos en el resumen de los marcos normativos sobre aspectos formales, en el aparte sobre Panamá.

Constitución Política, Art. 127. El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras. Legislación Ley n.º 16 de 1938; Comarca de San Blas, actual Comarca Kuna Yala. Ley n.º 22 de 1983; Comarca de Embera de Darién. Ley n.º 24 de 1996; Comarca de Kuna de Madungandi Ley n.º 10 de 1997; Comarca de Ngäbe Buglé. Ley n.º 34 de 2000; Comarca de Kuna de Wargandí.

Art. 4. La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional. Corte Suprema: cualquier violación a un tratado internacional es una violación del Artículo 4 de la Constitución. Sentencia del 12 de marzo de 1990, en efecto, se declaró la inconstitucionalidad de un decreto ejecutivo que establecía un condicionamiento arbitrario de carácter global al ejercicio de las libertades de expresión y de prensa.

El Artículo 127 establece que el Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.

Comarcas indígenas. La autonomía comarcal significa que los territorios son administrados por las autoridades tradicionales de acuerdo con sus propias normas y sistemas de autoridad y que se aplican sistemas de gestión territorial indígena. Fue el primer país en América Latina en reconocer derechos territoriales y autonomía política y administrativa a los indígenas.

Las comarcas indígenas cuentan con importantes recursos naturales, principalmente, en bosques y biodiversidad y con mecanismos de protección definidos y realizados por los mismos pueblos que las poseen. Al interior del perímetro territorial indígena podrían existir distintos tipos de posesión de la tierra, desde los terrenos hereditarios sujetos a compra, venta y alquiler al interior de la comunidad restringida o ampliada hasta las áreas de conservación de capas freáticas o los territorios de caza.

El ejercicio de soberanía sobre su propio territorio deriva de la observancia de los estatutos de la comarca y de una gestión territorial manejada por sus propias autoridades. De acuerdo con el Censo Nacional del año 2010, el total de población indígena de Panamá es de 318.059 personas, de las cuales, más de 200.000 viven en las comarcas¹¹⁸.

Panamá no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, pero si votó a favor de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y de la OEA, que incorpo-

118 Marcos jurídicos e institucionales en los Estados miembros del FILAC, derechos indígenas. A diciembre de 2018. Cuadernos de los saberes, n.º 1. Edición de enero de 2019. Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe (FILAC). Ricardo Changala, Sistematización.

ran en su articulado el derecho de los Pueblos Indígenas y comunidades étnicas, a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

PERÚ

De acuerdo con la Constitución Política de Perú de 1993 las comunidades campesinas y las nativas pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (Artículo 149). De acuerdo con el Artículo 19 párr. 2 del Decreto-ley 22175 del 9 de mayo 1978, en “los procesos civiles y penales los Tribunales Comunes o Privativos, según sea el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socioculturales de las comunidades”. De forma complementaria, sobre todo en lo que respecta también a la aplicación e interpretación del Derecho estatal a indígenas, rige lo establecido por el Convenio 169 de la OIT.

Artículo 3. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Artículo 55. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Cuarta disposición final y transitoria: Interpretación de los derechos fundamentales. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

El Tribunal Constitucional ha establecido que los tratados sobre derechos humanos en general, y el Convenio 169 de la OIT en particular, tienen la función de complementar -normativa e interpretativamente- las disposiciones constitucionales sobre Pueblos Indígenas y, en particular, las referidas a sus derechos fundamentales y las garantías institucionales con las que tengan relación. No solo forman parte del ordenamiento interno, sino que además ostentan el máximo rango, pues los “tratados internacionales sobre derechos humanos [...] detentan rango constitucional”¹¹⁹.

Ley General de Comunidades Campesinas. Artículo 2. Las Comunidades Campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

119 STC n.º 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, F.J. 26.

Constituyen anexos de la comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorios comunales y reconocidos por la Asamblea General de la Comunidad. Ley 24.656 del 13/04/1987. Consulta y Participación Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios. Ley n.º 29785 del 31/08/2011 (Reglamento de la Ley de consulta previa: Decreto Supremo n.º 001-2012-MC (2/04/2012)).

Artículo 1. Objeto de la presente ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los Pueblos Indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253.

Otros aspectos. Régimen de protección de los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas vinculados a los recursos biológicos. Ley n.º 27811 del 24/07/2002, Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos, aprobado mediante Resolución Ministerial n.º 087-2008-MINAM el 31/12/ 2008. Protección al acceso a la diversidad biológica peruana y los conocimientos colectivos de los Pueblos Indígenas. Ley n.º 28216 del 7/04/2004. Protección de Pueblos Indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. Ley n.º 28736 del 24/04/2006 Regulación del uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas originarias del Perú. Ley n.º 29735 del 2/07/2011. Incorporación del enfoque intercultural en el procedimiento administrativo general. Ley 27444, Art. 39 A.

VENEZUELA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su Artículo 260 no solamente circunscribe el ámbito competencial de la jurisdicción indígena sino aclara que el derecho que se aplicará son las “propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.” Al igual que en otros Estados, el Convenio 169 OIT cumple un rol complementario al lado de la Constitución Política y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – CORTE IDH

En países que no han ratificado el Convenio 169 de la OIT, como Surinam, Panamá, Uruguay, Belice y El Salvador, por su asociación a la Organización de los Estados Americanos, su aceptación a la jurisdicción de la Corte IDH y siendo integrantes del sistema universal con los tratados y convenios correspondientes, algunos principios y algunos aspectos de la jurisprudencia de órganos internacionales pueden resultar aplicables.

Así ocurre cuando la Corte IDH como máximo intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en cuanto no se fundamenten necesariamente en el Convenio 169 sino en derechos y principios generales de participación de los Pue-

blos Indígenas en decisión y actos que los puedan afectar, tal y como están consagrados en los instrumentos citados más arriba. En estos casos, la jurisprudencia de la Corte IDH, es vinculante si el país es parte del proceso, en caso contrario, dependiendo de la forma como la legislación y la jurisprudencia interna dispongan la regla *pro homine*, las decisiones de la Corte IDH pueden ser vinculantes o una referencia que la judicatura local deberá tomar en cuenta.

En el análisis del tema sujeto a su jurisdicción, la Corte Interamericana contempló los derechos de uso y goce reconocidos en el Artículo 21 desde la perspectiva, perfectamente válida, de los miembros de las comunidades indígenas. En mi concepto, esta forma de analizar el tema no implica en modo alguno desconocer o negar derechos de otra naturaleza o alcance vinculados con aquéllos, como son los de carácter colectivo, a los que con la mayor frecuencia aluden las normas e instrumentos nacionales e internacionales que he invocado en este voto.

Es indispensable observar que estos derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos Pueblos Indígenas y, por lo tanto, de sus integrantes, constituyen la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes individuales y colectivos, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas¹²⁰.

El perito Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum hizo notar —como se lee en la versión sintética de su dictamen verbal, recogido en esta Sentencia— que “en ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente solo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural [...]”.

La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso de la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni” contribuye al reconocimiento de unas relaciones jurídicas específicas, que concurren a integrar el estatuto característico de una buena parte de los habitantes de América, cada vez mejor comprendido y reconocido por las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales.

El tema de esta sentencia y, por ende, ella misma, se sitúa en un punto de convergencia entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales; dicho de otra manera, se halla en el punto al que concurren el Derecho civil y el Derecho social.

La Convención Americana, aplicada en los términos de la interpretación que ella misma autoriza, y que además figura en las reglas de la materia conforme al Derecho de los Tratados, debe significar y, en efecto, significa un sistema normativo de protección segura para los indígenas del continente, no menos que para los otros pobladores de los países americanos a los que llega el sistema tutelar de la

120 Sentencia de Fondo y Reparaciones del caso “Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”. Corte IDH. 31 de agosto de 2001.

Convención Americana (Voto razonado concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la, sentencia de Fondo y Reparaciones del caso “Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni”).

Diversos instrumentos internacionales concernientes a la vida, cultura y derechos de los indígenas invocan el reconocimiento explícito de sus instituciones jurídicas y, entre ellas, de las formas de propiedad que han prevalecido y prevalecen entre aquellos. De la revisión de estos textos, a la que acude una amplia corriente de convicciones, experiencias y exigencias, se desprenden la legitimidad que tienen y el respeto que merecen esos sistemas de tenencia de la tierra, así como la necesidad que existe, en tal virtud, de proveer a su reconocimiento y defensa.

El ámbito de los derechos individuales de los Pueblos Indígenas y colectivos de sus pueblos se integra, por ende, con las estipulaciones de los instrumentos generales sobre derechos humanos, aplicables a todas las personas, ilustradas con los datos que constan en esos otros catálogos específicos, acerca de los cuales existe un consenso cada vez más amplio y resuelto.

Estos datos constituyen elementos útiles más todavía, indispensables para la interpretación de las normas convencionales que debe aplicar la Corte. En este orden de ideas, el Convenio n.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76ª. Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1989), animado por la idea de la existencia perdurable de los Pueblos Indígenas y tribales —con respeto a su identidad y a las instituciones que son producto y resguardo de esta— sostuvo que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación” (Artículo 13.1).

Asimismo: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (Artículo 14.1). El Proyecto de Declaración sobre Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, emanado de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1, 20 de abril de 1994) refiere claramente a estas mismas cuestiones y contribuye a fijar, de esa manera, el criterio de la comunidad jurídica internacional en torno a los temas que atañen a los grupos indígenas y a sus integrantes.

En efecto, el Artículo 2 estipula: “Los Pueblos Indígenas tienen derecho a conservar y reforzar [...] sus sistemas jurídicos [...]”. Adelante, el Artículo 25 señala que esos pueblos “tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual y material con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese propósito les incumben respecto de las generaciones venideras”; y el Artículo 26, que afirma el derecho de esos pueblos a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios”, advierte que ello “incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de te-

nencia de la tierra [...] y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos”.

Otro fallo importante en este tema de la Corte IDH, es la Sentencia “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”. Ha dicho la Corte:

“[...]Este Tribunal observa que las víctimas del presente caso pertenecientes al pueblo indígena Maya, de la comunidad lingüística Achí, poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales.

Para los miembros de estas comunidades la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza. Las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria. Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de permanente contacto y solidaridad con sus antepasados.

La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres. Dado que las víctimas en este caso son parte del pueblo maya, este Tribunal considera que la reparación individual tiene como un componente importante las reparaciones que esta Corte otorga más adelante a los miembros de las comunidades en su conjunto”¹²¹.

Sin embargo, la Corte IDH ha sostenido que en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias —pero que carecen de un título formal de propiedad— la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. La Corte llegó a esa conclusión considerando los lazos únicos y duraderos que unen a las comunidades indígenas con su territorio ancestral.

“La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad, gobernanza y su supervivencia económica. Para tales pueblos, su nexos comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”¹²².

Otro fallo paradigmático de la Corte IDH es el referido a la comunidad Moiwana vs. Suriname¹²³. Los miembros de la comunidad no son indígenas de la región; según los hechos probados, la aldea de Moiwana fue fundada por clanes N’djuka a finales del siglo XIX [...]. Sin embargo, desde ese momento hasta el ataque de

121 Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala Reparaciones. Sentencia del 19 de noviembre de 2004.

122 *Ibíd.*

123 Corte IDH, Sentencia Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005.

1986, los miembros de la comunidad vivieron en el área con estricto apego a las costumbres N'djuka.

El perito Thomas Polimé describió la naturaleza de su relación con las tierras en la aldea de Moiwana y sus alrededores de la siguiente manera: [los] N'djuka, al igual que otros Pueblos Indígenas y tribales, tienen una relación profunda y omnicomprendiva con sus tierras ancestrales. Se encuentran intrínsecamente ligados a esas tierras y a los sitios sagrados que ahí se encuentran, y su desplazamiento forzado ha cortado esos lazos fundamentales. Muchos de los sobrevivientes y sus familiares señalan su lugar de origen en o cerca de la aldea de Moiwana.

Su imposibilidad de mantener su relación con sus tierras ancestrales y con sus sitios sagrados los ha privado de un aspecto fundamental de su identidad y de su sentido de bienestar. Sin una comunión regular con esas tierras y sitios, son incapaces de practicar y gozar sus tradiciones culturales y religiosas, en mayor detrimento a su seguridad personal y colectiva y a su sentido de bienestar¹²⁴.

En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una "relación omnicomprendiva" con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el Artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes, lo cual ha sido reconocido y respetado durante años por los clanes N'djuka y por las comunidades indígenas vecinas [...] debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad. Los límites exactos de ese territorio, sin embargo, solo pueden determinarse previa consulta con dichas comunidades vecinas [...].

Con base en lo anterior, los miembros de la comunidad pueden ser considerados los dueños legítimos de sus tierras tradicionales, por lo cual, tienen derecho al uso y goce de las mismas. Sin embargo, de los hechos aparece que este derecho les ha sido negado hasta hoy como consecuencia de los sucesos de noviembre del 1986 y la conducta posterior del Estado respecto de la investigación de estos hechos. Por todo lo expuesto, la Corte concluye que Suriname violó el derecho de los miembros de la comunidad al uso y goce comunal de su propiedad tradicional. Consecuentemente, el Tribunal considera que el Estado violó el Artículo 21 de la Convención Americana, en relación con el Artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de los miembros de la comunidad Moiwana¹²⁵.

En la sentencia de la comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte hace una importante reflexión a partir de la Convención Americana, respecto a los derechos que los Estados están en obligación de observar, en relación con los Pueblos

124 Cf. Caso "Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni". Serie C n.º 79, párr. 151.72. Cfr. Caso "Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni", supra nota 71, párr. 149. 73 Cf. Corte IDH.

125 Comunidad Moiwana vs. Suriname Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. XIII. reparaciones (aplicación del Artículo 63.1 de la convención americana) [...]C Daño Inmaterial Consideraciones de la Corte Cf. Caso de la "Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni", supra nota 71, párr. 149.

Indígenas y tribales. “[...]Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los Artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción.

Sin embargo, hay que resaltar que, para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los Pueblos Indígenas de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado¹²⁶.

En el caso de los Pueblos Indígenas el principio de acceso a la justicia no implica solo hacer efectivas sus garantías judiciales —como el principio del debido proceso— sino establecer los medios para que el recurso sea efectivo aun cuando sea ejercido desde su propia diferencia cultural y sirva para la reivindicación de sus derechos históricos relativos a sus formas de vida, territorios ancestrales y los recursos naturales. Los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia indígena muestran que con frecuencia el acceso la justicia de los indígenas en los Estados tiene notables limitaciones¹²⁷.

126 Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.

127 Véase los casos “Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (párrafo 139); “Comunidad Moiwana vs. Suriname”, Sentencia de 15 de junio de 2005 (párrafo 164); “Escué Zapata vs. Colombia”, Sentencia de 4 de julio de 2007 (párrafo 111); “Goiburú y otros vs. Paraguay”. Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (párrafo 133); Caso “Yatama vs. Nicaragua”. Sentencia de 23 de junio de 2005 (párrafo 176); “Pueblo Saramaka vs. Surinam”. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (párrafo 185); “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (párrafo 248.1); “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”. Sentencia del 24 de agosto de 2010 (párrafo 170); “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Sentencia de 17 de junio de 2005 (párrafo 104).



**EXPERIENCIAS DESTACABLES DE AUTOGOBIERNO
Y PLURALISMO JURÍDICO DURANTE LA PANDEMIA
POR COVID-19**

IX.

Experiencias destacables de autogobierno y pluralismo jurídico durante la pandemia por COVID-19

Los Pueblos Indígenas poseen sus propios sistemas organizativos, instituciones y marcos normativos que han logrado perdurar, con ajustes y cambios, a los periodos de conquista, colonia y república hasta el presente. Además, han sido reconocidos internacional y cuentan con diferentes grados de conservación, actualización, vigencia y reconocimiento estatal en los pueblos indígenas del continente.

Estos sistemas normativos están constituidos por principios, valores, autoridades y procedimientos, que son aplicados en la conformación de un orden social.

Incluyen sistemas de gobierno, regulación de comportamientos sociales, resolución de conflictos, aplicación de justicia, regulación y administración de la tierra y sus territorios, recursos de uso y propiedad colectiva. También tratan de todos aquellos asuntos civiles que afectan la vida comunitaria, como son los nacimientos, matrimonios, muerte, herencias, sistema de cargos, manejo de recursos públicos, regulación de ceremonias, la espiritualidad, relaciones con la naturaleza y en general situaciones que muchas veces son imposibles de separar del conjunto de las prácticas cotidianas de estos pueblos.

Visto así, lo normativo indígena abarca mucho más que lo jurídico estatal.

“Lo normativo hace alusión a una cosmovisión social, cultural, simbólico y jurídico que desborda el mero ámbito de lo jurídico. En este sentido lo normativo alude a esa categoría difusa, pero rica semánticamente, que viene siendo utilizada por los pueblos indígenas y que se traduce como buen vivir y vida digna”¹²⁸.

Es importante remarcar que el reconocimiento de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas no se limita a los procedimientos de los sistemas judiciales de estos pueblos, sino también a la existencia misma de sus instituciones, autoridades, sus formas de nombramiento y su capacidad de creación de normas y sanciones, pues ninguna sociedad es estática y los cambios y transformaciones que ocurren a diario, tienen un equivalente en la actualización normativa e institucional.

128 Martínez de Bringas, Asier (2013). *Revista de Derecho Político* n.º 86, enero-abril 2013, págs. 411-444. UNED, Madrid.

Ante la situación provocada por la COVID-19, muchas comunidades recurrieron a sus instituciones ancestrales, sus formas organizativas y normas propias, sin intervención estatal, para intentar dar respuestas y resolver problemas urgentes.

El cierre de las fronteras de los territorios indígenas ha sido la medida más pronta para procurar controlar la pandemia, pero no única.

La historia nos demuestra que la confianza que los pueblos indígenas sienten por sus propias autoridades y sistemas jurídicos es mayor que la que les inspiran los Estados y sus instituciones, para quienes los pueblos indígenas no han constituido una prioridad.

A continuación, desarrollamos algunos ejemplos concretos de pueblos indígenas que han tomado acciones por sus propios gobiernos y sistemas jurídicos, que han logrado aplicar medidas para la contención de la pandemia.

BOLIVIA, ESTADO PLURINACIONAL

La nación indígena Qhara Qhara que se encuentra entre los departamentos de Chuquisaca y Potosí de Bolivia está constituida por 48 Ayllus¹²⁹ que a su vez forman parte de 10 Markas¹³⁰, también llamadas Jatun Ayllus.

Según el Tata Samuel Flores, Secretario Permanente del Tribunal de Justicia Indígena Originario de la nación Qhara Qhara, la población aproximada de esta nación indígena es de unas 48.000 personas, esta cifra es fruto de la complementación de datos del Instituto Nacional de Estadística, INE, y el informe de las Tierras Comunitarias de Origen.

La nación Qhara Qhara a través de un emblemático ejercicio de autodeterminación ha luchado jurídicamente por su territorio mediante la demanda por la titulación colectiva desde inicios del 2006.

En la actualidad, este territorio indígena originario campesino, al igual que varios otros, no ha escapado a los efectos de la pandemia.

Tata Samuel Flores indica que como autoridades indígenas han realizado diversas gestiones para solicitar atención de las autoridades nacionales pertinentes y organismos internacionales mas no han tenido respuesta alguna hasta el momento. La COVID-19 está afectando a líderes, autoridades, así como mujeres indígenas y no pueden quedarse viendo cómo muere su gente.

En ese sentido, mediante un ejercicio de autodeterminación que ha caracterizado históricamente a la nación Qhara Qhara, las autoridades indígenas de las diferentes Markas y Ayllus han conformado una red virtual mediante herramientas tecnológicas como whatsapp y reportes telefónicos periódicos para actualizar la

129 Considerada como la organización sociopolítica, económica y territorial andina.

130 Es considerada una unidad sociopolítica mayor que aglutina a varios Ayllus.

información de contagios, fallecidos y de pobladores recuperados a los que se les hace un seguimiento de su estado de salud y cantidad de días de aislamiento.

Esta red de seguimiento incluye a toda la nación Qhara Qhara en la medida en que las Tecnologías de la información y comunicación lo permitan puesto que los servicios no llegan a todas las comunidades.

A la fecha ya han publicado dos reportes sobre la cantidad de personas afectadas por COVID-19 en su territorio, registrando más de 200 infectados y 6 fallecidos. Sin embargo, Tata Samuel asevera que la cantidad puede ser mayor *“porque nuestros pueblos en algún lugar no tienen comunicación, ni internet, ni electrificación, entonces ahí estamos muy preocupados porque no hay ninguna comunicación y los bloqueos nos impidieron para desplazar también de las autoridades a los diferentes territorios”*.

Los reportes se publican cada dos semanas y en el caso de los contagiados se toma en cuenta dos medios de corroboración: por medio de pruebas rápidas que son muy onerosas ya que en Bolivia están costando entre 40 a 60 dólares y una PCR entre 100 a 125 dólares en laboratorios particulares puesto que el sistema de salud público está colapsado.

En los casos en los que la población de la nación Qhara Qhara no ha podido acceder a pruebas por laboratorio y como una segunda manera de corroboración, las autoridades indígenas han aplicado otras pruebas al alcance de sus manos:

“nosotros como autoridades responsables de nuestro territorio hemos hecho las pruebas por ejemplo con vinagre, con alcohol, nuestra gente no siente y está enferma”.

Entre los síntomas considerados están la pérdida del sentido del gusto, resfrío fuerte, dolores de cabeza, la temperatura, dolores musculares y dolores de estómago.

Pese a haber exigido que se realice las pruebas necesarias a la población indígena, más bien recibieron amenazas o amedrentamientos de encargados de salud con frases como *“ustedes cómo saben que están contagiados”, “¿cómo van a denunciar?”*

Así mismo y en coherencia con el principio de autodeterminación, los líderes de la nación Qhara Qhara han conformado unos ‘grupos de sanación’ de los cuales forman parte jóvenes capacitados en medicina tradicional tal como lo relata Tata Samuel:

“Los grupos de sanación en dos Markas han funcionado fuerte. En la Marka Quila Quila y la Marka Valle Tinquipaya de Poroma tenemos dos centros de instrucción de saberes ancestrales donde se ha formado a jóvenes en tema de medicina ancestral, los cuales están capacitados y también están siendo guiados por sus profesores que eran del mismo territorio, entonces, ellos tienen la parte de la medicina propia del Ayllu y también tienen sus medicinas que les hemos reforzado con aspirinas, ibuprofenos y ya a ellos les hemos dicho que también utilicen los insumos de bioseguridad como barbijos y por lo menos así ellos entren a cada casa donde tienen síntomas y les den una información y explicación para que se aíslen y les digan qué medicamentos deben tomar y cuidarse también para que no tengan recaídas.”

Pero estas no son las únicas determinaciones que ha tomado la nación de Qhara Qhara, también se ha organizado un taller interno con los líderes y Yachaq (sabios, conocedores de la medicina ancestral) para intercambiar información sobre las plantas medicinales, procedimientos y demás que están vehiculizados mediante audios y videos entre la población.

Fruto de este trabajo coordinado entre el Tribunal de Justicia Indígena Originario Campesino de la nación Qhara Qhara y la Coordinadora Nacional de Defensa de Territorios Indígenas Originarios Campesinos y Áreas Protegidas, CONTIOCAP, han logrado recopilar la siguiente información cuyos métodos de obtención de datos se explicitan en las fuentes:

EMERGENCIA SANITARIA EN LAS NACIONES, TERRITORIOS Y PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS Y LAS ÁREAS PROTEGIDAS CAMPESINAS DE BOLIVIA

REPORTES DE CASOS COVID-19 Informe: No 02/2020 Semana: 2da semana del mes de agosto

Fecha de publicación: viernes 14 de agosto de 2020

Territorios Indígenas Originarios, Áreas protegidas y Comunidades de AP.	Ubicación geográfica	Casos positivos	Contacto con +	Sospechosos	En tratamiento	Recuperados	Fallecidos
Territorio Indígena Originario. Marka Quila Quila ¹³¹	Distrito Rural 8, de la ciudad de Sucre-Oropeza-Chuquisaca.	23	58	34	12	8	1
Territorio Indígena Originario. Marka Valle Tinquipaya de Poroma. ¹³²	Distrito Rural 2, Municipio Poroma -Oropeza- Chuquisaca	6	15	5	3	3	0
Territorio Indígena Originario. Marka Valle Quillakas Pojpo ¹³³	Municipio Poroma - Oropeza-Chuqui-saca	9	10	6	5	4	2
Territorio Indígena Originario. Jatun Ayllu Chhaqi ¹³⁴	Municipio Chaquí, Provincia Cornelio Saavedra- Potosí	13	25	24	7	6	0
Territorio Indígena Originario. Jatun Ayllu Yura ¹³⁵	Municipio Tomave, provincia Antonio Quijarro - Potosí.	4	18	7	2	2	0

Continúa en la página siguiente

131 FUENTE: TIOC Marka Quila Quila, entrevista personal a la Autoridad Ayllu Ayllu Picachulu Diego Kasanti, 7 de agosto de 2020, y entrevista de Yanapiri Felicidad Ibarra con Autoridades de la Marka Tata. Alberto Huaynasi y de los Ayllus Taxchi, Liquepaya, 12 de agosto de 2020.

132 FUENTE; Datos actualizados, En entrevista Kamani Yanapiri de Qhara Qhara Felicidad Ibarra con Autoridades de los Ayllus y con Médico Tradicional Ancestral de la Marka Poroma. Tata Erazmo Ugarte, corroborado en algunos casos con reporte del Municipio (9 y 12 de agosto de 2020).

133 FUENTE: TIOC Marka Pojpo, datos actualizados en entrevista personal de Kamani Yanapiri de Qhara Qhara Felicidad Ibarra con Autoridad Cacique de Marka, Tata Sabino Callahuara y de los Ayllus, corroborado en algunos casos con reporte del Municipio. (10 de agosto de 2020).

134 FUENTE; TIOC Jatun Ayllu Chhaqi, datos actualizados en entrevista personal de Kamani Yanapiri de Qhara Qhara Felicidad Ibarra con Autoridad del Suyu, parcialidad Urinsaya Wisijsa, Kuraka Tata Kuraka Felix Ckolu, (9 y 13 de agosto de 2020).

135 FUENTE; TIOC Jatun Ayllu Yura, datos actualizados en el informe de la 2da Reunión de Emergencia de la Nación Qhara Qhara, (06 y 9/08/2020)

Territorios Indígenas Originarios, Áreas protegidas y Comunidades de AP.	Ubicación geográfica	Casos positivos	Contacto con +	Sospechosos	En tratamiento	Recuperados	Fallecidos
Territorio Indígena Originario. JatunAyllu Pati Pati. ¹³⁶	Municipio Potosí, provincia Rafael Bustillos – Potosí.	4	5	6	2	2	2
Territorio Indígena Originario. Marka Payaqullu San Lucas ¹³⁷	Municipio San Lucas -Nor Cinti-Chuqui-saca	9	12	8	5	2	1
TOTAL de la Nación Qhara Qhara:		68 ¹³⁸	143	70	36	25 ¹³⁹	6

Así mismo, los líderes están elaborando unas cartillas o guías orientativas para su población que serán distribuidas en las siguientes semanas...

Al tiempo que fortalecen a los grupos de sanación con la medicina ancestral, promueven su complementariedad con medicamentos farmacéuticos para cuya adquisición se han movilizado y han pedido colaboración de la sociedad civil mediante diversos medios de comunicación.

Si bien constatan que la medicina tradicional ancestral está ayudando a gran parte de la población a recuperarse, entienden que hay algunas enfermedades de base (como el mal de Chagas y la neumonía) que requieren de otros insumos médicos.

Para los tratamientos de medicina ancestral que han realizado se toman en cuenta los potenciales productivos de la zona, por ejemplo, en Poroma cuyo potencial productivo es la miel de abeja, se ha preparado bastante propóleo y otros insumos procedentes de la apicultura para el tratamiento de las personas.

COLOMBIA

La Sierra Nevada de Santa Marta (en adelante SNSM), es un macizo montañoso ubicado al norte de Colombia, sobre el litoral Caribe, declarado por la UNESCO en el año 1979 como Reserva de Biosfera y Patrimonio de la Humanidad.

Es la cordillera de costa más alta del mundo, asiento de una extraordinaria diversidad de flora y fauna, donde se encuentra la casi totalidad de los ecosistemas tropicales existentes en el mundo.

136 FUENTE: TIOC Jatun Ayllu Pati Pati, datos actualizados en informe desde Autoridad de Jatun Ayllu Pati Pati, Tata Quintín Maita y Ayllu Cala Cala Líder Kamani, José Juis Maita al Suyu en entrevista a Yanapiri de Qhara Qhara, (10/08/2020).

137 FUENTE: TIOC Marka Payaqullu, datos actualizados en entrevista a Consejo de Caciques, e Informe Epidemiológico del Municipio San Lucas (11-13/08/2020).

138 De los casos positivos, 75% fue confirmada con pruebas rápidas y parte de reporte epidemiológico según entrevista personal, sin embargo, el restante 25% se confirma porque el paciente tuvo todos los síntomas de un caso positivo COVID además de haber estado a raíz de la enfermedad entre 15 a 25 días en cama y aislado.

139 De los casos recuperados, el 80% se recuperó con tratamiento de la MEDICINA NATURAL ANCESTRAL "TRADICIONAL", el otro restante con tratamiento de medicina científica, los que están en tratamiento en su mayoría dejó la medicina científica por el alto costo que implica adquirir y el difícil acceso a la misma, por lo que una mayoría está con tratamiento de medicina natural, así mismo, las personas fallecidas; 1 era joven y los otros 5 de la tercera edad, de las 5 personas, 3 fallecieron en hospital y estaban con tratamiento en el lugar.

Además, allí nacen 35 grandes ríos y hay aproximadamente 650 microcuencas que la convierten, además de sus aportes en términos medioambientales, en una magnífica fuente de agua que garantiza la vida de por lo menos 2 millones de personas que la habitan en sus partes bajas y medias¹⁴⁰.

Está poblada por cuatro pueblos originarios: los arhuacos, están los kogí, los wiwa (antiguamente denominados malayos) y los kankuamo.

El pueblo arhuaco, el más numeroso de los cuatro, cuenta con una población cercana a 50.000 personas. El territorio de los arhuacos está dividido en tres resguardos, cada uno con un Cabildo Gobernador y una directiva regional, a saber: Resguardo Kogui-Malayo-Arhuaco¹⁴¹, Resguardo Arhuaco¹⁴² y Resguardo Businchama¹⁴³ los cuales son, ante la normatividad colombiana, propiedades colectivas que tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Están reconocidos constitucionalmente¹⁴⁴ como instituciones legales y sociopolíticas especiales que se rigen por la organización autónoma y el sistema normativo de los pueblos indígenas.

Frente a la pandemia, el pueblo arhuaco de la SNSM emitió un comunicado con el siguiente texto:

**DE: DIRECTIVA GENERAL DEL PUEBLO ARHUACO Y DE LA CIT (Confederación Indígena Tayrona)
PARA: AUTORIDADES, MAMOS (guías espirituales) Y PUEBLO EN GENERAL
ASUNTO: RESTRICCIONES A LA MOVILIDAD EN NUESTROS TERRITORIOS**

La Directiva General del Pueblo Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, en representación de la CIT y los Resguardos, en ejercicio de sus funciones de gobierno, basadas en las normas internas aprobadas en Asamblea General y en los lineamientos tradicionales emanados de los Ka' dukwus (lugar donde se escucha la tierra) mayores y en vista de la amenaza de la pandemia del Covid 19, manifestamos lo siguiente.

La suscrita Directiva General del Pueblo Arhuaco en representación de la CIT y los Resguardos, en ejercicio del derecho a la Autonomía y Libre Determinación que nos reconoce el ordenamiento constitucional y legal de la nación colombiana, así como el Convenio 169 de la OIT, (Ley 21 de 1991), las Declaraciones de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU y de la OEA, el Decreto 1953 de 2014 y la jurisprudencia de las altas cortes colombianas, que han hecho una amplia interpretación del marco legal colombiano, favorable a los derechos fundamentales que nos amparan y considerando que:

1. Desde tiempos inmemoriales el pueblo arhuaco ha habitado el territorio ancestral en la Sierra Nevada de Santa Marta, en adelante SNSM, que, de conformidad con la Ley de Origen, este territorio nos fue dado para que cumpliéramos el mandato de cuidar y sanar la naturaleza y desde nuestros sitios sagrados proteger la continuidad y armonía de la vida en todo el planeta.
2. Para nosotros el mundo tiene su origen en espíritu, todo lo que vemos hoy existió en espíritu como el primer estado de existencia invisible e infinita. Lo nombramos en nuestras lenguas *Sé, She o Seyn Zare* (concepto que no puede traducirse literalmente).

De ahí surge la "Madre espiritual", *Jaba Sénenulang*, o Ati Zeynekun, como la esencia o energía de que fue conformando todo el mundo, primero en *Sé*, en oscuridad, desde ahí se fue dando la organización del Universo y después se fue dando paso a la luz, a lo visible, y de allí a la materialización y evolución del mundo. Desde ese primer estado espiritual e invisible se constituyó el orden de nuestro territorio ancestral y se nos dejó el conocimiento para administrar y cuidar todo, conocimiento que hemos expresado como nuestras normas o Ley de Origen.

Continúa en la página siguiente

140 Padilla, Guillermo. "Cultura y Derecho en Diálogo de Saberes" Julio del 2019. pp3.

141 Aprobado mediante Resolución 0109 del 8 de octubre de 1980.

142 Creado por resolución 078 del 10 de noviembre de 1983.

143 Creado por resolución 032 del 14 de agosto de 1996.

144 Artículos 63 y 329.

3. Que el Estado colombiano constituyó el Resguardo indígena Arhuaco por medio de la resolución 0113 de 1974, ampliado más tarde por la Resolución 0078 de 1983, el Resguardo Kogui-Malayo-Arhuaco, aprobado mediante Resolución 0109 del 8 de octubre de 1980 y el Resguardo Businchama (creado por resolución 032 del 14 de agosto de 1996); los cuales de acuerdo a la normatividad colombiana son propiedades colectivas que tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables y son reconocidos constitucionalmente (artículos 63 y 329), como instituciones legales y sociopolíticas especiales que se rigen por la organización autónoma y el sistema normativo de los pueblos indígenas (Constitución Política de Colombia 1991).

Estos Resguardos, sin menoscabo de su autonomía, están asentados en la jurisdicción de los municipios de Pueblo Bello y Valledupar en el Departamento del Cesar y los municipios de Fundación y Aracataca en el Departamento del Magdalena.

4. Que la división político administrativa del territorio del pueblo arhuaco está constituido por 60 asentamientos ubicados a lo largo y ancho del territorio ancestral, y por 10 sectores de influencia, que confluyen y participan de la comunidad central más cercana, siendo estas Nabusimake, Jewrwa, Simonorwa, Gunchukwa, Gun Aruwun y Kankawarua.
5. Que la administración, protección y seguridad de estos territorios, sus bosques, lagunas, nacimientos de agua, flora y fauna, así como de la población arhuaca que los habitan, son nuestra responsabilidad. Pues así fue como nosotros la recibimos, con un orden, con unas normas y procedimientos para que viviéramos bien y sin fronteras, por eso no deberíamos estar discutiendo cómo manejar o administrar la tierra, de quién es la tierra, etc., solo debemos basarnos en las normas dejados por nuestros Padres y Madres espirituales, que se leen en el orden y función natural de cada una de las capas del interior de la Tierra.
6. Que es la misma Ley de Origen la que nos dice dónde vivir, cómo vivir, dónde hacer casa, cómo hacer casa, dónde sembrar, cómo sembrar, nos dice cómo usar y cuidar el agua, la tierra, los árboles, las semillas, el viento, los animales, las plantas, nos da el conocimiento de cada elemento de la naturaleza, nos dice cómo debemos educar a los niños y organizarnos como comunidad, nos indica cómo debemos pensar y actuar, nos dice cómo no debemos estar, qué no debemos hacer y también nos dice cómo arreglar los problemas, el desorden, cómo pagar, cómo curar la naturaleza cuando no cumplimos con nuestro deber.
7. Que la emergencia generada por la pandemia del Covid 19 y la necesidad de proteger a nuestro pueblo, en particular nuestros ancianos, que son depositarios de nuestra historia, valores y principios, y que son los más vulnerables, requiere de un abordaje integral. Esas afectaciones vienen de ahora y desde tiempos atrás, desde la época de la conquista y colonia, cuando saquearon los objetos sagrados con los que se mantenía comunicación y se daba la energía al padre y madre del viento. Pero no solo por lo que ha sucedido acá en nuestro territorio, sino que los daños a los sitios sagrados de otras partes de la tierra generan esos vientos negativos que viajan y llegan hasta acá unidos a la lluvia y fuego en forma de tormentas.
8. Que nuestra resistencia a la pandemia está en primer lugar en nuestra organización social comunitaria, en los asentamientos y las familias, está en nuestros saberes tradicionales respecto al cuidado y al aislamiento para evitar el contagio; en nuestros conocimientos para enfrentar con éxito todas las amenazas que hemos sufrido a lo largo de la historia y de las cuales hemos logrado salir adelante; en la forma como respetamos y sanamos la tierra y la protección que recibimos de esta; en la conservación de los alimentos que nos son propios, en la forma como intercambiamos productos que nos proporcionan fraternidad, salud y alimento; en nuestra sabiduría y práctica espiritual que nos garantiza seguridad, cuidado y protección; en nuestra cultura que coloca el valor de la vida por sobre lo económico, que valora la naturaleza en reciprocidad con lo humano.
9. Que las condiciones de emergencia por las que pasa la humanidad en su conjunto, demanda de medidas extraordinarias, en nuestro caso restringir el acceso a los territorios de nuestros resguardos, de visitantes y personas en general, con la única excepción de médicos y trabajadores de la salud, así como restringir la salida de personas de la comunidad, salvo casos de extrema gravedad y necesidad.

DECRETAMOS

1. A partir de la fecha queda restringido el acceso a nuestros territorios de aquellas personas que pretendan ingresar, sin la previa y expresa autorización de las autoridades arhuacas legitimadas para ello.
2. Restringir la salida de miembros de la comunidad arhuaca, que sin previa autorización de la autoridad, pretenda salir de los resguardos.
3. Aplazar la Asamblea General que se planeaba para el mes de agosto del 2020 y de todas aquellas actividades que involucren la reunión de personas, en consideración al riesgo que puedan exponerse al contagio del Covid 19.
4. Esta circular se genera para luchar contra la pandemia y la necesidad de la autoridad de controlar la movilización de personal dentro de los resguardos.

La Confederación Indígena Tayrona (CIT), que es como se denomina la organización que agrupa toda la población arhuaca, desde el comienzo de la pandemia, restringió la movilización de personas para entrar o salir de los resguardos, para ello montaron un sistema de seguridad, constituido por semaneros (jóvenes que conforman la guardia indígena), quienes vigilaban las puertas de acceso a los resguardos. Se restringió el ingreso de personas ajenas a las comunidades, tales como turistas, comerciantes, visitantes de instituciones privadas, delegados de ONG o cooperación internacional, que desarrollan procesos o actividades en los territorios indígenas, con la excepción del personal médico que atiende la emergencia.

Durante los primeros meses esta vigilancia fue efectiva y no se tuvo noticias de contagios.

Cuando el gobierno nacional en el mes de marzo, aportó bolsas de alimentos, el alcalde de Pueblo Bello quiso ser quien distribuiría los alimentos en los resguardos, lo que generó la tensión con la prohibición de acceso al resguardo.

Esta disputa por el control político de este municipio existe de tiempo atrás. La mayoría de la población es arhuaca y en dos oportunidades han tenido candidato arhuaco para la alcaldía y estos han alegado que los no indígenas, que han gobernado el municipio, han logrado obtener fraudulentamente la alcaldía.

Sin embargo, divisiones internas han generado problemas y no han permitido la máxima eficacia de las medidas de protección, permitiendo el aumento de contagios. El enfrentamiento entre autoridades tradicionales y estatales ha generado problemas, no ha permitido la máxima eficacia en las medidas de prevención y tratamiento.

El día 6 de agosto, se conoció la noticia de la muerte del Cabildo Gobernador del Pueblo Kogi por el COVID-19, lo que tiene alarmada a toda la población indígena de la SNSM.

Este caso demuestra la necesidad de un correcto enfoque intercultural ante la pandemia y en especial el fortalecimiento de las autoridades locales tradicionales si se quiere tener éxito en la lucha contra la pandemia, no solo en los aspectos sanitarios sino también socio económicos.

GUATEMALA

Totonicapán es un departamento mayoritariamente maya-quiche del occidente del país, o San Miguel Totonicapán— («San Miguel»: en honor a su santo patrono San Miguel Arcángel y «Totonicapán»: del náhuatl «atotonilco», que significa el lugar del agua caliente).

La mayoría de la población (98%) pertenece a la etnia maya-k'iche' y está repartida en cantones y parajes sobre la cabecera municipal. La mayoría de la población (98%) pertenece a la etnia maya-k'iche. Se observa que del año 2002 al 2010 la población del municipio aumento de 93,392 a 127,190 habitantes, lo

que significa que creció 1.70%, teniendo una proyección de habitantes para el año 2021 de 164,006.

El gobierno de los municipios está a cargo de un Concejo Municipal mientras que el Código Municipal —ley ordinaria que contiene disposiciones que se aplican a todos los municipios— establece que «*el concejo municipal es el órgano colegiado superior de deliberación y de decisión de los asuntos municipales [...] y tiene su sede en la circunscripción de la cabecera municipal*»; el artículo 33 del mencionado código establece que «*[le] corresponde con exclusividad al concejo municipal el ejercicio del gobierno del municipio*»-

Sin embargo, aunque en la cabecera gubernamental la municipalidad ordena la vida política junto con las demás instancias gubernamentales, los alcaldes comunales, autoridades de los 48 cantones, son la instancia en la cual los «cantones» y «parajes» canalizan sus inquietudes para solicitar financiamiento a obras públicas y asesoría administrativa o legal.

El alcalde indígena o regidor cuarto, cumple su función como intermediador entre la municipalidad de Totonicapán y los alcaldes comunales de los 48 Cantones.

El Concejo Municipal se integra con el alcalde, los síndicos y concejales, electos directamente por sufragio universal y secreto para un período de cuatro años, pudiendo ser reelectos.

Existe además de las Alcaldías Comunitarias, los Comités Comunitarios de Desarrollo (COCODE), el Comité Municipal del Desarrollo (COMUDE), las asociaciones culturales y las comisiones de trabajo.

Los Alcaldes Comunales son elegidos por las comunidades de acuerdo con sus principios y tradiciones, y se reúnen con el alcalde municipal el primer domingo de cada mes, mientras que los Comités Comunitarios de Desarrollo y el Comité Municipal de Desarrollo organizan y facilitan la participación de las comunidades priorizando necesidades y problemas.

La asamblea de Alcaldes Comunales y su Junta Directiva de los 48 Cantones de Totonicapán, constituyen la institución de mayor representatividad y legitimidad del pueblo de Totonicapán, dada su historia y estructura. Su asamblea la forma toda la población de las comunidades rurales y urbanas del municipio y su objetivo fundamental se concentra en velar y defender los intereses colectivos del pueblo de Totonicapán.

Así pues, la organización de cada cantón en Totonicapán se estructura fundamentalmente en dos principios:

Una ideología político-social desde la cosmovisión maya, cuyo impacto es tan fuerte que goza de reconocimiento a nivel nacional e internacional.

Una estructura política social en apego a la división de poderes del Estado de Guatemala. Aunque ambas estructuras se respetan dentro de los cantones, según la tradición cultural e histórica del pueblo, posee mayor legitimidad la organización de los 48 cantones.

Las actividades que realizan los 48 cantones son: en primer lugar, la actividad jurídica, ya que es considerada como la base para la resolución de conflictos, atender denuncias y poner en práctica el derecho consuetudinario o sistema jurídico propio; en segundo lugar, está la administrativa, la cual vela por el patrimonio y el bienestar de la comunidad y del pueblo de Totonicapán; en tercer lugar, está la actividad social, que atiende todas las formas de la organización de la comunidad, prioriza los programas de salud, educación y seguridad. Por último, están las actividades políticas y culturales, que mantienen la organización de la comunidad, transmiten información en temas que afectan a la comunidad y consensua la toma de decisión, conservando las prácticas ancestrales del sistema jurídico, social y político.

Para hacer frente a la COVID-19, las autoridades de los 48 cantones emitieron en el mes de marzo del presente año el comunicado que transcribimos a continuación:

**COMUNICADO DE LOS 48 CANTONES DE TOTONICAPAN
ANTE LA AMENAZA COVID-19 EN EL PAIS.**

Al pueblo de Totonicapán, Como Junta Directiva de Alcaldes Comunales de los 48 Cantones. Ante las amenazas de la pandemia COVID-19 que dio lugar a declarar alerta roja declarada por la CONRED, y aprobada por los diversos sectores de nuestro municipio se INFORMA que se han acordado los siguientes acuerdos preventivos.

1. Que todas las actividades, formaciones y servicios de la Iglesia Católica, Evangélica y demás Congregaciones deberán ser suspendidas.
2. Los Baños de Aguas Caliente están totalmente cerradas, hasta nueva orden
3. A los medios de transporte colectivo deberán circular con la mitad de su capacidad y deberán contar con insumos de limpieza como gel antibacterial para desinfectar los pasamanos, de igual manera deberán aumentar el tiempo de intervalo de los turnos.
4. Las Camionetas, microbuses, taxis y moto-taxis, deberán contar con un gel antibacterial en sus unidades.
5. Se suspenderán, los días de plaza los martes y sábados a partir del martes 17 de marzo, hasta cumplir los 21 días, únicamente habrá días de plaza, los lunes, miércoles, jueves, viernes y domingos, y en estos días únicamente se podrá vender artículos de consumo diario como granos básicos. Quedando terminantemente prohibido aumentar los precios de estos artículos, y en caso de no acatar las órdenes se harán las denuncias correspondientes.
6. Se prohíben las fiestas patronales, reuniones, viajes por paseo, celebración de fiestas familiares y demás aglomeraciones en parques y demás lugares de recreación.
7. Todas las cantinas de nuestro municipio en áreas urbana y aldeas y cantones deberán ser cerradas hasta nueva orden.
8. Las Asambleas Comunitarias y demás reuniones de comités y demás Juntas, deberán ser canceladas, hasta nueva orden.
9. Ante sospechas de casos detectados dentro de nuestro municipio, aun no se cuenta con información oficial, por lo que rogamos no entrar en pánico, pero siempre respetar las recomendaciones y no exponerse.

Ante esta situación rogamos al pueblo de Totonicapán tomar en serio las recomendaciones emitidas por nuestras autoridades y por la Junta Directiva de Alcaldes Comunales de los 48 Cantones.

De acuerdo con Alicia Mejía, Vocal Primero de los 48 cantones, en la aplicación del protocolo el encargado del seguimiento debe informar si hay un caso con síntomas a partir de lo cual se determina una cuarentena, apoyándose en el suministro de alimentos para que eviten salir de sus casas.

La vigilancia epidemiológica ha sido eficiente. Las comunidades más alejadas no tienen registros de contagios. Cada semana revisan y cambian medidas. Se han activado las 24 horas de vigilancia del territorio. Cada comunidad ha puesto talanqueras, los caminos están cerrados.

Si una persona fallece, la comunidad coordina para el entierro a través de la alcaldía y la corporación con rigurosos criterios de bioseguridad que permitan evitar el contagio. Solo diez personas pueden ingresar a los cementerios; no hay velorios. A pesar de ello, ha habido aglomeraciones en algunos entierros. Los alcaldes comunales son los encargados.

Mejía explica que se ha trabajado intensamente solicitando el apoyo de la población para que se involucre en las decisiones tomadas. Esto ha incluido asambleas con los alcaldes, los que ha sido muy difícil de concretar porque no se han podido usar plataformas con todos los alcaldes, dado que no todos tienen internet o un teléfono inteligente.

Bajo las estrictas medidas sanitarias se han reunido y tomado decisiones. La asamblea se hizo de manera presencial, en un salón grande, con distanciamiento y mascarillas. Cada semana tienen reunión de la Junta Directiva y se informa cómo van los casos registrados.

Se ha restringido el ingreso ya que solo pueden entrar con el código del municipio de Totonicapán. Pueden ingresar con alimentos si tienen medidas de bioseguridad, guantes, mascarillas, temperatura adecuada y que algún alcalde le entregue una carta de autorización. Cada alcaldía es responsable de la persona que ingresa con mercadería.

Antes viajaban diario a Quetzaltenango para compras y trabajo, pero ahora deben contar con el permiso para poder viajar. Solo pueden salir por necesidad, si tiene receta médica, caso de emergencia, pero de regreso debe presentar constancia de que se hizo la visita médica. Si compran materia prima, les entregan el permiso.

De acuerdo con Mejía, la información es un aspecto clave sobre el cual tienen que seguir trabajando. Por ejemplo, en Chipuac se dio el primer caso fallecido, pero la población pensaba que la persona había fallecido por otras razones.

Todas las autoridades comunitarias han sido encargadas de dar la información.

Usan carros con perifoneo en su idioma promoviendo medidas de protección, uso de mascarilla, etc. Así mismo, se abrieron páginas web, donde se informa, se dan datos, se ofrecen medidas de medicina tradicional, uso de yerbas, se explica que hacer si se detectan casos que se sospeche de ser positivos, se

explica cómo no se debe discriminar a personas que puedan dar positivo y en lugar se informa como apoyar al enfermo y como generar aislamiento social y familiar.

Se ha promovido el uso de la medicina tradicional, por ejemplo, muchas son naturales, como limón, jengibre, ajo, miel, eucaliptus que se usan habitualmente para dolencias estomacales y otras. Además, la población evita ir a hospitales por miedo al contagio. Cada mercado comunal trata de mantener los suministros en los mercados. También se mantiene la celebración de ceremonias indígenas lo cual se considera muy importante en la comunidad.

Con la ayuda de la organización de Médicos Descalzos de Chinique (Quiche), se ha educado a la gente sobre plantas medicinales, como preparar medicinas con base en ellas, cuales son benéficas para fortalecer el sistema inmunológico, cuales son útiles para prevenir el contagio e incluso cuales sirven para tratar al paciente cuando ya esté afectado. También qué tipo de plantas y preparados sirven para inmunizar personas y lugares.

Así mismo, los guías espirituales mayas (ajq'ij) con estrictas medidas de bioseguridad, han continuado realizando rituales propios de su espiritualidad, en sus lugares sagrados, invocando protección contra el virus. Entre la población hay muchos profesionales de la salud que han estado siendo capacitados para actuar como reproductores de toda esta información.

Este sistema de autogobierno no solo ha demostrado eficiencia frente a una crisis, sino que consolida un profundo sentido de pertenencia y responsabilidad comunitaria.

La población de los 48 cantones, con sus líderes naturales y la conciencia que les provee la historia y práctica de su organización, sabe que más que esperar que el Estado actúe, han asumido con rigor su propio control, consiguiendo garantizar el suministro de alimentos para que la población no tenga que salir de sus casas y desarrollar las acciones que la crisis actual requiere.

México

Villa Tálea de Castro, municipio zapoteca al norte de Oaxaca, regido por el sistema de Usos y Costumbres. Debe señalarse que, de acuerdo con la Constitución del Estado de Oaxaca, los municipios del Estado pueden optar por regirse por el sistema de usos y costumbres o por partidos políticos. El primero, se basa en el principio del pluralismo jurídico y derechos colectivos previstos en los estándares internacionales. El segundo, consiste en elecciones que impulsan partidos políticos. En esta comunidad, el sistema de usos y costumbres implica el nombramiento que se hace en asamblea comunal.

Ante la pandemia en Tálea de Castro, la autoridad impuso, desde el comienzo de la pandemia, un estricto toque de queda: desde las 9 de la noche y hasta las 6 de la mañana nadie puede salir.

Hasta el momento de redactar este informe, no ha habido ningún caso confirmado de coronavirus en el municipio. Del pueblo solo pueden salir embarazadas y personas en situación vulnerable con enfermedades crónicas como la diabetes.

La infraestructura médica que hay en la zona es una clínica de dos núcleos básicos, lo que es insuficiente para atender una situación tan grave como la planteada por la pandemia, fue a partir de esta realidad que la autoridad se planteó que había que actuar con prontitud, para prevenir la llegada del virus.

La autoridad indígena ha impuesto un estricto control que obliga a desinfectar a la población y lugares públicos, han distribuido comida a la población, han facilitado acceso al agua potable y promueven en su propio idioma, por perifoneo y en emisoras locales, información relevante sobre la sintomatología de la enfermedad y las medidas de bioseguridad que se deben adoptar, como son el uso de tapabocas, distanciamiento social, lavado de manos, etc.

Se privilegió el incremento del trueque como una forma de abastecer de productos de primera necesidad a la población, la autoridad ha incentivado entre las familias del municipio el cultivo de hortalizas en sus jardines y lugares preparados para el efecto, para lo cual se donan plantas comestibles y semillas. Así mismo la autoridad ha comprado víveres en grandes cantidades para luego venderlos al costo entre los habitantes, evitando de esta manera que la gente tenga que salir del municipio. A los agricultores se les otorgan permisos especiales para que estén en capacidad de trabajar en sus sembradíos y garantizar el avance hacia la soberanía alimentaria del municipio.

Para el abasto de productos que hay que conseguir afuera, se otorgan permisos donde se especifica a que van y se verifica que esto se cumpla. Los salvoconductos se revisan tanto a la salida como al regreso, verificando el motivo y la hora de salida y regreso.

A los dueños de tiendas en el municipio se les otorgan permisos para traer mercancías y así evitar el desabasto, al mismo tiempo se prohibió el ingreso de camiones de empresas como Bimbo, Marinela y otros productos que no son de primera necesidad.

Contraste con lo expuesto la realidad de Huautla de Jiménez, Oaxaca, pueblo mazateco, que se rige por el sistema de Partidos Políticos, cuna de María Sabina la famosa sacerdotisa mazateca de los hongos cuyo festival debía estarse celebrando a finales del mes de julio, pero que fue suspendido por la expansión del virus. El 17 de julio el secretario de este municipio falleció por causa de la Covid-19, según reportó el periódico virtual Página 3.

El principal diario oaxaqueño informo el 22 de julio que este pueblo estaba “sin protocolos y sin autoridad para enfrentar la pandemia”¹⁴⁵ que afectó también a un edil del Municipio, y donde hasta el Presidente Municipal está aislado por posible

145 El Imparcial, <<https://www.facebook.com/258430140834731/videos/3149789331741930/>>

contagio. Para el 15 de julio había 10 casos positivos reportados con un muerto, para el 22 de julio ya se contaban 19 casos positivos, con ocupación del 100% de las camas y ventiladores en el hospital local. De acuerdo con un mapa interactivo del Gobierno Federal, para el 5 de agosto se habían reportado 30 casos positivos, 3 defunciones y 6 sospechosos sin confirmar.

Una enseñanza empírica que podemos observar del contraste entre estos dos municipios indígenas del Estado de Oaxaca es que en Talea de Castro administrado por el sistema de Usos y Costumbres, donde la máxima autoridad es la Asamblea Comunitaria, la comunidad está más cohesionada y la autoridad coordina de manera más eficaz. Mientras tanto, en Huatla de Jiménez, con el sistema de partidos políticos, se genera un desplazamiento de la administración pública de la comunidad a los administradores, sin que se generen lazos que incrementen la coherencia entre el gobierno y las necesidades comunitarias.

PARAGUAY

La comunidad El Estribo queda en el departamento presidente Hayes, distrito Irala Fernández, en el Chaco paraguayo. Se ubica a unos 372 km de Asunción, la capital del país, allí viven miembros del pueblo Enxet Sur, con una población en total es de 6.300 familias distribuidas en 11 aldeas.

En uso de sus facultades de autodeterminación y a través de las autoridades comunitarias, ante la inminencia de la pandemia, se tomó la decisión del cierre de la comunidad. Esta medida fue tomada por los líderes y la seguridad comunitaria

considerando el decreto presidencial sobre la pandemia del mes de abril.

El cierre de la comunidad implicó la prohibición total de entrada y salida de personas hacia y desde la comunidad.

De acuerdo con lo expresado por Joaquín Fernández, miembro de la comunidad, se adoptó un reglamento interno que se discutió y adoptó a través de los líderes y miembros de la comunidad y la seguridad comunitaria con el fin de proteger a las familias de la comunidad.

Hasta el momento de redactarse este informe, se sigue impidiendo el ingreso de las personas extrañas. Para ello, los comunitarios ejercen la seguridad comunitaria, de día y noche, vigilando la entrada y los accesos de la comunidad. No se han registrado casos de contagio con el virus de la COVID-19.

Los vendedores ambulantes que quieran vender su producto dentro de la comunidad si no cuentan con inspección médica no pueden ingresar. Por su parte, las personas de las instituciones públicas hasta hoy día están respetando la decisión tomada por los líderes y los miembros de la comunidad El Estribo en general.



X

CONCLUSIONES

X. Conclusiones

El derecho a la práctica de la justicia propia para los Pueblos Indígenas es un derecho de carácter estructural, pues este derecho tiene implicaciones para la totalidad de los derechos específicos de estos pueblos. Los derechos de carácter colectivo, a los que con la mayor frecuencia aluden las normas e instrumentos nacionales e internacionales que hemos invocado en este escrito, forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos Pueblos Indígenas y de sus integrantes, constituye la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes —individuales y colectivos— de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los pueblos y comunidades étnicas.

Así, el perito Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum hizo notar:

“en ciertos contextos históricos que los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente solo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural”¹⁴⁶.

Sobre esta base, el reto histórico que enfrentan los Estados en la actual coyuntura es desarrollar el reconocimiento de unas relaciones jurídicas específicas, que concurren a integrar el estatuto característico de una buena parte de los habitantes de América, cada vez mejor comprendido y reconocido por las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales.

La mayoría, sino la totalidad, de los Pueblos Indígenas del continente poseen autoridades tradicionales y formas de organización comunitaria propias, centradas en el acuerdo de voluntades colectivas y el respeto a sus normas particulares. Tienen sus propias estructuras sociales, económicas y culturales. Para los miembros de estas comunidades y pueblos, la armonía con el ambiente se expresa por la relación espiritual que tienen con la tierra, la forma de manejo de los recursos y el profundo respeto a la naturaleza. Las tradiciones, ritos, costumbres y su efecto en el ejercicio de su justicia, tiene un lugar esencial en su vida comunitaria.

Su espiritualidad se refleja en la estrecha relación entre los vivos y los muertos, y se expresa a partir de la práctica de los rituales de entierro, como una forma de

146 Sentencia del 31 de agosto de 2001. Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Corte IDH.

permanente contacto y solidaridad con sus antepasados. La transmisión de la cultura y del conocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres, en ello el respeto por los principios y valores a los que el colectivo está impelido. En una palabra, se trata del “derecho del colectivo a ser diferente”.

Todo lo cual incluye no solo el deber del Estado de reconocer estos derechos, sino también a la necesaria coordinación con el derecho formal estatal, que en el presente caso incluye a prácticas de coordinación y estándares sobre el debido respeto a los derechos humanos definidos de manera intercultural, relaciones de reciprocidad y cooperación para aprehensión preventiva y pruebas, intercambio de información, apoyo en medidas coercitivas, uso de los lugares de detención estatal para personas juzgadas por la jurisdicción indígena, evaluaciones, peritajes, acato a decisiones judiciales indígenas, etc.

Como lo expuso la Corte IDH, es oportuno recordar que, de conformidad con los Artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas de comunidades y pueblos étnicos que están sujetas a su jurisdicción, entre los cuales se destaca el derecho a su propio derecho y en él la posibilidad de ejercer un control que parta de su propia realidad cultural, por medio de sus autoridades que ejercen a partir de sus principios y valores.

Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los Pueblos Indígenas y entender que el proceso de descolonizar la mente es una tarea a la que aportan de manera imprescindible, los acercamientos dialógicos interculturales.

En cuanto a la vigencia del pluralismo jurídico, las claves se encuentran en los Artículos 8 y 9 del Convenio 169, en virtud de los cuales se exige el respeto a reglas, procedimientos e instituciones propios para la resolución de conflictos, incluyendo el ámbito penal. Como el convenio no establece mínimos explícitos o competencias concretas, y se exige la compatibilidad con los derechos fundamentales y los derechos humanos, alcanzar estos solo puede ser posible por medio de consensos interculturales que resulten de diálogos abiertos y desprejuiciados, donde además de escuchar a los mismos pueblos, también se valore y apoye las contribuciones de expertos, la academia y organizaciones de la sociedad civil que participen en los análisis de las particularidades culturales de los procesos judiciales que se adelanten con personas indígenas.

En este sentido, resaltan los peritajes antropológicos y los *amicus curiae*, que se aporten a los procesos y que coadyuven con los jueces a tomar decisiones que sean compatibles con los ya vastos estándares internacionales, como se lo ha visto en el presente trabajo.

Hay que advertir los riesgos del fórum *shopping* (foro de conveniencia), que ocurre cuando son los actores en los procesos judiciales los que determinan en qué jurisdicción conviene más que se ventile su caso. Esta práctica puede conducir al

debilitamiento de la cohesión comunitaria indígena al descalificar su potestad jurisdiccional.

Una coordinación entre jurisdicciones dada de buena fe y en el marco de los estándares internacionales, no solo previene conflictos jurisdiccionales, sino que lleva a otorgar importancia a la contribución de la justicia indígena al sistema integral de justicia estatal. Se debe entender que las diferentes jurisdicciones son aliadas de un sistema jurídico pluralista, corresponsables de una justicia integral que fortalece la democracia y al Estado de Derecho, que de esta forma amplía su cobertura para amparar a todos los ciudadanos en nuestras naciones étnica y culturalmente diversas.

Bibliografía

- Argentina Constitución Nacional de la República de Argentina, 1994.
 Decreto 791 de 2012 sobre el Consejo de Coordinación del Instituto de Asuntos Indígenas.
 Ley 24.071 de 1992
 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Acordada 5/09
- Ariza, Rosembert (2019). *Lei do Índio ou Lei do Branco Quem Decide? Sistemas Jurídicos Indígenas e Intervenções Estatais*, Rio de Janeiro: Editora Lumen, Juris.
- Ariza Santamaría, Rosembert; Padilla, Guillermo (2012). “Elementos de ponderación e interpretación intercultural”. En *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*. Prujula y Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.
- Belice, Constitución Nacional
- Boaventura de Sousa Santos (1995). *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nueva York: Routledge.
- Bolivia, Constitución Política del Estado
 Ley 3897 de 26 de junio de 2008.
 Ley 027. Tribunal Constitucional Plurinacional del 6 de Julio, 2010.
 Ley 254 de 5 de julio de 2012.
 Ley 073 de Deslinde Jurisdiccional del 29 de diciembre de 2010.
- Bonilla, Daniel (2006). *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Estudios Ocasionales CIJUS. Bogotá: 1999.
- Botero Catalina, Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Recuperado de: <<https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2003/2BOTEROMARINO.pdf>>
- Brasil, Constitución de la República Federal de Brasil de 1988
 Informe de la Articulación de Pueblos Indígenas de Brasil (APIB). Junio 2020.
- Chacón Castro, Rubén (comp.) (2001). *Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional*, San José, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena. San José: Organización Internacional del Trabajo (OIT), Impresora Gossestra.
- Changala, Ricardo (Sist.). (2019). Marcos jurídicos e institucionales en los Estados miembros del FILAC, derechos indígenas. A diciembre de 2018. Cuadernos de los saberes, n.º 1. Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe (FILAC). Sistematización.
- Chile, Ley Indígena n.º 19.253 del 05/10/1993
 Decreto 66 del 15/10/2013
 Decreto 40 del 12/082013

- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD). A/HRC/WG.6/5/URY/2 Extraído del Informativo 92-93 de CIP. 8 Párr. 26.40 9 CERD/C/304/ADD.78, párr.11,17 10 Párr.28,40 11 CEDAW/C/URY/CO/7.
- Consejo Superior de la Judicatura; Organización Nacional Indígena de Colombia (2006) Compilación y selección de los fallos y decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena 1980-2006, Colombia: Recuperado de: <<https://www.ramajudicial.gov.co/web/jurisdccion-especial-indigena-y-el-sistema-judicial-nacional/compilacion-y-seleccion-de-los-fallos-y-decisiones-de-la-jurisdccion-especial-indigena>>
- Copa Pabón, Vianca; Mballa, Louis Valentin. „Un acercamiento analítico al pluralismo jurídico en Bolivia: Lo Aymara en un panorama multipolar desde la visión de Fernando Untoya”. *Revista Humanidades*, vol. 10, núm. 1, 2020. Universidad de Costa Rica.
- Corte IDH, comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005.
- Corte IDH, Caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 27/06/2012, Serie C, n.º 245.
- Corte IDH, “Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala” Reparaciones. Sentencia del 19 de noviembre de 2004.
- Corte IDH, Caso “Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”. Sentencia de Fondo y Reparaciones de la Corte IDH. 31 de agosto de 2001.
- Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.
- Corte IDH, “Escué Zapata vs. Colombia”. Sentencia de 4 de julio de 2007.
- Corte IDH, “Goiburú y otros vs. Paraguay”. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.
- Corte IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua”. Sentencia de 23 de junio de 2005.
- Corte IDH, “Pueblo Saramaka vs. Surinam”. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”. Sentencia de 29 de marzo de 2006.
- Corte IDH, “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”. Sentencia de 24 de agosto de 2010.
- Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”. Sentencia de 17 de junio de 2005.
- Colombia, Constitución Política del 1991
Decreto 1953 de 7 octubre 2014
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias números T-342 de 1994, T-349, T-496 de 1996 y T-523 de 1997; SU-510 de 1998; T-370 de 2002 y T-214 de 1997, T-002 de 2012, T-921 de 2013; T-266 de 1999; T-866 de 2013; T-617 de 2010; SU-039 de 1997; SU-039 de 1997 C-620 de 2003; T-567 de 1992; T-188 de 1993; T-528 de 1992. C-486/93.
- Costa Rica, Constitución Política
Ley Indígena, N°6172 de 1977
Res: 2004-09931, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, del 3 de septiembre del 2004.
Res: 2004-12743 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, del 12 de noviembre del 2004

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José Res:
2004-09931

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ONU.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículos 1, 2.1, 7, 17.1 y 27); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 27); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Artículos 1.1 y 2); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículos 2, 13 y 23) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 24 y 26).

Daes, Érica-Irene (2011). UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Indigenous peoples and their relationship to land: Final working paper prepared by the Special Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes*, 11 June 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21, available at: <<https://www.refworld.org/docid/3d5a2cd00.html>>

Ecuador, Constitución de la República de 2008

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 22 octubre de 2009

Código Orgánico de la Función Judicial.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 22 octubre de 2009

El Salvador, Constitución de la República. Reforma constitucional del 12 de junio del 2014.

Perfil de los Pueblos Indígenas de El Salvador, Primera Edición 2003 Banco Mundial; Unidad Regional de Asistencia Técnica (RUTA); El Salvador: Ministerio de Educación. Concultura y Pueblos Indígenas.

Informe Sombra presentado por la Federación Luterana Mundial ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en 2006.

Galvis, Clara María (2011). El derecho a la consulta previa, libre e informada de los Pueblos Indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, Washington: Due Process of Law.

Gómez, Herinlady (2008). *Justicias Indígenas Andinas*. Universidad del Rosario, UE-ONIC. Citado en Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia. *Rosember Ariza Santamaría*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, C.R.: IIDH, 2010

Guatemala, Constitución Política de la República de Guatemala del 17 de noviembre de 1985.

Ley Marco de los Acuerdos de Paz

Decreto 52-2005 del 1/09/2005.

Decreto 11- 2002 del 11 de abril de 2002

Decreto 12-2002 del 9 de mayo de 2002.

Resolución 123-001-2009

- Acuerdo Gubernativo n.º 1093-84 Código Penal
- Corte de Constitucionalidad, refieran al tema de consulta previa: Expediente 406-2014, Sentencia de fecha 23/11/2015; 411-2014, Sentencia de fecha 12/01/2016; Expediente 5712-2013, Sentencia de fecha 23/11/2015; Expediente 2567-2015, Sentencia de fecha 31/03/2016; Expediente 3753-2014, Sentencia de fecha 13/01/2016; Expediente 5705-2013 y 5713-2013, Sentencia de fecha 12/01/2016; Expediente 795-2016, Sentencia de fecha 05/05/2016. Expedientes: 4419-2011, 1149-2012, y Expedientes Acumulados 4957-2012 y 4958-2012
- Honduras, Constitución Política de 1982
- IBÁÑEZ RIVAS (2014). Juana María, Artículos 8 y 25, en: Steiner, Christian/URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Bogotá: Recuperado de: <<http://www.kas.de/rsplas/publications/38682/>>
- Llano, Jairo Vladimir (2012). Teoría del derecho y pluralismo jurídico. *Criterio Jurídico Santiago de Cali* V. 12, n.º 1
- Marcos Jurídicos e Institucionales en los Estados Miembros del FILAC [derechos indígenas] a diciembre de 2018. Cuadernos de los Saberes, n.º 1. Edición de enero de 2019.
- Martínez, Juan Carlos; Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Coords.). (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia* (2012). Prujula y Konrad-Adenauer-Stiftung E. V.
- Martínez de Bringas, Asier (2013). *Revista de Derecho Político* n.º 86, enero-abril 2013, págs. 411-444. UNED, Madrid.
- Marshall, Tony (1999). Restorative justice an overview. A report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate. Recuperado de: <http://www.antoniascasella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf>
- México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917
- Constitución de Chihuahua.
- Constitución de Quintana Roo.
- Constitución de Chiapas.
- Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California.
- Ley de Derechos, Cultura y organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca.
- Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca.
- Naciones Unidas, Asamblea General, Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Recuperado de: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9817.pdf>>
- Nicaragua, Constitución de la República de Nicaragua de 1987
- Olano, Hernán (s/a). Fallos proferidos por los Tribunales, en razón a la naturaleza. Colombia http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/130lanoult.pdf
- Oliveira, Assis Da Costa; Castilho, Ela Wiecko Volkmer (Orgs.). (2019). *Lei do Índio ou Lei do Branco. Quem Decide? Sistemas Jurídicos Indígenas e Intervenções Estatais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.

- Oxfam (2015). Sistematización del proceso de implementación del Derecho a la consulta a los Pueblos Indígenas establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Guatemala. Guatemala: Editorial Serviprensa.
- Pacarina del Sur. Recuperado de: <http://pacarinadelsur.com/ediciones/68,-dossiers/dossier-23/1865-derecho-aymara-y-pluralismo-juridico-la-festividad-como-campo-normativo-la-fiesta-de-cruz-de-mayo-en-cancosa>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Artículo 9, numeral 4) y sus Protocolos Opcionales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Artículo 2, numeral 2); la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer, (Artículo 2, numeral C y Artículo 15, numeral 2); la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Artículo 30 y Artículo 36, numerales B y D), entre otros. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, (Artículos 18; 26 y 26). Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, (Artículo 8).
- Padilla, Guillermo. Video Seis Años. Disponible en la página web del Programa Universitario Diversidad Cultural e Interculturalidad de la Universidad Nacional Autónoma de México. http://www.nacionmulticultural.unam.mx/portal/galeria_audiovisual/seis_años.html
- Padilla, Guillermo (2016). “Los Pueblos Indígenas y la consulta previa: ¿normatización o emancipación? Una mirada desde Guatemala”. Bogotá: *Revista colombiana de Sociología*.
- Panamá, Corte Suprema de Justicia. Hábeas Corpus a Favor de Charles Martínez Felix, Contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas; Ponente: Aníbal Salas Céspedes. Panamá, 19 de octubre de 2006. Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Plena. Ponente: Aníbal Salas Céspedes. Fecha: 19 de octubre de 2006. Materia: *Hábeas Corpus*. Primera instancia. Expediente: 768-06. Corte Suprema de Justicia de Panamá. www.organojudicial.gob.pa. Hábeas Corpus a Favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, 8 de agosto de 2007. Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Pleno. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Fecha: 08 de agosto de 2007. Materia: *Hábeas Corpus*. Primera instancia. Expediente: 470-07. Corte Suprema de Justicia de Panamá. www.organojudicial.gob.pa.
- Panamá, Código Procesal Penal de Panamá (Ley 63 de 28 de agosto de 2008).
- Paraguay, Constitución Política.
Ley n.º 904/81 Estatuto de las Comunidades Indígenas, Instituto Paraguayo del Indígena (INDI).
Resolución Administrativa n.º 082-2015-P-PJ del 16 de febrero 2015.
- Perú, Constitución Política de Perú de 1993
Decreto-ley 22175 del 9 de mayo 1978
Resolución legislativa 26253 de 1993
Ley de Rondas Campesinas del Perú (27908 del 17 de diciembre de 2002)
Ley General de Comunidades Campesinas, Ley 24.656 del 13/IV/1987.
Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u originarios. Ley n.º 29785 del 31/08/2011.

- Pinto, Mónica (1997). "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos". En: La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, 1997, págs. 163-172. Recuperado de: <[www. Corteidh.org.cr/tablas/20185.pdf](http://www.Corteidh.org.cr/tablas/20185.pdf)>
- Punto 2 de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1960. Recuperado de: <<http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>>
- Rodríguez Rescia, Víctor *et al* (2007). "Costa Rica. Resoluciones sobre Pueblos Indígenas 2000-2006". Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Rojas Garzón, Biviany; Yamada, Erika M.;Oliveira, Rodrigo *et al* (2016).*Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica (RCA); Washington, DC: Due Process of Law Foundation.
- Stavenhagen, Rodolfo (1990). "Derecho consuetudinario indígena en América Latina", en: Entre la ley y la costumbre, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México.
- Ulibarri, Eduardo (2013). Informe del Embajador, Representante Permanente de Costa Rica a las Naciones Unidas. New York, octubre del 2013.
- Uprimny, Rodrigo (2005). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Dejusticia, Colombia. Recuperado de <<https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>>
- Uruguay, Consejo de la Nación Charrúa (CONACHA). Informe sobre la Situación de los Pueblos Indígenas de Uruguay. Junio del 2012
- Valiente Lopez, Aresio (2011). "Los Modos de Resolver los Conflictos Sociales en el Mundo Indígena". En: Derecho Indígena en Panamá. Cuadernos de Ciencias Sociales n.º 5, Panamá: FLACSO Panamá Arpía Impresores.
- "La jurisdicción indígena en la legislación panameña", en *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- Venezuela, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
- Xiloj Cuin, L. (2017). *La consulta previa, libre e informada en la jurisprudencia guatemalteca*. Ciudad de Guatemala.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1998). En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Bogotá: Editorial Temis.



FILAC

FONDO PARA EL DESARROLLO
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE
AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE



FORD
FOUNDATION



MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN

