



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL



**ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**LA JUSTICIA INDÍGENA EN LA REGIÓN
ANDINA: ESPECIAL
REFERENCIA A LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

PATRICIO SÁNCHEZ PADILLA

**Director: Emmanuel Jiménez Franco
Universidad de Salamanca**

Salamanca – 2018



**ESCUELA DE DOCTORADO
'STUDII SALAMANTINI'**

**PROGRAMA DE DOCTORADO
ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL**

TESIS DOCTORAL

**LA JUSTICIA INDÍGENA EN LA REGIÓN
ANDINA: ESPECIAL REFERENCIA A LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

PATRICIO SÁNCHEZ PADILLA

**Tesis Doctoral presentada para obtener el grado de Doctor por la Universidad de Salamanca
dirigida por el Dr. EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO, Prof. Titular de Derecho Administrativo de la
Universidad de Salamanca**

Salamanca - 2018

A Mirella, Boris y Antonella

*A la Universidad de Salamanca por haberme permitido ser su
alumno.*

Al Doctor Emmanuel Jiménez Franco por su paciencia y enseñanzas

ÍNDICE

Dedicatoria.....	5
Agradecimiento	6
Índice	7
Abreviaturas.....	11
Introducción.....	12

Capítulo I

1. La cuestión indígena: una mirada desde su conflictividad

1.1. Las formas de justicia precolombinas	17
1.1.1. El Derecho Indígena visto por los conquistadores y el Derecho de Indias	18
1.1.2. Autoridad indígena y el Derecho Indiano.....	20
1.2. La justicia colonial: entre la inquisición y la explotación.....	22
1.2.1. Repoblamiento indígena como medida de explotación	28
1.2.2. El lugar social de los indios en el Derecho indiano y reacciones de los propios españoles.....	30
1.3. Las Cortes de Cádiz y las Juntas Americanas	34
1.3.1. Las Cortes de Cádiz	35
1.3.2. Las Juntas Americanas	36
1.4. La construcción de la República y el gran ausente. El indígena.....	37
1.5. El tutelaje jurídico del indio y la ciudadanía constitucional	50
1.5.1. El liberalismo de mediados el siglo XIX y los rezagos coloniales.....	53
1.6. Los manuales de comportamiento y las contravenciones penales	56
1.7. Perdón o reconocimiento: desde la inimputabilidad del indio hasta el error de prohibición culturalmente condicionado.....	63
1.8. El derecho indígena como ordenamiento jurídico paralelo en Ecuador	72

Capítulo II

2. La internacionalización de la justicia indígena

2.1. Los Derechos Humanos y el multiculturalismo	85
2.2. El sistema de Naciones Unidas y el reconocimiento del pluralismo jurídico	96
2.2.1. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 27 de junio de 1989	106

2.2.2.	Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 13 de diciembre de 2007	110
2.3.	El Sistema Interamericano y el reconocimiento del pluralismo jurídico.	114
2.3.1.	La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.....	114
2.3.2.	Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 14 de junio de 2016.....	115
2.3.3.	Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad de 2008.....	117
2.3.4.	Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1990.....	121
2.4.	El paradigma occidental de los Derechos Humanos y la diferencia cultural	125
2.5.	Lineamientos de la justicia indígena: precedentes jurisprudenciales internacionales	132
2.6.	La justicia indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	140

Capítulo III

3. La constitucionalización del pluralismo jurídico

3.1.	El nuevo constitucionalismo andino: el Buen Vivir	150
3.1.1.	El indigenismo	155
3.1.2.	La interculturalidad.....	160
3.1.3.	La Plurinacionalidad	162
3.1.4.	El Buen Vivir.....	163
3.2.	El programa constitucional de los derechos colectivos en la Región Andina.....	167
3.2.1.	Colombia.....	169
3.2.2.	Perú	174
3.2.3.	Bolivia y Ecuador	177
3.3.	Principios y formas jurídicas de la justicia indígena: ¿existe un debido proceso ideal?	180
3.3.1.	Comunidad.....	183
3.3.2.	Autoridad	183
3.3.3.	La Legislación	184
3.3.4.	Los Correctivos.....	185

3.4. La reincorporación simbólica a la comunidad y los imaginarios “penales” sobre el castigo	187
3.5. El reconocimiento político, normativo y jurisdiccional de la justicia indígena en la República del Ecuador	192
3.6. El Artículo 171 de la CRE y la Justicia Indígena en la República del Ecuador .	199
3.6.1. Límites constitucionales de aplicación de la justicia indígena	203
3.7. El deslinde boliviano y la distribución por materias: evolución normativa del Estado Plurinacional y la justicia indígena	204
3.8. Los mínimos jurisprudenciales de Colombia: no matar, no esclavizar y no torturar	210

Capítulo IV

4. La justicia indígena en Ecuador

4.1. Caracterización de los sistemas de justicia indígena en Ecuador	218
4.1.1. Filosofía y procedimientos milenarios.....	223
4.1.2. Transmisión de costumbres y predominio del principio de libre determinación	226
4.2. Componentes de la justicia indígena.....	230
4.2.1. Autoridades indígenas	230
4.2.2. Normas y procedimientos propios	230
4.2.3. Jurisdicción y competencia de la justicia indígena.....	232
4.2.4. Distribución de competencias.....	236
4.2.4.1. Por la materia.....	237
4.2.4.2. Por la pertenencia étnica.....	240
4.2.4.3. Por el territorio	241
4.2.5. Declinación de competencias.....	241
4.2.6. Coordinación, cooperación y colaboración: el diálogo intercultural de las justicias en Ecuador	242
4.3. Garantías constitucionales mínimas que debe observar la justicia indígena.....	254
4.4. Control de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador	256
4.4.1. Alcance de la Resolución de la Corte Constitucional respecto al caso de la Cocha.	267

4.5. Las líneas político-administrativas del Consejo de la Judicatura.....	274
4.6. El advenimiento de la justicia indígena: la concreción de una salida	275
Conclusiones.....	281
Bibliografía.....	291
Anexos.....	317
1. Anexo I: Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional.....	317
2. Anexo II: Estadística de la Población Indígena en la región Latinoamericana.	324
3. Anexo III: Pueblos y Nacionalidades Indígenas del Ecuador	325
4. Anexo IV: Convenio Nro. 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 Ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998.....	327
5. Anexo V: Declaracion de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.....	345
6. Anexo VI: Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016.	361

ABREVIATURAS

CC:	Corte Constitucional.
CEAACES:	Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior.
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CJ:	Consejo de la Judicatura.
COFJ:	Código Orgánico de la Función Judicial.
COIP:	Código Orgánico Integral Penal.
CONAIE:	Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador.
CRE:	Constitución de la República del Ecuador
DADIN:	Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
DNUDPI:	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
ECOSOC:	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.
GTPI:	Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.
INEC:	Instituto Nacional de Estadística y Censos (Ecuador)
La Ley:	Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia.
LOGJCC:	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
ONU:	Organización de Naciones Unidas
OEA:	Organización de Estados Americanos.

Introducción

El descubrimiento de América fue un encuentro entre dos mundos que siempre estuvieron allí. A la llegada de Colón, ya había habido antiguos contactos con otros pueblos. No obstante, el 12 de octubre de 1492 tuvo un significado político y social civilizatorio. Por una parte, Europa hubo de redefinir sus fronteras de expansión económica; y, por la otra, se inició un sistema socio-político de explotación novedoso: el colonialismo. A partir de esta realidad, mientras en Europa el feudalismo estaba acabando y comenzaba el incipiente precapitalismo, y el control político de las tierras ubicadas en el lejano y medio oriente; “América”, así llamado por el conquistador, representaba la oportunidad de prolongar la dominación política y la explotación económica de las monarquías europeas.

La inauguración de este régimen supuso la de un nuevo orden mundial, allí el significado político del “descubrimiento”. Un nuevo orden concéntrico donde los países periféricos dependen de las decisiones de los centrales. Estas relaciones de dependencia es lo que podemos llamar colonialismo, el cual pervive aún en las instituciones y la estructura social de América Latina. No obstante, la conquista se mueve en dos discursos antagónicos. Para Europa, se logró exportar las maneras del mundo civilizado, la tecnología y los avances científicos, y las instituciones modernas a América Latina; para los pueblos que fueron sometidos por la fuerza, por un lento proceso de asimilación institucional y por la ideología, ocurrió una conquista violenta y su exterminio físico y cultural. Pero este proceso de conquista no fue pacífico ni fue asistido mansamente. Los pueblos de la América india se resistieron, y este proceso llega hasta nuestros días a pesar de los avances políticos y jurídicos.

Fue así que la Colonia en América Latina presentó varias tensiones. Por su parte, la Corona española intentando imponer su poder y su sistema de privilegios, y los pueblos indígenas resistiendo en la medida de sus posibilidades y mediante variadas estrategias. Unas veces reaccionando violentamente y, otras, usando las mismas instituciones opresivas para darles otros significado político y social. A partir de varios procesos políticos que comenzaron desde el inicio de la Colonia, los pueblos indígenas fueron ganando humanidad, libertades, bienestar social, participación política y derechos. Así, la Constitución de Brasil de 1980 fue la primera en reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas como resultado de la aprobación de

Convenio 169 de la OIT de 1989, mientras que varios hitos jurídicos ocurrían en varios países donde existía población indígena: Bolivia, Colombia, Chile, Guatemala, Ecuador, México, Perú, y Venezuela. Posteriormente, en 1991 la Constitución de Colombia integra estos derechos colectivos a un sistema de garantías. Uno de los derechos colectivos más importantes es el de reconocer el funcionamiento autónomo de los sistemas de justicia indígena y su derecho propio. ¿En dónde radica su importancia política? Sucede que todo proceso político de autonomía se funda en tres pilares. Una fuerza pública bajo control, una lengua propia y de uso obligatorio, y un sistema de justicia propio. Como se puede colegir, el reconocimiento de la justicia indígena pone en cuestión el Estado unitario y fortalece la autonomía política de los pueblos indígenas. Allí su importancia política. Por esta razón, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa y rica jurisprudencia intercultural. En algunos casos se ha establecido algunos límites y en otros aprendizajes mutuos.¹

Ecuador realizó este reconocimiento en el artículo 191 de la Constitución de 1998, y este reconocimiento se perfeccionó en el artículo 171 de la Constitución de 2008. No obstante, esto ha generado un debate y políticas de reacción por parte de sectores conservadores, especialmente, del propio Poder Judicial.

En esa virtud, el objeto de estudio está centrado en el derecho indígena, y para ello se trazó como objetivo general el siguiente:

- Establecer mecanismos constitucionales y legales tanto de tipificación como de procedimiento, que propicien la creación de nuevas normas que conjuguen el sistema tradicional y consuetudinario de derecho indígena, con el sistema positivo de la normativa ordinaria del Estado ecuatoriano, a fin de que la propuesta de la nueva legislación sustantiva y adjetiva, cubra a todos los habitantes del Ecuador en un marco de justicia e igualdad jurídica, respetando los elementos culturales e idiosincráticos de todas las personas, contemplando la posibilidad de ampliación de la propuesta del nuevo derecho al ámbito de los países andinos.

Como objetivos específicos se determinaron los siguientes:

¹ SÁNCHEZ BOTERO, E. (2006: 173-279); SÁNCHEZ BOTERO, E. (2008).

- Fundamentar teóricamente el problema en la aplicación del derecho indígena de la Región Andina con énfasis en el Ecuador.
- Diagnosticar el sistema normativo actual del derecho indígena de la Región Andina con énfasis en el Ecuador.
- Generar elementos jurídicos administrativos para afianzar los derechos y garantías constitucionales en la aplicación del derecho indígena de la región andina, con especial atención en el Ecuador.

Es necesario agregar que el actual derecho indígena tiene incorporados instrumentos normativos que resultan ser insuficientes e incluso inadecuados para aplicar la justicia indígena en la región andina y por lo tanto dichas deficiencias también se hacen presente en el Ecuador.

Por otro lado, los sistemas legales garantistas de derechos regidos por la norma suprema, como es el caso de Ecuador, han incorporado a la legislación nacional la justicia indígena dentro de la administración y el ejercicio de la jurisdicción. Conforme a ello la justicia indígena no es considerada como parte del derecho positivo, sino que es catalogada como un derecho consuetudinario, y se caracteriza por tener una amplia variedad de procedimientos que responden a las tradiciones existentes en cada etnia o comunidad indígena, además dicha variedad trae como consecuencia estas prácticas múltiples en la administración de la justicia indígena no puedan ser compiladas o codificadas tal como sucede en el derecho positivo.

Dicho esto, se erige como una necesidad el que se logren ejecutar determinadas transformaciones hacia el derecho indígena para así pueda ser aplicada la justicia indígena de manera adecuada. Ejemplo de ello sería la conformación de bases legales y constitucionales coherentes que impulsen la aprobación de procesos coordinados para que no exista un choque entre ambos sistemas de administración de justicia, dígase la justicia ordinaria y la justicia indígena.

De esta manera en la presente investigación se llegará a examinar y definir el alcance que ha tenido y que actualmente presenta el derecho indígena en determinados países de la región andina y de forma más amplia en el Ecuador. Esto será complementado con algunas críticas, doctrina, y teoría que ha sido desarrollada en torno

a este tema, además de algunos casos jurisprudenciales que han contribuido al análisis y aplicabilidad de la administración de la justicia indígena.

La investigación ha sido estructurada en cuatro capítulos, a continuación, será expuesto en qué consiste cada uno. En el Capítulo primero resulta importante destacar las diversas formas que, en términos generales, se pueden narrar respecto a las prácticas de justicia indígena antes de la colonia. Asimismo, se explicará todo el proceso de colonización y la aplicación de las Cortes de Cádiz, las Juntas Americanas y la denominada legislación de las Indias. En este sentido, se trata de indagar los vestigios más representativos que imbricaron las lógicas occidentales con las ancestrales para la aplicación de la justicia en representaciones como el “fute”. Seguidamente, el capítulo trasladará al lector a la construcción de las primeras repúblicas en el continente americano y el supuesto reconocimiento de las prácticas y lógicas ancestrales para la aplicación de la justicia en comunidades con presencia de pueblos no criollos ni mestizos. Sin duda, fue a fines del Siglo XIX que se inició a adoptar las primeras legislaciones penales de corte belga y bajo una filosofía “higienista”, es decir, que ubicó en las contravenciones verdaderos “manuales de comportamiento” para la convivencia de las nuevas ciudades republicanas, lugar desde donde se emitieron campañas de exclusión de los colectivos indígenas. De esta forma, se consagró la adopción del positivismo jurídico de corte monista, la recepción de un constitucionalismo y la legislación tutelar a espaldas de los pueblos indígenas.

En el Capítulo segundo se aborda la internacionalización de los derechos colectivos desde el reconocimiento de la multiculturalidad. La constitución del nuevo sistema de Naciones Unidas después de la Segunda Guerra Mundial genera un nuevo paradigma que sienta debates, posiciones y estándares sobre los derechos colectivos de cara a la justicia indígena. Por ello, se trata de realizar una mirada integral que recoja los íconos más representativos del litigio estratégico y su concomitante reconocimiento en el Derecho Internacional a través de los principios y directrices políticas. De ahí que se subraya el Convenio 169 de la OIT de 1989 como uno de los instrumentos más importantes para el reconocimiento e implementación de la justicia indígena a nivel mundial; asimismo, de los órganos que han emitido directrices como la Relatoría para Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. Este gran entramado de principios y órganos se refleja además en importantes precedentes jurisprudenciales de distintas latitudes y

de nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la construcción de un importante activismo judicial.

En el Capítulo tercero se intenta describir los cambios del constitucionalismo latinoamericano en la adopción de nuevos paradigmas como el Buen Vivir, mediante la generación de un programa de derechos colectivos no homogéneo, sino que reinventa al debido proceso y a los clásicos principios del derecho penal liberal. Es ahí donde surgen importantes cambios de índole político, legislativo y jurisprudencial. Se trata de revisar el proceso de construcción de la justicia indígena en la política constitucional ecuatoriana, la legislación infraconstitucional boliviana y la jurisprudencia colombiana. Sin duda, es una interpretación desde la perspectiva institucional de los países andinos que han reconocido al pluralismo no solo en el ámbito jurídico sino también estatal.

Finalmente, en el Capítulo cuarto se condensa la hipótesis de la construcción de la justicia indígena en el ámbito local mediante la generación de un mapa penológico dentro de las diversas formas y sistemas de administración de justicia indígena en nuestras comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Se trata de comparar la conflictividad penal y ejercer desde la investigación un diálogo entre los sistemas de justicia ordinaria con los de justicia indígena, los cuales se encuentran descritos, pero no desarrollados en nuestro ordenamiento jurídico. De ahí la importancia de interpretar a la coordinación y cooperación como óptimos políticos administrativos mediante los órganos estatales encargados de viabilizar la justicia indígena en el país. Por ello, la discusión desata tres grandes fenómenos que requieren serios estudios para la implementación de la justicia indígena: el concepto de autoridad y la posibilidad de generar mecanismos de revisión de sus decisiones; la distribución o no por materias y competencias; y, finalmente, la delimitación del ámbito territorial, el cual no solo se encuentra enmarcado en los sentidos de pertenencia étnica sino también en sus propias necesidades económicas. De esta manera, al final, se persigue construir un nuevo capítulo que incida en la conformación de una de las políticas más difusas y necesarias, que implicaría además el reconocer a la diversidad dentro de la solución de conflictos penales. Por último, serán dadas las respectivas conclusiones.

Capítulo I

La cuestión indígena: una mirada desde su conflictividad

1.1. Las formas de justicia precolombinas

El inicio de la etapa colonizadora en el continente americano, con el arribo de Cristóbal Colón, marcó el inicio de múltiples divergencias entre los invasores europeos y los pueblos originarios. Estas divergencias impulsaron la aplicación de un régimen jurídico que obedeció a características inherentes al entonces Reino de Castilla, con el objetivo de establecer reglas de convivencia entre los españoles y los indígenas, lo cual promovió importantes debates, principalmente dirigidos al estatus legal de los indígenas en el periodo de colonización. No obstante, la Colonia fue un período de ruptura en todos los sentidos para los pueblos del Abya-Yala². La colonización tuvo dos estrategias paralelas. Por una parte, se aplicó la violencia colonial de manera directa, pero, al mismo tiempo, por la otra, también se construyó hegemonía, es decir un proceso lento de asimilación que preforma el orden moral dominante.

Respecto al trato dado por los colonizadores españoles a las costumbres ancestrales de las comunidades aborígenes se puede decir que, en principio los colonizadores catalogaron las prácticas de estos pueblos como costumbres, incluido el Derecho, al cual se le reconoció como un derecho consuetudinario. Este derecho, presente en los pueblos indígenas se, caracterizó por tener diversos elementos que respondían a su modo de vida y estructura sociopolítica en general. La cultura presente en los pueblos indígenas americanos resultó ser variada y por lo tanto diferente en las múltiples comunidades presentes en el continente americano.

Esta diversidad en las comunidades indígenas influyó en el ámbito jurídico, específicamente en los elementos que integraron el Derecho indiano³. En los comienzos de la etapa colonial se instauró una cierta república para los colonos españoles y además un sistema para los propios indígenas. Este sistema destinado a las comunidades indígenas evidenció la preservación de sus costumbres tradicionales, por lo que estas no

² Denominación por la cual se reconocían los pueblos originarios.

³ ANZOÁTEGUI, T. (2001).

llegaron a desaparecer del todo. Conforme a ello existió determinado reconocimiento oficial en cuanto al valor de las prácticas indígenas, aunque con ciertas limitaciones.

El reconocimiento de las costumbres de los pueblos indígenas se evidenció a la permanencia y uso de patrones de comportamiento que respondían a su idiosincrasia, además en el marco jurídico se permitió la ejecución de su derecho en determinadas circunstancias siempre que estas prácticas no atentaran contra los principios de la religión cristiana.

1.1.1. El Derecho Indígena visto por los conquistadores y el Derecho de Indias

El derecho indígena fue en parte reconocido e incorporado en el ordenamiento jurídico denominado Derecho de indias⁴. La persistencia del derecho indígena en la época hispánica conllevó al surgimiento de conflictos con los españoles lo que generó que dichas costumbres subsistieran en la medida de lo posible, e incluso algunas llegaron a extinguirse, por otro lado, se desarrolló un cierto mestizaje jurídico.

El estudio de este derecho indígena en las culturas precolombinas, y las posibles formas que este pueda haber presentado ha demostrado cierta complejidad debido a que los pueblos originarios de América no practicaban la escritura. Aunque la civilización inca desarrolló el quipu, una especie de herramienta por medio de la cual llevaban registros contables y económicos, esto no constituyó una fuente de conocimiento suficiente para obtener información cabal, sobre su sistema u ordenamiento jurídico.

La valoración que se ha desarrollado en torno a las formas de justicia que imperaron en las civilizaciones precolombinas, datan principalmente de investigaciones etnohistóricas, que a su vez incluyen interpretaciones de testimonios surgidos después de la invasión europea a tierras americanas. De esta forma fueron desarrollados análisis

⁴ En la Europa del Siglo XV, no se conocía la existencia del Continente Americano, razón por la cual se planteó acorde a las teorías de la época, que la tierra al ser redonda solo posibilitaba la llegada al territorio de las Indias, lo cual incluía además a los países del Oriente. Por lo que, tras el descubrimiento de América, a partir de los viajes de Colón, se consideró el nuevo territorio como parte de la región asiática. Dicha confusión no sería esclarecida hasta los primeros estudios realizados por el cartógrafo Américo Vesputio, con los cuales se arribó que el territorio descubierto por Colón era un nuevo continente. Es así, que para su distinción se empleó el término de Indias Occidentales, y en el caso del territorio asiático fue Indias Orientales. Los vestigios de dicha denominación perduran en la actualidad a través del empleo indios para las comunidades ancestrales americanas.

de las culturas precolombinas a partir de criterios e interpretaciones ejecutadas por los propios europeos que arribaron al continente americano en la época de la conquista. Un ejemplo de ello es la interpretación respecto al sistema normativo incaico, cuyas explicaciones fueron vinculadas a los conocimientos que poseían estos intérpretes europeos, es decir las valoraciones respectivas fueron vinculadas a las instituciones del Derecho romano.

Cuando los europeos llegaron al continente americano, en este caso los españoles, las zonas en donde se concentraba una mayor población indígena eran los territorios de México y Perú, incluso algunos historiadores destacan la zona que abarca Colombia en la actualidad. Como bien se expresó al inicio los europeos trataron de establecer las diferencias entre los diversos grupos sociales que alcanzaron a ver, entre los que se destaca la cultura maya, a la cual consideraron una civilización, y la comunidad de caribes que catalogaron como feroces⁵. Los conquistadores fueron testigos de las extensas ciudades construidas por los pueblos originarios de América, tal es el caso de Tenochtitlán cuna de la civilización azteca. Por otro lado, los colonizadores fueron testigos de las carreteras construidas que formaban parte del Cuzco e integraban a la vez Tahuantinsuyo, palabra proveniente del quechua, para identificar la extensión del territorio dominado por la civilización inca⁶.

En el ámbito del comercio las civilizaciones precolombinas, demostró una amplia interacción entre los diferentes pueblos, a pesar de las distintas lenguas que manejaban, la práctica de la religión, que en la actualidad se identifican como costumbres ancestrales, posibilitó la construcción de monumentos y edificaciones, que hoy constituyen importantes vestigios arqueológicos, y además hay que mencionar que su ordenamiento jurídico propició el desenvolvimiento de las relaciones sociales de estos pueblos originarios. Acorde a testimonios recogidos de la época en documentos oficiales como la Reales Cédulas, se llegó a contemplar lo siguiente: "...guardarles a los nativos sus estados, leyes, costumbres y libertades que no sean contra nuestra fe"⁷.

En las diferentes valoraciones realizadas sobre la cultura precolombina se destaca la comparación de la civilización azteca con la civilización romana, esta última

⁵ OLIVERO PACHECO, N. (1988: 101-122).

⁶ MARTÍNEZ, C. (1990).

⁷ HANKE, L. (1949: 509).

en su etapa primitiva, el parámetro comparativo estuvo basado en la organización. Al respecto se señaló la presencia de clases sociales, como el clero y la nobleza, y el desarrollo de una tercera fuerza social, los comerciantes que ganaron terreno y fuerza. En el caso de la civilización inca su organización social y política fue catalogada por algunos historiadores como “prodigiosa República comunista”⁸ que llegó a controlar a una sociedad de aproximadamente doce millones de habitantes, bajo un sistema de gobierno considerado teocrático y monárquico, donde se llegó a reconocer a clases sociales nobles y poseían un sistema cooperativo. Las autoridades y jefes supremos en la civilización inca ostentaron de un respeto absoluto por parte de los súbditos, cuyo respeto fue construido por medio de la demostración de capacidades y sentido de liderazgo.

La civilización inca no poseía moneda, mercado, ni esclavos, es por ello por lo que se considera como una organización socialista. Este socialismo se reflejó como una práctica perfeccionada y adaptada a las necesidades de dicha civilización, estaba lejos de representar una organización social primitiva. El imperio incaico se caracterizó por desarrollar a gran escala la actividad agrícola, por lo que demostraron una alta preparación para enfrentar los avatares de la naturaleza que sucedían en el territorio donde estaban asentados como civilización. El fenómeno de la guerra fue algo efímero en la cultura incaica y su ampliación como imperio no se ejecutó por medio de las armas sino a través de la palabra. El trabajo en la civilización inca se materializaba por medio de un sistema planificado o preconcebido y se realizaba de manera gratuita⁹.

1.1.2. Autoridad indígena y el Derecho Indiano

En lo que respecta a las autoridades que existían en el seno de las comunidades ancestrales, se puede decir que fueron reconocidas por parte de los conquistadores españoles, específicamente el señorío indígena. Dicho señorío se reflejó en la figura del cacique, terminología que fue ampliamente desarrollada dentro de la monarquía española, ejemplo de ello fue la emisión de una Real Cédula el 26 de febrero de 1538,

⁸ HANKE, L. (1949: 413).

⁹ HANKE, L. (1949: 413).

por medio de la cual se impulsó el empleo de referirse a la autoridad indígena como “cacique”¹⁰.

Este trato desarrollado hacia los pueblos indígenas y sus respectivas costumbres tendría como fin conseguir equiparar a las autoridades de menor rango con los reyes y nobles pertenecientes a los antiguos imperios prehistóricos que desaparecieron. En cuanto al funcionamiento de la autoridad del cacique, algunas investigaciones realizadas han demostrado que el liderazgo en las comunidades indígenas era ejercido en cada territorio de forma independiente, y dicha forma de gobierno era hereditaria y absoluta, además de que los pobladores de cada territorio se sometían y obedecían la autoridad del cacique.

Como parte del proceso de colonización en el territorio americano se implementaron una serie de mecanismos legales tales como las leyes de Burgos¹¹ y el sistema de encomiendas¹², que propinaron un duro golpe en el sistema de vida de las comunidades indígenas, ejemplo de ello fue la pérdida de los derechos de los caciques en el ejercicio de su autoridad, además de la dispersión de dicha autoridad en sus territorios ancestrales. Por otro lado, aquellos defensores de los derechos de los pueblos indígenas lograron que se adoptaran medidas que lograran restablecer el sistema de vida de estas comunidades, aunque en la historia se ha manifestado que las medidas a favor dichos pueblos nunca fueron suficientes. Resultan innegable los abusos perpetrados a las comunidades indígenas en el proceso de colonización español en el continente americano, a pesar de la presencia de una normativa que pretendió preservar su subsistencia.

Estos abusos sobre las comunidades ancestrales permanecieron una vez que se alcanzó la independencia de la Metrópolis española y se constituyeron nuevos estados, por medio del establecimiento de los denominados criollos y los propios extranjeros. En

¹⁰ HUGHES, L. (2004).

¹¹ Constituyeron una de las primeras leyes emitidas por la monarquía hispánica, para su aplicación en las Indias Occidentales. Tuvieron como objetivo establecer cierta organización en el proceso de colonización. Uno de los tantos preceptos establecidos en estas normas fue que “...el Rey de España tenía justos títulos de dominio del continente americano y que el indio tenía la naturaleza jurídica de hombre libre con todos los derechos de propiedad, que no podía ser explotado, pero como súbdito debía trabajar a favor de la corona”. BARRIENTOS GRANDON, J. (2004: 229).

¹² Se erigió como una institución de carácter socioeconómico, por medio de la cual un grupo de personas tenían la obligación de retribuir en trabajo, especie u otro medio, aquella prestación o bien que hubieran percibido.

el caso específico de la Región Andina los derechos de los pueblos indígenas no fueron tomados en cuenta, por lo que fueron víctimas de innumerables atropellos y violaciones.

1.2. La justicia colonial: entre la inquisición y la explotación

Toda la etapa colonial se caracterizó por la ejecución de acciones violentas en aras de obtener e instaurar una total conquista sobre el territorio americano. Esta colonización violenta estuvo dirigida principalmente a los nativos de las tierras americanas. Vale destacar que el mundo indígena se caracterizaba por una extrema diversidad; incluso en las regiones de influencia imperial azteca e incaica había un inmenso número de señoríos y comunidades étnicas¹³. Muchas de estas tribus se habían incorporado a las más amplias estructuras imperiales, pero otros permanecieron fuera de ellas y la mayoría eran abiertamente hostiles a los conquistadores prehispánicos o se enzarzaban en constantes luchas de poder o conflictos territoriales con los reinos o tribus vecinos.

En consecuencia, sería equivocado suponer, que en el mundo indígena existía unidad política o cultural. El término indígena es útil para distinguir a los pueblos americanos de los europeos, pero no resulta ser un término adecuado para interpretar que se refiere a una cultura uniforme. El coloniaje español afectó a todas estas sociedades indígenas, aunque no de la misma manera; algunas quedaron aniquiladas; otras decidieron aliarse con los conquistadores, y otras más recibieron con gusto la colonización como una liberación de la opresión azteca e incaica. En la mayoría de los casos, las costumbres tradicionales persistieron sin cambios trascendentales, hasta bien entrado el período de la dominación española.

El problema de las sociedades indígenas bajo el dominio español está plagado de diversas dificultades. Para empezar, los historiadores no tuvieron en cuenta la heterogeneidad del mundo indígena sino hasta épocas relativamente recientes, y debido a esta misma variedad de agrupaciones y culturas étnicas es aventurado generalizar sobre la reacción en conjunto de los nativos americanos ante un fenómeno tan polifacético como resultó ser la colonización. En segundo lugar, se destaca la cuestión de los efectos del dominio español en los pueblos indígenas siempre ha suscitado controversia. Existe, aún en la actualidad, una predisposición muy marcada a interpretar

¹³ HUGHES, L. (2004: 67-69).

el cambio histórico en el nuevo mundo como una trágica pérdida de cohesión y autenticidad sufrida por las culturas nativas.

En este punto el problema se complica por las influencias mutuamente agravantes de la leyenda negra de la codicia y la crueldad hispanas, y por el mito contrastante del “buen salvaje americano”¹⁴. Para agravarlo, hay que considerar el hecho indiscutible de la brusca disminución de la población indígena durante los siglos XVI y XVII. El grado de esta disminución no se calibró sino hasta la época actual. Antes, la despoblación indígena se atribuía sólo a la crueldad española, pero hoy se sabe que, por el contrario, fue consecuencia de pandemias producidas por virus europeos contra los cuales los nativos carecían de inmunidad, aunque el trato que los españoles les dieron exacerbó los efectos de las enfermedades¹⁵. Es comprensible que, por la existencia de tan grave despoblación, el cambio ocurrido en el mundo indígena tienda a interpretarse sólo como una gran pérdida.

Sin embargo, si se considera la conquista como un accidente histórico irreversible, no por fuerza más cruel en su aspecto puramente militar que otros hechos semejantes menos controvertidos, como por ejemplo la conquista normanda de Inglaterra, entonces es posible abordar el cambio en el mundo posterior a la conquista no como una expoliación brutal ejercida contra los pueblos inocentes, sino como un prolongado proceso de adaptación –sin duda muy doloroso en muchos casos- sufrido por incontables sociedades nativas americanas, obligadas por las circunstancias históricas a aceptar un grupo distinto de señores europeos.

Está claro que los españoles, como el resto de conquistadores, intervinieron de manera sistemática y a menudo cruel en las sociedades nativas para obtener recursos en provecho propio; pero en el mismo Estado español también había, como posteriormente se apreciará, una muy poderosa tendencia contraria, propicia a proteger y conservar las culturas indígenas. Lo que se puede aseverar con certeza es que la colonización no acarrió la ruina generalizada de los indios americanos. Por lo menos en las regiones mejor estudiadas, es decir, Mesoamérica y, en medida creciente, el Perú; hay pruebas de continuidad cultural con los tiempos anteriores a la colonización española. De hecho, los historiadores sociales James Lockhart y Stuart Schwartz han ido más lejos al afirmar

¹⁴ ACUÑA, C. (2013).

¹⁵ ITURRIAGA SAUCO, J. E. (2006).

que, "... en general, las ciudades y provincias indígenas quedaron esencialmente intactas tras la Conquista"¹⁶.

Durante el coloniaje español y en las décadas que le siguieron, las estructuras imperiales de los aztecas e incas quedaron arrasadas, y se despojó de su poder a las familias reales y la nobleza imperial. Los miembros de la aristocracia nativa reinante eran quienes mayores motivos tenían para lamentar la desaparición del viejo orden, y las expresiones de su nostalgia y tristeza perduran hasta hoy en textos que con demasiada frecuencia se han considerado representativos de la generalidad de los nativos americanos¹⁷.

Cuando los españoles se impusieron, la aristocracia indígena tuvo que decidir si colaboraba con ellos o instigaba rebeliones para recuperar su antiguo poder. En el Perú el joven príncipe Manco, de origen inca al principio prefirió colaborar, con el afán de aventajar a los rivales dinásticos que pretendían el título imperial, pero después al comprender que los conquistadores no tenían intenciones de marcharse, optó por sublevarse contra ellos¹⁸. Incluso los aristócratas colaboradores de generaciones posteriores podían cambiar de opinión y levantarse contra el poder español. Esta clase de resistencia era elitista y dinástica, y tenía poco que ver con la defensa de las masas indígenas. Sin embargo, el despojo no fue en realidad la suerte de los nobles aztecas e incas; si aceptaban la soberanía española, se les permitía conservar su posición aristocrática en la sociedad posterior a la colonización: el monarca español les concedía tierras y encomiendas, y sus hijos se educaban en escuelas para nobles, como el Colegio de Tlatelolco, en México, y los de Huancayo y Cuzco, en el Perú.

Es importante señalar que otros reinos indígenas incluso se aliaron con los invasores españoles contra sus enemigos históricos. El ejemplo más conocido en México es el de los tlaxcaltecas, que participaron en la toma de Tenochtitlán y colaboraron con Cortés para arrasarla; en el Perú el apoyo del pueblo de Huanca resultó decisivo para que Pizarro venciera a los incas. Estas alianzas expresaban las contradicciones y el descontento interno que infestaban los gobiernos azteca e incaico, y

¹⁶ WILLIAMSON, E. (2013: 92). El autor cita a en esta parte a Lockhart y Schwartz en su obra titulada "A History of Colonial Spanish America and Brazil."

¹⁷ HUGHES, L. (2004: 73 y 74).

¹⁸ VON HUMBOLT, A. (2006).

el fracaso de ambos imperios para erradicar el potencial militar independiente de los reinos de etnias minoritarias resentidas. Aun después de culminada la conquista española muchos señoríos étnicos y muchas tribus decidieron colaborar con los nuevos señores para obtener ventaja sobre los rivales, recuperar territorios perdidos o liberarse del dominio de acérrimos enemigos. La caída de los imperios prehispánicos tuvo, pues, el efecto de devolver identidad y autonomía a los reinos de las etnias avasalladas, y restaurar la autoridad de sus caciques. Eran éstos, miembros de la nobleza llamados *pipiltin* en México y *curacas* en el Perú, quienes negociaban con los españoles y organizaban a sus pueblos para pagar tributo y prestar servicios personales a los encomenderos¹⁹.

La vida tradicional de estos reinos y comunidades indígenas siguió desarrollándose sin mayor alteración, y como los naturales habían aceptado a los nuevos señores, era lógico que también aceptaran su religión. Sin embargo, en el tiempo que siguió al final de la colonización, las relaciones con los españoles fueron inestables. Si un reino o una tribu pensaban que la alianza con ellos ya no le convenía, oponían resistencia o incluso se sublevaban. La rebelión más radical de esta índole fue la del movimiento mesiánico *Taki Unquy*, surgido en la década de 1560 en la región peruana de Guamanga, donde muchas tribus antes leales a los conquistadores se volvieron contra ellos como reacción a las cargas laborales excesivas, exhortando al rechazo absoluto de la ley y la religión españolas e invocando la ayuda de sus dioses para expulsar a los invasores.

Aunque la conquista española dejó en gran medida inalteradas las estructuras básicas de la vida de los naturales en los ámbitos comunitario y tribal, las guerras destruyeron muchas aldeas, campos de cultivo y vidas humanas (cabe recordar que el Perú fue sacudido por una guerra civil durante varios años antes de la llegada de los españoles). Sin duda un gran número de naturales fueron víctimas de tortura y violación a manos de los conquistadores. En la mayoría de los casos el trabajo que imponían los encomenderos era cruel y abusivo, pues a muchos españoles no les interesaba radicarse, sino sólo sacar la mayor riqueza posible de las Indias para volver opulentos a España. La colonización también hizo estragos en algunas comunidades, muchos indígenas se dedicaron a vagabundear por el campo o se refugiaron de los españoles en regiones

¹⁹ LEÓN PORTILLA, M. (1964).

deshabitadas. Este desplazamiento fue especialmente común en el Perú, donde el *sistema de mitimaes*, basado en “archipiélagos verticales” o colonias en varias ecorregiones, se desarticuló en parte, separando a muchos colonos indígenas de su tierra natal. Una posibilidad para los desplazados era entrar al servicio de los españoles como parte de la clase de trabajadores llamados naborías en México y yanacunas en el Perú; indígenas separados de sus tribus que solían trabajar como criados en casas de familias aztecas e incas nobles, y a quienes los españoles también empleaban²⁰.

Las peores secuelas de la colonización española se sintieron con el transcurso del tiempo. La más destructiva, con mucho, fue la mortandad producida por las pandemias que azotaron el continente a los pocos años de llegados los españoles: viruela, sarampión, tifo y otras enfermedades infecciosas aún no identificadas. Los pueblos indígenas de las tierras bajas o costeras fueron los más afectados: las epidemias casi llevaron al exterminio a la población de las Antillas. Aunque en los altiplanos del continente, mucho más poblados, no hubo tantas víctimas, la mortandad fue catastrófica. Se ha calculado que durante el siglo que siguió a la conquista, la población del centro de México disminuyó casi en 90%. La despoblación en el Perú, aunque más lenta y menos brusca, fue aproximadamente de 40%. Las terribles epidemias azotaron con intervalos de unos 10 años hasta fines del siglo XVI, y todavía después siguieron diezmando periódicamente a la población. En el Perú la baja demográfica no cesó sino hasta principios del siglo XVIII²¹.

La contribución de las epidemias a la victoria de los españoles es incalculable, no sólo por el sinnúmero de vidas que cobraron, sino porque socavaron las estructuras del poder local y desmoralizaron a los nativos americanos que no se explicaban lo que les ocurría. En México la viruela segó las vidas de varios dirigentes aztecas importantes, incluido el emperador *Cuitláhuac*, lo que mermó la capacidad de los nativos para contratacar. Antes de que Pizarro llegara al Perú los incas ya estaban inmersos en una desastrosa guerra de sucesión tras las muertes del emperador *Huayna Cápac* y su heredero, *Ninan Cuyuchi*, ambas víctimas de la viruela. Esta guerra que fue sangrienta fue protagonizada por sus hijos *Huáscar* y *Atahualpa*, siendo ganada por este último.

²⁰ LEÓN PORTILLA, M. (1964).

²¹ BETRÁN, J. L. (2006).

Otro efecto no inmediato de la colonización fue la excesiva demanda de recursos impuesta a las comunidades indígenas por la necesidad imperiosa de alimentos y mano de obra de los españoles. Es difícil saber si los tributos que éstos cobraban eran mayores que de los aztecas e incas exigían a los pueblos sojuzgados, pero muchas comunidades nativas protestaron o se rebelaron, y no pocas personas se sentían tan oprimidas por las obligaciones tributarias que huyeron de sus pueblos para trabajar por un salario en ciudades españolas. Sin embargo, es probable que muchas veces el tributo se considerase excesivo no porque los naturales encontraran el sistema en sí extraño o inhumano, sino porque las tendencias demográficas en las Indias occidentales lo hacían inoperante, en pocas palabras, mientras que la población indígena declinaba a causa de las enfermedades, la población española crecía sin cesar por el efecto de la propia inmigración y la natalidad. En la segunda mitad del siglo XVI la demanda española de tributo y mano de obra aumentó precisamente cuando la población nativa americana se reducía con más rapidez. Las consiguientes presiones sobre las comunidades indígenas engendraron resentimiento y violencia contra los españoles. Por eso quizá los estragos de las misteriosas epidemias hayan intensificado y prolongado enormemente el sufrimiento producido por la implantación del nuevo régimen imperial español.

Las pruebas hacen pensar en una desmoralización social generalizada; existen informes de suicidios, apatía, abortos, pérdida del impulso sexual, así como de cierto debilitamiento de la autoridad tradicional que se manifestaba con un aumento de la delincuencia y la ebriedad en los pueblos indígenas. Estos fenómenos se han interpretado como síntomas de una “desestructuración”, término que Nathan Wachtel²² utilizó para designar la desorganización de las estructuras económicas, sociales e ideológicas que antes daban coherencia y sentido a las culturas indígenas. Wachtel consideró que, en el Perú, por ejemplo, el pago de tributos en el período anterior a la colonización “se compensaba” con ritos de reciprocidad entre el señor y sus vasallos, y con ceremonias de reparto en las que éste devolvía obsequios, tanto efectivos o simbólicos, a los tributarios²³. Bajo el gobierno español el pago de tributos se redujo a la entrega unidireccional de bienes a los nuevos señores, sin reciprocidad alguna.

²² WILLIAMSON, E. (2013: 94 y 95). Este autor cita a Nathan Wachtel con su obra “Cambridge of Latin America (212-230).

²³ WILLIAMSON, E. (2013).

Es necesario anotar que lo notable es el poder de adaptación y recuperación cultural de los nativos americanos, su capacidad para resistir las múltiples presiones, directas e indirectas, que los españoles ejercían sobre ellos, y su disposición a elegir aquellos elementos de la cultura europea con los que tenían más afinidad. El vigoroso conservadurismo de las masas indígenas es patente en la persistencia de los ritos sociales y religiosos, el respeto por la autoridad tribal y la adaptación a métodos ancestrales de las novedades españolas en vestuario, cultivos y herramientas. Las unidades sociales básicas, los grupos familiares llamados *ayllus* en el Perú y *calpullis* en México, siguieron vigentes, no se permitió que la economía española, basada en el dinero y la propiedad privada, invadiera sin cambio las comunidades indígenas; en lo interior, éstas siguieron funcionando, como siempre, sobre la base del autoabastecimiento y el trueque.

Desde luego, las autoridades españolas intervinieron activamente para transformar las costumbres indígenas y hacer valer su autoridad. La intervención más inmediata y flagrante fue la campaña ininterrumpida por convertir a los indios al cristianismo, una consecuencia del dominio imperial entendida y aceptada tanto por conquistadores como por conquistados, pero que implicó cambios considerables en la sociedad y el comportamiento de los naturales, como se verá. La evangelización supuso la introducción de formas de organización hispánicas²⁴. Hay que reconocer que esto es fundamental, sin embargo, que las tradiciones indígenas deben su supervivencia a la política expresa de la Iglesia y la Corona españolas, durante el siglo XVI, de conservar todas las tradiciones que fueran compatibles con la fe cristiana y los vitales intereses del Estado.

1.2.1. Repoblamiento indígena como medida de explotación

En la segunda mitad del siglo XVI el Estado español intentó reformar el mundo indígena para someterlo más plenamente a su control. Una vez más, la intervención estaba dictada en parte por la magnitud de la despoblación de naturales. A principios del año 1570 los españoles comprendieron que ya no podían contar con que los caciques tradicionales de las etnias de algunas regiones rurales siguieran entregando el tributo de mano de obra y bienes en las cantidades que exigía el creciente sector hispánico; las

²⁴ AMORES CARREDANO, J. B. (2006: 75-77).

tribus indígenas vivían en caseríos diminutos y demasiado dispersos en un campo atrasado por el hambre y las enfermedades²⁵. En consecuencia, los funcionarios españoles idearon un programa de repoblación indígena, este se manifestó en la concentración de las comunidades diseminadas de naturales en pueblos y aldeas concebidos según el modelo hispánico en cuadrícula; cada familia recibía una parcela de tierra, y el poblado adquiría la propiedad de terrenos comunales para el pastoreo y la agricultura tanto de autoabastecimiento como comercial. El producto de esta última se destinaba a financiar empresas comunales.

La justificación económica de la medida fue el descubrimiento de yacimientos de plata, oro y mercurio en la década anterior, lo que creó la necesidad de un suministro abundante y constante de mano de obra. El virrey Francisco Toledo instituyó, pues, el programa de repoblación para facilitar a los funcionarios de la corona española la recaudación de tributos y la supervisión de la contratación de trabajadores para las minas. El sistema de trabajo se organizó según el modelo de la mita, forma de tributo de mano de obra en que las aldeas indígenas sometidas al Estado incaico le aportaban una cuota de hombres aptos para trabajar a su servicio. Bajo el gobierno español la mita se convirtió en una carga muy cruel para una población indígena (llamada congregación civil) se llevó a cabo en algunas regiones durante las últimas décadas del siglo, si bien parece que no afectó más que a 16% de la población nativa²⁶. En Nueva Granada la repoblación se inició en los años 1580 y se acompañó de la creación de resguardos, tierras comunales que la Corona reservaba para los indios y asignaba a los nuevos municipios.

El problema que se suscitó es que a veces no había acuerdo entre las autoridades españolas sobre en qué medida se debía conservar la cultura amerindia. Los misioneros, por ejemplo, querían impedir que los indígenas aprendieran el castellano porque temían que esto los expusiera a la mala influencia moral de los conquistadores. La corona, en cambio, recelaba que el monolingüismo diera a las órdenes misioneras demasiado poder sobre los indios. Por tanto, se volvió obligatorio, al menos en teoría, enseñar el castellano a toda población indígena de cuya lealtad la corona española no estaba convencida. De ahí que, en las regiones centrales, donde la influencia hispánica era

²⁵ BETRÁN, J. L. (2006: 101-105).

²⁶ BARRIENTOS GRANDON, J. (2004: 78-80).

mayor, gran cantidad de comunidades indígenas se volvieran bilingües, mientras que en regiones más apartadas el grueso de los nativos americanos conservó sus lenguas originarias.

En todo caso y dentro del análisis que se ha realizado, la transformación cultural del mundo indígena después de la colonización española fue un proceso lento, irregular y fragmentario. La tremenda desolación infligida por epidemias hasta entonces desconocidas, las secuelas de la guerra y la escala de tributos que encomenderos a menudo avariciosos exigían a una población diezmada obligó a los indígenas a abandonar sus comunidades en un flujo incesante hacia los pueblos y ciudades hispánicas, donde se les culturizó con mayor rapidez. Los que se quedaban en las comunidades, a quienes la corona teóricamente protegía, también estaban sometidos a la influencia española, pero su resistencia a la aculturación y su capacidad de adaptación eran muy fuertes. A mediados del siglo XVII, detenida ya la despoblación, las comunidades indígenas empezaron a florecer en las nuevas condiciones de biculturalidad, pero la tendencia a la larga fue que los naturales se integraran al mundo hispánico para mezclarse y ser asimilados por la cultura híbrida que, a un ritmo más acelerado, allí también se gestaba.

1.2.2. El lugar social de los indios en el Derecho indiano y reacciones de los propios españoles

El Derecho indiano o las Leyes de Indias se caracterizó por ser primario y estar relacionado directamente con la sociedad colonial en los Siglos XVI, XVII y XVIII, su vigencia se extendió a los territorios controlados por la corona española. Dentro de los principales aspectos a destacar y reconocidos por el Derecho Indiano, sobresale el lugar que ocupaban los indios en el sistema social, específicamente lo vinculado a la dignidad de los nativos americanos y la concepción de justicia.

Es así como las Leyes de Indias en un sentido estricto han sido catalogadas como:

“...conjunto de leyes y disposiciones promulgadas tanto por los Reyes españoles como por las demás autoridades subordinadas a ellos - residentes en España o en América- con el objeto de establecer un régimen jurídico especial para las Indias. En sentido amplio, sin embargo, hay que

*considerar como elementos integrantes del Derecho Indiano no sólo las normas especiales dictadas para las Indias, sino también las normas referidas a Castilla, vigentes muchas de ellas también para las Indias, y cuya vigencia se extiende, en algunos casos, a la época independiente. Forma parte también del Derecho Indiano el Derecho consuetudinario indígena, respetado por el español en la medida que no se opusiera a los principios cristianos o a lo establecido por las leyes hispanas; e, incluso, a los usos de la gente de raza negra”.*²⁷

En este gran cuerpo de normas jurídicas se evidenciaron ideas centrales que rigieron en el desarrollo del mismo, y llegaron a evidenciarse fuertes debates en el seno de la cultura española del Siglo XVI, principalmente entre figuras como Las Casas y Sepúlveda. Como parte de la historia que identifica al Derecho se ha llegado a reconocer que la legislación respalda las situaciones prácticas, o sea, que tanto los elementos sociales como los factores políticos impulsaron el planteamiento de novedosas exigencias respecto a ciertas situaciones que el propio Derecho debe ser capaz de afrontar. Esta situación, específicamente en el caso del descubrimiento de América, tuvo lugar.

Ante el arribo de los conquistadores españoles al continente americano, descubrieron una gran cantidad de situaciones novedosas, respecto a las cuales se impuso la necesidad de brindar una respuesta. Dichas situaciones se pusieron de manifiesto por medio de un clima nuevo, geografías distintas y desconocidas. Estas condiciones desconocidas requirieron una serie de respuestas arduas que recayeron desde el campo de acción de dos grandes ámbitos que incitaron a la reflexión, estos fueron: desde el derecho natural y desde el derecho positivo²⁸.

Por lo tanto, en el derecho indiano dos de las principales ideas que se desarrollaron fueron aquellas vinculadas con la dignidad del indio americano y las que estipularon el sitio que debían tener los indios dentro del sistema colonial. Dichos planteamientos defendieron el ideal de justicia, lo cual también implicó plasmar la duda de si los elementos presentados otorgaban un derecho real a la corona española para ocupar América. A pesar de ello, se ha llegado a estipular que en el derecho indiano sus

²⁷ MAYORGA GARCÍA, F. (2003: 592).

²⁸ HANKE, L. (1949: 502-506).

ideas centrales llegaron a definirse a partir del propio Siglo XVI, por lo que las acciones emprendidas estuvieron enfocadas al cumplimiento de las disposiciones presentes en este ordenamiento jurídico. Como prueba de este accionar se evidencian importantes recopilaciones realizadas en los Siglos XVII y XVIII, que, aunque no aportaron nuevos elementos a los debates, si alcanzaron a ordenar aquellas ideas que surgían, principalmente de la praxis. Esta organización recayó en un cuerpo jurídico que facilitó el conocimiento y la aplicación de las Leyes de las Indias.

La materialización de estos preceptos legales suscitó enfrentamientos entre los intereses, principalmente económicos, y las ideas que la norma legal defendía, en cuyas confrontaciones llegó a prevalecer el interés económico en la mayoría de las situaciones, pero algunos estudiosos del tema les atribuyen importancia a las ideas defendidas en este cuerpo legal, ya que su solo planteamiento trajo aparejada la intención de humanizar el sistema colonial²⁹. Respecto a las ideas centrales recogidas en las Leyes de las Indias, estas abarcaron cuatro ejes fundamentales: la cuestión de los títulos, la cuestión de la dignidad, la justicia y la polémica de los derechos. Todos estos ejes alcanzaron su máxima expresión en la institución de la encomienda. La experiencia española en el continente americano, por darle un calificativo benévolo, por un lado, generó innumerables atropellos y genocidios sobre los nativos americanos y por otra parte brindó la posibilidad del fenómeno del mestizaje, lo que dio paso a una cultura con amplias riquezas. En ello el derecho indiano jugó un importante papel, lo cual se reflejó en la definición de tres cuestiones importantes tales como la legitimidad de los títulos, la dignidad de los indios y la justicia dentro del sistema colonial.

En el caso de los indios, las Leyes de las Indias los reconocieron como personas con derechos, que poseían condiciones de igualdad frente a los españoles. No obstante, la realidad que imperó estuvo encaminada a la destrucción de los sistemas de producción de estas comunidades originarias, los cuales fueron suplantados por nuevos vínculos de producción, la discriminación y rechazo de la cultura indígena, la pérdida de la relación de los indios con su tierra, el cambio agresivo y violento del sistema de autoridad y de las relaciones sociales. Esta situación evidenció la gran desventaja de los indios en el sistema colonial español. Para contrarrestar esta situación desfavorable en

²⁹ Para Hanke: "...la conquista de América por los españoles fue uno de los mayores intentos que el mundo haya visto de hacer prevalecer la justicia y las normas cristianas en una época brutal y sanguinaria". HANKE, L. (1949: 506).

derecho indiano concedió una serie de ventajas a los indígenas, evidenciado en una serie de características que identificaron a este cuerpo legal.

Algunas de estas características fueron la presencia de un casuismo que generó una producción legislativa de gran envergadura, principalmente la primera mitad del Siglo XVI, donde para situaciones iguales la legislación brindó respuestas distintas. Otra característica fue una tendencia uniforme y asimiladora respecto a los sistemas de gobierno, es decir, constituía una misma corona los reinos de Castilla y las Indias, por lo que las normas legales y mecanismos de gobernabilidad debían ser parecidos. Respecto a esta segunda característica, la realidad de las circunstancias impulsó a un cambio de la legislación indiana y su acentuada diferenciación con la de la Metrópolis. Un tercer elemento identificativo de las Leyes de las Indias fue la presencia de una reglamentación minuciosa, debido a que los reyes españoles quisieron conservar todos los mecanismos de control sobre sus colonias americanas, las cuales abarcaban un extenso territorio, interés que implicó que los monarcas demostraran un marcado interés por los problemas de carácter económico, social y político de las Indias, y que además se aprobaran instrumentos legislativos extensos y que carecían de entendimiento. Como ultima característica se encuentra el sentido ético y religioso dentro del derecho indiano evidenciado en el nacionalismo eclesiástico impulsado por la labor de la reina Isabel de Castilla.

En el ámbito religioso, tanto Bartolomé de las Casas como Francisco de Vitoria, fueron dos dominicos que se convirtieron en las figuras cumbres de toda la obra enarbolada en territorio americano referente a actividades de índole humana, espiritual y religiosa. La conquista española en territorio americano no solo fue identificada por el actuar de los navegantes y exploradores, sino que además sobresalió la gran cantidad de misioneros evangelizadores cuyo objetivo fue inculcar los principios religiosos y eclesiásticos de la corona española, en las comunidades originarias de América. En caso específico de Bartolomé de las Casas su personalidad estuvo impregnada de acciones a favor de los nativos americanos específicamente ante la gestión gubernativa que se ejerció sobre los indígenas. Cabe mencionar también que fue un arduo escritor en el campo de la doctrina, la historia y la cultura. Los preceptos y acciones ejecutadas por Las Casas ocupan en la actualidad un amplio sitio dentro de la historiografía americana, especialmente en la defensa de los derechos de los indígenas.

En lo referente a Francisco de Vitoria se puede afirmar que no realizó acciones directas en territorio americano. Esta personalidad es considerada como uno de los teóricos que, desde su confinamiento, logró enjuiciar los problemas derivados de la ocupación y colonización de América. El legado jurídico de Vitoria se caracteriza por la influencia ejercida en cuanto al esclarecimiento de la ética colonial en las Indias. Sus análisis llegaron a rebasar el marco histórico de los problemas en la región americana, por lo que sus proyecciones adquirieron un carácter universal, por lo cual llegó a ser reconocido como fundador del Derecho Internacional. La influencia de las ideas de Vitoria, así como su doctrina, sobre las acciones incansables de Bartolomé de las Casas, fue algo difusa, parcial e indirecta, por lo que se puede decir que ambos dominicos son pioneros del derecho de los indios y los derechos humanos en general, pueden ser catalogados como originales e independientes en lo que se refiere a su pensamiento jurídico y humanitario. Ambos hombres no tuvieron relaciones personales, aunque según documentos de la época se relata una visita de Bartolomé de las Casas al Convento de Salamanca, en cuyo viaje pudo conocer a Vitoria³⁰.

En la obra de Bartolomé de las Casas no se refleja una total aceptación del ideario de Vitoria, pero ambos religiosos siguieron caminos similares y complementarios. Por un lado, Francisco de Vitoria trabajó en una línea teórica, objetiva e imparcial, la cual contribuyó a edificar un sistema de principios que pueden ser tomados como base en la conformación de relaciones de igualdad entre las diversas naciones, así como entre sus ciudadanos; y en el caso de Bartolomé de las Casas sus acciones son independientes en las que se materializó una cierta mezcla de principios cristianos y la doctrina jurídica de su época, todo ello enfocado en la liberación de los indígenas oprimidos. De esta forma se ha llegado a afirmar que: "...en la ideología de Bartolomé de las Casas existen muchos elementos desviados y caducos, mientras que los principios de Vitoria son imperecederos e intemporales"³¹.

1.3. Las Cortes de Cádiz y las Juntas Americanas

A principios de Siglo XIX, específicamente en el año 1808 Napoleón y sus ejércitos invadieron España. En aquel momento el rey Carlos IV abdicó el trono y su heredero fue hecho prisionero, o sea, Fernando VII. Tras estos sucesos los españoles no

³⁰ ROVIRA GASPAS, M. (2004).

³¹ ROVIRA GASPAS, M. (2004: 25).

aceptaron el rey impuesto por Napoleón Bonaparte, en este caso su hermano, el cual proclamó como José I, rey de España. El rechazo demostrado por el pueblo español trajo como consecuencia que se desarrollara una fuerte resistencia, además de que se organizó todo un sistema de gobierno, en el cual surgen las juntas y se aprobó la Constitución de Cádiz, en el año 1812. Todos estos acontecimientos repercutieron en territorio americano, específicamente en las colonias españolas, lo que generó importantes cambios.³²

1.3.1. Las Cortes de Cádiz

Las Cortes de Cádiz surgen a partir del año 1810, donde las Cortes Generales y Extraordinarias se reunieron por primera vez, justamente en la ciudad de Cádiz, catalogado en aquella época como uno de los territorios más liberales de España. En dicha reunión se desarrollaron elecciones y las cortes quedaron constituidas por alrededor de 300 diputados, de los cuales 104 firmaron la aprobación de la Constitución en el año 1812³³. Algunos miembros de estas Cortes integraban altos estratos sociales como fue el clero, además se contó con la presencia de juristas, funcionarios públicos y catedráticos.

En las Cortes de Cádiz se careció de partidos políticos, pues nunca se alcanzó la organización necesaria para ello. A pesar de esto, se evidenciaron una serie de tendencias constitucionales, por medio de la presencia de diputados unidos, con una cierta filiación doctrinal. Cabe destacar que como parte de la tendencia constitucional que predominó en estas Cortes se pusieron de manifiesto tres tipos, el primero fue el conformado por diputados con un pensamiento realista, para ello se basaron en una doctrina eclesiástica e historicista; como segunda tendencia se evidenció el liberalismo y los diputados que defendieron esta ideología abogaron por principios constitucionales expuestos en la Revolución francesa en el año 1789, tales como la soberanía nacional y la división de poderes. Como tercera y última tendencia, se encontraba la que defendieron los diputados americanos; respecto a la cual vale señalar que la invasión francesa de 1808 impulsó en las colonias españolas americanas todo un movimiento emancipador, a partir del cual en años posteriores cada colonia adquirió su independencia, siendo las últimas en independizarse Cuba, Puerto Rico y Filipinas.

³² CAYUELA FERNÁNDEZ, J. G. (2010: 2-19).

³³ CAYUELA FERNÁNDEZ, J. G. (2010: 2-19).

Dentro de estos diputados americanos se encontraban elites criollas que defendían el predominio de los vínculos dominantes de la colonia con la Metrópolis, siempre que se admitiera un autogobierno en las provincias de ultramar y se permitiera una justa representación de la sociedad americana en los órganos del Estado constitucional que se quería conformar. Los principios que postulaban los diputados americanos estaban basados en la escuela neoclásica española y la doctrina defendida por Rousseau que exponía ideas revolucionarias. Todas estas tendencias constitucionalistas suscitaron fuertes disputas hasta la aprobación definitiva de la Constitución de Cádiz.

1.3.2. Las Juntas Americanas

En lo que respecta a todo lo que vivió América tras los sucesos en la Metrópolis, se puede afirmar que fue una situación similar. En territorio americano permanecieron las autoridades legítimas españolas, no obstante, se desarrolló un movimiento juntista, lo que posibilitó la instauración de juntas a partir del año 1808. Algunas de estas juntas se caracterizaron por poseer ideas revolucionarias que posteriormente llegaron a ganar fortaleza en los procesos independentistas. Este movimiento hacia la conformación de juntas en el continente americano demostró la creciente debilidad de las autoridades españolas en las colonias. Además, puso en evidencia que las instituciones coloniales españolas no tenían la capacidad de adaptarse y responder consecuentemente con las necesidades de los colonos. Cabe destacar que la élite criolla logró demostrar que poseía altas capacidades para la política y el manejo económico de las colonias. Es así como en los años 1808 y 1809 se constituyeron juntas en los territorios de Bogotá, Montevideo, México, La Paz, Quito y Buenos Aires³⁴.

En los inicios de las juntas americanas predominó la fuerza de los españoles, ya que se tenía como objetivo principal demostrar un apoyo incondicional a Fernando VII, a pesar de esto llegaron a adoptarse medidas que cuestionaron la autoridad del monarca español y sus representantes, tal es el caso de la gran importancia que poseía el Cabildo. En el año 1810 estas juntas demostraron claras tendencias hacia la ejecución de un proceso independentista.

³⁴ CAYUELA FERNÁNDEZ, J. G. (2010: 2-19).

1.4. La construcción de la República y el gran ausente. El indígena

Previo a la constitución de las primeras repúblicas en el continente americano se desplegó todo un proceso independentista y de lucha para lograr dicha independencia. En el período comprendido entre 1810 a 1814 la consecución de cierta forma de autonomía en las Indias, en un esquema imperial bajo una monarquía borbónica restaurada, parecía factible, y era una solución política que contaba con el favor mayoritario de los criollos. El asediado Consejo de Regencia en Cádiz había declarado la igualdad de todos los reinos del imperio y convocado a representantes a una asamblea constituyente. En 1812 se proclamó una constitución liberal que disponía, en efecto, el establecimiento en España de una monarquía limitada en la que el poder real respondería a Cortes elegidas y se garantizarían los derechos civiles. Así, la Constitución de Cádiz de 1812 se convertía en símbolo de cohesión entre liberales hispanoamericanos y peninsulares, pues prometía a los criollos aquello a lo que siempre habían aspirado: mayor voz en su propio gobierno, al tiempo que conservaba la monarquía como fuente de autoridad legítima³⁵.

Sin embargo, el liberalismo del gobierno de Cádiz tenía sus límites en lo relativo a administrar el imperio. El gobierno de Cádiz rechazó una propuesta de representantes americanos de crear una especie de comunidad de reinos constitucionales autónomos bajo la soberanía de un solo monarca: una reencarnación liberal, por así decirlo, de la teoría del imperio de los Habsburgo³⁶. Los criollos querían el derecho a comerciar con extranjeros, representación proporcional en las Cortes e igualdad de acceso a todos los cargos públicos. No obstante, las cortes liberales de Cádiz no estuvieron dispuestas a conceder nada de eso, pues ni siquiera los liberales españoles concebían la idea de renunciar al control político de las Indias. A fin de cuentas, dicho control daba al Estado español inmensas rentas en impuestos, derechos, préstamos forzosos y tributo indígena, además de garantizar ganancias del monopolio comercial transatlántico a los exportadores españoles y a los comerciantes gaditanos³⁷. Lo cierto es que la dependencia económica de España con respecto a sus colonias americanas volvía imperialistas empedernidos a los políticos liberales.

³⁵ LORENTE, M. (2004: 73-96).

³⁶ VIDAL, J. J., y MARTÍNEZ RUIZ, E. (2001: 78-81): *Política interior y exterior de los Borbones*. Madrid: Editorial Istmo.

³⁷ La mayoría eran partidarios de los liberales en las Cortes.

Aun así, la Constitución de Cádiz consagraba el derecho a elecciones libres y la libertad de imprenta, lo que en principio daba a los criollos la posibilidad de expresar sin reserva sus motivos de queja y de participar de manera más directa en la vida política de sus regiones³⁸. Sin embargo, los virreyes de las Indias, habituados a los usos de una monarquía absoluta, procuraban hacer caso omiso de las libertades que concedía la asamblea de Cádiz o, cuando eso les resultaba imposible, intentaban manipular las elecciones de los cabildos. En 1814 el imperialismo de las Cortes de Cádiz, sumado a la intransigencia de los funcionarios reales, parecía impedir una solución negociada a la crisis imperial, lo que propiciaba la exclusión de muchos criollos, pero mientras la autoridad metropolitana estuviera dividida entre los parlamentarios liberales de Cádiz y los administradores conservadores de las colonias, la inestabilidad política persistiría.

Aunque se trabajaba en la búsqueda de una solución política, desde 1810 grupos de criollos radicales de todas partes de las Indias se habían sublevado para independizarse totalmente de España. Todavía eran pocos, pero tenían grandes probabilidades de beneficiarse de la frustración de la mayoría con la inflexibilidad del gobierno imperial. Las rebeliones que encabezaban diferían en carácter y grado de una región a otra, lo mismo que sus efectos en las mayorías criollas de sus respectivas áreas.

En el caso de México la rebelión independentista difirió de los demás alzamientos en que no procedía de la clase dominante criolla. La hizo estallar un sacerdote criollo, Miguel Hidalgo, que había sido rector del prestigioso Colegio de San Nicolás en Valladolid (hoy Morelia) pero que perdió el favor de las autoridades reales por su interés en las ideas de la Ilustración y por su vida privada (cohabitaba abiertamente con la madre de sus dos hijas). El obispo de la diócesis lo había destituido y enviado como párroco al pueblo de Dolores, cerca de Querétaro, donde trabajaba entre indígenas y mestizos. En 1810 se sumó a una conspiración de criollos acomodados que querían formar una junta revolucionaria. Al descubrirse la conjura, Hidalgo se apresuró a llamar a una insurrección general contra los españoles. Fue el famoso Grito de Dolores del 16 de septiembre (fecha que hoy se celebra como fiesta de la independencia en México). El grito fue un llamado a la independencia en nombre de Fernando VII y la Virgen de Guadalupe. Hidalgo tenía objetivos radicales, pero poco dirigidos: la

³⁸ GARCÍA LAGUARDIA, J. M. (2004: 191-222).

abolición del tributo indígena, la devolución de las tierras usurpadas a los pueblos nativos y la muerte de todos los españoles³⁹.

La reacción del campesinado fue explosiva, pues hacía dos años que la fértil región agrícola del Bajío padecía sequía y hambre, y los agricultores estaban desesperados. Una masa de indígenas y mestizos se rebelaron y emprendieron matanzas y saqueos contra la población blanca. En menos de una semana los rebeldes tomaron dos poblados y marcharon sobre la capital provincial Guanajuato; allí asediaron la Albóndiga de Granaditas, edificio fortificado que entonces servía como depósito municipal de granos, donde se habían refugiado criollos y españoles aterrados. Hubo una brutal masacre, seguida del saqueo de la ciudad. Tres semanas después caía Valladolid, capital provincial de Michoacán, y los insurgentes, cuyo número ya ascendía a más de 80.000, avanzaron hacia la ciudad de México. Sin embargo, un costoso encuentro con fuerzas realistas interrumpió su marcha. Los rebeldes decidieron retirarse, pero en el camino de vuelta a Querétaro otro ejército realista los combatió y les asestó un golpe devastador. Se dividieron en dos fuerzas cada vez más reducidas; una de ellas, al mando de Hidalgo, se retiró primero a Valladolid y luego a Guadalajara, y la otra, encabezada por Ignacio Allende, a Guanajuato. Aunque Hidalgo pudo reclutar más campesinos en Guadalajara, sus fuerzas fueron aplastadas por los realistas en enero de 1811⁴⁰. Huyó al norte, pero fue capturado en marzo y fusilado junto con la mayoría de los comandantes de su ejército, cuyas cabezas se dejaron expuestas 10 años en la Albóndiga de Granaditas.

Más la resistencia fue irregular durante un año poco más o menos, al cabo del cual los rebeldes recuperaron parte de su fuerza original bajo el mando de José María Morelos, sacerdote mestizo de Michoacán cuyas dotes militares e inteligencia política dieron al movimiento independentista mayor coherencia que cuando lo dirigía Hidalgo. Morelos desechó la profesión de lealtad a Fernando VII y expuso un programa radical que comprendía el reparto de tierras y la integración plena de los indígenas y mestizos a la sociedad. Luego de tomar la ciudad de Oaxaca, en el sur, en 1813, organizó un congreso en Chilpancingo, donde el 6 de noviembre se declaró la independencia. Este gobierno republicano alternativo, junto con su pequeño ejército, sufrió el hostigamiento

³⁹ SANCHEZ ANDRÉS, A. (2011).

⁴⁰ ORTIZ ESCAMILLA, J. (1997).

incesante de las tropas realistas – que reconquistaron Oaxaca a principio de 1814- y no supo atraerse el apoyo amplio de los criollos. Aun así, pese a disputas internas que llevaron a la remoción de Morelos del mando, la insurgencia persistió tenazmente en circunstancias muy adversas. El congreso republicano emitió una constitución en Apatzingán en octubre de 1814, pero a esas alturas se había liberado a Fernando VII y restaurado la monarquía absoluta en España y sus dominios. Morelos fue capturado en 1815 y ejecutado.

De las varias juntas revolucionarias que aparecieron en 1810 en el virreinato de Nueva Granada, la de Caracas fue la más rápida en transitar hacia el republicanismo y la inevitable lucha armada. Las clases dominantes criollas actuaron con diligencia para salvaguardar sus privilegios cuando parecía que España había caído en poder de Napoleón, ya que los blancos de Venezuela eran una minoría rodeada de masas de negros, indígenas y pardos (mulatos), cuyo ascenso social bajo el gobierno español consideraban una amenaza para su autoridad social. En marzo de 1811, se eligió debidamente un congreso con un derecho de voto que excluía a la población de color⁴¹.

Sin embargo, un grupo más radical autodenominado Sociedad Patriótica de Caracas apremió la declaración de una república independiente. La Sociedad Patriótica estaba dirigida por hombres como Francisco de Miranda, que había vuelto a Venezuela en 1810, y Simón Bolívar, que pertenecía a una de las familias más ricas y poderosas de la oligarquía venezolana poseedora de plantíos de cacao. Este grupo social era el que más podía beneficiarse si se cercenaban los lazos con España, se aferraba el poder político sobre la población de color y se abría el comercio con Gran Bretaña y los Estados Unidos. El 5 de julio de 1811 el Congreso declaró la independencia y fundó la primera República de Venezuela. Miranda fue nombrado Comandante Supremo del Ejército Republicano. La Constitución disponía una estructura federal, la igualdad jurídica de los ciudadanos de todas las razas y la abolición de los privilegios eclesiásticos y militares⁴².

Sin embargo, en realidad hizo poco por las etnias de color: se excluyó del voto a la mayoría de los mulatos imponiendo el requisito de ser propietario de fincas, se mantuvo la esclavitud y se excluyó a los llaneros, los jinetes ganaderos de los llanos,

⁴¹ TERÁN, M., y SERRANO ORTEGA, J. A. (2002).

⁴² TERÁN, M., y SERRANO ORTEGA, J. A. (2002: 46-50).

con políticas destinadas a someter sus tierras a un régimen de propiedad privada. Cuando en marzo de 1812 llegó a Puerto Rico una reducida fuerza española bajo el mando de Domingo de Monteverde, los grupos de color se unieron a los realistas, y en el lapso de pocos meses el ejército republicano se rindió ante Monteverde. Su comandante, Miranda, fue deportado a España y murió en prisión unos años después.

Simón Bolívar, en cambio, huyó a Nueva Granada, donde las juntas provinciales alteraban entre sí por las condiciones de su asociación. A finales de 1811 se había constituido una precaria federación, considerada las Provincias Unidas de la Nueva Granada, presidida por Camilo Torres Tenorio, pero la junta de Bogotá (la capital virreinal) rechazó la constitución federalista y formó el Estado Libre de Cundinamarca bajo la presidencia de Antonio Nariño, quien se había destacado como disidente liberal durante el reinado de los Borbones. Otras ciudades y provincias, como Panamá, Santa Marta y Pasto, permanecieron leales al Consejo de Regencia en Cádiz⁴³. La extrema fragmentación política del virreinato dio lugar a brotes de conflicto armado entre las facciones criollas revolucionarias.

A pesar del desorden, Bolívar se las ingenió para obtener el apoyo de las Provincias Unidas de la Nueva Granada en una campaña renovada contra los realistas de Venezuela. Su objetivo político esta vez era capitalizar la negativa de los liberales de Cádiz a hacer concesiones de autonomía para las Indias. En 1813 Bolívar llegó a Venezuela y declaró una “guerra a muerte” contra la autoridad de España para obligar a los criollos indecisos a elegir entre la independencia o la sumisión a un colonialismo inflexible. Comandando la Campaña Admirable, llegó a Caracas en agosto y, tras declarar una Segunda República, asumió funciones de dictador militar, pues se había desencantado de las asambleas democráticas al presenciar el desorden reinante en Nueva Granada. Sin embargo, la segunda República cayó a los pocos meses: Bolívar no pudo convencer a los mulatos, a muchos de los cuales reclutaba un peninsular, José Tomás Boves, para un movimiento de guerrillas realista. En la Batalla de la Puerta, el 15 de junio de 1814, las guerrillas realistas de Boves vencieron al ejército de Bolívar⁴⁴.

De regreso en Nueva Granada, Bolívar tomó parte en las interminables disputas entre centralistas y federalistas, hasta que la inmoderación de los revolucionarios lo

⁴³ BARBOSA RAMÍREZ, R. (1981: 71-78).

⁴⁴ TERÁN, M., y SERRANO ORTEGA, J. A. (2002: 54-59).

desilusionó y en 1815 se fue a Jamaica. En todo caso, los movimientos de independencia de Nueva Granada no tardarían en ser vencidos por un contraataque realista organizado desde Venezuela por Pablo Morillo, un general muy hábil enviado de España en la primavera de 1815 con un ejército de 10000 hombres para pacificar las Indias⁴⁵. En 1816 tanto Venezuela como Nueva Granada habían vuelto a quedar bajo el control realista.

El otro escenario de conflictos militares en América del Sur fue el Río de la Plata, territorio que, como Nueva Granada, se había elevado al rango de virreinato hacía apenas unas décadas, y en cuya nueva capital, Buenos Aires, aún no estaba bien arraigada la autoridad política. El 25 de mayo de 1810 una junta que proclamaba lealtad directa a Fernando VII obtuvo el poder en Buenos Aires y no tardó en ceder a la influencia retórica de radicales jacobinos como Mariano Moreno, periodista liberal y traductor de El Contrato Social de Rousseau. La junta liberal abrió el puerto de Buenos Aires al comercio con todas las naciones y proclamó la igualdad de los ciudadanos sin distinción de raza; pero lo cierto es que la junta se hacía eco de los intereses de los porteños –la clase dominante bonaerense–, sus medidas se dirigían contra los comerciantes españoles dedicados a la importación y exportación, y se aseguraba de excluir del gobierno a los sectores de color.

El carácter radical de la junta de Buenos Aires no ayudó a atraerle la simpatía de las oligarquías provinciales del interior; y los liberales porteños sofocaron una reacción realista en la antigua ciudad de Córdoba, sede de la audiencia y de una universidad, y ejecutaron a los dirigentes, entre los que se contaba Santiago de Liniers, antiguo comandante de las milicias populares que habían expulsado a los británicos del Río de la Plata en 1806-1807. Sin embargo, la hostilidad provincial se aplacó cuando por fin se incluyeron delegados del interior en la junta de Buenos Aires; su conservadurismo templó el fervor jacobino de los políticos porteños, pero el gobierno criollo de la capital, a falta de un caudillo fuerte, seguía debatiéndose en desacuerdos facciosos. En 1813 la Junta convocó una Asamblea Nacional de lo que ahora llamaba Provincias Unidas del Río de la Plata, aunque todavía no las declaraba independientes de España⁴⁶.

⁴⁵ TERÁN, M., y SERRANO ORTEGA, J. A. (2002: 61-62).

⁴⁶ HERRERO PÉREZ, P. (1992: 65-67).

No obstante, importantes provincias del virreinato se negaban a aceptar la autoridad de los revolucionarios de Buenos Aires: Paraguay, la Banda Oriental (el actual Uruguay) y el Alto Perú (hoy Bolivia), la provincia andina donde se encontraban las grandes minas de plata de Potosí y cuya economía se había orientado hacia Lima hasta 1776, Buenos Aires intentó someter estas provincias por la fuerza de las armas. Un ejército encabezado por Juan José Catelli tomó Potosí y se unió a los rebeldes locales para arrebatar el Alto Perú a los realistas, pero un ejército enviado desde el Perú los venció al cabo de pocos meses. Aunque otra expedición dirigida por Manuel Belgrano reconquistó Potosí, los realistas volvieron a expulsarla. Un tercer intento de tomar el alto Perú fue repelido en 1815, y Buenos Aires tuvo que renunciar definitivamente a la rica provincia argentífera.⁴⁷

Buenos Aires también perdió la provincia de Paraguay. En 1811 tropas leales a España rechazaron un ejército porteño comandado por Manuel Belgrano. Poco después se estableció en Asunción una junta que con el tiempo dio lugar a la dictadura de José Gaspar Rodríguez de Francia, cuyo férreo y excéntrico gobierno constituyó el punto de partida para que esta provincia emprendiera el camino de la independencia. La Banda Oriental situada en la ribera del Paraná opuesto a Buenos Aires, sería una continua fuente de dificultades para esa capital, lo mismo durante las guerras de independencia que mucho tiempo después, José Gervasio Artigas, un ganadero local, inició la revuelta contra los realistas de Montevideo y pidió ayuda a Buenos Aires. Sin embargo, se negó a someterse a la autoridad de los porteños, y las relaciones entre los aliados fueron inestables durante la guerra de liberación de Montevideo. Luego de tomar la ciudad en 1814, Artigas obtuvo el control de la provincia y puso en marcha una política agraria radical consistente en dividir las grandes haciendas y distribuir la tierra entre los indígenas, mestizos y pequeños agricultores. Sin embargo, en 1818 se rindió ante un ejército invasor de Brasil.⁴⁸

Ya en 1815 la influencia de Buenos Aires en las Provincias Unidas del Río de la Plata era a todas luces precaria. Grandes regiones del virreinato se habían sustraído por completo a su autoridad, mientras que otras provincias interiores habían resultado rebeldes; la propia oligarquía porteña seguía dividida, y el radicalismo de los abogados

⁴⁷ HERRERO PÉREZ, P. (1992).

⁴⁸ HERRERO PÉREZ, P. (1992).

que se metían a políticos irritaba cada vez más a la mayoría conservadora. Cuando el movimiento de independencia perdió fuerza, fue la gran distancia que separaba a Buenos Aires de la metrópoli lo que salvó a los revolucionarios de una expedición punitiva inmediata tras la restauración de Fernando VII en el trono⁴⁹.

El siguiente momento decisivo en el zigzagueante proceso de independencia no se produjo en las Indias, sino de nuevo en la península. El 1 de enero de 1820 un ejército de cerca 14.000 hombres reunido en las cercanías de Cádiz con el propósito expreso de reconquistar los territorios rebeldes del Río de la Plata se amotinó de improviso, seguido por casi todas las guarniciones de España, en apoyo a un pronunciamiento militar (el Pronunciamiento de Riego) que proclamaba el restablecimiento de la constitución derogada. Ante la sublevación de su ejército, Fernando VII se vio obligado a renunciar el absolutismo y aceptar la Constitución de Cádiz de 1812.

El porqué del levantamiento del ejército recae en que se pone de manifiesto en menor grado las convicciones liberales que aquella insatisfacción nacida de la escasa paga y los planes para reducir el tamaño de las fuerzas armadas; pero las consecuencias fueron trascendentales porque las Cortes de Cádiz habían dispuesto en la Constitución de 1812 una fuente alternativa de legitimidad política que los opositores de la voluntad real podían invocar, fuesen o no de ideología liberal. Antes de ese año, quien quisiera rebelarse contra la Corona no disponía de esta alternativa⁵⁰. Lo cierto es que después de la intervención de Napoleón en la península resultaba ya imposible para la Corona española reconstruir su monopolio de legitimidad; la propia monarquía católica estaba a la deriva en el mar de la política, y la tempestad más reciente en Cádiz precipitaría el fin de su autoridad en América.

A decir de Edwin Williamson:

“El levantamiento de Cádiz restó autoridad a los virreyes y a los comandantes españoles en las Indias. El nuevo gobierno liberal de España ordenó a las autoridades

⁴⁹ TERÁN, M., y SERRANO ORTEGA, J. A. (2002: 57-60).

⁵⁰ ACUÑA, C. (2013: 19-124).

*coloniales pactar un armisticio con los insurgentes como preparación para negociar una solución a la prolongada crisis colonial*⁵¹.

Como comprendieron los revolucionarios americanos, esto suponía la capitulación de España, pugnas que evidenciaron que la monarquía católica no podía esperar la restauración completa de su autoridad ni en España ni en América y, ante tal cuestionamiento y reducción de la legitimidad real, cabría la interrogante respecto a cuáles beneficios podían ofrecer a las colonias los liberales españoles que los criollos no pudieran conseguir por sí solos. Sin duda no había razón alguna para someterse a un monopolio comercial ni a una administración pública dirigidos por imperialistas liberales en la península.

En efecto, el levantamiento de Cádiz ponía fin al único beneficio por el que los criollos habían estado dispuestos a aceptar las restricciones coloniales: la autoridad unificadora y estabilizadora de la monarquía absoluta. Terminada ésta, el pacto colonial era obsoleto⁵². A partir de 1820 la mayoría de los criollos abandonarían su inveterada lealtad a la Corona y aceptarían la idea de que la independencia era inevitable. Quedaba desde luego la formidable tarea de vencer a los ejércitos realistas en el campo de batalla, pero los independistas ya habían ganado la guerra política y psicológica⁵³.

La súbita inversión en la ventaja política y psicológica motivada por el levantamiento de Cádiz no tuvo en ninguna parte efectos más drásticos que en México. De 1815 a 1820 la causa de la independencia mexicana siguió latiendo en la resistencia opuesta por una asediada fuerza de rebeldes en el sur, acaudillada tras la muerte del padre Morelos por un mestizo, cuyo nombre era Vicente Guerrero. En noviembre de 1820 el virrey Juan Ruiz de Apodaca envió a Agustín de Iturbide, un criollo leal veterano de las campañas contra Hidalgo y Morelos, a asestar el golpe de gracia a los insurgentes, pero la noticia del levantamiento de Cádiz había cambiado la actitud de Iturbide hacia la pregunta sobre los lazos de México con España; entró en conversaciones con el caudillo rebelde Guerrero y forjó con él una alianza contra el gobierno español. El 24 de febrero de 1821 proclamaron juntos el Plan de Iguala,

⁵¹ WILLIAMSON, E. (2013: 221).

⁵² RAMOS SANTANA, A. (2005: 676-679).

⁵³ WILLIAMSON, E. (2013: 225).

documento que llevó a México a la independencia prácticamente sin derramamiento de sangre⁵⁴.

Conforme al Plan de Iguala, México se constituía en monarquía independiente, limitada por la constitución de Cádiz de 1812, ya fuese con Fernando VII o con uno de sus hermanos como emperador. El catolicismo seguiría siendo la única religión legítima y la Iglesia conservaría sus propiedades y privilegios; todos los súbditos, incluidos los indígenas, los mestizos y los muchos españoles que vivían en México disfrutarían de igualdad ante la ley. Estos serán los tres pilares del nuevo orden, o sea, independencia, religión y unión, las tres garantías defendidas por el Ejército Trigarante, formado por la fusión de las tropas realistas de Iturbide y las rebeldes de Guerrero. El plan ofrecía algo a los principales grupos de presión de México, desde los tradicionalistas católicos hasta los reformadores liberales, incluso honraba a España, como madre Patria, sentimiento compartido por la mayoría de los mexicanos. El Plan de Iguala era, en suma, un acuerdo creativo que muy pronto cristalizó en un consenso nacional. Antes de transcurridos seis meses recibió el apoyo de las principales guarniciones de México, y el nuevo virrey enviado de la península tuvo que reconocer que el país efectivamente había ganado la independencia, hecho que se ratificó con un tratado el 24 de agosto de 1821. Un mes después, Iturbide entró triunfalmente en la ciudad de México y ocupó el cargo de presidente de la Regencia del Imperio mexicano⁵⁵.

El Plan de Iguala tuvo éxito porque conciliaba dos intereses históricos de las oligarquías criollas que nunca había coincidido en un mismo acuerdo político: preveía el autogobierno legítimo de los criollos y, al mismo tiempo, una autoridad social basada en un esquema monárquico y religioso. No es de extrañar que atrajera a otras oligarquías regionales. El nuevo Imperio mexicano invitó a la capitanía general de Yucatán y a las provincias centroamericanas que integraban el reino de Guatemala (esto es, Chiapas, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Guatemala propiamente dicha) a unirse a él en los términos del Plan de Iguala. Todos estuvieron de acuerdo, menos El Salvador, al que sin pérdida de tiempo un ejército mexicano obligó a estarlo.

Sin embargo, España buscaría destruir el acuerdo del Plan de Iguala por su renuencia a aceptar la realidad política. El gobierno liberal de la península no quiso

⁵⁴ DELGADO DE CANTÚ, G. M. (2002: 37-41).

⁵⁵ WILLIAMSON, E. (2013: 228-231).

reconocer la independencia de México. Peor aún, no fue posible convencer ni a Fernando VII ni a ningún otro príncipe europeo de aceptar la Corona del Estado naciente⁵⁶. Este repudio de los Borbones hacia la nueva monarquía privaba al Plan de Iguala de su piedra angular, pues toda interrupción de la continuidad dinástica comprometía sin remedio la legitimidad de la Corona mexicana.

A pesar de todo, Iturbide intentó salvar la institución monárquica en México. La noche del 18 de mayo de 1822 una manifestación pública encabezada por soldados de su propio regimiento lo proclamó Agustín I de México, cediendo a la presión popular, el Congreso lo aceptó como emperador. Sin embargo, Iturbide no pudo investirse del aura sagrada de la realeza, que habría sido el único modo de captarse la lealtad de todos sus súbditos. La aristocracia criolla no le perdonaba que fuera hijo de un comerciante; sus compañeros oficiales lo consideraban un intrigante, y los españoles que residían en México querían un príncipe de sangre real. Por último, los llamados a una República, a los que hasta entonces se habían hecho oídos sordos, empezaron a tener resonancia. Al desmoronarse el consenso que había sostenido el Plan de Iguala, el nuevo emperador criollo tomó medidas arbitrarias para apuntalar su autoridad, y al hacerlo provocó aún más hostilidad. En diciembre de 1822 un joven coronel ambicioso, Antonio López de Santa Anna, proclamó de manera oportunista una República y rápidamente obtuvo el respaldo de varios generales inconformes. El grueso del ejército se pronunció a favor de los rebeldes y el 19 de marzo de 1823 Agustín I abdicó. Un año después sería fusilado al volver a México de su exilio en Europa con la idea equivocada de que podía recuperar su trono⁵⁷.

Así, a sólo dos años de la declaración de independencia según el Plan de Iguala, un golpe de Estado militar; el primero de muchos que se darían en el México independiente había destruido el principio de la monarquía. Se declaró una República Federal con el general Guadalupe Victoria como primer presidente. Las provincias de América Central, salvo Chiapas, se separaron y, tras una prolongada guerra civil, su federación se fragmentó en cinco repúblicas independientes. México mismo se debatiría en repetidas guerras civiles durante 50 años, y entre los múltiples factores que complicaban los intrincados asuntos de la joven república, uno de los principales era la

⁵⁶ PIETSCHMANN, H. (1996: 89-92).

⁵⁷ DELGADO DE CANTÚ, G. M. (2002: 68-79).

tenaz persistencia de las esperanzas conservadoras de restaurar una monarquía mexicana, esperanzas que no se extinguirían sino hasta bien entrada la segunda mitad del Siglo XIX.⁵⁸

Sobre este tema Rafael Rojas consideró que:

*“Entre 1810 y 1848, es decir, durante las cuatro décadas que abarcan las guerras de independencia, el establecimiento de las Repúblicas en América Latina y el inicio de la construcción de los nuevos Estados, las modernas identidades nacionales de la región aún no estaban configuradas”.*⁵⁹

Según el citado autor, a mediados del Siglo XIX, países como Argentina, Uruguay y Paraguay surgieron de la fragmentación del virreinato del Río de la Plata, Perú, Colombia y México preservaron en buena medida el territorio primordial de sus antiguos virreinos (Perú, Nueva Granada y Nueva España) aunque algunas jurisdicciones subordinadas a los mismos, como Centroamérica, Panamá y Quito, dieran lugar a nuevas entidades políticas. Chile, Venezuela y Guatemala nacieron de viejas capitanías generales, y un país como Bolivia fue, como ha visto Roberto Harvey, la reorganización administrativa y jurídica del Alto Perú virreinal.

La creación de identidades políticas nacionales en América Latina, durante la primera mitad del siglo XIX, fue un proceso sumamente complejo que, en efecto, demandó de las nuevas élites un esfuerzo de ingeniería simbólica para imaginar e, incluso, inventar las nuevas naciones. Algunos historiadores como Anthony Pagden, Francois Xavier Guerra, Antonio Annino, Jeremy Adelman, por solo mencionar algunos, han insistido en que la independencia produjo un vacío en el ejercicio borbónico de la soberanía imperial, que intentaron llenar las viejas identidades regionales y locales de los pueblos, las ciudades y las provincias⁶⁰. La fuerza de una o varias ciudades, en un territorio ex virreinal, determinó, en buena medida, el tránsito hacia regímenes unitarios, como Colombia y Venezuela, o federalistas, como Argentina y México, que asumieron el pacto republicano más como una distribución de competencias políticas y administrativas entre el centro y la periferia que como un contrato entre el ciudadano y la nación, o entre el individuo y el Estado.

⁵⁸ DELGADO DE CANTÚ, G. M. (2002: 68-79).

⁵⁹ ROJAS, R. (2008).

⁶⁰ ANNINO, A., y GUERRA, F. X. (2003).

Las naciones latinoamericanas, tal y como se conocen desde mediados del siglo XIX, eran, por tanto, entidades simbólicas inexistentes en los años previos y posteriores a la independencia. Los proyectos de integración política promovidos por estadistas, como Simón Bolívar y Lucas Alamán, e instituciones continentales, como los Congresos de Panamá (1826) y Tacubaya (1828), se inspiraron, por un lado, en esta ausencia de soberanías nacionales y, por el otro, en la localización de enemigos (Fernando VII y la Santa Alianza) y aliados (Gran Bretaña y Estados Unidos) comunes. Aquellos proyectos de unión fracasaron, entre otras razones, porque apelaban a una institucionalidad federal, ajena a Hispanoamérica, como reconoció el propio Bolívar, a un sentimiento de pertenencia continental también inexistente o a la eficaz oposición de potencias hegemónicas del Atlántico como Gran Bretaña y Estados Unidos”⁶¹.

En Hispanoamérica se puede hablar de un primer momento republicano, entre 1814 y 1830, que se inicia con la restauración del absolutismo borbónico y el fracaso del liberalismo gavitano y culmina con el nacimiento de las soberanías nacionales y la frustración ya en la práctica del proyecto bolivariano⁶². La consumación de la independencia en casi todos los países de la región se vio acompañada por intentos constitucionales de inspiración republicana que convergían en cuatro principios básicos: la soberanía popular, el gobierno representativo, la selectividad de la primera magistratura y los derechos de ciudadanía.

En esta óptica en la Constitución Venezolana de 1819, en las provincias unidas argentinas de 1819, 1825 y 1826 y en la mexicana de 1824 se establecía claramente que el tipo de régimen adoptado era el republicano. El escritor Jaime Rodríguez, en su obra llegó a considerar que:

“Dos tradiciones políticas en pugna emergieron durante el período de la independencia: una formada durante más de una década de guerra, hacía hincapié en un poder ejecutivo fuerte; mientras que la otra, basada en la experiencia civil parlamentaria, insistía en el predominio del poder legislativo. Los hombres fuertes, que eran caudillos, pero no militaristas, con frecuencia retaron la autoridad civil”.⁶³

⁶¹ ROJAS, R. (2008: 34-36).

⁶² BETHELL, (2002: 76-84).

⁶³ RODRÍGUEZ, J. (2006: 109).

Esa tendencia fue pronunciada en los países sudamericanos liberados por Bolívar donde surgió una tradición pretoriana como consecuencia de las largas guerras de independencia. Como Vicente Rocafuerte, el segundo presidente de Ecuador indicó: “...nuestras revoluciones, han provenido del espíritu militar que contra toda regla de política creó el general Bolívar”⁶⁴. Lo importante de estas constituciones es que tenían un perfil antimonárquico, el cual se manifestaba en la afirmación de que las nuevas naciones independizadas de España no eran patrimonio de una familia o persona.

1.5. El tutelaje jurídico del indio y la ciudadanía constitucional

La modernidad vino precedida del ideal de la estabilidad y el progreso sin límites. El gran paradigma fue el denominado “contrato social”, que fue algo más que un recurso retórico de Rousseau. Fue el modelo de los Estados y de sociedad civil modernos. No obstante, este “acuerdo” únicamente existió en términos simbólicos, puesto que la realidad es que no todos estuvieron invitados a su firma. Una de las cuestiones es que, en realidad, el contrato social reproduce criterios de exclusión por su propia naturaleza, pues deja por fuera a la naturaleza, a las mujeres, a los no nacionales y a los indígenas mediante el concepto de ciudadanía. A partir de esto, la modernidad se construyó sobre la base de presupuestos meta-contractuales hegemónicos: bien común, sistema común de medidas, la indispensable intermediación del Estado en las relaciones sociales:

“Como cualquier otro contrato, el contrato social se basa en criterios de inclusión que, sin embargo, también son criterios de exclusión. Son tres los criterios principales. El primero consiste en que el contrato social incluye sólo a los individuos y sus asociaciones. La naturaleza está pues excluida del contrato, y es significativo a este respecto, que aquello que está antes o fuera del contrato reciba la designación de estado de naturaleza. La única naturaleza que cuenta es la humana e incluso ella está sólo para ser domesticada por las leyes del Estado o por las reglas de la convivencia de la sociedad civil. La naturaleza restante, o constituye una amenaza, o es un recurso. El segundo criterio es el de la ciudadanía territorialmente establecida. Sólo los ciudadanos son parte del contrato social. Todos los demás –ya sean mujeres, extranjeros, inmigrantes, minorías (y a veces mayorías) étnicas- se encuentran excluidos. Viven en el estado de naturaleza no obstante cohabitar con los ciudadanos.

⁶⁴ RODRÍGUEZ, J. (2006: 201).

*Por último, el tercer criterio es el comercio público de intereses. Sólo los intereses que se expresan en la sociedad civil son objeto del contrato. La vida privada y los intereses personales propios de la intimidad y del espacio doméstico quedan, por tanto, excluidos... ”*⁶⁵

Por lo anterior, a nivel global, lo indígena aparece invisible o subordinado a la lógica política del Estado y de la sociedad monocultural. Esta construcción asimétrica de ciudadanía tiene su origen en las formas propias de la historia regional. Así, una vez que se instituyeron las repúblicas hispanoamericanas, es de aclarar que el colonialismo español fue sustituido por el poder interno de los grupos de la clase social. Mientras los descendientes de España ejercían el poder y redactaban constituciones liberales, los indios, negros y mestizos siguieron siendo la fuerza bruta que cavaba minas, cultivaba haciendas y plantaciones, construía caminos, edificaba iglesias y edificios públicos. En el caso de los indios, si bien eran legalmente libres como en la colonia, tenían el deber adicional de sostener al fisco como antes, con sus tributos, aunque en la realidad estaban marginados del derecho al voto⁶⁶.

Lo mismo sucedió con los negros, se recuerda que éstos lucharon en la vanguardia de los ejércitos por la independencia, recibiendo ofertas de libertad, fueron luego burlados en sus justas aspiraciones y sometidos otra vez a la esclavitud o servidumbre. En el caso de los mestizos los mismos se transformaron en los capataces del sistema. Eran carne de cañón, por así decirlo, en las reiteradas guerras civiles desatadas por los caudillos regionales o clanes oligárquicos con ínfulas de mando, o en las guerras internacionales declaradas por esas mismas élites.

En el plano jurídico y de acuerdo con las famosas Leyes Contra la Vagancia, que se dictaron en todos los países hispanoamericanos, todo indio o negro que careciere de oficio conocido o que anduviere libremente por las calles y caminos, fue perseguido como delincuente⁶⁷. De este modo, el sistema de hacienda buscó radicar dentro de sus límites a la fuerza de trabajo, sin que en esto se diferencien los regímenes liberales de los conservadores.

⁶⁵ SANTOS, B. y GARCÍA VILLEGAS, M. (2001: 13).

⁶⁶ HERRERO PÉREZ, P. (1992: 114-120).

⁶⁷ AMORES CARREDANO, J. B. (2006: 100-112).

El historiador Jorge Núñez Sánchez reconoció que: “La República oligárquica fue adoptada como modelo de Estado en todo el continente, tanto en el norte anglosajón como en el sur iberoamericano”⁶⁸. Es decir, que, en todos los países de la región latinoamericana, sus constituciones contenían solemnes declaraciones acerca de los derechos del hombre y del ciudadano, pero en todos ellos existían también sistemas electorales censitarios, que otorgaban el voto únicamente a quienes tuvieran una propiedad o una profesión liberal, supieran leer y escribir y no trabajaran en relación de dependencia. Por este medio, fueron marginados de la vida política los indios, los negros y los mestizos, que precisamente por causa del sistema eran pobres ignorantes y dependientes.

En Hispanoamérica, el indio, persona supuestamente libre, siguió sometido a la triple exacción del patrón, del Estado y de la Iglesia, por medio de una combinación perversa: lo poco que le pagaba el hacendado se lo quitaban el cura y el cobrador de impuestos, con lo cual estaba obligado a seguir trabajando en la hacienda para poder seguir pagando al cura y al gobierno. Hay más: por acaso el peón fuese a huir de la hacienda en busca de otro patrono, el hacendado buscaba endeudarlo crecientemente para mantenerlo bajo el yugo de la ley, que establecía la prisión por deudas. En ciertos países, las deudas eran inclusive hereditarias, con lo cual la servidumbre indígena terminaba siendo semejante, en los hechos, a la esclavitud negra⁶⁹.

La política republicana frente al indio tuvo diversos matices, según las realidades imperantes en cada país. En aquellos países donde la comunidad indígena era fuerte y controlaba ejidos y tierras comunales, la política oligárquica se orientó al despojo de esas tierras, que pasaron a integrar los grandes latifundios de la clase criolla, y al sometimiento del indio de comunidad, convertido en peón de hacienda. En otros países, donde los indios no asimilados controlaban todavía importantes territorios, el Estado republicano se empeñó en la eliminación física de esos indios, siendo el modelo norteamericano. Eso fue lo que sucedió, por ejemplo, en Argentina y Chile, donde el ejército de la independencia fue usado luego para cazar indios pampeanos o mapuches⁷⁰.

⁶⁸ NÚÑEZ SÁNCHEZ, J. (2003: 77).

⁶⁹ BONFIL BATALLA, G. (1992).

⁷⁰ NÚÑEZ SÁNCHEZ, J. (2003: 59-60).

Los negros por su parte vieron burladas sus promesas de manumisión a lo que se comprometieron los líderes de la independencia. Así durante la Gran Colombia, Simón Bolívar decretó la libertad de los esclavos, pero el Congreso dominado por los criollos revisó este tema en 1821 y la redujo a una simple libertad de vientres, por lo cual los hijos de esclavos nacían libres, pero sus padres seguían siendo esclavos; además, los hijos libertos debían prestar servicios personales al amo hasta su mayoría de edad, con pago por su manutención⁷¹. Los mestizos como decimos tampoco les fue bien, pues eran despreciados por los blancos y criollos además tenían el recelo de los indígenas y negros. Estos mestizos constituyeron la base social de los ejércitos republicanos, de las policías rurales, del estamento de capataces y mayordomos de las haciendas, también fueron la carne de cañón en las guerras civiles o conflictos internacionales; además, eran los encargados de apresar a los indígenas y negros prófugos o de aplastar los levantamientos populares. También pasaron a formar filas del artesanado que más tarde llegó a constituir la base social de la naciente clase obrera.

1.5.1. El liberalismo de mediados el siglo XIX y los rezagos coloniales

Ya a mediados del siglo XIX este panorama inmovilista empezó a cambiar, con la venida de los gobiernos liberales que abrieron a América Latina al progreso social y a la modernidad capitalista. Así los ideólogos liberales progresistas inspirados en una originaria conciencia social y con deseos de construir una sociedad abierta, donde los hombres se hicieron valer por sus méritos y no por su nacimiento, raza o condición social, se empeñaron en eliminar en sus países los rezagos coloniales, entre los cuales se destacaba la servidumbre del indio y la esclavitud del negro.

Más compleja les resultó a los líderes liberales la resolución de la cuestión indígena. De una parte, estaban la fuerza e influencia que poseía el sistema-hacienda en la mayoría de países del continente, sistema que no sólo se sostenía en la hacienda tradicional y en la propiedad territorial eclesiástica, sino también en la plantación de nueva data, vinculada al mercado exterior. En términos políticos, esto significaba que la hacienda, como modelo de producción servil y de control de la mano de obra indígena, interesaba tanto a los antiguos hacendados conservadores y a la Iglesia, como a los nuevos plantadores liberales. Así, pues, liberar al indio de la dominación servil

⁷¹ BETHELL, L. (2000: 114-116).

implicaba afectar de muerte al sistema hacienda y golpear los intereses de toda la clase dominante, y los liberales no estaban dispuestos a llegar tan lejos fuese porque su debilidad política no lo permitía o porque su misma ideología les refrenaba en su avance reformista, ante el temor de afectar los sacrosantos intereses de la propiedad privada⁷². De esta manera se explica que unos líderes reformistas tan avanzados como el mexicano Benito Juárez (él mismo, un indio zapoteca), el guatemalteco Justo Rufino Barrios o el ecuatoriano Eloy Alfaro se hayan enfrentado valientemente a la Iglesia, a los ejércitos conservadores y aún a las fuerzas intervencionistas extranjeras, pero no se hayan atrevido a reformar el sistema-hacienda y a liberar al indio de su condición servil.⁷³

Una de las instituciones que había sido la más poderosa en la colonia, la Iglesia Católica, la misma resistió por muchos y hábiles medios la soberanía del poder republicano, apoyada por la aristocracia y los partidos conservadores, produciéndose en algunas naciones de la región, graves enfrentamientos políticos, conflictos armados y un clima de inestabilidad que abarca todo el siglo XIX, es la famosa Guerra Civil del Bipartidismo Conservador-Liberal. La reforma liberal y sus agitaciones abarcaron a todo el continente, pero con características peculiares en cada país. Fue temprano en Bolivia desde el Mariscal Antonio José de Sucre, primer presidente, aplicó de entrada, como parte intrínseca del nuevo sistema republicano, siendo muy tardía en nuestro país, donde triunfó con Eloy Alfaro recién en 1895, tras una cruenta guerra civil. Teniendo su mayor escenario en México, donde enfrentó una tenaz resistencia conservadora, que culminó con la Guerra de la Reforma 1857-1881, la segunda intervención francesa 1862-1867, y el triunfo final del liberalismo con Benito Juárez, tras el fusilamiento del emperador Maximiliano de Habsburgo⁷⁴.

En el aspecto político ya en la práctica las ideas básicas del ideario liberal y el sistema republicano se enfrentaban con los poderosos intereses oligárquicos que resistían a su aplicación. Hemos manifestado que en el papel todos los hombres eran iguales ante la ley, pero en la práctica se seguía manteniendo la esclavitud de los negros y la servidumbre de los indígenas. La tan mentada idea de que la soberanía radica en el

⁷² FERRO, M. (2000: 46-52).

⁷³ NÚÑEZ SÁNCHEZ, J. (2003: 59).

⁷⁴ LUQUE TAVALÁN, M., JIMÉNEZ ABOLLADO, F. L., y SÁNCHEZ JIMÉNEZ, J. (2009: 125-127) *Cuatro visiones del descubrimiento y conquista de América*. En línea: http://www.academia.edu/9575620/Visi%C3%B3n_de_los_vencedores_en_la_Am%C3%A9rica_Colonia_l._Imaginario_y_discurso_colonial_desde_el_texto_colombino.

pueblo se enfrentaba con los usos excluyentes de la aristocracia criolla, empeñada en ejercer su poder absoluto sin contrapesos posibles.

Así, la idea de que cada ciudadano debía participar en la vida política a través del voto era negada por el sistema de voto censitario, por el que lo ejercían solo los propietarios y podían ser candidatos únicamente los más ricos de ellos. En cuanto a la economía la misma en la parte fiscal debía asentarse en el aporte de todos los ciudadanos, según su capacidad chocaba con la vigencia del tributo indígena y la cerrada oposición de los propietarios a pagar impuestos sobre la renta personal⁷⁵. En el aspecto militar el siglo XIX se caracterizó para los países hispanoamericanos, en que la idea de la fuerza armada del Estado debía ser constituida por un ejército ciudadano, reclutado en base de la conscripción personal era negada, por la vieja práctica de reclutar solo a los pobres, mediante métodos de fuerza.

En lo referente a los servicios públicos, los mismos debían ser dados por el Estado a la ciudadanía, pero en el concreto real éstos eran negados debido a que el Estado no brindaba ni garantizaba prácticamente ningún servicio público, salvo alguno en el campo educativo. En los primeros años del siglo XIX se mantenía el statu quo colonial, pues muchos miembros, incluyendo a la Iglesia, añoraban la figura del rey⁷⁶. El Estado republicano pasó en muchos países a ser manejado por la aristocracia terrateniente, que restableció las formas políticas coloniales solo que sustituyó la autoridad despótica del monarca por un presidencialismo igualmente despótico, que en la práctica era una especie de “*dictadum* constitucional”. Es la época de Rosas en la Argentina, Rodríguez de Francia en Paraguay y Gabriel García Moreno en Ecuador⁷⁷.

De esta manera las repúblicas latinoamericanas se convirtieron en una temible estructura política militar, montada para ejecutar tareas que garantizaron el viejo orden y el nuevo afianzamiento del sistema oligárquico, y sus tareas dejaron de ser aquellas que habían sido definidas por los teóricos del pensamiento liberal (Rousseau, Locke, Montesquieu, Jefferson, Jovellanos, Campomanes) y los líderes de la independencia (Bolívar, San Martín Carrera, O’Higgins, Hidalgo, Morelos) y pasaron a ser esas otras

⁷⁵ ORTIZ ESCAMILLA, J. (1997: 84-86).

⁷⁶ PESET, M. (2003: 18-19).

⁷⁷ NÚÑEZ SÁNCHEZ, J. (2003: 71-73).

que reclamaba el poder terrateniente. El siglo XIX y este poder terrateniente en las repúblicas hispanoamericanas estaba definido por las siguientes características:

- Cobrar impuestos exclusivamente a los más pobres, y en especial a los indios, incluso adelantando o duplicando el cobro cuando lo exigían las urgencias del estado.
- Dividir o sacar a remate las tierras de las comunidades indígenas, bajo el criterio de “hacer propietarios a los indios, para estimular su libre iniciativa individual”.
- Subastar los ejidos y dehesas (tierras comunales) de las ciudades, para obtener fondos para los gastos públicos.
- Reclutar “a sogá” a los hombres pobres, para llevarlos a las guerras civiles o a los conflictos de frontera, y requisar frecuentemente los animales y alimentos de las gentes del pueblo, para mantener a las tropas en campaña.

1.6. Los manuales de comportamiento y las contravenciones penales

Como bien ha quedado reflejada en los temas analizados, la cultura y tradiciones indígenas han sido minimizadas durante el transcurso de los años, y sometidas estas comunidades originarias a las prácticas occidentales. Estas prácticas al ostentar un amplio poder en su aplicación, fueron respaldadas bajo concepciones ideales y únicas.

Desde la etapa colonial hasta la actualidad, los vínculos entre el sistema de vida occidental y los pueblos indígenas ha presentado diversas variaciones, que han llegado a ser generadas a partir del desarrollo de distintos factores, tales como la educación, la pobreza, las acciones de discriminación, por solo destacar algunos. En el marco de actuación del Derecho penal la característica que prevaleció entre el sistema indígena y el sistema occidental fue el rechazo, característica que impulsó la imposición de un sistema sobre otro, evidenciando a la vez la marcada discriminación manifestada sobre las comunidades indígenas, catalogados como pueblos salvajes y primitivos principalmente en lo referente a las costumbres de estas comunidades⁷⁸. En la época colonial llegaron a coexistir varios sistemas jurídicos, aquel practicado por los colonos, y el otro materializado por los pueblos indígenas, el segundo llegó a ser estigmatizado y discriminado. No obstante, existió cierta permisividad para que las comunidades

⁷⁸ STAVENHAGEN, R. (1991: 303-314).lop

indígenas conservaran sus propias leyes para resolver los conflictos sociales, siempre que dichas prácticas no atentasen contra las creencias católicas.

Otro elemento que predominó en el desarrollo de ambos sistemas jurídicos fue la invisibilización, aspecto que influyó de forma determinante para que el sistema occidental, alcanzara total dominio y se transformara en oficial. Dicho dominio incluyó el ejercicio del *ius puniendi*, a través del cual se ignoraron a las autoridades de las comunidades indígenas, afianzado a partir de la conformación de los Estados, posterior a las gestas independentistas, que a su vez implementó la conformación de un sistema basado en el monismo jurídico, donde la costumbre llega a ser materializada cuando la ley no es capaz de solventar determinado conflicto, la aplicabilidad de la costumbre se encontraba sujeta a no contradecir los principios establecidos por la normativa legal. Frente a esto, el pluralismo jurídico surge como una alternativa al Estado-nación, pero también al origen únicamente estatal de las normas, pues integra otros órdenes de derecho que estuvieron invisibles durante la Colonia.⁷⁹ Es así como, en el marco del Derecho penal, el Estado representa el único ente facultado para aplicar el uso de la fuerza ante la ejecución de conductas calificadas como delitos.

Ya en el Siglo XX, específicamente en la segunda mitad en el año 1989, fue aprobado el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, en una Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que constituyó el primer instrumento de carácter internacional donde fueron reconocidos los derechos de las comunidades indígenas, este paso significó el inicio de todo un proceso de reconocimiento respecto a estos pueblos ancestrales. Dicho instrumento impulsó cambios en las normas constitucionales de algunos países en la región latinoamericana, donde fueron reconocidos los derechos colectivos de estos pueblos ancestrales, ejemplo de ello fueron potestades jurisdiccionales que posibilitaron la resolución de los conflictos en estas comunidades acorde a sus costumbres y prácticas ancestrales.

Ahora bien, para desarrollar un análisis de ambos sistemas, es decir, el sistema jurídico penal occidental y el sistema jurídico indígena en el ámbito penal, pueden tomarse como parámetros de referencia principios básicos del Derecho penal, así como la finalidad que encierra esta rama jurídica. Es necesario señalar que el sistema

⁷⁹ SANTOS, B. (2012: 18-22).

indígena, no constituye un sistema general y único, esto significa que el mismo posee una dependencia de su integración, es decir que cada comunidad ancestral tiene costumbres propias que identifican la conformación y funcionamiento del derecho penal indígena o sistema penal indígena⁸⁰.

En el derecho penal occidental el principio de la legalidad se erige como uno de los pilares fundamentales por los que se rige el sistema penal, en lo que se refiere a su funcionamiento. Bajo las pautas que encierra el principio de legalidad en el derecho penal occidental se destaca la prohibición de acciones de represivas y la materialización de una pena o sanción que no se encuentre previamente establecida en la ley para determinada conducta tipificada como delito. Dicho principio tiene como respaldo el ejercicio de la democracia, esto significa que la normativa legal es determinada por el ejercicio de la soberanía de las personas representada en un poder legislativo por medio del cual son promulgadas y aprobadas las leyes, tal es el caso de la normativa penal.

Si se valora el derecho penal indígena desde la perspectiva que brinda el sistema occidental, podría considerarse que el principio de legalidad no se encuentra presente en el mismo. Esta posición podría estar fundamentada en los siguientes aspectos: el derecho penal indígena no posee una normativa escrita, sus leyes no tienen claridad y no son aprobadas por parte de un poder legislativo el cual otorga la legitimidad requerida para la imposición de determinada pena o sanción ante la comisión de un hecho delictivo. De manera general el derecho occidental considera que el derecho indígena en el caso específico de lo penal no tiene una normativa enfocada en la materialización de la sanción o pena frente al desarrollo de una conducta tipificada como delito.

No obstante, a esta percepción sobre el derecho penal indígena, existe una valoración del mismo donde la legalidad puede ser enfocada o más bien concebida en las costumbres y prácticas que posee cierta comunidad, en donde se llega a juzgar determinada conducta acorde a patrones de convivencia establecidos por medio de la costumbre. Respecto a este tema en la jurisprudencia latinoamericana, ejemplo de ello la emitida por la Corte Constitucional de Colombia se reconoció lo siguiente:

⁸⁰ BORJA JIMÉNEZ, E. (1999: 11-46): "Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos". *Nuevo Foro Penal*, No. 73, Universidad de Valencia.

“...el conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de interacción social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de los escritos para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico, y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades”⁸¹.

Acorde a lo expresado por este órgano de administración de justicia, se puede apreciar cierta permisibilidad en cuanto a la aplicación del derecho penal indígena. Se llegó a reconocer que las autoridades dentro de estos pueblos indígenas detentan la obligación de actuar conforme a las tradiciones establecidas desde épocas pasadas, cuya accionar está fundamentado el todo un sistema de tradiciones que fomentan la cohesión social de estos pueblos⁸².

Conforme a lo analizado se puede afirmar que el principio de legalidad no debe ser interpretado de igual forma en el sistema penal occidental y en el derecho penal indígena ya que este último presenta una serie de elementos que lo hacen único. Primeramente, hay que mencionar la existencia dentro del derecho indígena de diversas fuentes que nutren sus costumbres y como segundo elemento se encuentra la variación presente en la resolución de los conflictos dentro de las comunidades ancestrales donde existe una amplia variedad respecto a la finalidad y los posibles procedimientos que pueden ser ejecutados. Por medio de la costumbre los integrantes de los pueblos indígenas llegan a percibir la obligatoriedad que representan ciertas reglas, y la violación de las mismas conlleva a la implementación de la sanción respectiva.

Como otro principio que prevalece en el derecho penal occidental resulta el principio de presunción de inocencia. Este principio contempla que ninguna persona puede ser considerada como culpable hasta que no se logre demostrar lo contrario⁸³.

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-349/96: 8 de agosto de 1996. En esta sentencia se trata lo relativo al "Derecho a la supervivencia cultural".

⁸² Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-349/96: 8 de agosto de 1996.

⁸³ Asamblea Nacional de Naciones Unidas, Resolución 217/Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Art. 11: “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le

Bajo los preceptos que defiende este principio, cuando se desarrolla una acusación la carga de la prueba recae sobre aquella persona que alega el hecho, por otro lado, para ciertas conductas delictivas la carga de la prueba está a cargo del Estado.

En el marco del derecho internacional este principio ha sido reconocido por varios organismos, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana o Tribunal), que lo llegó a calificar como un fundamento para que existan garantías judiciales⁸⁴. Este tipo de garantías se identifican con que la persona acusada no deberá demostrar que no ha cometido ningún hecho delictivo, ante las acusaciones realizadas, puesto a quien corresponde probar es a la persona que acusa, el acusado no podrá ser condenado hasta que no exista una prueba donde se establezca la plena responsabilidad del mismo ante determinado delito. La vulneración de este principio se encuentra sujeta a la vulnerabilidad de cualquiera de los elementos antes descritos.

Bajo parámetros superficiales en el marco de una posible valoración de este principio en el derecho penal indígena, se podría establecer la afectación del mismo, ya que dentro del sistema de juzgamiento desarrollado por el derecho penal indígena se llega a actuar de forma contraria a lo dispuesto por este principio. En las comunidades ancestrales la actuación ante la posible comisión de un hecho en contra de las leyes establecidas, se inician acciones a partir de una concepción de culpabilidad. Por otro lado, hay que tomar en cuenta los diferentes matices que presentan los pueblos indígenas, matices identificativos de su cultura y tradiciones ancestrales, donde se erige como elemento común la cohesión social en la materialización de las posibles pruebas cuando se ejecuta una conducta, por parte de algún miembro de la comunidad, contraria a las costumbres, esta última constituye ley. Esto significa que el principio de presunción de inocencia y su concepción en el sistema penal occidental difiere de cómo funciona el derecho penal indígena, donde la cohesión social se manifiesta como un factor fundamental en la determinación de la culpabilidad de las personas que la integran y a la vez se llega a generar un control mayor en relación con cada individuo.

hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*: 12 de noviembre de 1997.

Es así como los pueblos indígenas poseen manuales de comportamientos propios que responden directamente a cada acto o conducta de los miembros de dicha comunidad, principalmente ante la posibilidad de que surja algún conflicto, o lo que se conoce en el sistema occidental penal como contravención penal y además hecho delictivo. El derecho penal bajo las características del derecho indígena deberá ser valorado con una perspectiva amplia y lejos de la rigidez que suscitan los principios básicos occidentales que identifican a esta rama jurídica.

Existe la posibilidad real de brindarle a la costumbre, dentro del sistema jurídico identificativo de los pueblos indígenas, el rango de ley y por lo tanto la primera fuente ante la comisión de un delito y la ejecución de las respectivas sanciones o penas. La costumbre directamente proporcional a las prácticas ancestrales de cada comunidad debe su importancia y permanencia a la transmisión oral de conocimientos y cultura en el transcurso de los años, que alcanzan a sustituir aquellos procedimientos escritos propios de los sistemas jurídicos occidentales.

No constituye un requisito indispensable que la norma penal sea aprobada por un órgano legislativo para que sea legítima, dado que en la comunidad ancestral no existe un parlamento o asamblea con representación política, puesto que en estos pueblos se evidencia un mecanismo que posibilita la participación de todos los miembros de manera directa en la resolución de los problemas o conflictos que puedan surgir. Esto significa que se desarrolla una democracia directa a través de la participación de todos los individuos en las diversas cuestiones que pueden darse.

En la esfera del ejercicio del derecho no actúan en las comunidades ancestrales magistrados o abogados certificados por una institución académica o gubernamental, las autoridades que fungen en estos pueblos se encuentran representadas por un Consejo o Cabildo, donde la figura del abogado recae en un lego que posee conocimientos sobre las reglas emergidas de la tradición o costumbre, en dicho proceso la acusación parte del actuar de la propia comunidad, por lo que el fiscal no tiene cabida. La situación aquí descrita no da paso a que sean aplicados aquellos principios del Derecho penal surgidos en la cultura occidental en el marco de actuación del derecho indígena.

En el supuesto de la interpretación del principio de legalidad, la seguridad jurídica, la igualdad de todos los ciudadanos y la representación democrática, en el

marco del derecho indígena, específicamente en el sistema penal, se puede apreciar la satisfacción de alguno de estos principios. La seguridad jurídica y lo relacionado a su alcance puede verse en las comunidades ancestrales en el conocimiento que poseen los integrantes de cada pueblo respecto a las reglas y prohibiciones, así como las consecuencias cuando se llega a infringir dichas prohibiciones. En cuanto a la presencia de un procedimiento que refleje un carácter democrático, se aprecia la actuación de toda una comunidad, la cual alcanza a imponer todos aquellos elementos relacionados al enjuiciamiento de una o más personas, ello incluye la gama de delitos y las sanciones correspondientes. Por último, el principio de igualdad en cuanto al tratamiento de los miembros de la comunidad ancestral existe un respeto hacia los procedimientos instaurado a partir de sus costumbres, principalmente en situaciones de conflictos, por lo que cada pueblo sostiene bases sólidas donde se garantiza la convivencia comunitaria. Hasta aquí se refleja una existencia distinta del principio de legalidad, con una dimensión diferente en el ámbito penal en relación con lo planteado por el sistema jurídico occidental. Otro elemento que mencionar identificativo de los pueblos indígenas y por lo tanto de su derecho es que los valores individuales se supeditan a favor de los intereses colectivos o comunitarios.

En el desarrollo libre de las comunidades originarias de América, se llega a percibir un principio de culpabilidad sujeto a los orígenes étnicos de estos pueblos, a la representación de la cultura en estas comunidades indígenas y de la procedencia de los grupos étnicos. El individuo que forma parte de determinada comunidad indígena está sujeto a cierta noción o concepción sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas que le asisten por el solo hecho de ser un ser humano. Si se toma en cuenta la cultura presente en cada una de las comunidades ancestrales en la región latinoamericana, se podrá percibir que la responsabilidad y su respectivo significado está relacionado a la integración social, donde no se valoran hechos individuales sino un engranaje de conductas que tienen un matiz histórico. Conforme a ello la costumbre es el eslabón principal del derecho penal indígena, mediante la que se resuelven los conflictos en cada comunidad ancestral.

1.7. Perdón o reconocimiento: desde la inimputabilidad del indio hasta el error de prohibición culturalmente condicionado

Para comprender el error de prohibición y su aplicación al indígena hay que referirse a varias cuestiones. En primer lugar, es de señalar que se entiende por “error de prohibición”. Desde una perspectiva general se puede afirmar, que la actividad jurídica posee un conjunto de reglas básicas que responden a una racionalidad, la cual rige en la sujeción de la sociedad a determinada normativa jurídica que establece las limitantes en el desarrollo de la conducta. Como parte de estas reglas básicas se encuentra el principio de legalidad y el principio de reserva de ley, ambos le otorgan a la ciudadanía protección en el ámbito personal y patrimonial, donde determinado accionar ilícito está contemplado en una ley protectora, que rige hacia todos los bienes jurídicos presentes en la sociedad.

Tanto la tipicidad como la antijuricidad, sujetas en la doctrina penal a variados criterios que han marcado su evolución, son elementos que integran todo el engranaje destinado a establecer una adecuada protección social, acompañada de descripciones objetivas sobre la conducta de la persona, cuyas descripciones incluyen prohibiciones y acciones calificadas como una infracción. Unido a ello los miembros de la sociedad poseen conocimiento previo respecto al respeto y los límites de su actuación, donde no debe lesionarse el derecho de terceros, ya sea este derecho individual o colectivo, el cual puede manifestarse en cualquier esfera que integra la legislación de un Estado, en la que se destaca la ley penal.

La violación de la norma penal lleva implícito una valoración de la conducta punitiva y la aplicación de la pena establecida en cada caso. Para ello el principio de legalidad emerge en el proceso de conformación de la normativa penal, asociado a los tipos penales, en relación con los cuales se presume su conocimiento por parte de la sociedad civil. Conforme a ello y como parte de los preceptos defendidos en la doctrina penal es que se ha llegado a establecer que la ignorancia o desconocimiento respecto a esta norma no conduce a eximir de la respectiva responsabilidad, sea civil o penal, a la persona que la infringe.

En el caso específico de la doctrina penalista y la conformación de los tipos penales o delitos, se ha llegado a reconocer desde una perspectiva tradicionalista, la

existencia del error de hecho y error de derecho, ambos elementos forman parte de la teoría del delito⁸⁵. En cuanto al error de hecho este es identificado con los elementos que llegan a configurar la tipicidad de la conducta, y en el caso del error de derecho, no tiene trascendencia para el derecho penal ya que, en virtud del principio de presunción del conocimiento, la ley penal es considerada de conocimiento por todos aquellos miembros de la sociedad donde rige.

Acorde a la evolución y desarrollo del derecho penal, pueden ser apreciadas varias ideas en torno a la concepción del error, ideas que fueron reflejadas en obras e instrumentos destinados en parte a la defensa del principio de presunción del conocimiento respecto a la ley penal, en otras palabras, el principio según el cual la ignorancia de las leyes no exime a ninguna persona de su estricto cumplimiento, y por lo tanto en caso de su violación de la sanción respectiva. Esta percepción fue respaldada por la doctrina causalista, donde el delito constaba de dos fases una externa relacionada con la acción, tipicidad y antijuricidad, y otra fase interna vinculada a la culpabilidad⁸⁶.

Por otro lado, se destaca la doctrina finalista, la cual representó un cambio para la concepción de la teoría del delito, en la cual se llegó a defender, en el caso de la imputación de un hecho a determinada persona, lo indispensable que resulta el poseer conocimiento respecto a la prohibición del mismo. Sobre este tema algunos tratadistas han emitido criterios varios, vale destacar al catedrático argentino Enrique Bacigalupo, el cual consideró que:

*“En el derecho penal, para que a una persona se la pueda imputar en un delito es preciso que se pueda estimar que lo realizó con conocimiento de su antijuricidad. De esa manera el conocimiento de la antijuricidad representa un presupuesto para la realización de la imputación penal de un hecho”*⁸⁷.

⁸⁵ “La teoría del delito tiene como objeto analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no sólo alcanza a los delitos sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal, entonces, será objeto de análisis de la teoría del delito aquello de lo cual derive la aplicación de una pena o una medida de seguridad, así como los casos extremos en los que no obstante existir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el comportamiento humano resulte justificado, no reprochable, o bien, no punible”. PLASCENCIA VILLANUEVA, R. (2000: 15).

⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, M. (2013).

⁸⁷ BACIGALUPO, E. (2002: 104).

Acorde al criterio del citado autor se puede afirmar que, la acción entra a formar parte del tipo penal acorde a su finalidad, por lo que la culpa y el dolo serán asumidos como modalidades típicas. Esta idea tuvo un impacto directo en el tratamiento y estipulación del error, ello significó que la negación relacionada con el tipo subjetivo de la tipicidad, es decir el dolo, y su procedencia estaban asociadas a la existencia de un error tipo, y unido a ello se reconoció la posibilidad de excluir la culpabilidad a consecuencia del error de prohibición. Respecto a la definición del error de prohibición, y como una noción introductoria se puede señalar que resulta ser aquel que llega a decidir sobre la propia conciencia de la antijuricidad, la misma que constituye un elemento de la culpabilidad, o sea, las personas llegan actuar sin un claro conocimiento de que su accionar o conducta está prohibida por la norma positiva penal.

Es necesario aclarar que las teorías aquí mencionadas responden a una evolución histórica y teórica donde llega a ser abordado el problema de la culpabilidad, en el siguiente cuadro se resumen estos momentos en la doctrina penalista:

Teoría sicologista Principales postulados	Postulados de la teoría normativa (causalista)	Concepción normativista del finalismo. Principales postulados
1. Relación hecho-autor.	2. La culpabilidad como juicio de valor.	1. Sustraer el dolo y la culpa de su sede tradicional (la culpabilidad)
2. Vínculo subjetivo y objetivo	2. El dolo y la culpa como elementos de culpabilidad.	2. La culpabilidad deja de cobijar la parte subjetiva del hecho.
3. El dolo y la culpa constituyen: a) la relación síquica entre el autor y su hecho; b) especies de la culpabilidad.	3. Requiere la presencia de: a) imputabilidad como capacidad de culpabilidad; b) el dolo o la culpa; c) ausencia de causas de exculpación.	3. Se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico.
4. Conexión de causalidad síquica implica culpabilidad.	5. Mantiene el contenido sistemático del causalismo.	4. Los elementos de la culpabilidad son: a) la imputabilidad, de presupuesto pasa a ser condición central de reprochabilidad; b) posibilidad de conocimiento de la antijuricidad del hecho. (el

Teoría sicologista Principales postulados	Postulados de la teoría normativa (causalista)	Concepción normativista del finalismo. Principales postulados
		dolo pasa al tipo, como dolo natural sin implicar el conocimiento de la prohibición); c) ausencia de causas de exculpación, las cuales pueden eximir al sujeto de reproche.
5. Imputabilidad como presupuesto de culpabilidad.		

Tabla 1. Teorías en materia de culpabilidad

Fuente: Plascencia Villanueva, R. "Teoría del Delito".

Establecidos algunos de los parámetros doctrinales respecto a la teoría del delito, la culpabilidad y el error, es necesario hacer referencia al error de prohibición culturalmente condicionado. El tratamiento brindado a este tema se encuentra directamente relacionado con el pluralismo cultural, el pluralismo jurídico y los derechos de los pueblos indígenas o comunidades ancestrales. En la sociedad moderna es una realidad la coexistencia de diferencias culturales en los límites de un mismo Estado, donde son desarrollados sistemas para la regulación social claramente diversos.

Los conflictos o problemas derivados de la diversidad cultural poseen una amplia gama de aspectos. Uno de ellos es el marco de acción del derecho penal, donde según los parámetros del sistema jurídico occidental interesan aquellas cuestiones relacionadas con la comisión de un hecho delictivo que afecte algún bien jurídico de relevancia social, además la persona que comete dicha conducta puede llegar a tener valoraciones y concepciones normativas distintas, motivado por ejemplo por un sistema de socialización diferente experimentado en sociedades aisladas, como es el caso de las comunidades ancestrales que ostentan una cultura y derecho propios basado en la costumbre. Bajo esta situación aquí mencionada es que alcanza relevancia la doctrina o teoría del error de prohibición culturalmente condicionado.

Esta teoría defendida por el jurista argentino Zaffaroni, el razonamiento de este jurista parte de la existencia de un error culturalmente condicionado cuando la diversidad cultural se presenta como un factor que posibilita no exigir la comprensión

de la antijuricidad del comportamiento por parte del sujeto⁸⁸, y por otro lado estableció la inimputabilidad, en los supuestos que la inexigibilidad de la comprensión respecto a la antijuricidad surja a partir de la incapacidad psíquica del sujeto⁸⁹. A modo general la cultura emerge como un elemento condicionante que llega a generar el desconocimiento de una serie de circunstancias, que pueden ser fácticas y jurídicas. Los planteamientos del tratadista argentino tienen como objetivo eliminar criterios que colocan en una posición inferior al indígena bajo estándares discriminatorios, al respecto señaló lo siguiente:

“El error de comprensión es la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en «estado peligroso». Esta posición es hija de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a las culturas indígenas [...] el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan. Semejante criterio no puede ser más brutal a la luz de una mínima consideración de la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad ante la ley”⁹⁰.

Acorde al criterio de Zaffaroni se puede afirmar que su trabajo estuvo enfocado en la eliminación de ideas donde se defendía el etnocentrismo y la inimputabilidad del indio, este último catalogado como un ser inferior, enfermo y perturbado. Su teoría marcó el establecimiento de la cultura indígena como diferente y no inferior a la cultura occidental. Esto constituyó un paso significativo en la conformación de normativas posteriores en donde se reconoció y estableció respeto hacia el pluralismo jurídico.

De esta forma el error de prohibición culturalmente condicionado se presenta como una alternativa real en donde se reconoce el pluralismo cultural. Este supuesto refleja a determinado sujeto que tiene conocimiento respecto a la norma prohibida, pero

⁸⁸ ZAFFARONI, E. R. (1999: 183 ss).

⁸⁹ ZAFFARONI, E. R. (1999:134-168). Zaffaroni considera como casos de inimputabilidad los siguientes: el trastorno mental transitorio, el miedo, la psicopatía, las deficiencias mentales, la epilepsia y la neurosis.

⁹⁰ ZAFFARONI, E. R. (1999: 202-203).

no puede exigirse a dicha persona una clara comprensión en relación con la norma legal, ya que pertenece a una cultura diferente, en la cual ha adquirido valores distintos que pueden ser incompatibles con los parámetros fijados por determinado sistema jurídico, o sea, tal como ocurre con las comunidades ancestrales y la cultura occidental.

El tratadista y jurista argentino llegó a exponer respecto a la exigibilidad de la culpabilidad ante la comisión de un hecho delictivo que, debería ser tomada en cuenta en dos presupuestos. El primer presupuesto estaba enfocado en el sujeto y su incumplimiento de la norma legal, ante cuyo actuar se encontraba implícito un deber de conciencia, y como segundo presupuesto se destacaba la persona que incumplía la norma legal presentaba una dificultad en la comprensión de la misma lo cual motivaba a la existencia de un error culturalmente condicionado⁹¹.

Las ideas defendidas por Zaffaroni contribuyeron a establecer como causas de disminución de la culpabilidad, dentro de la doctrina penal, a la conciencia disidente o la autoría por conciencia, al respecto señaló: “Es incuestionable que el sujeto que experimenta como un deber de conciencia la necesidad de cometer el injusto debe realizar un esfuerzo mucho mayor para evitarlo que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esa vivencia”⁹².

Como parte del desarrollo y reconocimiento de la cultura indígena surgieron otros criterios o concepciones que trataron de brindarle determinada regulación a los hechos delictivos cometidos por personas que poseían una cultura diferente. Un ejemplo fue la conformación de categorías dogmáticas donde el factor cultural fue tomado en cuenta como una causal de atipicidad, justificación o exculpación. Con relación a la atipicidad el jurista Armaza Galdós acotó que en determinados supuestos podría ser tomada en cuenta la conducta ejecutada por el indígena como un comportamiento socialmente adecuado y por tanto debería ser catalogado como atípico⁹³.

Sin embargo, Armaza expuso también como criterio, que en la mayoría de los supuestos de error de prohibición culturalmente condicionado no cabe la posibilidad de contemplar exclusivamente la atipicidad, sino que puede considerarse en algunos casos

⁹¹ ZAFFARONI, E. R. (1999: 198-199).

⁹² ZAFFARONI, E. R. (1999: 199).

⁹³ ARMAZA GALDÓS, J. (2002: 543-554).

que se está ante “...una creencia errónea de concurrencia de las circunstancias que sirven de base a un estado de necesidad exculpante”⁹⁴. Como ejemplo de dicha situación el autor mencionó lo siguiente: “...la creencia existente en algunos lugares de la costa norte del Perú, en la cual se entiende que, para curarse de una enfermedad, la mejor manera sería contagiar dicho mal y de este modo se lesiona la salud del sujeto a quien se la transmite”⁹⁵.

Por otro lado, países como Chile, en su doctrina penal, relacionaron la conducta atípica con la ausencia de dolo, impulsado por el denominado error de prohibición culturalmente condicionado, que como bien se señaló con anterioridad este tipo de error se vincula con la dificultad o impedimento que posee una persona para reconocer aquellos elementos que integran el tipo penal, debido a sus condiciones o características culturales⁹⁶. Como una continuación de esta idea o criterio se destacan las consideraciones del profesor Villavicencio Terreros, el cual expuso que no siempre el condicionamiento cultural conlleva un error de prohibición, sino que pueden llegar a surgir diferentes clases de error, tal es el caso de errores sobre la causalidad o error tipo, y la justificación putativa. Como respaldo a estas consideraciones el catedrático llegó a exponer el ejemplo siguiente:

“Error sobre la causalidad (error de tipo), se presenta, por ejemplo, en el supuesto en el que los miembros de una comunidad nativa apliquen a uno de sus miembros, que se encontraría poseído por fuerzas malignas, un “tratamiento” consistente en una golpiza con el propósito de “curarlo”, pero objetivamente tal hecho le podría provocar lesiones o peor aún, la muerte. Evidentemente que en este supuesto existe un nexo de causalidad entre la acción (el “tratamiento”) y el resultado de lesiones o muerte -o quizás más, desde la teoría de la imputación objetiva: la acción de los nativos generó un peligro o riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado o el resultado producido por el “tratamiento” es la realización del mismo peligro (desaprobado jurídicamente) creado por la acción-. Sin embargo, no será calificada como un comportamiento doloso por existir ignorancia culturalmente condicionada sobre el curso causal de los acontecimientos (primer párrafo del artículo 14, Código penal)”⁹⁷.

⁹⁴ ARMAZA GALDÓS, J. (2002: 551)

⁹⁵ ARMAZA GALDÓS, J. (2002).

⁹⁶ MACCHINO FARÍAS, M., y FERNÁNDEZ RUIZ, J. M. (2008).

⁹⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, F. A. (2011: 571).

Como parte del tratamiento brindado a la diversidad cultural en el marco del derecho penal, se destaca la perspectiva tratada a partir de las causales de justificación. Ello se identifica con el reconocimiento, respeto y preservación de la cultura y su ejercicio legítimo, vista como un derecho que llega a ser oponible a otros, los cuales provienen de una cultura dominante. Sobre este asunto García Vitor sostuvo que:

“Cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rijan su propio sistema de castigos -a los que ya nos hemos referido en el tratamiento político criminal de la cuestión-, en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una colisión de deberes, entendida ésta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro”⁹⁸.

Esta línea de interpretación y argumentación es seguida en países como Perú donde se reconoce que los indígenas puedan apelar al error de comprensión para que se eximan de la pena o sanción, acorde a esto la cultura indígena representa un derecho constitucional en cuanto a su ejercicio.

En lo que respecta al reconocimiento del error de prohibición culturalmente condicionado, de esta teoría se derivan variados tipos, propuestos por Zaffaroni, estos son:

- a) El error de conocimiento de la prohibición, identificado con la falsa suposición de que la conducta no vulnera ninguna norma prohibitiva.
- b) Los errores de alcance de la prohibición que constituyen falsas suposiciones de: cumplimiento de un deber jurídico que le incumbe; consentimiento; fomento por el derecho; y riesgos no prohibidos.
- c) El error de comprensión de la prohibición.
- d) El error indirecto de prohibición por falsa suposición sobre la existencia de una causa legal de justificación.
- e) El error indirecto de prohibición por falta de suposición de un supuesto fáctico de justificación.

⁹⁸ GARCÍA VITOR, E. (1994: 27).

Como bien se expresó con anterioridad que el tratadista argentino consideró que el error de prohibición culturalmente condicionado se relaciona directamente con un error de comprensión respecto a la prohibición, no excluye que existan otros errores que contribuyan a explicar el actuar de los sujetos con una cultura diferente. Al respecto expuso el caso de la cultura Ahuca, una comunidad indígena radicada en la región oriental del Ecuador, respecto a lo cual expresó lo siguiente:

“Puede dar lugar a un error de prohibición que sea un error de tipo permisivo (justificación putativa), como sucede con los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente del Ecuador, respecto de sus ataques a los blancos. Sus partícipes están en la creencia, probablemente condicionada sobre base cierta, de que el hombre blanco les eliminará en cuanto los vea. Por tanto, creen actuar en defensa de su vida suprimiendo a cuanto blanco ven. El proceso de adaptación de estos individuos por parte de los misioneros es tarea difícil, precisamente debido a este error culturalmente condicionado”⁹⁹.

En el caso ecuatoriano el error de prohibición culturalmente condicionado no posee una clara definición en la normativa penal. No obstante, la interculturalidad y el pluralismo se erigen dentro de la norma constitucional vigente, y específicamente la interculturalidad es asociada con el ejercicio de la jurisdicción ordinaria, al establecerse lo siguiente:

“Art. 344.- Principios de la justicia intercultural. - 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:

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

⁹⁹ ZAFFARONI, E. R. (1999: 201).

y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales''¹⁰⁰.

Acorde a lo hasta aquí expuesto el error de prohibición culturalmente condicionado ha alcanzado relevancia en el contexto jurídico latinoamericano, donde los procesos de colonización han marcado el predominio de la cultura occidental sobre los patrones culturales de los pueblos originarios de América. En la región se han asentado estados de corte occidental en territorios donde persisten las comunidades ancestrales, estos últimos poseen normas de convivencia, tradiciones y concepciones en cuanto a lo que puede ser permitido o no, distintas a lo estipulado por el sistema jurídico oficial. Dicha teoría va encaminada al reconocimiento y respeto de estas culturas y el actuar de sus miembros, surgida bajo criterios de distinción y por lo tanto con el objetivo de radicar el menosprecio y actuar discriminatorio desarrollado hacia los pueblos indígenas, donde la inimputabilidad, en materia penal, era aplicada bajo preceptos de catalogar al indígena como un sujeto irracional, enfermo e inferior. Pero, al mismo tiempo, esto significa que el juzgador debe primero conocer la perspectiva cultural en el caso concreto para poder establecer si determinadas normas del derecho propio de los pueblos indígenas pueden vulnerar derecho.¹⁰¹

1.8. El derecho indígena como ordenamiento jurídico paralelo en Ecuador

A partir de todo el proceso que significó el coloniaje español en América, se han generado diversos fenómenos y manifestaciones contradictorias en la población americana. Uno de estos elementos ha sido el lenguaje y política del blanqueamiento ha prevalecido en el Ecuador, y en el resto de países de la región latinoamericana. Esta ideología se ha erigido como un mecanismo que afecta a los pueblos originarios en el país, y caso contrario se ha llegado a tomar en cuenta como una ideología esperanzadora hacia la conformación de la verdadera cultura nacional y de la sociedad moderna. La afectación a los pueblos indígenas ecuatorianos se ha evidenciado en el rechazo ejecutado hacia los mismos, ya que fueron tomados en cuenta como un obstáculo para alcanzar una sociedad de raza blanca, además de que se desarrollaron una serie de políticas dirigidas al mejoramiento de la raza, que iban en detrimento de la cultura y costumbres de estas comunidades. Estas políticas estuvieron enfocadas principalmente

¹⁰⁰ *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito, 2009, Art. 344, inciso e).

¹⁰¹ ÁVILA LINZÁN (2009. 201-203).

en la adopción de costumbres, conocimientos y valores ajenos a los que poseían estas comunidades ancestrales del Ecuador. Esta situación constituye un marcado ejemplo de que la construcción de la identidad nacional estuvo influenciada por elementos imaginarios propuestos a partir de acciones negativas. Esta negación no recayó únicamente en los pueblos indígenas y afroecuatoriano, sino que también se llegó a auto-negar los elementos predominantes en la sociedad mestiza, considerada como: "...vacía de todo contenido y se convierte en negación de cualquier especificidad sociocultural"¹⁰².

Este tipo de ideologías encierran un rechazo profundo tanto a la identidad de los indígenas como a la identidad de los negros y, además alejan cualquier tipo de aceptación de un Estado y una sociedad diversa y por lo tanto plural. El fenómeno del mestizaje analizado desde la perspectiva del blanqueamiento jugó un papel fundamental en la futura edificación de la sociedad moderna. Como parte de la herencia de razas dejada por el coloniaje y las aptitudes desarrolladas al respecto el periodista y escritor uruguayo Eduardo Galeano reflejó de la realidad en la forma de pensar y el trato a las diversas razas presentes en la cultura latinoamericana, al decir que:

*"Parece negro" o "parece indio", son insultos frecuentes en América Latina; y "parece blanco" es un frecuente homenaje. La mezcla con sangre negra o india "atrasa la raza"; la mezcla con sangre blanca "mejora la especie". La llamada democracia racial se reduce, en los hechos, a una pirámide social: la cúspide es blanca, o se cree blanca; y la base tiene color oscuro"*¹⁰³.

Esta ideología en torno al blanqueamiento físico de la sociedad ecuatoriana ha prevalecido en la evolución de la misma, o sea, ha llegado a reflejar el tránsito de la sociedad hacia una cultura occidentalizada, donde priman los valores y actitudes asociados con la blancura. Todo el proceso que conforma el mestizaje cultural de la sociedad ecuatoriana representa cuestiones complejas dadas en la propia cotidianidad, incluso se puede observar en la actualidad gran cantidad de blancos-mestizos desarrollan o recurren a prácticas ancestrales. Principalmente las relacionadas a la medicina ancestral indígena, acciones que reflejan la combinación de dichas prácticas

¹⁰² ESPINOSA APOLO, M. (2000: 219): *Los mestizos ecuatorianos y las señas de identidad cultural*. Quito: Editorial Tramasocial.

¹⁰³ GALEANO, E. (1995): "Espejos blancos para caras negras". *La Jornada*, 27 de julio.

con la denominada medicina occidental, lo que manifiesta que la política de blanqueamiento, presente en la sociedad ecuatoriana, en ciertas ocasiones no materializa la total negación a la cultura indígena, prácticas ancestrales que han perdurado en el tiempo.

La diversidad poblacional del Ecuador, y por tanto la de su sociedad, radica principalmente en la presencia de miles de pueblos ancestrales antes de la llegada de los españoles, y posteriormente las consecuencias emergidas del coloniaje español. Estos pueblos ancestrales constituyen un factor importante dentro de la sociedad ecuatoriana, ya que forman parte de la identidad cultural de la nación. De ello se deriva que el mestizaje no solo sea una cuestión exclusiva de la raza, es decir, un hecho racial, sino que se antepone como realidad cultural. Constituye una realidad la fusión de rasgos indígenas con las características de la persona blanca, y también la unión del negro con el blanco, como parte del mestizaje de la población ecuatoriana, pero los elementos más importantes del fenómeno del mestizaje radican en las ideas, costumbres, religión y lengua, factores con los que se denota toda la complejidad de la identidad cultural presente en nuestra sociedad.

Tanto la sociedad diversa como la presencia de una identidad cultural compleja y también variada, llegan a impulsar desde el ámbito de la conformación del Estado y los ejercicios de poder que el mismo ostenta, el reconocimiento de ambas, cuyos elementos identificativos descansan en la pluriculturalidad y la multietnicidad, integrados a la vez por diferentes lógicas, sistemas de gobierno, racionalidades, sistemas de justicia, autoridad, entre otros elementos. Ante los retos que imponen tanta diversidad desde la cultura y la sociedad el Estado tiene la obligación de garantizar una política, a través de la cual se logren puntos de convergencia que contribuyan al reconocimiento y funcionamiento de toda esta diversidad.¹⁰⁴ En lo que se refiere al ejercicio de la autoridad del Estado esta debe ser ejercida a partir de la conformación de diferentes mecanismos para su efectiva ejecución.

Posterior a la etapa colonial, predominó todo un periodo de luchas por la independencia en la región, que abrieron paso a la conformación de diversas Repúblicas en la región. Los nuevos Estados republicanos estuvieron caracterizados por el dominio

¹⁰⁴ STAVENHAGEN, R. (2004: 133).

de las nuevas élites sociales de criollos, que eran descendientes de los europeos nacidos en el continente americano. La clase social criolla llegó a acaparar prácticamente todos los mecanismos para el ejercicio del poder. En el caso específico de los pueblos indígenas estos recibieron un trato discriminatorio, ya que fueron relegados a una categoría de sub-ciudadanos, sometidos a una gran cantidad de obligaciones y privados de derechos, dentro de los que se destaca el derecho a gobernar.

Semejante a la etapa colonial los territorios indígenas dotados de importantes recursos y fértiles tierras fueron controlados por la clase criolla, lo cual permitió la formación de extensas haciendas, trabajadas por los propios indígenas sin derecho a un salario y en condiciones similares al régimen de esclavitud. A modo general, en lo que se incluyen las condiciones políticas y económicas, las comunidades indígenas fueron víctimas de un continuo deterioro de su sistema de vida, en el periodo republicano.

Con el objetivo de afianzar el poder, la clase criolla desarrolló una serie de instituciones, políticas y normas legales que antepusieron sus derechos frente a los derechos de los pueblos indígenas, lo que trajo como consecuencia que estas comunidades ancestrales fueran apartadas de la vida política. Como ejemplo de las instituciones creadas en la época se encuentra el Ministerio de Agricultura y Tierras, organismo que sirvió de herramienta para despojar a los indígenas de sus tierras y otorgárselas a la clase criolla¹⁰⁵.

Otro aspecto que destacar fue el papel que jugó la educación en la época republicana, y es que la educación se convirtió en una herramienta de dominación para algunos y de exclusión para otros, los segundos fueron los indígenas. Los pilares del sistema educativo en la época reposaron en la impartición de idiomas como el español y el portugués, ambos eran materias obligatorias, además de la religión cristiana, y diversos valores morales e intelectuales exclusivamente de la cultura europea. El fin de la educación consistía en crear una nacionalidad y cultura propias, así como un pensamiento único, dentro de los cuales no eran concebidas la cultura y costumbres indígenas. Los idiomas europeos se convirtieron en herramientas que permitían escalar social y políticamente, esto contribuyó a la confirmación de dos grupos dentro de la sociedad: civil y militar. En el caso de la sociedad civil esta se caracterizó por la

¹⁰⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L. (2007: 83-106).

presencia de la educación, el poder, derechos y privilegios, y en el supuesto de los militares existieron oficiales superiores, que surgieron a partir de la guerra, en la cual ocupaban cargos de comandantes, y fueron catalogados como héroes nacionales¹⁰⁶.

Los pueblos indígenas en todo este ambiente eran vistos como una amenaza, y todo aquello que los representaba dígame su lengua, cultura, identidad y valores diversos, ya que iban en contra de las políticas de homogenización establecidas con el objetivo de construir una identidad nacional única. Con el propósito de erradicar la amenaza que significaban los indígenas en la construcción de una nueva república se trazaron varias estrategias que fueron aplicadas acorde a las características propias de cada nación en el territorio americano, estas fueron¹⁰⁷:

- La exterminación, medida que fue puesta en práctica durante todo el Siglo XIX, principalmente en Argentina, Brasil y Uruguay. Esta exterminación se convirtió en la masacre de miles de indígenas, cuyo principal objetivo era el despojo de sus tierras, las cuales fueron empleadas para la conformación de nuevas colonizaciones e incentivar el desarrollo económico.
- La conformación de reservas, medida ejecutada para confinar a los pueblos indígenas en territorios bien delimitados y con reglamentos especiales.
- El desarrollo de la integración fue una herramienta materializada que tuvo como objetivo integrar a los pueblos indígenas dentro del sistema de mestizaje a nivel nacional. Estas medidas integracionistas fueron desempeñadas en países como Bolivia, Perú y México.

Ahora bien, en lo relacionado con la identificación de la población mestiza y su vínculo directo con la cultura nacional, esta ideología se convirtió en el mecanismo que impulsó algunas políticas de índole social y a nivel de gobierno. Estas ideas se fomentaron con el objetivo de afianzar y fortalecer la unión Estado-Nación, con la respectiva incorporación a la cultura nacional de sectores catalogados como no nacionales, estos últimos los pueblos indígenas.

En la década de los años cuarenta del Siglo XX, algunas medidas gubernativas en los países de la región, dentro de los que se incluye a Ecuador, estuvieron diseñadas

¹⁰⁶ AMORES CARREDANO, J. B. (2006: 65-89).

¹⁰⁷ REINA, L. (1997).

para lograr la integración de las comunidades indígenas a las naciones, lo cual alcanzó a forzar una serie de transformaciones sociales y culturales que eran de gran necesidad si se pretendía asimilar al indio como parte de la sociedad mestiza. Un claro ejemplo de estas medidas fue el establecimiento en varios países de instituciones que atendían de forma especializada los asuntos relacionados a las comunidades indígenas¹⁰⁸. Estos asuntos llegaron a enmarcarse en proyectos educativos y económicos para así lograr integrar a los indígenas. Alrededor de este tipo de prácticas, prevaleció la convicción por parte de aquellos que las desarrollaron, que la implementación de las mismas contribuiría positivamente al cambio de los pueblos indígenas y por tanto a la desaparición de su cultura ancestral.

Por otro lado, las comunidades indígenas se opusieron a estas maneras de analizar y enfrentar el denominado “problema indígena”, y desarrollaron acciones dirigidas a la concentración y fortalecimientos de sus vínculos comunitarios. Se dieron a la tarea de edificar un campo de visión que abarcara factores étnicos y culturales con el propósito de diferenciarse de las clases dominantes y elitistas. Estos elementos son los que llegaron a construir el movimiento indígena moderno, cuyas principales bases fueron la resistencia y la lucha por la conservación de su identidad.

En el transcurso de la historia, las comunidades indígenas se han destacado por su resistencia ante las adversidades, principalmente la ola discriminatoria, abusiva y cruel que se inició con la colonización de los europeos en el continente americano. Esta resistencia no ha sido estática sino todo lo contrario, los propios procesos que han acompañado la lucha de los pueblos indígenas han estado marcados por la evolución y la adaptación cultural de estas comunidades, por lo que han logrado mantener su identidad. La transformación de los pueblos indígenas ha sido clara en los cuatro siglos transcurridos, a partir de la llegada de los europeos a territorio americano.

En las transformaciones de las comunidades indígenas, han llegado a ser asimilados algunos elementos de la cultura occidental, no obstante, a ello la cultura indígena continúa siendo diversa, y existe una importante fuerza que caracteriza la resistencia de la cultura indígena a lo largo de la historia. En el Ecuador estas comunidades llegaron a enfrentarse a las políticas de mestizaje dotadas de los preceptos

¹⁰⁸ WILLIAMSON, E. (2013: 124-127).

de los criollos, o blancos-mestizos, con el fin de ser catalogados como ecuatorianos. Con el paso del tiempo el calificativo de indio ha logrado ser asimilado como parte de la nación ecuatoriana, a pesar de que dicho termino haya sido empleado durante muchos años para la discriminación. En la actualidad el tema de la reivindicación indígena en el Ecuador constituye un elemento esencial de su identidad.

Las comunidades indígenas ecuatorianas han tenido un marcado reconocimiento desde hace mucho tiempo, pero siempre ha predominado ese reconocimiento desde la perspectiva de la clase dominante criolla, para lo cual han sido empleados términos tales como: colorados, jibaros, aucas, por solo mencionar algunos. En la actualidad, específicamente en la última década es que se ha evidenciado el uso de un lenguaje común plasmado de términos propios. En el caso de la sierra ecuatoriana este lenguaje se asienta en la comunidad kichwa; en la región oriental del país se encuentran los pueblos siona-secoya, huaorani, shuar-achuar y en la comunidad kichwa amazónica, y en la costa habitan los pueblos chachi, tsáchila y awa. Todos los aquí mencionados constituyen pueblos originarios del Ecuador, lo cuales poseen una cultura y lengua propias.

La existencia de las comunidades ancestrales tiene su base en la historia, además de que están dotadas de su propia trayectoria organizativa, y que cuenta con un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico de la nación. Cabe señalar que algunos grupos étnicos en el país han exigido el reconocimiento como comunidades ancestrales, ejemplo de ello son algunas comunidades asentadas en la región de Santa Elena, pero se ha estipulado que no poseen fundamentos suficientes desde el ámbito histórico y lingüístico, aunque ha quedado abierta la posibilidad en un futuro, su consideración como los demás pueblos originarios ecuatorianos.

Como parte de la vida ecuatoriana no resulta difícil en la sociedad ecuatoriana diferenciar a un indígena, pero en lo que se refiere a su definición si resulta un tema de mayor complejidad. Por un lado, los casos típicos de los pueblos indígenas si pueden ser bien identificados, y en otros casos las denominadas fronteras culturales con la población mestiza si pueden tildarse de imprecisas. Si lo que se pretende es conformar una definición de los pueblos indígenas y su representación dentro de la realidad en la sociedad ecuatoriana, estos son aquellos que habitan en el territorio ecuatoriano y su sistema de vida forma parte de la continuidad social, donde su cultura y pensamiento

datan de una estructura social que surgió mucho antes de que los europeos conquistaran el continente americano. A consideración de algunos historiadores ecuatorianos el significado de los pueblos indígenas radica en que: “...son sujetos históricos, sociales y políticos, con organización, lengua y cultura; vinculados al territorio y con la capacidad de reconocerse como tales”¹⁰⁹.

Por otro lado, estudios e investigaciones científicas han arrojado en el Ecuador que la utilización de la palabra etnia, resultaba ser un límite en la definición de estas comunidades ancestrales, por lo que la denominación pueblo se empleó de forma generalizada en cuanto a la referencia de estas comunidades indígenas, ejemplo de ello fue su uso frecuente en documentos y normas internacionales de carácter progresista¹¹⁰. Cabe destacar que también fue empleado el término nacionalidades para referirse a las comunidades ancestrales, o sea como una denominación identificativa, usada además con frecuencia por los propios indígenas, no obstante, no existe un claro consenso en su uso.

Este término no ha tenido una clara definición, pero fue adoptado por varias organizaciones indígenas, debido a su marcada connotación cultural y política. Cuando la palabra nacionalidad es utilizada evidencia una serie de atributos relacionados con la nación, y hasta cierto punto llega a reivindicarse el derecho colectivo que les asiste a los pueblos indígenas frente al Estado y entre ellos mismos. En el Ecuador el movimiento indígena adoptó la ideología de que la nación constituía un país plurinacional, en la década de los años noventa, y así quedó estipulado en la norma constitucional aprobada en el año 1998, donde se aceptó la denominación de pueblos indígenas, su autodefinition como nacionalidades y el status legal de los mismos¹¹¹.

De este modo el término nacionalidades fue tratado como un equivalente en lo que se refiere a los pueblos indígenas ecuatorianos. Aun así, las barreras de la definición para estas etnias siguen siendo complejas y confusas. El tema que implica una gran importancia es el entender qué papel juegan los pueblos indígenas en el país, y ello radica en dos factores el primero es que son un elemento central e insustituible de la comunidad nacional y segundo que han contribuido enormemente en la ampliación y

¹⁰⁹ AYALA MORA, E. (2008: 56).

¹¹⁰ Convenio 169 de la OIT de 1989.

¹¹¹ *Constitución Política de la República del Ecuador*, 1998, Art. 83.

desarrollo de la diversidad en la nación ecuatoriana. Esta diversidad también se hace presente en las comunidades ancestrales, ejemplo de ello son los indígenas serranos y los de la amazonia, también se encuentran los agricultores rurales, artesanos y comerciantes urbanos. Todos ellos han alcanzado a desarrollar sistemas de vida diferentes, basados en varias formas organizativas y con perspectivas políticas distintas, dentro del propio movimiento indígena en el país. Sin dudas la diversidad se hace presente como uno de los elementos principales de los pueblos y nacionalidades indígenas en el Ecuador.

En lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito constitucional, estos no fueron tratados ni reconocidos a partir de la aprobación del primer texto constitucional en el Ecuador. Uno de los elementos que contribuyeron en la reivindicación de los derechos de estas comunidades ancestrales fue la conmemoración de la llegada de los europeos a América, catalogado como un episodio nefasto por muchos historiadores. Todas las acciones de subordinación a la que los pueblos indígenas debieron someterse contribuyeron en parte a construir y fortalecer sus lazos comunitarios, en el Ecuador estos vínculos se manifestaron en sindicatos, asociaciones campesinas y partidos políticos con tendencias izquierdistas, lo cual no se desarrolló de la mejor forma, ya que este tipo de asociaciones llegaron a terminar de una forma abrupta.

Por otro lado, cabe señalar que la labor de los legisladores ecuatorianos en el transcurso de la historia no estuvo enfocada en los intereses de los pueblos indígenas, muestra de ellos son las pocas fuentes que existen al respecto y que resultan ser escasas y carentes de coherencia. Sobre la existencia de normas legales que reflejaran los derechos de los pueblos indígenas se llegó a afirmar que: “El Ecuador es un país extremadamente atrasado en lo concerniente a la cuestión amerindia, y los indígenas tratan de auto delimitar sus tierras. Las asociaciones indígenas son fuertes y bien federadas”¹¹².

La tradición histórica legislativa en el Ecuador y su postura hacia los indígenas ha reflejado una continua exclusión. Muestra de ello es la evolución de constitucionalidad en el país, la cual puede catalogarse de agitada, ya que la nación

¹¹² BAHUCHET, S. (2006: 11).

ecuatoriana resulta ser una de las que más normas constitucionales han llegado a elaborarse. A partir de la independencia del país en el año 1830, hasta principios del Siglo XX, las leyes fundamentales ecuatorianas defendieron el patrón de la homogeneidad cultural, por lo que a los pueblos indígenas fueron concebidos como salvajes que estaban en una transición hacia convertirse en ciudadanos. A comienzos de la república ecuatoriana esta transición recaería directamente en la labor de los sacerdotes y párrocos, es decir que se permitió un cierto tutelaje religioso, así llegó a reflejarse en la norma constitucional: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indígenas, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”¹¹³.

Estos mecanismos reflejados en el texto constitucional del año 1830 contribuyeron al desarrollo de todo un proceso de igualación forzada sobre las comunidades ancestrales, que llegó a materializar la disminución de los territorios autónomos que los propios indígenas mantenían al margen de la ley, ejemplo de ello fue la propiedad comunal y el sistema de autoridades propias. En la mitad del Siglo XIX, se dieron en el Ecuador una serie de golpes de Estado, por lo que el órgano legislativo estuvo expuesto a constantes cambios. Posterior a esta norma constitucional de 1830, el pueblo indígena fue reconocido de forma indirecta en la Constitución del año 1929, al estipularse lo siguiente:

“Art. 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos:

Los pueblos y caseríos que carezcan de tierras o aguas o sólo dispongan en cantidad insuficiente para satisfacer las primordiales necesidades domésticas e higiénicas, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, armonizando los mutuos intereses de la población y de los propietarios”¹¹⁴.

En el precepto constitucional se evidencia que la asignación de tierras estaba respaldada por cierta protección para el obrero y el campesino, con el propósito de brindarles a ambos determinados bienestar que respondiesen a la dignidad humana. Otra referencia a mencionar es la Ley de Organización y Régimen de las Comunas,

¹¹³. Constitución del Estado del Ecuador, 1830, Art. 68.

¹¹⁴ Constitución Política del Ecuador, 1929, Art. 151, numeral 14.

aprobada en el año 1937, que, aunque no constituye una normativa constitucional si tuvo un importante significado ya que fue la primera norma legal, aprobada en el país, que le confirió a los pueblos indígenas una vida institucional propia, en dicha ley se planteó lo siguiente: “...los centros poblados, que con el nombre de Caseríos, Anejos, Barrios, Comunidades o Parcialidades, subsisten dentro de la nacionalidad a la que es necesario incorporarlos”¹¹⁵. La normativa complementaria a esta ley llegó a establecer mecanismos que reconocieran los derechos de los campesinos, lo cual abarcaba también a los pueblos indígenas ya que eran tratados bajo esta denominación, se le atribuyeron al Estado una gama de responsabilidades para con los campesinos en cuanto a su protección.

La norma legal constituyó una novedad jurídica, ya que se planteó el reconocimiento legal de los pueblos indígenas, de sus territorios y sus autoridades con una jurisdicción propia, además de que se planteó como interés la disminución del inconveniente que representaba las comunidades caracterizadas por una gran diversidad cultural y reducirlo a un problema local, al respecto se señaló por algunos especialistas lo siguiente:

*“La Ley de Comunas determina un modelo de relación entre los indígenas y el Estado que se caracteriza por el reconocimiento jurídico de la comunidad; la segmentación y reducción de los indígenas a su núcleo socio-organizativo; la limitación de sus niveles y competencias políticas; subordinación a la autoridad estatal local mediante el teniente político”.*¹¹⁶

A partir de la segunda mitad del Siglo XX, las normas legales en el país llegan a reflejar disposiciones más congruentes referentes a los pueblos indígenas, tal es el caso de la Constitución aprobada en el año 1945, en la que se reconoció de forma expresa la realidad lingüística presente en la nación, la que fue ignorada durante mucho tiempo, además de que se nombró un diputado indígena en la Asamblea Nacional, el texto constitucional reflejó que: “El castellano es el idioma oficial de la República. Se reconoce el quechua y demás lenguas aborígenes como elementos de la cultura nacional”¹¹⁷. Pasado un año, o sea, en 1946 la Constitución reflejó como un deber del

¹¹⁵ Ley de Organización y Régimen de las Comunas, 1937.

¹¹⁶ TORRES GALARZA, R. (1996: 16).

¹¹⁷ Constitución Política del Ecuador, 1945, Art. 5.

Estado lo siguiente: “Propender eficazmente a la cultura del indígena y del campesino. Realizar de acuerdo con las necesidades sociales mediante expropiación si fuese menester la parcelación y el aprovechamiento de tierras incultas”¹¹⁸. Cabe señalar que también en la norma constitucional se llegó a reconocer y por lo tanto fue aprobada la educación bilingüe intercultural¹¹⁹.

En épocas posteriores los textos constitucionales aprobados en el país reflejaron un estrecho vínculo con el surgimiento y desarrollo de los movimientos indígenas a nivel local. En la Constitución del año 1979, que fue aprobada por medio de referéndum como parte de todo un proceso de transformación democrática, se estableció el valor de las lenguas indígenas, al catalogarlas como parte de la cultura nacional¹²⁰. En el caso de los derechos de los indígenas este texto constitucional no profundizó en el tema por lo que no se estableció concesión alguna respecto a los derechos colectivos de las comunidades ancestrales. En el año 1996 a nivel local el movimiento indígena ecuatoriano alcanzó ciertas mejoras económicas para sus comunidades, así como la revitalización en parte de su amplia y diversa cultura.

En el año 1996 la Constitución aprobada resultó ser una versión mejorada del texto aprobado en el año 1979 y se llegó a asumir por vez primera al Ecuador como un país “pluricultural y multiétnico”¹²¹. Dos años después fue aprobado un nuevo texto constitucional, en el que se alcanzó la equiparación del derecho indígena con el derecho dominante. Se reconoció en la ley fundamental el derecho a la identidad¹²², a través de este derecho son asumidas determinadas teorías sociales relacionados a la contención cultural de grupos pequeños, por lo que se promociona el respeto a la cultura de los pueblos indígenas y se rechazan las prácticas de la adhesión a la cultura dominante, y se promocionó el uso de la medicina alternativa, o sea, se reconocen las prácticas ancestrales de los pueblos originarios del Ecuador¹²³. En la actualidad rige una norma constitucional que reconoce todos los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas y los posiciona dentro de la sociedad ecuatoriana respetando sus costumbres

¹¹⁸ *Constitución Política del Ecuador*, 1946, Art. 174, incisos c) y e).

¹¹⁹ *Constitución Política del Ecuador*, 1946, Art. 38.

¹²⁰ *Constitución Política del Ecuador*, 1979, Art. 1.

¹²¹ *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*, 1996, Art. 1.

¹²² *Constitución Política de la República del Ecuador*, 1998, Arts. 23 y 24.

¹²³ *Constitución Política de la República del Ecuador*, 1998, Art. 44.

ancestrales y territorios autónomos, se defiende además su derecho a la autodeterminación y sistema de justicia propio.

Capítulo II

La internacionalización de la justicia indígena

2.1. Los Derechos Humanos y el multiculturalismo

Los derechos humanos o derechos fundamentales han llegado a constituir un conjunto de factores que responden directamente a derechos subjetivos, los cuales deben respaldar al ser humano bajo la propia condición humana que ostenta. Este conjunto de normas de corte subjetivo no está enmarcado en cuestiones como la prescripción, reconocimiento o respaldo de acciones para su vulneración o violación, e incluso algún tipo de alineación que llegue a generar su detrimento. Esta protección se encuentra estipulada en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en todos aquellos instrumentos internacionales encargados de regular los derechos fundamentales.

En el ámbito de la doctrina jurídica el contar con garantías para la efectiva materialización de los derechos fundamentales está asociado con el fomento de la irrenunciabilidad de dichos derechos¹²⁴. En el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra implícito una libertad de goce, de la cual hace uso cada persona, sin embargo, este derecho se caracteriza por ser absoluto, incluso en aquellos supuestos donde su ejercicio no sea contemplado en su totalidad. Un ejemplo de ello es relacionado con la integralidad, ya que la persona titular de derechos fundamentales podría tener una disposición parcializada de la amplitud máxima y concreta en el ejercicio de sus derechos, algunos asocian la sujeción a las reglas estipuladas en los deportes de combate, pero la situación real es que nunca se podrá renunciar al derecho mismo, tal es el caso de la integridad física. Otra característica identificativa de los derechos humanos es su inalienabilidad, respecto a lo cual se ha establecido que: “...debe ser comprendida en términos de que esta va unida a la idea de dignidad humana, es decir inherente a la condición de persona y como tal nadie puede ser privado de la condición de portador de derechos”¹²⁵.

Con relación al ejercicio de los derechos humanos, se destaca que su práctica no conlleva renuncia o pérdida, por lo que la ausencia del ejercicio del derecho tampoco

¹²⁴ CARVALHO RAMOS, A. D. (2011: 158-170).

¹²⁵ BENAVIDES ORDÓÑEZ, J. (2012: 57): *Los derechos humanos como norma y decisión*. Quito: Editorial CEDEC.

puede acarrear la prescripción del mismo. Sobre este tema hay que recalcar que el transcurso del tiempo no contribuye en la disminución del marco de protección de los derechos fundamentales, y en el supuesto de que alguna norma legal contemple alguna prescripción respecto a un derecho fundamental, esta sería nula.

Los derechos humanos son considerados también como inviolables, esto significa la imposibilidad de que puedan reducirse o su erradicación. Este tipo de derechos presenta como núcleo de su reconocimiento el carácter absoluto que ostentan, así quedó plasmado en el marco del derecho internacional, ejemplo de ello lo estipulado en la Carta de los Derechos Humanos de la Unión Europea. Este instrumento relevante dentro del sistema de derecho de la Unión Europea estableció que cualquier tipo de restricción sobre los derechos humanos deberá respetar el contenido esencial de estos derechos, en otras palabras, el contenido esencial implícito en los derechos humanos no puede ser sujeto de restricción alguna¹²⁶.

Los derechos fundamentales pueden llegar a ser limitados en los casos en que exista una confrontación entre dos o más derechos, dicha situación llega a ser controlada a través de métodos de solución de conflictos instaurados en la propia ley, ejemplo de ello es el principio de proporcionalidad. Como otro elemento característico de los derechos humanos se encuentra su expansividad, ello se relaciona con el ejercicio de los mismos, o sea, su ejercicio puede ser maximizado mientras que no presente una contradicción de índole práctica con otro derecho fundamental.

Ahora bien, en el caso de la relación existente entre el multiculturalismo y los derechos humanos, se puede acotar que el multiculturalismo o principio de apertura cultural y nacional encierra como fin principal la extensión de los derechos humanos a los derechos culturales. La interpretación y análisis de los derechos fundamentales deben tener como base en contexto cultural en el cual estos derechos llegan a ser materializados, o sea, que exista una posibilidad real para la apertura hermenéutica a las variadas posibilidades que brinda cada territorio y su comunidad bajo la condición

¹²⁶ Parlamento Europeo. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. 2000, Art. 52: Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

principal de que el derecho llegue a ser respetado en su esencia en el momento de su aplicación e interpretación. Como parte de la multiculturalidad se destaca el principio de universalidad, ya que los derechos humanos pueden ser tomados en cuenta desde la perspectiva que benefician a todas las personas indistintamente, y que su exigibilidad es aplicada en todos los territorios o países del mundo, vinculado a las propias condiciones culturales presentes en cada región.

Es por ello que fue reconocida la necesidad de implementar una apertura cultural en el sistema destinado a la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional, ejemplo de ello fue la decisión emitida por la Corte Interamericana, la cual señaló lo siguiente:

“14. En efecto, muchas son, en nuestros días, las sociedades multiculturales, y la atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional. Del mismo modo, consideramos que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado «relativismo» cultural”¹²⁷.

La multiculturalidad y su influencia en los derechos humanos ha llegado a determinar la conformación de normas legales que contemplen políticas para la efectiva aplicación de estos derechos. Es necesario acotar que el aseguramiento de derechos fundamentales como la vida, la salud, la alimentación, el acceso al agua, por solo mencionar algunos, puede ser alcanzado a partir de la implementación de políticas públicas, las cuales a su vez están sujetas o más bien poseen una dependencia de la conformación de consensos de índole social y económica. Estos consensos pueden ser logrados por medio de la apertura de los derechos fundamentales al ámbito cultural y su respectiva concreción en los diversos contextos.

¹²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni Vs. Nicaragua*: 31 de agosto de 2001. Voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez Y A. Abreu Burelli, párr. 14.

En lo que respecta a la cultura, la misma en un sentido amplio, se erige como un contexto indispensable para que las personas puedan elegir su propio sistema de vida. Como parte de la finalidad que encierran los derechos humanos se encuentra la protección de la libertad de los individuos, y ello trae aparejado o debería contemplar la protección del ámbito cultural, ya que sin el mismo no resultaría posible la ejecución de ninguna decisión por parte de la persona, dotada de sentido y significado.

La cultura y los diversos parámetros que la identifican como la lengua, la identidad, la religión, entre otros, brinda la posibilidad a las personas de alcanzar la autodeterminación y elegir todos aquellos elementos que determinarán cómo desean vivir y quienes quieren ser. Conforme a ello todas las opciones presentes en la vida del individuo como ser social llegan a estar condicionadas por el factor cultural.

El individuo no puede ser catalogado como un ser abstracto, que simplemente desarrolla todas sus elecciones divorciado de las creencias culturales en las que normalmente vive y alcanza la socialización. Por otro lado, los derechos fundamentales, aunque pertenecen a la persona y surgieron, en parte, para frenar abusos cometidos e injerencias de la sociedad y del Estado en el marco de la individualidad, no tendrían un alcance adecuado sin la existencia de un eje cultural, ya que las personas no tendrían contenido, identidad, ni sentido para vivir. Es así como, la cultura representa una condición elemental que influye directamente en la conformación de la identidad del individuo, y el multiculturalismo influye para que sean reconocidos los derechos culturales como derechos humanos del individuo.

El multiculturalismo puede considerarse como un signo existente en la actualidad, donde por un lado se presenta la globalización caracterizada por una cultura uniformizante, y en el otro extremo se ponen de manifiesto costumbres peculiares, identificativas de varios grupos, donde estos han llegado a manifestarse en aras de reclamar derechos relacionados con su autonomía. Este doble juego se mueve, no obstante, dentro de la hegemonía del mercado, para el cual los derechos pueden llegar a ser un estorbo. Por eso los colectivos indígenas han intentado resistir en un doble juego de globalización de lo hegemónico y resistencia de lo local (o globalización de lo local):

“La globalización hegemónica es la intensificación de las interacciones de cruce de fronteras y de las relaciones sociales propiciadas por grupos sociales y entidades

dominantes para promover sus intereses. La globalización contrahegemónica equivale a las interacciones de cruce de fronteras o instituciones subordinadas para promover sus intereses, a menudo para contrarrestar los efectos perjudiciales que la globalización hegemónica tiene sobre ellos."¹²⁸

De esta manera grupos que representan minoría y grupos que son mayoría se han enfrentado en variados temas como: autonomía regional; representación política; valorización de las costumbres, usos y tradiciones; cuestiones migratorias, entre otros temas. El factor que debe ser tomado en cuenta respecto a este asunto radica en la teoría de una justicia distributiva donde se fije la función del Estado y de las autoridades de las comunidades ancestrales o étnicas, que a la vez deberá contemplar el derecho que tienen los miembros de estas comunidades ancestrales a sostener su estilo de vida. La comunidades ancestrales o pueblos indígenas guardan una relación directa con su identidad cultural, no obstante, se han presentado algunas contradicciones entre la posibilidad de acceder a determinados bienes que influyen en el desarrollo de la persona y la propia autonomía que el individuo bajo cuestiones como la moralidad impulsan su capacidad de decisión.

Se puede afirmar que en la actualidad existe un consenso a nivel internacional respecto a que todos los individuos en el mundo poseen un conjunto de derecho humanos catalogados como fundamentales. Este reconocimiento se caracteriza por ser amplio, y los derechos básicos deben ser respetados independientemente del género de las personas, la raza, lengua, etnicidad y religión algunos documentos que reflejan los denominados derechos fundamentales son la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en el año 1948, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, entre otros. Los documentos y pactos internacionales aquí mencionados tienen un gran significado, y es que son una muestra importante de lo que se ha logrado en cuanto a la protección de los derechos de las personas, principalmente bajo los estándares de normas legales internacionales.

Sobre este tema algunos profesionales han llegado a reflejar que por una cuestión de tradición y costumbres se ha llegado a relacionar los derechos humanos con los

¹²⁸ SANTOS, B. (2001: 154).

abusos que nacen de la materialización de actos de poder, tales como el genocidio, las detenciones arbitrarias y los asesinatos, por solo citar algunos. No obstante, a este tipo de pensamientos, se ha avanzado en considerar el campo de acción de los derechos humanos con una mayor amplitud, ya que dentro del mismo se han considerado que tienen cabida los derechos políticos y civiles, así como los que se relacionan con aspectos económicos, sociales y culturales. Por lo que se ha tomado en cuenta los derechos en contra de acciones discriminatorias hacia la mujer, aquellos grupos que están en condiciones de vulnerabilidad, los grupos sociales que a lo largo de la historia han sido desprotegidos, los derechos laborales de las personas, la adecuada alimentación, la salud y su respectivo cuidado, la religión, los idiomas, la cultura, entre otros¹²⁹. Como se puede apreciar el campo de estudio de los derechos fundamentales es abarcador y complejo en lo que se refiere a su adecuada y efectiva regulación desde el ámbito legal.

Los derechos aquí mencionados no fueron tratados de igual forma en la legislación de los diferentes países, muestra de ellos es que no llegaron a recibir el mismo trato que los derechos políticos y civiles en cuanto su importancia, además de que no requieren determinadas abstenciones hacia acciones ejecutadas por el Estado, sino que su trato debe estar enfocado en iniciativas, y políticas que impulsan resultados que pueden ser complicados en cuanto a su control. No obstante, se ha estipulado que la no contemplación de la totalidad de estos derechos, así como el no cumplimiento de su ejercicio efectivo deriva en conductas discriminatorias, las que resultan intolerables, y llegan a reportar un cierto beneficio en lo que se refiere a la distribución desigual de la riqueza, e impulsa la inequidad social y cultural.

Tanto la discriminación como la desigualdad son situaciones que se manifiestan en diversas partes del mundo, o sea, que persisten en nuestro medio, y Latinoamérica no queda exenta de ambas. Elementos negativos en la región han sido la persistencia de la pobreza y la desigualdad étnica, a pesar del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales y nacionales. Así, tenemos que para el 2006 el porcentaje de población indígena que tenía acceso al agua corriente, facilidades sanitarias con conexión a alcantarillado, es tres veces menor que la población mestiza. El 23 % tenía una alimentación insuficiente, el 36% tenía dificultades para cubrir los gastos de

¹²⁹ INDIAN LAW RESOURCE CENTER. (1984).

alimentación. La mortalidad infantil era del 51% (el promedio nacional es 35%), y la desnutrición crónica (46,7%) era más del doble que la de los niños mestizos (21, 2%).¹³⁰ A pesar de que los Estados tienen la responsabilidad, y la obligación de construir las condiciones que fomenten un entorno social adecuado para todos los ciudadanos, y así materializar el desarrollo social efectivo, aún no se ponen en práctica todas las medidas necesarias, donde la pobreza sea erradicada, que la equidad de género gane territorio, la real protección a la naturaleza, integración social, derecho a la igualdad y por consiguiente el respeto a la diversidad.

Como parte de los derechos humanos, se encuentra el derecho a la cultura; este derecho ha carecido de una atención adecuada, a pesar de que la Declaración de los Derechos Humanos lo haya reconocido de forma expresa. Los problemas que persisten en la aplicación y cumplimiento de este derecho se relacionan con tensiones presentes en la lógica de la cultura, como son la identidad y derechos de grupo; la identidad como fenómeno que está sujeto a manifestaciones cambiantes. Si se analiza la inclusión de los derechos culturales se puede apreciar que su tratamiento como derecho humano tiene su fundamentación en promover la igualdad y así erradicar la discriminación, el racismo y la xenofobia, también se persiguen objetivos como impulsar la paz, la instauración de novedosos mecanismos de participación y la construcción de sociedades donde la democracia funcione de manera eficiente. Todo ello puede ser ejecutado por medio de un entendimiento real de la cultura como derecho.

En aras de propiciar un mejor entendimiento respecto a la cultura, en el año 1996 se presentó un documento emitido por expertos internacionales en derechos humanos, el cual fue un borrador relacionado a los derechos culturales, en este proyecto se estipuló que:

“El término cultura comprende los valores, las creencias, las lenguas los conocimientos y las artes, las tradiciones, las instituciones y los modos de vida mediante los cuales una persona o un grupo expresa los significados que otorga a su existencia y a su desarrollo. Identidad cultural es el conjunto de las referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido... implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso

¹³⁰ STAVENHAGEN, R. (2006: 16, párr. 52).

*permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto. Comunidad cultural es un grupo de personas que comparten referencias culturales constitutivas de una identidad cultural común, cuya preservación y desarrollo consideran esencial para su dignidad humana, con respeto de los derechos humanos”.*¹³¹

En esta definición fueron tomados en cuenta términos como identidad cultural y comunidad cultural. Como bien se manifiesta en el proyecto, se reconoce la implementación de una educación que promueva la enseñanza de la cultura y lenguas diversas, donde existan instituciones en las que recaiga dicha responsabilidad y se alcance a asegurar la participación de las personas en la vida cultural y la aprobación de políticas destinadas al efecto. Todos estos elementos están recogidos en los documentos internacionales mencionados con anterioridad.

En lo que respecta a América Latina, la cultura y los derechos vinculados y nacidos de la misma, han protagonizado en los últimos años importantes debates en el terreno jurídico tanto nacional como internacional, producto de las demandas y la mutación de las clases sociales, ya que resulta un hecho que las clases sociales poseen edades, y por tanto necesidades cambiantes, dentro de la que se destacan las nacionalidades y pueblos indígenas. Como parte de estos debates surge el ya mencionado Convenio 169 de la OIT de 1989, al cual se han adscrito gran cantidad de países. Este convenio internacional surge a partir de las exigencias e histórica necesidad de brindar una mejor protección a las comunidades ancestrales frente al poder hegemónico y desmedido del Estado. Esta protección deberá estar enmarcada en las nociones históricas y los derechos colectivos de identidad de estos pueblos, cuya cultura conlleva la defensa de su territorio, y el reconocimiento de los derechos básicos, también vinculados a su cultura e identidad.

El debate en torno a los derechos de los pueblos indígenas ha recaído en la defensa de las raíces que sostiene la identidad cultural y la aceptación en el ámbito legal de la naturaleza individual y social que tienen los indígenas dentro de la diversidad cultural en la que habita, o sea, la aceptación y ejecución, por parte del Estado, de una cultura democrática. Aunque una gran parte de especialistas en el tema de los derechos

¹³¹ UNESCO. *Proyecto relativo a una declaración sobre los derechos culturales*. Editorial: UNESCO. París, 1997.

humanos han asumido que los derechos humanos en la esfera internacional están dirigidos a la protección de los individuos en primer lugar y no a los grupos de personas, en el caso de los derechos culturales, estos pueden ser aceptados como individuales o desde la colectividad. Esto se evidencia en el tratamiento que los pueblos indígenas deben recibir, ya que las personas pertenecientes a dichas comunidades son consideradas individuos que poseen una protección ante la violación de sus derechos humanos, o sea se equiparan a las personas que no son indígenas. Por otro lado, los indígenas deben enfrentar una serie de dificultades que recaen sobre sus derechos humanos, no solo desde un punto de vista individual sino también como naciones y pueblos, ya que constituyen grupos culturales que poseen derechos derivados de prácticas ancestrales, como son el autogobierno y el derecho a la autodeterminación, la propiedad colectiva o también denominada propiedad comunal, además de la determinación de las relaciones que pueden establecer con otras culturas, en aras de la preservación de sus tradiciones, idioma y religión. Algunos pensamientos en torno a este tema que ha llevado a exhaustivos análisis se ha afirmado que:

“El reconocimiento de que son pueblos para los indígenas es fundamental y constituye el punto de partida para que se admita que tienen derechos colectivos. Los indígenas obtenemos nuestra identidad en tanto somos miembros de una comunidad, y nunca de manera aislada, como individuos separados. Así pues, no es que para los indígenas no existan derechos individuales, ni que estos se contrapongan a los derechos colectivos, lo que ocurre es que los derechos y obligaciones individuales derivan de los derechos y obligaciones que tienen por ser miembros de una colectividad”¹³².

Dando continuidad a las palabras de este autor, no deben serle negados a los indígenas derechos individuales, y tampoco estos deben estar contrapuestos a los derechos colectivos. Esto se convierte en motivo para que, en la regulación de los derechos humanos internacionales, se haya reconocido que estos deben ir más allá que la simple protección individual, y tomar en cuenta la particularidad minoritaria cultural relacionada con los derechos colectivos de las comunidades indígenas. Desde la esfera del derecho internacional se ha reconocido que: “...todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, establecen libremente su condición

¹³² DE LA CRUZ, R. (1999: 54).

política y proveen así mismo a su desarrollo económico, social y cultural”¹³³. Se reconoció también el derecho cultural y colectivo que poseen los indígenas como pueblo.

En la actualidad sigue persistiendo la desatención en torno a la adecuada definición en la dirección correcta de la cultura y los derechos asociados a esta, específicamente para los pueblos indígenas. Este tema, aun en crecimiento, conlleva a dificultades reales para las comunidades ancestrales cuando ejecutan reclamos y protección de derechos respecto a sus territorios, los recursos, su cultura, identidad y sistema de vida. Persisten las falencias respecto a la realidad actual de estos pueblos, cuya cultura e identidad son elementos que no pertenecen exclusivamente al derecho individual, sino que también forma parte importante en el derecho colectivo y la resistencia ejercida por estos pueblos.

No obstante, el multiculturalismo que hemos tratado aquí supone una solución no tradicional para enfrentar los conflictos entre las culturas, pues que es una opción liberar para el respeto y la tolerancia del espacio público, pero sin que se establezcan procesos de transformación de estos conflictos, en principio, de difícil solución.¹³⁴ Los derechos humanos son en todo caso una propuesta civilizatoria que ha permitido profundas reformas en todo el Mundo y, en alguna medida, es una conquista social sin precedentes en la historia. Y una de las evidencias más importantes es el consenso global respecto de la proscripción de la esclavitud y el racismo.¹³⁵ Esto trajo un consenso político-normativo llamado *ius cogens*; la aparición de políticas públicas y la emisión de sentencias creativas y progresistas para la materialización de los derechos humanos en todos los niveles.¹³⁶

Sin embargo, una de las críticas actuales a la política de los derechos humanos ha sido su eurocentrismo colonial y su carácter excluyente de otras formas culturales. La El fundamento teórico de esta afirmación es de que los derechos humanos surgieron como una propuesta cultural con aspiraciones universalistas y con una política global mínima. Por supuesto, esto no quiere decir que caigamos en lo que se ha denominado

¹³³/Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1976, Art. 1.

¹³⁴ KYMLICKA, W. (2001).

¹³⁵ ZAFFARONI, E. (1998: 436-442).

¹³⁶ GAVIRIA, C. (2003); ABRAMÓVICH, V. (2006); y, CAMARGO, C. (1995).

relativismo cultural, lo cual ha debilitado profundamente el ordenamiento jurídico internacional.¹³⁷

A pesar de esto, algunos instrumentos internacionales han flexibilizado este régimen o, al menos han propiciado la inclusión de otras perspectivas: el Convenio 169 de la OIT de 1989 y de la Declaración de Argel de 1976, y el amplio margen interpretativo que tienen los sistemas de protección interamericano y europeo.¹³⁸ Por otra parte, en América Latina, a partir de la filosofía de la liberación de Dussel,¹³⁹ los derechos humanos se presentan como el proyecto de modernidad de la Europa occidental, hegemonizado en el mundo entero, lo cual encubre la dependencia política y la acumulación de riquezas en los países centrales mediante un discurso de dominación y de nueva colonialidad.¹⁴⁰

Frente a esto, la reacción ha girado alrededor del “relativismo cultural”. De acuerdo a esto, se ha dicho que la cultura mantiene el *statu quo*, que conserva a las culturas inmunes al cambio y la transformación, y que las culturas no son puras, bien viven en contacto con el mundo occidental en una relación de intercambio, pacífico o impuesto. También, se ha afirmado que determinadas prácticas culturales han sido legitimadas por regímenes arbitrarios y violadores de los derechos humanos. Además, algunas cuestiones comunes a todas las culturas parecen justificar normas de tipo universal y mínimas: hablar, conocer y entender la lógica del mundo y las capacidades de transformarlo.¹⁴¹ Además, se argumenta sólo en el racionalismo universalista ha encontrado mecanismos viables para la liberación de los pueblos del colonialismo.¹⁴² Por último, se argumenta que algunas culturas pueden esconder las relaciones de poder y el ejercicio de prácticas contrarias a los derechos humanos.¹⁴³

Incluso anticolonial de los Derechos Humanos referida nacen instrumentos e hitos jurisprudenciales importantes para la liberación de los pueblos: la Declaración de los Pueblos de Argel (1976), el Convenio 169 de la OIT (1989), la sentencia de la Corte

¹³⁷ SANTOS, B. (2012: 147-185); CLAVERO, B. (s/f); y, CLAVERO, B. “Multiculturalismo Constitucional, con perdón, en frío y en serio”, 47 *Revista del Instituto de Estudios Vascos* (2002).

¹³⁸ CHIPOCO, C. (1994); DULITZKY, A. (2006).

¹³⁹ DUSSEL, E. (2007: 551-557); DUSSEL, E. (2005: 373-381).

¹⁴⁰ DUSSEL, E. (2000: 40-41).

¹⁴¹ SÁNCHEZ, N. (1997: 158-160).

¹⁴² SEBRELI, J. (1992: 14-66).

¹⁴³ ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2009: 68-70).

IDH *Mayagna Awas Tigni vs. Nicaragua*¹⁴⁴, el multiculturalismo de las constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991) y Ecuador (1998); y, posteriormente la interculturalidad y la plurinacionalidad como ejes transversales en las constituciones de Bolivia (2009) y Ecuador (2008), y desde la perspectiva política del Sur.¹⁴⁵ En consecuencia, esto incorporó los derechos colectivos y el reconocimiento del sujeto colectivo de derechos (pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas) a nivel constitucional.

2.2. El sistema de Naciones Unidas y el reconocimiento del pluralismo jurídico

Desde el ámbito de la doctrina legal no resulta fácil construir una noción de pluralismo jurídico, y más aún si se adhiere el elemento cultural. Cuando se habla de la existencia de un pluralismo jurídico intercultural, es presentada una idea de que el discurso en el ámbito jurídico llega a reflejar los parámetros de cierta cultura¹⁴⁶. Se puede agregar a esto que, dicho pluralismo está íntimamente relacionado a una capacidad de entendimiento sin pretender la fusión entre diversos sistemas jurídicos, así como prácticas jurídicas y maneras regladas en el ámbito de la convivencia, por lo que no debería mediar un orden jerárquico ni el sometimiento racional de una cultura sobre otra. De esto se desprende que el sistema jurídico perteneciente a determinada cultura no debería ser impuesto a otras sociedades, aunque sea autoproclamado como un sistema racional y universal.

Es una realidad que algunas culturas han adoptado una tradición jurídica distinta a la suya, algunos autores lo han calificado como “colonialismo jurídico”¹⁴⁷, pero esto no significa que hayan aceptado dicho sistema del todo. Esto resulta apreciable en las

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia: 31 de agosto de 2001, *Mayagna Awas Tigni vs. Nicaragua*.

¹⁴⁵ DANDLER, J. (2002): “Pueblos Indígenas e Imperio de la Ley en América Latina: ¿tienen una oportunidad?”, en J. MÉNDEZ et al., *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina* Buenos Aires: Paidós.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, A. (2011): “Los orígenes del pluralismo jurídico”. En V. Autores. *Pluralismo jurídico e interculturalidad*. Sucre: Editorial Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente.

¹⁴⁷ “...la amnesia del derecho moderno que estriba en un olvido histórico, en el olvido de su origen. Y es que el Estado y el Derecho “modernos” le deben su existencia a un acto colonial y terriblemente dramático: El genocidio de las indias ayer y hoy. El genocidio primero, el del colonialismo español encuentra su envase normativo en una pieza de arqueología jurídica: la Recopilación de las Leyes de Indias. El genocidio segundo: el liberal vino ya con envase de derechos, vino en Constitución y Códigos y... se quedó”. ARIZA SANTAMARÍA, R. (2015: 167).

comunidades latinoamericanas, donde aún prevalecen sistemas jurídicos que presentan serias dificultades en penetrar aquella sociedad que pretende organizar, o sea, que dicha situación es ejemplo fehaciente de la carencia de eficacia del derecho.

El pluralismo dentro del derecho es una muestra de que el poder estatal no constituye una fuente única de derecho, por lo que a través del mismo se abre un espacio para la aplicación y generación de normas, que tienen su base en la fuerza y la legitimidad de un sistema de poderes que tiende a ser complejo y difuso. Este sistema de poderes surge de una sociedad dialéctica, compuesta por sujetos diversos, grupos sociales y colectividades. Algunas de las definiciones dadas en torno al pluralismo jurídico lo reconocen como "...la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico, independiente del reconocimiento que como tales estos hagan entre sí"¹⁴⁸; esta conceptualización resulta ser muy acertada, ya que describe el funcionamiento de la práctica jurídica en la actualidad, ante la presencia de diferentes sistemas legales.

Ahora bien, el reconocimiento internacional del pluralismo jurídico tiene como elemento principal en su impulso y defensa, los derechos colectivos, o sea la presencia de los derechos de los pueblos indígenas en la normativa internacional (Ver Anexo No. 1). En el año 1948 la Asamblea General de la Naciones Unidas promulgó un instrumento que marcó el inicio de la consagración en el ámbito internacional de los derechos humanos, esta fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En este documento la personalidad humana, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales fueron contemplados como elementos claves en favorecer la comprensión, tolerancia y respeto entre los diversos Estados o naciones. En este instrumento internacional la igualdad fue establecida como principio, por lo que el mismo debe regir en el marco de las relaciones que llegan a ser conformadas entre las personas ante el Estado y la propia norma legal. Conforme a ello el cuerpo normativo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual fija un conjunto de derechos, prevé una concepción o idea de que estos derechos fundamentales resultan ser accesibles a todas las personas sin mediar distinción o discriminación alguna.

¹⁴⁸ LÓPEZ LÓPEZ, L. (2014: 48).

De esta forma el indígena, no puede ser tomado en cuenta como una persona diferente bajo concepciones discriminatorias, esto significa que no puede ser sujeto del menoscabo de sus derechos fundamentales. A pesar de que este instrumento internacional posee casi setenta décadas de vigencia, aún persisten herramientas con un carácter fáctico, que influyen negativamente en el acceso directo hacia los derechos por parte de las comunidades indígenas.

La Declaración integra la denominada Carta de los Derechos Humanos, conformada a su vez por otros instrumentos internacionales, pilares en las Naciones Unidas respecto al pluralismo jurídico, como son el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos enfocado principalmente en los derechos individuales; y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual se desarrolla toda una defensa en torno a la vigencia de los derechos humanos reconocidos como “de segunda generación”, o sea, los derechos colectivos.

Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fueron documentos promulgados por la Naciones Unidas, ambos en el año 1966 y su vigencia fue a partir de 1976. Ambos instrumentos internacionales constituyeron elementos claves y base para la posterior implementación y consagración de los derechos de los pueblos indígenas, dentro de cuyo engranaje estaban presentes el derecho a la educación y a la cultura. Como otro elemento a subrayar en relación estos pactos resulta ser la reivindicación del derecho a la autodeterminación de estos pueblos o comunidades ancestrales. Acorde a este derecho, los pueblos indígenas tienen la posibilidad real de establecer de manera libre, su condición política y aquellos parámetros identificativos de su desarrollo económico, social y cultural, sujetos a sus costumbres ancestrales.

En el caso específico del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue consagrado el derecho de los pueblos a la libre disposición de sus riquezas y los recursos naturales, con la limitante de no ocasionar perjuicios con relación a aquellas obligaciones derivadas del marco de cooperación económica internacional, en cuyo ámbito rige el principio del beneficio recíproco, y todo lo concerniente a los estándares

fijados por el derecho internacional¹⁴⁹. Por otro lado, en este Pacto se llegó a fijar una prohibición expresa de privar a determinada comunidad de los mecanismos o medios que influyen en su supervivencia, con lo cual fue ratificada la obligación por parte del Estado a proveer las garantías necesarias para el ejercicio del derecho a la libre determinación¹⁵⁰.

La Organización Internacional del Trabajo, OIT es uno de los organismos internacionales que ha influido en la conformación y reconocimiento del pluralismo jurídico en el marco de actuación del derecho internacional, específicamente todo lo vinculado a las comunidades ancestrales o pueblos indígenas. Respecto a su labor hay que mencionar en primer lugar la aprobación en el año 1957 del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales. Este documento significó el primer tratado donde se contempló el tema de los derechos de los pueblos indígenas como parte del derecho internacional. En el Convenio son topadas varias cuestiones importantes, tal es el caso de los derechos sobre la tierra, la educación y el trabajo¹⁵¹.

¹⁴⁹ /Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 1 numeral 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

¹⁵⁰ /Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 1, numeral 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁵¹ OIT, *Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales*. Ginebra: Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, 1957:

Art. 11. Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.

Art. 21. Deberán adoptarse medidas para asegurar a los miembros de las poblaciones en cuestión la posibilidad de adquirir educación en todos los grados y en igualdad de condiciones que el resto de la colectividad nacional.

Art. 22. 1. Los programas de educación destinados a las poblaciones en cuestión deberán adaptarse, en lo que se refiere a métodos y técnicas, a la etapa alcanzada por estas poblaciones en el proceso de integración social, económica y cultural en la colectividad nacional. 2. La formulación de tales programas deberá ser precedida normalmente de estudios etnológicos.

Art. 23. 1. Se deberá enseñar a los niños de las poblaciones en cuestión a leer y escribir en su lengua materna o, cuando ello no sea posible, en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan.: 2. Se deberá asegurar la transición progresiva de la lengua materna o vernácula a la lengua nacional o a una de las lenguas oficiales del país. 3. Deberán adoptarse, en la medida de lo posible, disposiciones adecuadas para preservar el idioma materno o la lengua vernácula.

Art. 24. La instrucción primaria de los niños de las poblaciones en cuestión deberá tener como objetivo inculcarles conocimientos generales y habilidades que ayuden a esos niños a integrarse en la colectividad nacional.

Art. 25. Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en los otros sectores de la colectividad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con las poblaciones en cuestión, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener respecto de esas poblaciones.

En el periodo en que fue aprobado este Convenio existían concepciones discriminatorias respecto a los pueblos indígenas, o sea, eran catalogados como “sociedades atrasadas” y con un carácter transitorio. Bajo ambas concepciones se abogó por la fusión de estas comunidades ancestrales con el sistema que imperaba en cada sociedad, es decir, su integración a al modelo occidental, y la asimilación por parte de este de los miembros de dichas comunidades. Se ratifica que la “integración” se implementó con acciones violentas, donde los indígenas recibieron un tratamiento discriminatorio y de rechazo hacia su cultura y tradiciones.

Con el paso de los años esta ideología fue cuestionada con firmeza, ya que se alcanzó a desarrollar una comprensión más profunda con relación a este tema, y además se amplió la participación de los miembros de las comunidades ancestrales en el ámbito internacional. De esta manera el Convenio 107 fue sometido a revisión en aras de su perfeccionamiento en el periodo comprendido entre los años 1987 y 1989. En el proceso de revisión del Convenio fueron consultados un importante número de pueblos ancestrales, por lo que su participación fue palpable en varias reuniones, desde un ámbito individual como colectivo, por medio de representantes sociales y organismos sindicales.

Es así como, tras el desarrollo de múltiples debates, nace el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, promulgado en la OIT, su aprobación fue materializada en el año 1989 y la vigencia del mismo fue en el año 1991. Este Convenio representó la ratificación de derechos como la autodeterminación, la autoidentificación, el autogobierno, y los derechos fundamentales como la vida y la libertad. Conforme a este instrumento se establece el derecho de consulta, el cual consiste en la obligación que tiene el Estado de consultar a estos pueblos, a través de ciertos procedimientos adecuados o instituciones representativas, cuestiones referentes a la aprobación de medidas legislativas, administrativas, económicas, entre otras, que puedan llegar a afectar directamente los intereses de las comunidades indígenas o sus tradiciones. Se alcanzó a consolidar el derecho a la participación y desarrollo de los pueblos indígenas, así como el respeto hacia sus costumbres, lo que implica su derecho consuetudinario.

Art. 26. 1. Los gobiernos deberán adoptar medidas adecuadas a las características sociales y culturales de las poblaciones en cuestión a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente respecto del trabajo y los servicios sociales. 2. A este efecto se utilizarán, si fuere necesario, traducciones escritas e informaciones ampliamente divulgadas en las lenguas de dichas poblaciones.

Con relación a sus tradiciones se realizó un especial reconocimiento al vínculo de las comunidades ancestrales con su territorio, ello incluye su derecho sobre la tierra, la cosmovisión respecto a la misma, la preservación de los recursos naturales, y el respeto a todo el entorno. También se reconoció el respeto por la economía tradicional desarrollada en estos pueblos y el impedimento para trasladar a las comunidades ancestrales de sus territorios.

Otro de los instrumentos internacionales que reconoció y fomentó el pluralismo jurídico fue la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el año 2007 por la Asamblea General de Naciones Unidas. En la Declaración se reconoció el derecho de las comunidades ancestrales a disfrutar de los derechos humanos contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y todos los parámetros establecidos en la normativa en materia de derechos humanos¹⁵². Se ratificó el derecho a la libre determinación, conservar y reforzar las instituciones propias, sus políticas, su economía, y su cultura. El derecho a una nacionalidad, a la integridad física, a la libertad y a la seguridad de los miembros de las comunidades ancestrales fue ratificado y la garantía brindada radicó en la prohibición hacia el Estado de someter a estos pueblos a una asimilación forzada y la destrucción de su cultura¹⁵³.

La implementación de esta Declaración tuvo dentro de sus fines principales la reivindicación y reconocimiento de los derechos colectivos, evidenciados principalmente en las comunidades ancestrales. La prohibición de la privación al indígena de su identidad cultural, el despojo de sus tierras, las acciones para su traslado o desplazamiento forzados, constituyó una especie de reivindicación ante tanta explotación y discriminación de la que estos pueblos fueron víctimas, surgida a partir de la época de invasión y colonización de América.

Es necesario destacar el espacio que esta Declaración destinó a la consagración de las instituciones propias presentes en las comunidades ancestrales, o sea, el respeto a su desarrollo y mantenimiento, lo cual incluye: costumbres, procedimientos, tradiciones y prácticas. No obstante, se reconoce que estas tradiciones deben tener una conformidad con el contenido de las normas internacionales sobre derechos humanos. Este instrumento internacional al constituir una declaración no posee efectos vinculantes,

¹⁵² *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. 2007, Art. 1.

¹⁵³ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 2007, Art. 8.

caso contrario de los convenios internacionales, sin embargo, hay que tener presente que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin efecto vinculante, y los principios contemplados en la misma, fue el inicio de todo un proceso donde cada Estado en la conformación de los respectivos textos constitucionales, destinaron una serie de artículos al establecimiento de los derechos humanos.

Es por ello que, en el supuesto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, esta ha contribuido positivamente al reconocimiento de los derechos colectivos las comunidades ancestrales, ejemplo de ello son las normas constitucionales de países como Bolivia y Ecuador, donde ambas naciones son estados plurinacionales, y se reconoce y aplica el pluralismo jurídico y la interculturalidad. En otras naciones latinoamericanas como Perú, Venezuela y Guatemala, su legislación también ha incluido el pluralismo jurídico y la multiculturalidad.

En el ámbito de actuación del derecho internacional se han establecido un conjunto de parámetros o principios que rigen en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, a continuación, se explicarán a modo general alguno de ellos:

1. Principio de no discriminación:

Un importante número de países, principalmente de la región latinoamericana, implementaron una serie de reformas jurídicas donde se ha reconocido la identidad del indígena y el carácter multicultural del Estado. No obstante, persiste un legado fundamentado en la discriminación hacia los pueblos indígenas, un legado que posee un carácter histórico y que las normas legales que reconocen las costumbres de estas comunidades ancestrales no han podido eliminar.

Como elementos negativos que han sido materializados en el transcurso de los años respecto a las comunidades indígenas se destaca el no reconocimiento de la propia existencia de estas comunidades, tanto en la norma constitucional como en las leyes sustantivas, incluso se les ha negado la ciudadanía a los miembros de estos pueblos ancestrales¹⁵⁴. Las estadísticas también han arrojado la existencia de disparidades entre

¹⁵⁴ STAVENHAGEN, R. (Relator especial) (2006: párr. 10). De acuerdo con las opiniones expresadas por los asistentes, los pueblos indígenas tienen cada vez más interés en buscar el cambio político por la vía parlamentaria. Esta actitud, junto con la apertura de nuevos espacios de participación en el proceso político para los pueblos indígenas, ha dado lugar a que haya cada vez más senadores, diputados y otros

la sociedad, vista como un todo, y la comunidad indígena, diferencias en aspectos como acceso a servicios de salud, vivienda y educación de forma adecuada. Todo esto se complementa con una situación de vida precaria que persiste en algunas comunidades, marcado por los bajos ingresos que perciben, carencia de oportunidades laborales, y la baja capacitación que poseen. Por otro lado, en el marco de la representación política y la institucionalidad, las comunidades indígenas no han tenido una participación plena en lo que se refiere específicamente a la toma de decisiones desde el ámbito estatal o en aquellos niveles superiores del engranaje administrativo. La desproporcionalidad es palpable en lo que se refiere a la influencia de las comunidades ancestrales dentro de la sociedad.

De esta manera el principio de no discriminación se ha transformado en un pilar dentro de la lucha para erradicar los elementos aquí mencionados que afectan el desarrollo de estos pueblos ancestrales. Es por ello que, para enfrentar esta situación se ha tomado acciones por parte de ciertos Estados para promover la inclusión social, principalmente en el campo de actuación de la ley. Un ejemplo de esto es la ejecución de programas dirigidos a favorecer a los pueblos indígenas, la subvención de programas educativos especiales que refuercen las costumbres ancestrales de estos pueblos, mecanismos de consulta en aras de fomentar el respeto por las tradiciones de las comunidades, conformación de puestos y espacios dentro de los ámbitos legislativo y administrativo. Este principio también encierra respuestas efectivas a las necesidades que existen en el interior de los pueblos indígenas.

2. Principio de igualdad:

Acorde a los parámetros internacionales establecidos por el propio derecho internacional, principalmente en los que respecta a los derechos humanos, los pueblos indígenas y sus miembros, al igual que todos los seres humanos, poseen el derecho a disfrutar a plenitud de las garantías y derechos fundamentales establecidos en la legislación. Al respecto los derechos implican libertades fundamentales, derechos políticos y civiles, estos a su vez contemplan cuestiones económicas, sociales y

representantes indígenas, a que en destacadas ocasiones se nombre a indígenas para ocupar cargos ministeriales y a que las organizaciones indígenas se constituyan en grupos de presión en los parlamentos como medio de lograr progresos legislativos. Sin embargo, estos avances siguen siendo mínimos en relación con el gran número de reivindicaciones de todos los pueblos indígenas del mundo.

culturales, ejemplo salud y educación. La igualdad en el trato es una cuestión relevante que forma parte de este principio, ello incluye los beneficios que reciben los ciudadanos en la localidad que viven por parte del Estado, el desarrollo económico, y el acceso a los mecanismos que fomenten el progreso.

El principio de igualdad estuvo dirigido a enfrentar y frenar la exclusión social que predominó en el trato hacia el indígena. Cabe agregar que se contribuyó en el aseguramiento de que los pueblos indígenas tuvieran oportunidades coherentes y en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad, por lo que para que se alcanzara esto debieron implementarse medidas especiales que compensaran todas las injusticias padecidas por estas comunidades ancestrales.

Ambos principios han incidido en el desarrollo del pluralismo jurídico, el cual implica la presencia simultánea de sistemas normativos diferentes, dentro de un mismo territorio. Todo esto a partir del reconocimiento por parte del derecho internacional de las diversas culturas identificativas de las comunidades ancestrales, y sus respectivas costumbres y sistema de vida.

Resulta importante señalar, que en la época actual ha surgido la proposición de un constitucionalismo pluralista y a la vez emancipador. A partir de dicha proposición surge una aproximación entre la norma constitucional y el denominado pluralismo democrático¹⁵⁵, lo cual brinda una proyección novedosa sobre el Estado de derecho, ya que en el texto constitucional se llega a consagrar al pluralismo como uno de los principios fundamentales, lo cual propicia un modelo de estado pluridimensional y se genera un proyecto para instaurar una sociedad intercultural.

Este nuevo modelo de estado pluridimensional se ha evidenciado en Latinoamérica por medio de una reciente coyuntura política, en la que la multi, pluri e interculturalidad ha conseguido un importante espacio y legitimidad. Se ha impulsado además el reconocimiento de la diversidad cultural y étnica, todo ello como respuesta a la necesidad de instaurar determinados derechos al respecto. De esta forma llega a surgir

¹⁵⁵ “El pluralismo se considera un valor moderno, ya que retoma su importancia con el avance de las ideas democráticas, al ser una condición necesaria en un sistema en donde todos tienen derecho a participar políticamente, y cada uno con sus propias ideas, modos de ser y formas de vivir. La práctica de este valor propicia la existencia y coexistencia de minorías y mayorías de grupos sociales que se diferencian entre sí, pero que coinciden en el hecho de vivir, trabajar o estar en el mismo lugar; esta diferencia es lo que enriquece a la sociedad, organización o institución en cuestión”. RODRIGO CASTRO, S. (2011: 102).

un nuevo constitucionalismo multicultural, en el cual se defienden las relaciones étnicas en la ciudadanía.

Todo el proceso del reconocimiento de la interculturalidad, de manera oficial, ha sido producto de las luchas y demandas nacidas del movimiento indígena. A partir de esto, la interculturalidad, propone como mecanismo social y político el diálogo intercultural que, siguiendo lo establecido por Estermann, sería una forma de comunicación y de construcción del conocimiento entre las culturas (filosofía de la experiencia),¹⁵⁶ pero también un cambio ideológico para la transformación social y la materialización de los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades.¹⁵⁷

El fortalecimiento de los pueblos indígenas se ha desarrollado en su participación dentro de la comunidad como actores sociales y políticos, en el respeto de su cultura y tradiciones ancestrales, los cuestionamientos expresados sobre los modelos existentes de ciudadanía, además de la estructura democrática del Estado y de la nación.

Esta nueva coyuntura política, ha propiciado el surgimiento de nuevas tensiones y paradojas en diversos factores como son lo que se ha ideado como interculturalidad y los valores que la respaldan; el reconocimiento y defensa de lo que resulta propio y diferente, en lo que se destaca al indígena y al negro; y el empleo del multiculturalismo como parte integrante del mismo engranaje político e ideológico que tanto afán ha demostrado en cambiarlo. Todos estos elementos conducen a la presencia de una compleja problemática en la presencia de un pluralismo jurídico e intercultural.

Cabe distinguir que la interculturalidad tiene su fundamentación en la necesidad de edificar relaciones entre grupos diversos, así como materializar prácticas integradoras, lógicas e ideales diferentes, todo ello con el propósito de transformar las relaciones de poder, en lo cual se incluyen las estructuras que conforman la sociedad, fiel reflejo de la naturalización de las asimetrías en la sociedad. En el supuesto de la pluriculturalidad sus inicios están sujetos a la pluralidad cultural y étnica de la sociedad y también al derecho que se tiene a que medien distinciones¹⁵⁸. Ambos términos encuentran su significado en las luchas por la reparación de todos los años de exclusión

¹⁵⁶ ESTERMANN, J. (1998: 13-45).

¹⁵⁷ ÁVILA LINZÁN, L. (2008: 205); y, Santos, B. (2002: 357).

¹⁵⁸ NIEVA SOTELO, G. (2011: 136-161).

a los que fueron sometidos los pueblos ancestrales, por lo que el pluralismo jurídico e intercultural encierra el fortalecimiento de las identidades de las comunidades ancestrales frente a otras culturas.

En el contexto de esas luchas y del reconocimiento del Estado plurinacional y de manera paradigmática, el principio de interculturalidad puede tener cuatro usos: a) modificar la naturaleza del Estado para superar su matriz liberal e individualista; b) establecer un principio-guía de la actividad estatal y las políticas públicas; c) determinar un principio de interpretación constitucional; y, d) desarrollar un principio articulador de los procesos socio-políticos de diálogo para la construcción de la sociedad intercultural.

Respecto de la justicia, la interculturalidad constitucionalizó los sistemas jurídicos estatal e indígena, sobre un plano de igualdad, sin que se busque la asimilación al orden dominante de las formas de justicia indígena, sino la coordinación y cooperación entre aquellas.¹⁵⁹ De esta manera, si la justicia indígena sólo puede ser reconocida dentro de un Estado plurinacional, éste tampoco tiene sentido político alguno si no dentro del Estado constitucional, y¹⁶⁰ donde la justicia tiene el potencial de convertirse en una tribuna de los marginados y en un espacio de legitimación de las democracias actuales.¹⁶¹

También, en el mismo ámbito, a nivel estructural los derechos emergen como un dique la pérdida de individualidad en un mundo globalizado y donde la economía de mercado es la regla general.¹⁶²

2.2.1. El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 27 de junio de 1989

El Convenio 169 de la OIT forma parte del derecho internacional en materia de derechos humanos y se transformó en uno de los documentos más exhaustivos que integra la legislación internacional sobre la protección de los pueblos indígenas y tribales, cuyo propósito es la preservación de sus propias leyes y costumbres en aquellas sociedades de países donde están asentados. Este instrumento al ser ratificado por los

¹⁵⁹ ÁVILA LINZÁN, L. (2008: 242).

¹⁶⁰ MONTAÑA, J. (2008: 195).

¹⁶¹ CORREA SUTIL, J. (2002: 278).

¹⁶² TRUJILLO, J. y otros. (2001: 34).

Estados adquiere un carácter jurídicamente vinculante, ello significa que su cumplimiento es obligatorio.

En cuanto al contenido esencial identificativo de este Convenio internacional, se destacan los siguientes aspectos:

- a) El reconocimiento a la identidad de las comunidades indígenas, respecto a idiomas, cultura y pluralidad de expresiones socioculturales.
- b) La lucha contra la discriminación que fue catalogada como legal y, de hecho, lo cual implicó promover el accionar delictivo basado en la discriminación étnica.
- c) La divulgación amplia de los derechos de los pueblos indígenas principalmente por medio de la educación, medios de comunicación y demás instancias.
- d) Promover la defensoría de las comunidades indígenas, dentro de lo cual se destaca el papel de la mujer indígena, y aquellas cuestiones que atentan contra su integridad.
- e) Este instrumento internacional promovió la necesidad de establecer leyes en aquellos Estados que ratificaron el Convenio, con el objetivo de que los derechos de los pueblos indígenas fueran respetados y garantizados.

El Convenio 169 de la OIT representó un instrumento internacional de marcada relevancia en cuanto al reconocimiento de los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional. Dicha relevancia no solo está supeditada al contenido de este Convenio sino además el carácter vinculante que posee donde los Estados que han suscrito dicho documento tienen la obligación de implementar leyes y políticas públicas que respalden su contenido. A modo general se puede señalar que el Convenio tiene un cuerpo normativo dirigido a dos direcciones fundamentales. La primera recae en la obligación que posee el sistema de justicia estatal de cada país, de aplicar una legislación a los pueblos indígenas, donde sea tomado en cuenta y sean consideradas las costumbres y el derecho consuetudinario de estas comunidades, ello incluye los asuntos de carácter penal. Esto instaura la obligación de analizar las características económicas, sociales y culturales, en el momento de aplicar determinada sanción, por lo que se transforma la política punitiva del sistema de justicia occidental en aras de contemplar y ejecutar otras alternativas a la resolución de los conflictos. Como segundo aspecto se

destaca el derecho de las comunidades indígenas a preservar sus costumbres y las instituciones que poseen, toda vez que no lleguen a generar un conflicto con los denominados derechos fundamentales, cuyo reconocimiento está estipulado en el ámbito nacional e internacional.

Este Convenio internacional llega a abarcar todo el tema referente a las nacionalidades y los pueblos indígenas presentes en naciones independientes. El Ecuador se suscribió al Convenio 169 de la OIT en el año 1989. En cuanto a la aplicabilidad de dicho Convenio, se puede afirmar que está enmarcado en los pueblos tribales, que poseen autonomía al presentar un sistema de vida que se distingue de los patrones que identifican a la sociedad moderna, es decir que a las comunidades ancestrales los rige costumbres y tradiciones propias y por lo tanto se encuentran respaldados por una legislación especial¹⁶³.

En lo que respecta a la identidad indígena y la conciencia presentes en los pueblos ancestrales, son elementos que deberán ser tomados en cuenta para poder determinar la correcta aplicación del tratado hacia dichos pueblos, basado en los criterios fundamentales que se exponen. A partir de la aprobación de este tratado internacional se creó la posibilidad de abrir importantes espacios para la ejecución de la justicia indígena. El desarrollo de esta justicia, basada en la costumbre principalmente, llega a implicar opciones marcadas por la diversidad, ejemplo de ello en el Ecuador se desarrollaron acciones encaminadas al nombramiento de jueces de paz ordinarios dentro de las comunidades, se determinó el cese de las funciones del cuerpo policial y órganos de administración de justicia ordinaria en los territorios indígenas, todo ello con el objetivo de abrir espacio para el desempeño de las autoridades indígenas en aras de que aplicaran su propio sistema de justicia¹⁶⁴.

La importancia que posee este tratado internacional radica en el reconocimiento que se le otorga a la lucha de los pueblos indígenas en cuanto al reconocimiento de sus derechos colectivos, ello con relación a toda Latinoamérica, donde se incluye el Ecuador. De forma específica se puede destacar el establecimiento de una línea que reconoce aquellos métodos de control propios del cada pueblo indígena, además de que

¹⁶³ *Convenio 169 de la OIT* de 1989, Art. 1.

¹⁶⁴ Territorio y Gobernanza. *La justicia indígena en el Ecuador. En línea:* <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/justiciaindigena.html>.

se establece el límite de que no se lleguen a vulnerar los derechos fundamentales de cada individuo¹⁶⁵.

Otro aspecto que destacar del Convenio 169 de la OIT, es que recoge la postura que deben tener los Estados en la aplicación de su legislación nacional y los pueblos indígenas, la cual va dirigida a tomar en cuenta de manera correcta las costumbres o el derecho consuetudinario de sus pueblos ancestrales¹⁶⁶. Las comunidades ancestrales tienen el derecho de poder preservar sus costumbres, de lo cual forman parte las instituciones que rigen en su sistema de vida, aunque se llega a establecer como excepción que dichas costumbres no pueden ir en detrimento de los derechos fundamentales del ser humano, los cuales también son internacionalmente reconocidos. Por lo que en relación con este asunto rige la aplicabilidad de procedimientos que alcancen a brindar una solución coherente en el supuesto de que existan conflictos en la materialización de todos los principios implícitos en este tratado.

No obstante, a las costumbres ancestrales que deben ser respetadas en las comunidades indígenas, sus miembros no quedan exentos de aquellos derechos que son reconocidos a los ciudadanos de cada nación y también las respectivas obligaciones, o sea que todo el ordenamiento jurídico nacional rige para ellos en igualdad de condiciones, que el resto de las personas. De igual manera debe primar el respeto por los métodos de los pueblos ancestrales aplicados en la resolución de los delitos perpetrados por los miembros de su comunidad, ante lo cual se debe fomentar una determinada compatibilidad con los mecanismos del sistema jurídico de cada nación y además los derechos fundamentales. No debe existir una invasión de la justicia ordinaria a la justicia indígena, ya que se puede llegar afectar en gran medida su propia institucionalidad¹⁶⁷.

De esta manera el actuar de las autoridades y órganos de la administración de justicia ordinaria deberán realizar sus respectivos pronunciamientos, principalmente en temas de índole penal, enfocados en respetar y tomar en cuenta las costumbres y prácticas de los pueblos ancestrales. Este reconocimiento expreso por parte del Convenio 169 de la OIT constituye un paso de gran relevancia respecto a las formas de

¹⁶⁵ BONFIL BATALLA, G. (1992: 153-154).

¹⁶⁶ Convenio 169 de la OIT, Art. 8.

¹⁶⁷ Convenio 169 de la OIT de 1989, Art. 9.

administración de justicia indígena en las diversas comunidades que existen, además de que se llega a señalar que dicha administración de justicia deberá estar acorde a los principios constitucionales, principalmente en lo relacionado a los derechos fundamentales y los tratados de carácter internacional.

En el marco de la doctrina jurídica se ha llegado a reconocer que el surgimiento de este Convenio internacional trajo como consecuencia que los Estados suscritos al mismo llegaron a admitir la presencia marcada del “pluralismo jurídico interno”, el cual responde directamente a la norma constitucional, donde se llega a establecer un control en torno a las acciones jurídicas emanadas de los pueblos indígenas, las cuales son diferentes a los mecanismos existentes en las instituciones estatales dentro de la justicia ordinaria.

La cooperación entre los diversos pueblos indígenas también es un elemento reconocido en el marco de este Convenio. Se alcanza a establecer la necesidad de implementar contactos y mecanismos de cooperación entre las comunidades ancestrales a través de las fronteras, cuya cooperación estará dirigida a las esferas económica, social, cultural, espiritual y cuestiones ambientales¹⁶⁸.

Los elementos aquí expuestos en relación al Convenio 169 de la OIT tienen su propia realidad en el Ecuador, la cual ha estado caracterizada por presentarse en la práctica jurisdiccional indígena diversos cuestionamientos por parte de los funcionarios de la justicia ordinaria ecuatoriana, no obstante, a que el país cuenta con una norma constitucional que contempla los derechos de los pueblos ancestrales y el respeto por su institucionalidad, además de la suscripción de diversos convenios que contemplan los derechos de estas comunidades a mantener y desarrolla un sistema de vida propio acorde a sus tradiciones.¹⁶⁹

2.2.2. Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 13 de diciembre de 2007

Con los avances y transformaciones del derecho internacional referente a los pueblos indígenas, se pueden identificar tres grandes fases de evolución, una primera

¹⁶⁸ Convenio 169 de la OIT de 1989, Art. 32.

¹⁶⁹ MASAPANTA GALLEGOS, C. (2011: 420-433).

que se ubica en la época de la colonización, definida por un marco iusnaturalista en el cual el derecho internacional estaba dentro del concepto moral de la sociedad. Más adelante, una segunda fase que tuvo lugar entre el siglo xix y principios del xx, que se identifica por ser un régimen dual, entre derechos de los individuos y de los Estados, que conllevó a los pueblos no europeos a ser relegados de la consideración de reputarse como sujetos de derecho. Para una tercera etapa, que viene a darse en la época contemporánea, donde se imprime preponderancia a los derechos humanos. Es durante esta última donde los derechos de los pueblos indígenas se han insertado con mayor fuerza en el derecho internacional.¹⁷⁰

Teniendo como precedente el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales OIT de 1989, para el año 2007 se estableció la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2007, la cual implicó modificaciones en los enfoques y contenidos del Derecho internacional.

Fue en 1971 cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)¹⁷¹ aprobó la creación de una subcomisión para llevar a cabo un estudio general y completo sobre el problema de la discriminación sobre los pueblos indígenas, siendo que ante la insistencia de países como Bolivia y Guatemala, cuya población está integrada por alrededor de un 70% de población indígena, se dejó de lado la creencia que los pueblos indígenas representaban grupos minoritarios.¹⁷²

Para en el año 2007 se lleva a cabo la mencionada declaración, luego de la lucha iniciada hacía más de 30 años, cuyo compromiso era unir las fuerzas de todos los pueblos indígenas del mundo, en busca de un cambio real de la concepción de los sujetos indígenas, en atención a los derechos de las propias comunidades,

¹⁷⁰ ANAYA, J. (2005): *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid: Trotta.

¹⁷¹ Uno de los Seis órganos principales de las Naciones Unidas, creada en la carta de la ONU de 1945, tiene como objetivo promover la materialización de las tres dimensiones del desarrollo sostenible en el ámbito económico, social y ambiental. Este órgano es la plataforma fundamental para fomentar el debate y el pensamiento innovador, alcanzar consenso sobre la forma de avanzar y coordinar los esfuerzos encaminados al logro de los objetivos convenidos internacionalmente. Siendo además responsable del seguimiento de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas. En: <https://www.un.org/ecosoc/es/about-us>

¹⁷² WILLEMSEN, A. (2010): “Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU,” en *El desafío de la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas*, eds. Charters Claire. y Stavenhagen, Rodolfo. Copenhague: Grupo IWGIA. P.23

Para lograr la consecución de este fin fue necesaria la aprobación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (GTPI),¹⁷³ el cual estableció como finalidad de: a) Examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, b) Prestar atención especial a la evolución de normas relativas a los derechos de las poblaciones indígenas.¹⁷⁴

El GTPI terminó la redacción del proyecto de declaración, en 1993 Año Internacional de los Pueblos Indígenas, luego de una larga consideración del texto, este fue transmitido a la Comisión en cual fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos, el 18 de noviembre de 2006, con voto de 82 a favor, 67 en contra y 25 abstenciones, la Tercera Comisión de la Asamblea General adoptó una resolución presentada por el grupo de los Estados africanos, posponiendo la declaración de la adopción, en virtud de las consideraciones sobre la definición de pueblos indígenas; libre determinación; derechos de propiedad sobre tierras y recursos naturales; la conservación de instituciones políticas y económicas entre otros aspectos.¹⁷⁵

Para el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General adoptó una última versión del texto, con voto a favor de 143 y 4 en contra¹⁷⁶ y 11 abstenciones¹⁷⁷, lo que constituyó el triunfo inicial de la lucha de muchos años de los pueblos indígenas, materializada con la aprobación de un instrumento jurídico internacional, exclusivamente referido a la materia indígena.¹⁷⁸

Entre los aspectos sustanciales que se promulgan con esta declaración se encuentran:

- a) el Derecho a la igualdad y la no discriminación: estimando que los pueblos e individuos indígenas son libres e iguales a los demás pueblos y personas y tienen el Derecho de no ser objeto a discriminación alguna.¹⁷⁹ Para ello se insta a los Estados a para que se luche contra los prejuicios, acabar con la discriminación e incentivar la relación cordial entre los pueblos indígenas,

¹⁷³ Autorizado por el ECOSOC mediante resolución 1982/34 del 7 de mayo de 1982. En: goo.gl/GSLPBb

¹⁷⁴ Ibid. P.26

¹⁷⁵ Ibid. P.29

¹⁷⁶ Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda.

¹⁷⁷ Azerbaijan, Bangladés, Bhutan, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania.

¹⁷⁸ Ibid.P.29-30

¹⁷⁹ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Artículo 2.

previniendo toda promoción de discriminación racial o étnica en contra de éstos.¹⁸⁰

- b) Derecho a la identidad e integridad cultural: preservando el derecho a pertenecer a una comunidad o nación, en atención a las costumbres de la comunidad de que se trate.¹⁸¹ Asimismo, se promueve el derecho a practicar, revitalizar y transmitir las costumbres y tradiciones culturales.¹⁸² El derecho a promover, desarrollar y mantener las estructuras, costumbres, espiritualidad, tradiciones y sistemas jurídicos propios.¹⁸³ Como el Derecho a no ser sometidos a la asimilación forzada o destrucción de su cultura.¹⁸⁴
- c) Derechos Colectivos: lo cual se desprende de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Declaración, donde se establece para los pueblos indígenas el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales y a no ser sujetos a discriminación ni como pueblos ni como individuos.
- d) Derecho a la Autodeterminación: En la declaración se hace referencia a la autodeterminación, la cual es vista como la libertad de los pueblos de determinar su estatus político y de perseguir su desarrollo económico, social y cultural.¹⁸⁵ Esto dio lugar a que los Estados suscritos, garanticen los derechos de sus comunidades indígenas, a través del marco normativo y electoral.

De un lado existe el universalismo de los derechos humanos, el cual ofrece una protección de carácter universal de los derechos humanos elementales y por otra parte se genera una periferia de derechos humanos específicos, que son propios a condiciones determinadas de la población, como los niños, mujeres, refugiados, minorías étnicas e indígenas, lo cual se explica por el hecho de que todos los seres humanos no son entes en abstractos que viven fuera de su contexto, por lo que el verdadero significado de derechos humanos solo es posible en un marco específico.¹⁸⁶

¹⁸⁰ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Artículo 15.

¹⁸¹ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Artículo 9.

¹⁸² *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Artículo 11.

¹⁸³ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Artículo 34

¹⁸⁴ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Artículo 8 (1)

¹⁸⁵ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Artículo 3.

¹⁸⁶ STAVENHAGEN, R. (1995). "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", en *Isomía*. México: Fontamara. P.109.

2.3. El Sistema Interamericano y el reconocimiento del pluralismo jurídico.

El reconocimiento de orden positivo, de los pueblos indígenas en cada ordenamiento jurídico ha tenido un impacto diferente, siendo que la etnificación de los textos constitucionales, ha marcado el fin de un largo período de invisibilidad del tema indígena para los sistemas jurídicos de carácter mundial, pero con especial relevancia en América.¹⁸⁷

2.3.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.

La Convención Americana de los Derechos Humanos, producto de la conferencia Interamericana llevada a cabo en San José de Costa Rica en 1969, los pactos que se lograron, no obligan a todos los miembros de la OEA, sino únicamente a los países que se adhieren de manera expresa a la Convención.

Ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni otro instrumento jurídico interamericano hacer referencia de manera explícita a los derechos de los pueblos indígenas, razón por la cual la CIDH y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, han tenido que realizar interpretaciones extensivas de los derechos contenidos en este instrumento de una manera que incluya los derechos de los pueblos indígenas.¹⁸⁸

Esta Convención entra en vigencia en el año 1978, en su momento no imprimió muchas novedades en atención a los Derechos Humanos, siendo el asilo político el más relevante, aparte de ello, no hace referencia a otro aspecto que no estuviese contenido en la Declaración Universal. Si bien es cierto que en la Convención se hace poca alusión a los derechos sociales y culturales, los relatores tuvieron en consideración tal carencia, lo

¹⁸⁷ RODRÍGUEZ, A. (2015). *Educación Indígena intracultural, intercultural y plurilingüe en Bolivia*, Bilbao: Ediciones Universidad de Deusto. P.18.

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, L. (2011) “El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas” en: Gómez, Felipe y Ardanaz, Susana *La plasmación política de la diversidad Autónoma y participación política indígena en América Latina*. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto. P.156.

que quedó expresamente plasmado en el artículo 26.¹⁸⁹ Sin embargo, para este momento los pueblos indígenas no se vieron favorecidos, en estricto sentido jurídico, con las fuentes legales que los amparara hasta esa fecha, por tener éstas caracteres individualistas.¹⁹⁰

Frente a las competencias que ostentó el órgano en cuestión, plantea Barié:

“son más amplias que las de los pactos internacionales de las Naciones Unidas, porque la Convención no solamente exige la observancia y traslación de las reglas concordadas en el plano legislativo nacional (arts. 1 y 2 del Convención y Preámbulo de la Carta Universal), sino que también establece una relación directa de los particulares con el Convenio (Preámbulo de la Convención y art. 44). No obstante, la admisión de la petición individual está sujeta a varias condiciones como la de haber agotado previamente todos los recursos nacionales disponibles.”¹⁹¹

Estas situaciones planteadas ante la entrada en vigencia de la Convención interamericana de Derechos humanos, han sido superadas en estricto sentido legal, con la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos que entró en vigencia para el año 2007.

2.3.2. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 14 de junio de 2016

Para el año 2016, la Organización de Estados Americanos, como ejemplo del interés de los Estados miembros para con los pueblos indígenas del continente americano, dando un paso adelante para la protección de los más de 45 millones de

¹⁸⁹ Artículo 26. Desarrollo Progresivo: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Disponible en. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁹⁰ BARIÉ, C. (2003). *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales: un panorama*. La Paz: Abya Yala. P.66

¹⁹¹ Ibid. p.67

hombres, mujeres, jóvenes y niños indígenas.¹⁹² Aprueba la Declaración mediante la Resolución AG/RES.2888 (XLVI-O/16), la CIDH fue la encargada de la redacción y discusión, donde se destaca por la participación y contribución sostenida de los representantes de los pueblos indígenas de cada región.¹⁹³

La DADIN dispone la titularidad de un conjunto de derechos, a los pueblos indígenas del continente Americano. Está constituido de un preámbulo con 14 párrafos y 41 artículos estructurados en seis secciones: Pueblos Indígenas. Ámbito de aplicación y alcances; Derechos Humanos y Derechos Colectivos; Identidad Cultural; Derechos Organizativos y Políticos; Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad; y un apartado final de Provisiones Generales.¹⁹⁴

El aspecto más relevante de la Declaración se encuentra en la disposición “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”¹⁹⁵ el cual entra en vigencia en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI), así como con el Artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Artículo 1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los cuales disponen la autodeterminación y el libre desarrollo de los pueblos Indígenas, esto resulta una reivindicación histórica a nivel de los derechos colectivos, no sólo limitándolos al orden interno, sino llevándolos al nivel internacional.

La DADIN ratifica que:

¹⁹² La CEPAL contabilizó que, para el año 2010, vivían en América Latina cerca de 45 millones de personas indígenas, lo que representa 8,3 % de la población de la región. Ecuador contaba con 1 millón, siendo el 7% de la población total. Perú contabiliza 7 millones, 24% de la población total, Bolivia registró 6,2 millones, lo equivale al 62,2% de la población, entre otros. Fuente: <https://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina>

¹⁹³ Resolución fue aprobada por consenso en la Tercera Reunión Plenaria de la Asamblea General por los 35 países que conforman la OEA. Sin embargo, las delegaciones de los Estados Unidos de América y Canadá expresaron sus reservas generales al texto. Colombia por su parte, se apartó del consenso en los Artículos XXIII inciso (2), XXIX inciso (4), referentes ambos a consultas necesarias a los Pueblos Indígenas y XXX (5); referente a los acuerdos con los Pueblos Indígenas para actividades militares en sus territorios, además presentó solicitudes de interpretación a otros artículos de la DADIN.

¹⁹⁴ Organización de Estados Americanos. (15 de junio de 2016) *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (DADIN) Resolución AG/RES.2888 (XLVI-O/16) Disponible en: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

¹⁹⁵ *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* Artículo III

*Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, así como el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma y a recibir el reconocimiento jurídico de la posesión de tierras y recursos.*¹⁹⁶

Este artículo representa una reafirmación de la obligación que adquieren los Estados miembros, para proteger los territorios indígenas antes las amenazas de cualquier índole. Esto requiere de un ajuste a las legislaciones de los Estados, en cuanto a las limitaciones que puedan existir respecto a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos.

Con esta disposición normativa internacional, se hace necesario el reto la positiva implementación en el contexto de los Estados miembros de la OEA, respetando las respectivas situaciones y características particulares de cada uno de los pueblos indígenas del continente Americano.

La DADIN es un instrumento complejo que puede llegar a tener un carácter contradictorio, se dispone en su preámbulo el aliento a los Estados a respetar las obligaciones para con los pueblos indígenas, en atención al Derecho Internacional, con especial énfasis en los Derechos Humanos, en consulta con los pueblos interesados, añadiendo que cuente con el consentimiento de éstos respetando su autonomía. Todo ello remite a la Declaración de las Naciones Unidas, siendo lo más relevante la libre determinación y el consentimiento de los indígenas.¹⁹⁷

2.3.3. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad de 2008

El énfasis de las disposiciones internacionales para la protección de derechos tanto individuales como colectivos que se dio a partir de los años ochenta y que ha dado como resultado la determinación de las dificultades que pueden experimentar los sujetos para acceder a la justicia.

¹⁹⁶ *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* Artículo XXV incisos (1,2,3y 4)

¹⁹⁷ CLAVERO, B. (2016) “Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el reto de la interpretación de una norma contradictoria”, en: *Pensamiento Constitucional*, N° 21, Volumen 21. Lima: fondo Editorial PUCP. pp. 11-26.

En el campo de la justicia, se está ante el tema central referente a la formulación de propuestas para el manejo de conflictos, muchas de las cuales son promovidas por los Estados, ante la incapacidad de establecer garantías y seguridad jurídica, acceso a la justicia y paz social, para las controversias indígenas en los diferentes países de América.¹⁹⁸

Ante esta realidad la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana,¹⁹⁹ consideró necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad y acerca de las barreras para el acceso a la justicia y para el ejercicio de cualquier otro derecho no de carácter individual, sino derechos colectivos.²⁰⁰

Todo ello se basa en las dificultades con las que se enfrentan las personas en el acceso a la justicia y para hacer efectivos sus derechos, motivado en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad.²⁰¹

Como objetivo de las reglas, se encuentra:

*“garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.”*²⁰²

Es así como marca la vulnerabilidad y discriminación son considerados por la Cumbre, como el problema de vital importancia para el acceso a la justicia, siendo un

¹⁹⁸ CHENAUT, V. et al. (2011): *Justicia y Diversidad en América Latina: Pueblos Indígenas ante la globalización*. Quito: Flacso-Sede Ecuador, p.19

¹⁹⁹ La Cumbre Judicial Iberoamericana ha sido el resultado de la convergencia, a partir del mes de junio de 2004, de las dos estructuras anteriores: la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y el Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura. Esta fusión se operó a partir de las trascendentales declaraciones de Copán-San Salvador, en las que los Presidentes y Presidentas tomaron el acuerdo de formar una sola estructura en la que se residenciaría la voz unificada de las máximas instancias de los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana. En: <http://www.cumbrejudicial.org/institucional/historia>

²⁰⁰ Cumbre Judicial Iberoamericana (2008): *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*. Brasilia: 6 de marzo de 2008. (Preámbulo).

²⁰¹ “La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.” *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*. Capítulo 1 Sección 2 (4).

²⁰² *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*. Capítulo 1 Sección 1.

obstáculo para el debido proceso, en el texto definen de manera textual los beneficiarios de las reglas.²⁰³

El texto hace referencia a las poblaciones indígenas de la siguiente manera:

“Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.”²⁰⁴

En cuanto al contenido de la Reglas, se pone de manifiesto el reconocimiento, implícito no sólo del poder político de los Estados firmantes, sino en mayor medida de los Ministerios Públicos, las Defensorías Públicas u Oficiales y los Poderes Judiciales, quienes tienen la principal responsabilidad en materia de acceso a la justicia de las personas y grupos sociales en situación de vulnerabilidad. Lo que representa un avance un ejemplo de expresa asunción y toma de conciencia de la existencia de esas obligaciones por parte de los operadores del sistema de Justicia, que se traduce en el establecimiento de lineamientos para su operacionalización concreta.²⁰⁵

Hay tres aspectos destacables en el contenido mismo de las normas, como los son

²⁰³ “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.” Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad Capítulo 1 Sección 2

²⁰⁴ Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad. Capítulo 1 Sección 2 inciso (4).

²⁰⁵ COURTIS, C. y ANDREU-GUZMÁN, F. (2008) “Comentario sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad” en *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia, III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas*, Buenos Aires. pp. 51-52. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>

1. El reconocimiento de que el derecho al respeto de las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental, implican el derecho de acceso a la justicia.²⁰⁶
2. La aplicación concreta al derecho de acceso a la justicia de la existencia de obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares.²⁰⁷
3. La toma de conciencia acerca de las barreras para el acceso a la justicia y para el ejercicio de cualquier otro derecho de carácter colectivo. Respondiendo a la evolución contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, con la adopción de instrumentos tales como la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la creación de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas entre otros.²⁰⁸

Las Reglas de Brasilia, obligan a los 24 Estados miembros²⁰⁹ a garantizar la posibilidad del acceso a la justicia de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, tomando en consideración su lengua y cultura, como lo ha descrito en Capítulo 1 Sección 2 inciso 4, sino que además expresamente en la sección 6 expone:

“(48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de

²⁰⁶ En concordancia con el Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

²⁰⁷ COURTIS, C. y ANDREU-GUZMÁN, F. Op cit. p.53

²⁰⁸ *Ibíd.* pp. 54-55.

²⁰⁹ Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

(49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.”

Con esto las Reglas instan a los Estados, no sólo a eliminar las barreras que puedan existir en el acceso a la justicia a las personas pertenecientes a los Pueblos Indígenas, sino que prescribe la armonización de los sistemas de justicia del Estado y de la justicia propia de las comunidades indígenas.²¹⁰

2.3.4. Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1990

Relatoría de la CIDH, fue creada en 1990, con principal misión promover el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos respecto a los pueblos indígenas. El principal objetivo de dicha iniciativa estuvo enfocado en brindar una atención a los pueblos indígenas, principalmente los posicionados en el continente americano, lo cuales estaban expuestos a una constante afectación de sus derechos fundamentales, ello motivado en una marcada situación de vulnerabilidad, actualmente estos elementos negativos persisten.

La CDIH por razones históricas y principios humanitarios propugnó la necesidad de proteger de manera especial a los pueblos indígenas, haciendo de ello un compromiso para los Estados miembros. La comisión creó en 1990 la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²¹¹ para sistematizar y reforzar las acciones tendientes a alcanzar la finalidad garantista.²¹²

²¹⁰ Como lo visto en la CRE, artículo 171: “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.”

²¹¹ La Comisión nombra como Relator Especial para asuntos indígenas a Patrik Robinson, cargo que desempeñó de 1991 a 1996, luego fueron nombrados para desempeñar las funciones de Relator: Carlos Ayala 1997-2000, Claudio Grossman 2000-2001, Julio Prado Vallejo 2000-2003, José Zalaquett 2003-

La Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas se ocupa de alcanzar una mayor comprensión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en general, especialmente de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, facilitando el acceso de los pueblos indígenas al sistema, aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, lo que impulsó el trabajo de la comisión en la discusión de la Declaración.²¹³

De forma específica, la Relatoría tiene como mandato la realización de las acciones que se mencionan a continuación:

- a) Promover el avance y consolidación de la jurisprudencia del sistema sobre derechos de los pueblos indígenas, desarrollando el sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de protección a los pueblos indígenas, y en especial facilitar el acceso de los pueblos indígenas al sistema interamericano.
- b) Participar en el análisis de peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares en las que se aleguen presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y/o de sus miembros.
- c) Apoyar la realización de visitas a los países miembros de la OEA para profundizar en la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular de pueblos indígenas, así como participar en la preparación del informe respectivo de la visita.
- d) Elaborar informes temáticos sobre aspectos atinentes a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el hemisferio, que contengan recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas que contribuyan a promover y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas.

2005, Paolo Carozza 2006-2008, Victor Abramovich 2008-2009, Dinah Shelton 2010-2013, Rose-Marie Belle Antoine 2012-2015, Francisco José Eguiguren Praeli 2016-2018, Antonia Urrejola Noguera enero de 2018 hasta la actualidad ver: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/composicion.asp>

²¹² ESPAÑA, O. (2007): Los Derechos Humanos en México: Los Pueblos Indígenas. En: *Revista Electrónica Iberoamericana*. N° 1. Madrid: Centro de Estudios de Iberoamérica. Pp. 137-145. Disponible en: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/REIB_vol_1_2007_1_completo.pdf

²¹³ Organización de Estados Americanos, CIDH (2006): *Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Washington. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>

- e) Realizar y participar en conferencias, seminarios y reuniones de distinto carácter con representantes de los gobiernos, la academia, la sociedad civil y los pueblos indígenas con el objeto de difundir y analizar los temas propios de su mandato.
- f) Prestar colaboración permanente a la presidencia y al Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.²¹⁴

En la actualidad los pueblos indígenas existentes en las diversas regiones del mundo llegan a experimentar los resultados del largo y duro proceso de colonización. Estas consecuencias, que poseen un carácter histórico, ostentan su base en la discriminación en razón a la identidad y cultura presentes en los pueblos indígenas, así como todo aquello referente a sus formas tradicionales de vida. Respecto a esta situación y el trabajo para revertirla, se destaca el papel desempeñado por la comunidad internacional en la última década, en aras de otorgarle una especial importancia a los derechos de los pueblos indígenas. Ello se manifiesta en la emisión de normas y directivas internacionales, así como en la conformación de instituciones y órganos que trabajen específicamente en los intereses de estos pueblos.

La Relatoría experimentó un fuerte empuje para el año 2000, con la aprobación de un proyecto del gobierno de Dinamarca para el financiamiento específica de las actividades desarrolladas por la Relatoría.²¹⁵ La creación de la Relatoría Especial ha servido para consolidar la presencia de las cuestiones indígenas en la agenda de trabajo general de la Comisión, y desde su creación las cuestiones indígenas aparecen regularmente en sus informes generales y especiales.²¹⁶

En lo que respecta al funcionamiento de este organismo internacional se destaca el papel desempeñado por el Relator Especial, responsable directo de implementar toda

²¹⁴ Organización de Estados Americanos, CIDH (2015): *Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Washington. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/mandato/funciones.asp>

²¹⁵ Proyecto Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Defensa de los Derechos Humanos de Comunidades, Minorías Étnicas y otros grupos vulnerables afectados por los conflictos de Centroamérica, cuya vigencia entre los años 2000-2005, como parte del Programa de Derechos Humanos para Centroamérica (PRODECA) con atención a este proyecto la Comisión Interamericana pudo financiar la actividad especializada en materia indígena. RODRÍGUEZ, L. (2006). “Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los pueblos indígenas” en BERRAONDO, M, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Bilbao: Publicaciones Universidad de Deusto. p.164.

²¹⁶ Ibid. p164.

la política en la defensa y respeto de los pueblos indígenas. Este funcionario fue nombrado en el año 2001 por la Comisión de Derechos Humanos, que a la vez forma parte del sistema de procedimientos especiales que existen en esta comisión. El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas presenta una serie de obligaciones que debe cumplir en el periodo que dure su mandato, estas son²¹⁷:

- Presentar informes anuales sobre asuntos específicos o situaciones de especial importancia relacionadas a la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.
- Realizar visitas a varios países.
- Comunicar aquella información recibida respecto a la situación de los derechos de los pueblos indígenas en naciones específicas.
- Ejecutar determinadas actividades en aquellos países que se encuentran en seguimiento acorde a las recomendaciones que son emitidas en cada informe general.

En lo que respecta a la obligación de implementar un seguimiento por parte del Relator Especial se puede señalar que, dicho seguimiento parte de recomendaciones realizadas por el Relator e incluso aquellas que llegaron a ser interpuestas por su predecesor. Los Informes Generales son emitidos anualmente al Consejo de Derechos Humanos y el tema que abarcan está dirigido principalmente a las actividades ejecutadas por el Relator.

Otras de las actividades que ejecuta el relator en el transcurso de su mandato se encuentra su participación en la realización de estudios respecto a temas que resultan ser de interés para los pueblos indígenas. Dichos estudios resultan de utilidad en el proceso de identificación de los problemas principales que afectan a las comunidades indígenas y con ello se brinda la posibilidad de proporcionar una base determinada en el actuar positivo a implementar en un futuro a corto o mediano plazo, así como reformas en el

²¹⁷ Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. (25 de octubre de 2017). En línea: www.ohchr.org. Obtenido de: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/Pages/IndigenousPeoplesIndex.aspx>.

marco de la ley. Entre los últimos estudios ejecutados por el Relator se destacan los siguientes temas²¹⁸:

- Los impactos de proyectos de desarrollo sobre los pueblos indígenas.
- La implementación de normas nacionales y estándares internacionales para lograr la efectiva protección de los derechos que le asisten a los pueblos indígenas.
- La relación existente entre el derecho estatal formal y el derecho indígena consuetudinario.
- Normativa internacional relacionada a los pueblos indígenas.

Por lo aquí expuesto, la relatoría ha cumplido con ser el ente de conexión entre los pueblos indígenas y el sistema de protección de Derechos Humanos, recibiendo las denuncias, investigando, emanando informes e impulsando las actividades de la CIDH y de la Corte IDH, Asesorando a través de los especialistas de la Relatoría a los integrantes del Grupo de Trabajo en el proceso de discusión del proyecto de Declaración. A modo general se ha expuesto el papel y funcionamiento de este organismo internacional que desempeña un papel fundamental en la protección y garantías de los pueblos indígenas.

2.4. El paradigma occidental de los Derechos Humanos y la diferencia cultural

Los derechos humanos se han transformado y además han sido instituidos como el marco en el que deberán desarrollarse aquellas relaciones establecidas entre los pueblos indígenas y la sociedad occidental. Para el alcance de dicha institucionalidad se ha ignorado especificidades culturales de las comunidades ancestrales y ha existido una vaguedad respecto a los argumentos empleados.

En el proceso desarrollado en cuanto a la definición de los derechos humanos desde la concepción de la doctrina occidental, se ha llegado a distinguir entre los derechos civiles y políticos, de los denominados derechos económicos y sociales. Ambos grupos de derechos emergieron de las corrientes filosóficas marxista y liberal.

²¹⁸ Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. (25 de octubre de 2017). En línea: www.ohchr.org. Obtenido de: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/Pages/IndigenousPeoplesIndex.aspx>.

En el caso de la ideología liberal, cuya base fue implementada a partir del Siglo VIII, cumbre de la ilustración, y constituye la cuna de la doctrina sobre los derechos humanos, se enfatizó en la libertad del individuo, en los derechos tanto civiles como políticos, cuya fundamentación surgió de un contrato u obligación, por lo que alcanzó especial relevancia los derechos de propiedad.

Respecto al esquema jurídico desarrollado por la corriente liberal y en la etapa fundacional del Estado capitalista en la modernidad, se fijaron ciertas distinciones entre la esfera abarcada por los derechos y el ámbito moral. De esta forma en dicha época la ayuda social no se encuentra relacionada como un derecho que le asiste al indigente, sino que la ideología implementada se vincula a un deber moral donde quien ostenta condiciones materiales desfavorables debe ser ayudado por parte de aquella persona que posee condiciones económicas elevadas. Desde el marco de acción del derecho positivo fue concebida la idea de que ningún individuo está obligado a realizar el bien, las obligaciones recaían en no ejecutar acciones que causaran daño y en el cumplimiento de contratos que llegaron acordarse de forma libre.

Desde la cultura occidental y adoptando como base la promulgación de algunos documentos de trascendental importancia como la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el año 1789, los derechos humanos serían encaminados a desarrollar un alcance universal. Esta característica entorno a los derechos humanos como es su universalización ha sido defendida por algunos y criticada por otros, un ejemplo de los críticos ha sido Fariñas Dulce, la cual opinó que la pretensión de universalidad resultaba ser: “...un mito occidental, un *a priori* o una ficción legitimadora que encierra la pretensión de dominación y de hegemonía mundial”²¹⁹.

La percepción universal respecto a los derechos humanos desde la cultura occidental puede ser catalogada como un intento particular de conceptualizar estos derechos que alcanzó cierta legitimidad, pero desde una ideología individualizada. Este tipo de concepción particular estuvo basada en la corriente liberal, o sea, un liberalismo político que destinó recursos y se enfatizó en los derechos civiles y políticos en aras de menoscabar aquellos vinculados a lo económico, social y cultural.

²¹⁹ FARIÑAS DULCE, M. J. (2004: 16).

Es así como, para alcanzar un verdadero concepto universal sobre los derechos humanos no puede ser aceptada ni adoptada la concepción occidental de estos derechos, sin antes criticarla y analizarla a profundidad. Para ello se requiere un proceso de apertura al diálogo en el que confluyan distintas percepciones, lo cual incluye la cultura indígena, con el propósito de poder plantear una aproximación real a los derechos humanos.

Los derechos humanos y todo lo referente a su fundamentación y definición debe ser replanteado, y para ello es necesario que sea considerada la teoría del multiculturalismo, si realmente se posee el interés o más bien se pretende que la construcción de un lenguaje común entorno a los derechos humanos. Por otro lado, si la concepción de la universalidad de los derechos humanos continúa bajo la ideología de la cultura occidental, algunos han llegado a considerar que: "...los derechos humanos siempre serán un instrumento del choque de civilizaciones de Samuel Huntington, es decir, de la lucha de Occidente contra todos los demás"²²⁰.

En la amplia gama de instrumentos jurídicos internacionales que rigen en materia de derechos humanos posee una importante relevancia la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya anteriormente mencionada, la cual pretendió dotar de universalidad a los derechos humanos. Respecto al contenido de esta Declaración es necesario aclarar que impulsó los derechos humanos desde una concepción iusnaturalista, y en el proceso que significó su adopción se puede apreciar un respeto mínimo con la diversidad presente en los pueblos indígenas. La adopción y ejecución por parte de los Estados de este instrumento internacional en materia de derechos humanos estuvo caracterizado por una conducta monopolizada, principalmente por parte de aquellos países que dominaron el panorama internacional posterior a la II Guerra Mundial²²¹. Esto significó que en la implementación de la Declaración no se tomó en cuenta la realidad de las comunidades ancestrales, desde el ámbito local, y además

²²⁰ SANTOS, B. D. (2004: 103).

²²¹ La dominación ejecutada en el ámbito internacional en el periodo señalado estuvo dirigida a una especie de subordinación de algunos países, tal fue el caso de los países latinoamericanos y de América del Sur, hacia algunos países del norte como EE.UU, y países europeos. De esta forma todo el proceso de implementación del derecho internacional y específicamente los derechos humanos, se caracterizó por el predominio de este escenario, influenciado por un discurso hegemónico y dominante. Sobre este tema puede consultarse el análisis expuesto en la obra de RAJAGOPAL, B. (2003).

tampoco fueron abordadas diversas formas de protección de los derechos humanos desde la perspectiva de la dignidad humana también enfocada en las localidades.

Como todo instrumento internacional para su respectiva aprobación, fue desarrollado previamente una serie de negociaciones, en las cuales algunos países europeos no participaron, y tampoco cuestionaron los parámetros existentes en relación con las concepciones liberales impulsadas por la doctrina occidental que imperaba en ese momento sobre la cultura de los derechos humanos.

A modo general se puede afirmar que este documento internacional en su momento tuvo como propósito brindar una especie de legitimación universal a una doctrina que promovía la cultura europea como centro del universo, por lo que las tradiciones indígenas fueron ignoradas y marginadas; en un esquema internacional donde aún prevalecía el colonialismo en regiones como África y Asia, situación que imposibilitó la participación de estos territorios en la conformación de la Declaración de 1948.

Aunque en el proceso de discusión de la Declaración de 1948 países latinoamericanos participaron de forma activa, ello no motivó a que las costumbres y visión de los pueblos indígenas fueran expuestas en el proceso de aprobación de esta Declaración. Las comunidades ancestrales no formaron parte del proceso de discusión para la concepción final de este instrumento internacional, la filosofía que inspiró la Declaración obvió a dichas comunidades, por lo que la pretensión de universalidad fue una total farsa. Esta posición fue expuesta por Wilton Littlechild²²², en el acto desarrollado en las Naciones Unidas por el aniversario 60 de la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el cual expresó lo siguiente:

“...en 1948 los pueblos indígenas no fueron incluidos en la declaración universal, no se consideraba que tuviéramos los mismos derechos que todos los demás. De hecho, no se nos consideraba ni seres humanos, ni pueblos... los pueblos indígenas sencillamente no se

²²² Abogado canadiense, ex miembro del parlamento canadiense y fundador de la Organización Internacional de Desarrollo de Recursos Indígenas.

*beneficiaron de los derechos y libertades establecidos en la declaración universal*²²³.

La conducta y el accionar discriminatorio hacia los pueblos indígenas estuvo presente en la promulgación de aquellos tratados internacionales que pretendían brindar una continuidad a la Declaración de 1948. Como evidencia de esto, se encuentran el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales en su cuerpo normativo no tienen una sola referencia respecto a los derechos de los pueblos indígenas, con la excepción del derecho a la autodeterminación.

En el caso del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, se encuentra una especie de apertura por medio de la cual los pueblos indígenas han podido instaurar algunas demandas, pero solo eso, reconocimiento expreso y desglose de derechos estos instrumentos, no existe. La apertura recae en el reconocimiento de los pueblos indígenas como “minorías étnicas” y los derechos que les asisten a sus miembros, enfocados en su cultura y su lengua, específicamente en el Art 27 de este Pacto²²⁴. Bajo este sustento que brinda el derecho internacional y su tratamiento a las comunidades indígenas como minorías, situación que en algunos Estados no es así, ya que los indígenas representan una cifra significativa dentro de la población, organismos internacionales como el Comité de Derecho Humanos ha desarrollado su labor y emitido dictamen bajo los fundamentos que brinda el ya mencionado Art. 27.

En relación con la estipulación de los pueblos indígenas como minorías étnicas, la lucha por erradicar dicha terminología ha sido desarrollada por parte de estas comunidades ancestrales. Los representantes de los pueblos indígenas han expuesto que a pesar de que pueden llegar a compartir ciertas características, su realidad demanda otras necesidades, que llegan a ser más específicas.

En el Art. 27 se aboga por los derechos individuales, dirigidos a los miembros de esas minorías, mientras que los pueblos indígenas lo que llegan a exigir son derechos

²²³ LITTLECHILD, W. (2010: 397).

²²⁴ *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. 1976, Art. 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

colectivos, que constituyen derechos en los que la titularidad no recae en un solo individuo o la suma de estos, sino que son derechos pertenecientes a un mismo grupo considerado como un “colectivo”.

Hay que mencionar que en el año 1965 se desarrolló la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial²²⁵, no se evidenciaron cambios hacia los pueblos indígenas sino a partir de los años noventa, donde el Comité nacido de dicha Convención prestó la debida atención a la discriminación ejecutada sobre los pueblos indígenas²²⁶. Como parte de la labor o trabajo desempeñado por este Comité se destaca la Recomendación General No. 23, emitida en 1997, donde se señaló que la discriminación ejecutada hacia los pueblos indígenas poseía una base estructura, y su arraigo derivaba de las propias injusticias instauradas en el proceso de colonización²²⁷.

En el supuesto de revertir la situación discriminatoria que han sufrido los pueblos indígenas desde la perspectiva occidental y su definición de los derechos humanos, se partiría del respeto a la identidad cultural que cada pueblo tiene, a su lengua y en general a su sistema tradicional de vida. Debería tomarse en cuenta una promoción en cuanto al desarrollo económico y social fundamentada en la sostenibilidad y la compatibilidad con las características culturales de cada comunidad ancestral, una efectiva participación en la vida pública y que aquellas acciones o medidas adoptadas

²²⁵ *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial*.de : Naciones Unidas. 1969. Art. 1.1: En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

²²⁶ ÁLVAREZ MOLINERO, N. (2004: 215-241).

²²⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Recomendación General No. 23*. Nueva York, 1997.

que puedan ocasionar cierto perjuicio a estos pueblos no lleguen a ser aprobadas sin previamente ser consultadas con los miembros de cada comunidad²²⁸.

El respeto a las diferencias culturales fue reconocido en la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989. En este instrumento se abogó por el respeto a la identidad cultural del niño, y para ello se realiza una referencia expresa a los menores de edad indígenas, tal es el caso de que el objetivo de la educación inculcada a los niños sería el respeto de la propia identidad cultural y por otro lado se asocia la vida responsable que el menor de edad tiene que asumir con el espíritu de comprensión, tolerancia, igualdad y amistad entre los pueblos, con especial mención a las “personas de origen indígena”²²⁹.

Como se puede apreciar se reconoce que, desde la educación impartida al menor de edad, la cual representa un derecho y por lo tanto el Estado debe garantizarlo, el respeto por la identidad cultural es fundamental. No obstante, se sigue la misma línea de instrumentos anteriores de tratar a los derechos de los pueblos indígenas desde una perspectiva individual²³⁰ por lo que no es hasta la promulgación del Convenio 169 de la OIT y la posterior Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el año 2007 que se reconocen los derechos colectivos de estos pueblos, así como sus principales demandas.

Hasta aquí se ha podido apreciar cómo en los orígenes de los derechos humanos no se tomó en cuenta la realidad de los pueblos indígenas. Posteriormente con el advenimiento de otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, catalogados como pioneros, después de la II Guerra Mundial, desecharon las demandas que ya habían sido expuestas por parte de los representantes de los pueblos indígenas, toda esta situación empieza a transformarse a partir de los años ochenta. Es así como, se desarrolló una creciente apreciación y visibilidad hacia las comunidades ancestrales y el reconocimiento de sus derechos. De esta forma se abrió paso el multiculturalismo, la

²²⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Recomendación General No. 23*. Nueva York, 1997, párr. 3 y 4.

²²⁹ *Convención sobre los Derechos del Niño*. Editorial: Naciones Unidas. Nueva York, 1989. Art. 29, inciso c).

²³⁰ *Convención sobre los Derechos del Niño*. Editorial: Naciones Unidas. Nueva York, 1989, Art. 30: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

interculturalidad y el pluralismo jurídico, todo desde la perspectiva de las diferencias culturales.

2.5. Lineamientos de la justicia indígena: precedentes jurisprudenciales internacionales

La región latinoamericana ha sido catalogada por algunos, en materia de derechos humanos, como: "...una región de alta porosidad en las normas e instituciones de derechos humanos"²³¹. Estos criterios poseen su base o fundamentación en un conjunto de factores históricos, ejemplo de ello ha sido la presencia de una sostenida circulación de ideas entorno a la ciudadanía y a los derechos, el rol desempeñado por el derecho en la conformación del Estado-Nación, y la diversificación de los movimientos sociales en América Latina, especialmente los movimientos sobre la exigencia de los derechos humanos.

Un lugar importante lo ocupa en estos intentos de resistencia, las organizaciones indígenas en toda la Región, especialmente, en Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Guatemala, México y Venezuela. La década de los noventa, estas organizaciones se volvieron en actores políticos notorios, lo cual coincidió con un entorno socio-político favorable para el cambio en la década de los ochenta. Al mismo tiempo, los mecanismos universales, regionales y subregionales de defensa de los derechos humanos, particularmente el Sistema Internacional de Derechos Humanos, estaban en auge aún ante la aplicación sistemática de políticas neoliberales en la Región.²³²

En Bolivia y Ecuador el movimiento indígena se había convertido en un actor emergente de la política. En el caso de Ecuador, participó activamente en la Constituyente para la Constitución de 1998.²³³ La estrategia política de la Confederación de Organizaciones Indígenas del Ecuador (COANIE) en 1998 estuvo guiada hacia un proceso y proyecto social ético y político que buscaba transformar radicalmente las estructuras, las instituciones y relaciones de la sociedad.²³⁴ Para 2008, esta propuesta buscó construir el diálogo intercultural como mecanismo de construcción

²³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, L. (2007: 185).

²³² DANDLER, J. (2002).

²³³ ANDRADE, P. (2004).

²³⁴ WALSH, C. (2008: 7).

de una sociedad igualitaria e incluyente de todas las culturas, y que, a su vez, viabilice la plurinacionalidad, en el marco de la democracia participativa y el Estado constitucional de derechos y justicia.²³⁵

No obstante, a pesar de no haber logrado el reconocimiento del Estado plurinacional, esto abrió paso a esto en la de 2008, que selló ese proceso político: Estado plurinacional, interculturalidad como espacio de encuentro entre las culturas indígenas y mestizas en un plano de igualdad, y la formalización de los derechos colectivos.²³⁶

Unido a estos criterios se destaca la labor desarrollada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde la Corte ha jugado un rol garantista en el reconocimiento de los derechos incluso a los pueblos indígenas. Tanto los pronunciamientos del Comisión como los de la Corte con relación a los derechos humanos han significado un elemento importante para el desarrollo de la jurisprudencia y en general de la cultura legal de las naciones americanas. Si se compara a la región latinoamericana con los países de otros continentes, en materia de reconocimiento legal de los derechos indígenas, la primera ha llegado a encabezar dicho reconocimiento al menos en el ámbito de las leyes.

Como bien se ha expresado en ocasiones reiteradas durante el desarrollo de esta investigación, el Convenio 169 de la OIT resultó ser el primer instrumento internacional que abarcó el tema de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y este documento llegó a ser ratificado por una gran parte de los países latinoamericanos. El Convenio 169 reemplazó al Convenio 107 de la OIT, este último caracterizado una tendencia integracionista la cual fue evidenciada en algunas políticas adoptadas por países como México y Perú, en materia de derechos indígenas. La ratificación de este tipo de instrumento internacional por parte de un número significativo de países latinoamericanos contribuyó a promover la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, para lo cual se implementó el respeto a su identidad social y cultural, a sus costumbres y tradiciones, y a sus instituciones.

²³⁵ CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS (CONAIE) (2008), *Propuesta Mínima de un Estado Plurinacional*.

²³⁶ LLASAG FERNÁNDEZ, R. (2009: 181).

En cuanto a la definición que se ha manejado respecto al derecho indígena, elemento identificativo del sistema de vida de las comunidades ancestrales, se puede afirmar desde una visión antropológica que este derecho constituye el resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, y en gran medida este derecho ha sido moldeado por las relaciones de tensión existentes con los sistemas jurídicos dominantes: primero del colonizador, segundo a partir de la materialización del derecho estatal nacional y por último el derecho internacional. Al respecto resulta importante plantear la siguiente interrogante: ¿Hasta qué punto ha logrado reproducirse el derecho indígena según su lógica, o sea, los aspectos normativos propios de su identidad y la fuerza colectiva? La situación del derecho indígena está asociada al propio vínculo existente con el Estado, a las historias entorno a la resistencia, a la organización de las comunidades indígenas y a la capacidad que ostentan estos pueblos de renovar sus sistemas jurídicos.

A modo general se ha percibido que los pueblos indígenas han tenido que adecuarse a las instancias y definiciones administrativas y judiciales impuestas por cada Estado. En dicho proceso estas comunidades ancestrales han alcanzado un desarrollo significativo en su capacidad para moverse en el espacio establecidos por los diversos ordenamientos legales. Es necesario señalar que han sido empleados diversos recursos y registros jurídicos en lo que respecta a negociaciones que imposibilitan una clara identificación de parámetros fijos y homogéneos sobre el derecho vigente en las comunidades ancestrales, tal es el caso de los pueblos mesoamericanos y los andinos.

En el desarrollo de estos procesos sobre la implementación del respeto y aceptación del sistema de vida de los pueblos indígenas se gestó la interlegalidad como una manifestación de apropiación y puesta en juego de distintos referentes normativos que son actualizados y combinados por parte de los actores indígenas, de manera individual y colectiva. Dicha combinación es ejecutada desde la matriz cultural identificativa de estos pueblos con el objetivo de otorgar una salida a sus conflictos y la exigencia de sus derechos.

En el ámbito internacional y los instrumentos emitidos en materia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, han implementado una serie de cláusulas que han incidido en el desarrollo del derecho indígena ejemplo de ello es el reconocimiento del derecho de decisión que poseen estas comunidades respecto a los

procesos de desarrollo que los afecten directamente²³⁷ y el derecho a la consulta previa respecto a dichos procesos, como garantía al respeto de sus instituciones y sistema de vida²³⁸. A pesar de las diferencias existentes entre los estados que suscribieron los instrumentos internacionales en materia de derechos indígenas, las reformas constitucionales implementadas en estos países están dirigidas a la materialización del multiculturalismo partieron de los preceptos impulsados por el Convenio 169 de la OIT.

A partir de la labor desempeñada en el ámbito internacional los compromisos adquiridos por los países latinoamericanos para garantizar los derechos indígenas han llegado a generar diversas respuestas en la práctica. Como ejemplo de estos resultados pueden ser mencionados países como México, Guatemala y Colombia, en cuyos territorios las comunidades indígenas organizadas abandonaron los esfuerzos para alcanzar cambios legislativos y se enfocaron en fortalecer sus autonomías de hecho. Por otro lado, los pueblos indígenas han invocado al derecho internacional y constitucional, en aquellos supuestos relacionados con movilizaciones legales y políticas, ejemplo de ello son los reclamos presentados ante la OIT y la Corte Interamericana.

Otro de los contextos desarrollados en la región latinoamericana fue la judicialización de los derechos de los indígenas y los avances de la Corte Constitucional en algunos países, tal es el caso de Colombia. Conforme a esto se ejecutaron nuevas reformas constitucionales en países como Ecuador y Bolivia donde se contempló al Estado como “plurinacional”, ello con el propósito de en vez de extender el reconocimiento del Estado hacia los pueblos indígenas, se trató de rediseñar el Estado en su conjunto, y para ello se tomó como base la pluralidad cultural.

²³⁷ *Convenio 169 de la OIT de 1989*. Art. 7. 1: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

²³⁸ *Convenio 169 de la OIT*, Art. 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Estos cambios en la normativa de cada país impulsaron importantes transformaciones en cuanto al respeto y garantías de los derechos de los pueblos indígenas, en cuanto a su reconocimiento como derechos “potencialmente justiciables”. Como complemento de esto se destaca la labor jurisprudencial impulsada por organismos internacionales como la Corte Interamericana, específicamente en materia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y respecto a las obligaciones que ostentan los Estados miembros del sistema interamericano en este sentido.

Dentro de los precedentes jurisprudenciales que han influido en el desarrollo de los pueblos indígenas y sus instituciones se destaca el caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs el Estado de Nicaragua, en cuyo caso la Corte en la sentencia emitida desarrolló una interpretación evolutiva respecto al derecho de propiedad de los pueblos indígenas, esto significó que consagró este tipo de derecho en el amparo del derecho de propiedad comunal de estas comunidades fundamentado en su propio sistema de vida²³⁹. El análisis de la Corte en este caso judicial se basó en el Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴⁰, que versa sobre el derecho de propiedad privada, pero la fundamentación con dicho precepto legal estuvo dirigida a un análisis ampliamente desarrollado del mismo.

La jurisprudencia internacional y los avances respecto a los pueblos indígenas han influido directamente en la transformación de las bases de la defensa de los derechos de estos pueblos en la región latinoamericana. Por otro lado, se puede mencionar que las decisiones de la Corte Interamericana no han sido acatadas del todo por parte de los gobiernos en la práctica. En el marco de la labor jurisprudencial internacional en materia de los derechos de los pueblos indígenas se erige la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que resulta ser un instrumento el cual debe ser abordado ampliamente por parte de los órganos de administración de justicia internacionales y los órganos de justicia nacionales.

²³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de agosto de 2001.

²⁴⁰ *Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 1969, Art. 21.- Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.

En la actualidad la Declaración constituye el instrumento internacional más completo e integrado sobre los derechos de los pueblos indígenas, tanto en el ámbito individual como colectivo, que rige en el derecho internacional. Dicho documento ha motivado el planteamiento de varias interrogantes enfocadas en las cuestiones siguientes: ¿De qué manera la Corte desarrollará una interpretación evolutiva respecto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas? ¿Cuál sería el impacto de la Declaración en las estrategias judiciales y políticas desarrolladas por los movimientos indígenas? ¿Cuáles serían las consecuencias de esta Declaración en la jurisprudencia y sistema jurídico de cada país?

Acorde a estas interrogantes se puede destacar el papel ejecutado por Tribunal respecto a las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas, derechos que abarcan diversas que van desde la autodeterminación hasta el uso de su propia lengua. La Corte ha llegado a conocer un conjunto de casos que topan asuntos como el desconocimiento de los derechos territoriales de estas comunidades en países como Nicaragua²⁴¹ y Paraguay²⁴², y casos donde se han perpetrado masacres y ejecuciones extrajudiciales de miembros de pueblos indígenas en naciones como Guatemala²⁴³ y Colombia²⁴⁴. Otras cuestiones analizadas por la Corte han estado dirigidas a indígenas privados de la libertad, impedimentos de participación de indígenas en la política, entre otros.

En torno a cada caso resuelto por la Corte Interamericana se pone de manifiesto un análisis avanzado del contenido implícito en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento que, en principio, no fue concebido para tratar temas vinculados a los derechos de los pueblos indígenas, pero que ha establecido una cierta consonancia con los avances materializados en el derecho internacional y el derecho nacional de los Estados partes, en el ámbito de las cuestiones relacionadas a los pueblos indígenas.

²⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *OEA/Ser.LV/II.62/ Resolución sobre el procedimiento de solución amistosa sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaraguense de origen miskito*. Nueva York, 16 de mayo de 1984.

²⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*: 17 de junio de 2005. Este caso versa sobre el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Yakye Axa y sus miembros.

²⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Chunimá vs Guatemala*: 27 de febrero de 1997.

²⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs Colombia*: 15 de marzo de 2005. En este caso la Corte Interamericana adoptó medidas provisionales a favor de los habitantes de la comunidad de Paz.

Algunas de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana estuvieron relacionadas con la auto identificación de los pueblos indígenas. Un ejemplo de ello fue el Caso Pueblo Saramaka vs Surinam²⁴⁵, en cuyo conflicto el Estado de Surinam planteó que algunos miembros de la comunidad Saramaka en la sociedad moderna llegó a perjudicar su distinción cultural, situación que imposibilitaba otorgarles una personalidad legal. Por otra parte, el Estado de Surinam llegó a cuestionar la posibilidad de definir a esta comunidad bajo elementos como los diferentes grados en que los miembros del pueblo estaban sujetos a las leyes, las costumbres y la economía tradicional, en este caso se tomó en cuenta aquellos que habitaban fuera del territorio de Saramaka.

Ante dicha situación la Corte Interamericana consideró que en el supuesto de que algunos miembros habitaran fuera del territorio tradicional abarcado por la comunidad Saramaka y con un sistema de vida diferente acorde a las costumbres de dicho pueblo, esto no afectaba la distinción de dicho grupo, ni tampoco el uso y disfrute comunal de su propiedad. Este Tribunal también se pronunció a favor de que la comunidad Saramaka debía resolver acorde a sus propias costumbres los asuntos relacionados con los derechos comunales, por lo que el Estado y la Corte Interamericana no debían intervenir.

Otros de los casos contemplados en el foro de la Corte Interamericana fue el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay²⁴⁶. En el conflicto el Estado de Paraguay solicitó la terminación del proceso internacional ya que fueron encontradas ciertas contradicciones relacionadas a la denominación y pertenencia étnica de la comunidad, lo cual a criterio del Estado imposibilitaría el desarrollo de un proceso de titulación de tierras a favor de la comunidad indígena²⁴⁷.

Fueron señalados en el proceso varios escritos legales relacionados a miembros de la comunidad, entre los que constaban declaraciones, que a juicio del Estado de Paraguay llegarían a generar confusiones respecto a la propiedad del territorio donde

²⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*: 28 de noviembre de 2007.

²⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*: 24 de agosto de 2010.

²⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay*: 24 de agosto de 2010., párr. 33.

estaba asentado el pueblo indígena Xákmok Kásek, aspecto principal que define una transmisión de dominio. El pronunciamiento de la Corte Interamericana estuvo enfocado en el derecho de autonomía de la comunidad indígena, y el respeto hacia las determinaciones que en dicha materia sean adoptadas por la comunidad, o sea, respetar la manera en que el pueblo se auto identifique.

Otro derecho que la Corte Interamericana ha tratado respecto a los pueblos indígenas es el derecho al uso de la lengua propia. En el Caso *López Álvarez vs Honduras*²⁴⁸ la denuncia se basó en que el director de un centro penitenciario emitió la prohibición de hablar en su idioma tradicional a los miembros de una comunidad garífuna que estaban reclusos en dicho centro, incluido el demandante. Para este caso la Corte Interamericana citó el art. 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo precepto se reconoce la libertad de difundir oralmente la información, por lo que basado en ello el Tribunal consideró como elemento principal de la libertad de expresión el derecho a hablar, lo cual conlleva la libre elección que tiene toda persona de emplear el idioma que elija libremente.

Acorde a este criterio el Tribunal calificó la medida aplicada a estos reclusos como injustificada y además ocasionaba una lesión a la a los derechos individuales de la persona. Se destacó que la medida aplicada por el director del centro penitenciario no estaba vinculada a condiciones de seguridad o como parte de la rehabilitación de los detenidos. La Corte Interamericana señaló además que la medida poseía una gravedad significativa debido a que afectaba directamente la identidad personal de los reclusos ya que constituía un idioma identificativo de la comunidad a la que pertenecían²⁴⁹. Como uno de los elementos importantes que la Corte Interamericana reconoció en este caso fue la abstención que deben tener los Estados y sus respectivas instituciones con relación a emitir regulaciones de carácter discriminatorio que afecten directamente a las comunidades indígenas y les imposibiliten el ejercicio de sus derechos²⁵⁰.

A modo general este organismo internacional por medio de la jurisprudencia emitida en el ámbito de los derechos indígenas, cuyos conflictos han abarcado casos

²⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso López Álvarez vs Honduras*: 1 de febrero de 2006.

²⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso López Álvarez vs Honduras*: 1 de febrero de 2006., párrs. 166-169.

²⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso López Álvarez vs Honduras*: 1 de febrero de 2006.

complejos, y sensibles, lo cual ha conllevado a materializar una amplia jurisprudencia caracterizada por la innovación, ha transformado su labor en un mecanismo de reconocimiento directo de los derechos que le asisten a estas comunidades ancestrales. Este Tribunal ha evidenciado una apertura y flexibilidad hacia los asuntos indígenas, apertura que ha logrado la construcción de un puente comunicacional con los sistemas consuetudinarios característicos de los pueblos indígenas, lo cuales representan una cifra significativa en la región latinoamericana (Ver Anexo No. 2).

2.6. La justicia indígena en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los problemas que afectan a los pueblos indígenas en el continente americano deben encontrar su resolución respectiva en el marco interno de cada Estado, impulsado principalmente a partir de la implementación de políticas públicas en las que se llegue a comprometer a toda la sociedad. Conforme a esta idea el Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe desarrollar una tendencia a través de la cual se conformen parámetros o estándares que se transformen en base para ejecutar soluciones ante las posibles controversias que lleguen a surgir en materia de derechos de los pueblos indígenas.

De esta forma se erige como instrumento de permanente consulta, por parte de los organismos interamericanos y los Estados en cuyos territorios existan pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Este instrumento de carácter político e internacional pone de manifiesto ciertas bases con las cuales se puede trabajar unido a otros organismos presentes en el Sistema Interamericano como son la Comisión y la Corte Interamericana, con el propósito de reivindicar y respetar el sistema de vida de los pueblos indígenas que ha sido obviado por tantos años.

La Corte Interamericana y su jurisprudencia en este sentido, a través de su función contenciosa, a pesar de que no puede brindar una solución a todos los problemas sobre los pueblos indígenas si tiene la potestad de fijar contenido y establecer el alcance de las obligaciones de cada Estado respecto a este asunto. En cuanto a Sistema Interamericano su funcionamiento se encuentra sujeto a tres fuentes principales,

estas son: La Carta de la OEA, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el caso de la Carta de la OEA se reconoce como principio que toda persona posee derechos fundamentales sin distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo²⁵¹. Dentro de este amplio sistema la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se erige como uno de los órganos que tiene la obligación de promover y defender los derechos humanos, unido a ello llega a cumplir responsabilidades encaminadas a desarrollar un papel consultivo dentro del propio sistema²⁵².

Como otro de los instrumentos internacionales que encierra las aspiraciones de aquellos Estados miembros de la OEA se destaca la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual constituye el instrumento vinculante para los Estados americanos en el ámbito de los derechos humanos.

Otro de los documentos que influyen en el funcionamiento del Sistema Interamericano es la Convención Americana de los Derechos Humanos, que posee un carácter vinculante para los Estados partes, y en dicho instrumento se establecen las obligaciones generales de los países miembros en materia de derechos humanos. A modo general la Convención se refleja como un catálogo de libertades y derechos, cuya herramienta de materialización son los propios órganos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Respecto a estos instrumentos que rigen el funcionamiento del Sistema Interamericano, lo cuales llegan a establecer determinadas obligaciones, se puede mencionar que el Art. 1 de la Convención contempla dos obligaciones principales para los países miembros, estas recaen en: respetar los derechos humanos de todas aquellas personas que se encuentran sujetas a la jurisdicción de estos países, así como desarrollar las garantías para el goce de dichos derechos; estas obligaciones son de obligatorio cumplimiento y de manera inmediata en el ámbito internacional²⁵³. Esta obligación de

²⁵¹ *Carta de la Organización de Estados Americanos*, 1948, Art. 3, inciso l).

²⁵² *Carta de la Organización de Estados Americanos*, 1948, Art. 106.

²⁵³ *Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 1969, Art. 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones

respetar los derechos por parte de los Estados constituye una limitante para que los agentes e instituciones que integran la gobernabilidad de cada nación no violenten los parámetros internacionales respecto a los derechos humanos. El simple respeto no es suficiente, por lo que los Estados deben desarrollar acciones imprescindibles que otorguen la debida protección a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, condiciones que permitan el goce y disfrute de estos derechos, ello significa que la organización del aparato estatal deberá estar conformada para alcanzar dicho objetivo.

En el ámbito de los derechos humanos el Estado no puede verse limitado a no incurrir exclusivamente en acciones violatoria a los derechos fundamentales que le asisten a cada persona, sino que además debe impulsar políticas positivas para construir verdaderas garantías. Algunas de estas acciones abarcan el aseguramiento de que la normativa internacional opere en el territorio de cada Estado miembro; desarrollar recursos efectivos y dotados de sencillez para los asuntos relacionados a la reclamación del derecho que ha sido vulnerado; y promover y ejecutar las condiciones para que los derechos fundamentales garantizados sean ejercidos por todos los individuos sin media distinción o discriminación algunas.

Sobre este último elemento hay que señalar que una parte importante de las violaciones de los derechos humanos se concentra en los pueblos indígenas, y las vulneraciones están sujetas a una característica en común, son promovidas a partir de los elementos culturales identificativos de estas comunidades, y a un ambiente permisivo que ha predominado por parte de los Estados, que ha posibilitado su reiterada materialización.

Con el objetivo de frenar este tipo de violaciones desde la esfera del derecho internacional y específicamente a partir de la labor desarrollada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha implementado la política de establecer mecanismos que promuevan cambios culturales donde se contemplen a los pueblos indígenas, y así los destinatarios de dichos mecanismos podrán de manera efectiva gozar de sus derechos fundamentales.

políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Los pueblos indígenas asentados en el continente americano han sido contemplados por la jurisprudencia internacional como un grupo social cuyos derechos han sido vulnerados en el transcurso de los años, motivo por lo cual dicha labor jurisprudencial ha tenido como fin la reivindicación y reconocimiento de los mismos. La legislación en torno a la protección de los derechos humanos es otro de los aspectos señalados en la Convención, por lo que la normativa nacional se transforma en una herramienta fundamental en la protección y respeto de los derechos, lo cual incluye los derechos de los pueblos indígenas, y esta legislación nacional no deberá contradecir lo estipulado en los instrumentos internacionales a los que cada país se ha adscrito.

El Sistema Interamericano no solo estipula una serie de derechos fundamentales y obligaciones, sino que también ha conformado una serie de órganos responsables de ejercer control sobre los Estados vinculados al sistema y las obligaciones que ostentan. Los órganos que forman parte de este sistema son la Comisión y la Corte Interamericana. El procedimiento consagrado para conocer por parte del engranaje estipulado en el Sistema Interamericano recae en dos etapas, una de ellas se desarrolla ante la Comisión y la otra de requerirlo el caso, ante la Corte Interamericana. En el caso de la Comisión el procedimiento se caracteriza por ser cuasi-judicial²⁵⁴, por medio del cual se determina si determinado hecho o situación resulta ser violatoria en materia de derechos humanos, y se emite el informe respectivo. Por otro lado, la Corte puede conocer asuntos bajo un procedimiento contencioso, cuya sentencia es de obligatorio cumplimiento para el Estado.

Es así como los casos topados por la Corte Interamericana parten de la presentación de los mismos por parte de la Comisión, el Estado, o la persona particular esta última en defensa de sus derechos vulnerados por el propio gobierno o institución del mismo. Para este tipo de situaciones la Convención actúa como un cuerpo normativo que contempla derechos subjetivos los cuales el Tribunal deberá aplicar. Los Estados partes tienen el deber de cumplir con los fallos emitidos por este organismo

²⁵⁴ El término cuasi-judicial o cuasi-jurisdiccional, se identifica con los parámetros establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos, y por medio de estas herramientas se llegan a emitir recomendaciones u opiniones dirigidas a los Estados. Estas recomendaciones pueden estar basadas en el conocimiento de casos individuales, informes emitidos sobre la situación de los derechos humanos en determinado país miembro y en comentarios de carácter general respecto al cumplimiento de obligaciones convencionales. Este tipo de labor es desarrollada por otros organismos internacionales como El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por solo mencionar un ejemplo.

internacional, aunque la Corte Interamericana no posee la potestad de aplicar mecanismos directos e intervenir en el país respectivo en aras de cumplir con la sentencia emitida²⁵⁵. La labor de este organismo internacional se limita a informar a la Asamblea General de la OEA, aquellos supuestos donde el Estado parte no cumpla con lo estipulado en el fallo judicial y este último realizará las recomendaciones, acorde a lo que considere necesario²⁵⁶.

Los pronunciamientos de los órganos que integran el Sistema Interamericano respecto a diversas cuestiones relativas a los derechos de los miembros de las comunidades indígenas y de estos pueblos desde la perspectiva de los derechos colectivos, se ha transformado en una obligación ante disímiles violaciones de sus derechos. Los fallos de la Corte Interamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas han tenido un carácter vinculante, todos estos conflictos han surgido a partir de violaciones de los derechos humanos, asociados a los reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto hay que señalar el tema de la tierra, desde la perspectiva de análisis donde el territorio tiene un vínculo especial con estas comunidades ancestrales. El análisis del Tribunal parte del derecho a la propiedad privada reconocido en la Convención, dotándole un análisis extensivo, o sea, se realizaron interpretaciones entorno a este derecho con especiales características de lo que significa la propiedad de la tierra para los indígenas²⁵⁷.

En el caso *Awas Tingni vs Nicaragua*, anteriormente analizado, cuyo tema central fue el derecho de propiedad de esta comunidad indígena, el Tribunal en su sentencia logró ampliar la definición tradicional respecto al derecho de propiedad, en otras palabras, de una concepción típicamente individual se establecieron elementos enfocados en las instituciones indígenas sobre el derecho de propiedad, como un derecho de ejercicio colectivo y que posee implicaciones culturales determinadas. Este organismo internacional emitió ciertas consideraciones sobre la naturaleza especial del derecho de propiedad en las comunidades indígenas, que constituyen un elemento

²⁵⁵ *Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 1969, Art. 68.

²⁵⁶ *Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 1969, Art. 65.

²⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*: 31 de agosto de 2001.

común en los pueblos ancestrales que existen en el continente, estas se basaron en el siguiente criterio:

“...entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”²⁵⁸.

Bajo este criterio la Corte Interamericana reconoce parámetros en materia de propiedad indígena, el derecho a la titularidad grupal y comunitaria sobre la tierra. Dicho organismo abarca más allá del solo establecimiento del contenido del derecho de propiedad en relación con los pueblos indígenas, sino que se logró fijar en la resolución de este caso un vínculo directo entre la cultura indígena y el derecho a la tierra, destacó esta relación como una de las bases del desarrollo cultural y la preservación del legado de estas comunidades, así como su transmisión a las futuras generaciones. Como resultados positivos de la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana se destaca el reconocimiento en algunos países de la región latinoamericana, como Ecuador, Colombia y Bolivia, de la propiedad colectiva y el respeto de sus costumbres.

Otro reconocimiento materializado a través de la jurisprudencia interamericana recayó en los derechos culturales de las etnias indígenas existentes en América. Al respecto sobresalen dos aspectos, aquellos vinculados a la resolución de cuestiones relativas a los derechos individuales donde está inmerso el elemento cultural indígena y los conflictos sobre los derechos de las comunidades indígenas en donde el órgano jurisdiccional ha apreciado el elemento cultural. Un primer ejemplo es el Caso Aloeboetoe y otros vs Surinam, el cual se basó en la violación de los derechos de

²⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*: 31 de agosto de 2001., pág. 149.

libertad personal, integridad y el derecho a la vida de siete miembros de un pueblo indígena a causa del accionar del ejército de Surinam²⁵⁹.

En la sentencia emitida por la Corte Interamericana se estableció de manera expresa la responsabilidad del Estado de Surinam acorde a cuya situación fueron determinadas medidas indemnizatorias conforme a al contenido del Art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶⁰. Las medidas fueron adoptadas acorde a las particularidades culturales de la comunidad indígena, y para tales efectos el Tribunal estipuló que las personas beneficiadas con las indemnizaciones debían ser, los hijos, el cónyuge y los ascendientes de las víctimas, entre otros, dichas determinaciones fueron acorde al derecho local²⁶¹. El organismo tomó en cuenta que los herederos de las víctimas en el conflicto eran miembros de un pueblo indígena y sus vínculos familiares eran desarrollados a partir de sus costumbres y no por el sistema judicial oficial establecido por el gobierno de Surinam.

Como parte del proceso que ha caracterizado a la Corte Interamericana en la determinación de los derechos culturales hacia las comunidades ancestrales fueron tomados en cuenta aspectos relacionados con la manera de proceder con los restos mortales de personas detenidas y posteriormente desaparecidas que pertenecían a comunidades indígenas. Conforme a ello se pone de manifiesto el Caso Bámaca Velásquez, en donde la Corte Interamericana consideró lo siguiente: “El respeto a dichos restos, observando todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia *mam*, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez”²⁶².

La jurisprudencia que ha sido mencionada y analizada resalta todo un sistema de reparaciones que abren las puertas a los elementos culturales de los pueblos ancestrales en el análisis e interpretación de los derechos y libertades establecidas en la Convención. La Corte Interamericana ha topado la situación actual en la que existe el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, pero aún no se logran

²⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de septiembre de 1993.

²⁶⁰ *Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 1969, Art. 63.- 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

²⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de septiembre de 1993, párr. 63.

²⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Bámaca Velásquez*: 25 de noviembre de 2000.

desarrollar a cabalidad herramientas adecuadas para que se hagan valer en la legislación de cada país donde existe algún pueblo indígena.

Como uno de los instrumentos internacionales de mayor trascendencia en materia de justicia indígena dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se destaca la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas donde el reconocimiento del derecho y la justicia indígenas quedaron claramente reflejados en los artículos 34 y 35²⁶³. El precedente del contenido reflejado en ambos artículos estuvo materializado en el primer borrador de dicha Declaración que fue elaborado en el año 1989 por la entonces Presidencia del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas; incluso se llegó a considerar que es este primer borrador se abordó el tema con una percepción más amplia, ya que se estipuló el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus características propias en "...el sistema jurídico y en las instituciones políticas y socioeconómicas"²⁶⁴.

Por consiguiente, el cuerpo normativo que conforma esta Declaración es el resultado final de un proceso de negociación política y selección jurídica, que se desmarca de la concepción integral sobre el pluralismo jurídico. El contenido final de ambos artículos puede ser considerado como una readaptación de concepciones previamente ajustadas o replanteadas, de lo que sería en contenido originario de los sistemas normativos indígenas, esto relacionado a la forma de entender la articulación y contenido del derecho indígena o consuetudinario. De esta manera el texto contemplado en la Declaración trata reducidamente los sistemas jurídicos indígenas y el derecho indígena, por lo que el pluralismo jurídico fue propuesto desde una perspectiva estricta.

La Declaración se caracterizó por impulsar un proceso conflictivo en el marco de las negociaciones jurídicas ejecutadas, principalmente en cuanto a términos y categorías, donde no fueron abarcadas en su totalidad las dimensiones cargadas que identifican los sistemas jurídicos indígenas. No obstante, este instrumento internacional

²⁶³ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, 2007. Art. 34: Los pueblos indígenas tienen derecho 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 derechos humanos. // Art. 35: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

²⁶⁴ Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. *E/CN.4/Sub.2/1989/33/Add.3 UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Document 89-12410/0810B*. Nueva York: United Nations. Nueva York, 1989.

dotó de valor educativo el camino a recorrer en la profundización del pluralismo jurídico.

En todo este proceso la justicia indígena se ha visto enfrascada en tendencias sujetas a limitar su reconocimiento, como una simple adición a los postulados y exigencias del derecho estatal tanto en la negociación política de la Declaración como en procesos de implementación posteriores. Por otro lado, en algunos supuestos se ha querido articular el derecho indígena a partir de funciones propias identificativas del funcionamiento del derecho estatal, ejemplo de ello es el ejercicio del control social.

Todos estos elementos han suscitado movilizaciones sospechosas, restricciones y retractaciones en el accionar de los Estados, principalmente los que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En otras ocasiones se ha llegado a contemplar a los sistemas jurídicos indígenas con características identificativas del derecho ordinario u oficial, así como sus respectivas funciones, llegando incluso el derecho ordinario a opacar la esencia de la justicia indígena.

Si se analiza el Art. 34 de la Declaración puede apreciarse con claridad la existencia de cierta dicotomía y fractura. Por un lado, se contempla de manera separada el sentido de los sistemas de justicia indígena al estipular lo siguiente: "...promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas"; y por otro lado se estableció cuando existan "costumbres y sistema jurídicos", con cierta dicotomía, como si todos estos parámetros no definieran a la justicia indígena.

Además de estos artículos de la Declaración en el Convenio 169 de la OIT se reconoce a las costumbres y al derecho consuetudinario como elementos a tomar en cuenta por los Estados en la aplicación de la legislación nacional. Se alcanzaron a topas en el Convenio 169 las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas y sus respectivos límites, establecidos en el marco de actuación de los derechos fundamentales, tanto de la normativa nacional de cada Estado como los abarcados en el derecho internacional. Otro elemento recogido en el Convenio fue la obligación de los Estados a respetar las prácticas desarrolladas por las comunidades indígenas para reprimir los delitos ejecutados por los miembros de la comunidad.

En el contexto americano tanto la Declaración como el Convenio desempeñaron un rol fundamental en los mecanismos jurídicos adoptados por cada Estado para regular la justicia indígena y el pluralismo cultural existente en sus sociedades. Posteriormente luego de un extenso periodo de debates fue aprobada la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento que incluyó un amplio reconocimiento del derecho indígena como parte del orden jurídico y del marco del desenvolvimiento social y económico de los Estados. Esto constituyó la principal diferencia y un paso de avance en materia de derechos de los pueblos indígenas, con la Declaración del 2007 y el Convenio 169, ya que se estipuló la incorporación al derecho estatal de los sistemas legales y organizativos indígenas. Al ser aprobada en el 2016 aún no ha sido desarrollado su contenido a cabalidad y de manera efectiva por los países de la región americana.

En los elementos aquí analizados en relación a la justicia indígena dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sobresale el papel desempeñado por la Corte, al otorgarle un valor más amplio y trascendente al derecho consuetudinario indígena, que no estuvo enfrascado en simples valores, costumbres y usos. Así fue reconocido en el Caso Awas Tingni, anteriormente analizado, donde el derecho indígena resulta una totalidad abstracta en la que se sustentan otros derechos como el derecho de propiedad comunal sobre tierras y recursos naturales; adoptando el mismo valor que un título de propiedad en el derecho estatal u ordinario.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos aún carece de una capacidad efectiva para solucionar aquellos problemas que persisten con relación a los pueblos indígenas y que además tienen un carácter histórico. Aunque la labor jurisprudencial de la Corte Interamericana ha sido de gran influencia para desarrollar una apertura en el reconocimiento de los derechos de estas comunidades ancestrales existe un trayecto que es necesario recorrer para perfeccionar los sistemas de protección, específicamente ante violaciones de derechos de grupos vulnerables como son estas comunidades ancestrales.

Capítulo III

La constitucionalización del pluralismo jurídico

3.1. El nuevo constitucionalismo andino: el Buen Vivir

Como un nuevo modelo de organización político-jurídica se logró posicionar el Estado constitucional. El surgimiento del mismo estuvo acompañado del desplazamiento de un Estado caracterizado por ser legalista y decimonónico, donde la supremacía normativa de la ley llegó a erigirse como la fuente principal dentro del Derecho, a la vez que su materialización por parte de los magistrados fue desarrollada de manera predeterminada. Esta aplicabilidad de la ley estuvo enmarcada en prácticas arbitrarias, donde se llegó a manifestar el riesgo inminente en cuanto al ejercicio de la libertad personal y demás derechos fundamentales reconocidos a los seres humanos.

Cabe agregar que en el derecho se evidenció la eliminación de la preponderancia de la norma legal, ejercida por medio del poder legislativo, el cual se caracterizó por desarrollar cierta supremacía frente a los poderes ejecutivo y judicial. En el Estado constitucional, esta situación, desde el ámbito de la doctrina, sufrió un replanteamiento del papel protagónico de la ley, donde surge la Constitución, como la norma fundamental y rectora de todo el ordenamiento jurídico. El texto constitucional se transformó en un elemento determinante de la vida social, económica, política y jurídica de determinada nación. Al decir del catedrático español Manuel Atienza:

“El Estado Constitucional como nuevo paradigma democrático, contribuye a delimitar el ejercicio del poder del gobierno, busca involucrarse en la vida social de los seres humanos y garantiza la plena vigencia de los derechos fundamentales, que constituye prima facie el soporte material de la constitución”²⁶⁵”

En suma, se puede afirmar que el Estado constitucional constituye el resultado de la propia evolución del Estado legal. Este último llegó a basarse en el principio de legalidad, en el cual todo acto de poder solo era ejecutado acorde a lo establecido en la

²⁶⁵Atienza, Manuel. (2005) “Argumentación jurídica y Estado Constitucional” En *Derechos, justicia y Estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, de Varios autores, 25-35. Valencia: Tirant Lo Blanch.

norma legal y además todo acto privado era permitido siempre que no estuviese prohibido; mientras que el Estado constitucional tiene su base, en que tanto los actos públicos como privados lleguen a estar sometidos a la norma constitucional, incluida la ley.

Como parte fundamental del estudio y desarrollo del Estado constitucional y los derechos fundamentales en él reconocidos, cabe mencionar al derecho constitucional, el cual llegó a ser asumido dentro de la doctrina jurídica, como bien expresó, Fausto Cuocolo, padre del regionalismo italiano y destacado político, abogado y constitucionalista; como: "...una técnica de estudio de la organización del poder, de la libertad de los individuos y de las formaciones sociales que en el Estado participan"²⁶⁶.

Es así como, en el derecho constitucional, como premisa fundamental, sobresale el límite impuesto al poder político por medio del derecho, además de que antepone patrones tales como: la dignidad humana, la cultura y la soberanía popular, además afianzó la división de poderes. Otro elemento principal que destacar dentro del área de estudio que fomenta el derecho constitucional es el papel protagónico de los derechos fundamentales, y la tolerancia, además de la presencia del pluralismo de los partidos políticos y la independencia de los órganos de justicia en cuanto a su actuación.

De ahí que, lograra destacarse, como uno de los ejes principales que integran el derecho constitucional, la Constitución, norma que alcanzó la denominación de "norma fundamental". Esta norma suprema posee ciertos elementos que forman parte de su definición, tales como: la etapa formativa donde resulta esencial la participación del pueblo y el poder soberano emanado del mismo, que es el que otorga vida al orden constitucional; como segundo elemento está el carácter formal que tiene la norma constitucional al existir un procedimiento específico y solemne para su aprobación; y como último elemento se encuentra el fin político enmarcado en la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos frente a los poderes que ostenta el Estado²⁶⁷.

De esta forma en el Estado constitucional se aboga por la prevalencia de un Estado de derechos, donde los derechos emergieron como creaciones y reivindicaciones históricas, que fueron tomadas en consideración como anterior y superior al propio

²⁶⁶ CUOCOLO, F. (1999: 5 ss).

²⁶⁷ TORRES VILLARUBIA, F. A. (2013).

Estado, por lo que pueden limitar todos los poderes que integran el engranaje estatal. Por lo que en un Estado de constitucional de derechos se impulsa el entendimiento de un enfoque novedoso del propio Estado desde dos perspectivas, primero la pluralidad jurídica y segundo por la importancia de los derechos que son reconocidos en la Constitución que establece la organización del Estado.

En la actualidad es asumida como un determinado conjunto de reglas formales y sustanciales, cuyos destinatarios son los titulares del poder, todas aquellas personas que a la vez son titulares de derechos fundamentales. A la vez esta norma se ha transformado en la base jurídica principal que impulsó, dentro del Estado constitucional, la diversificación de los sistemas jurídicos y las fuentes del derecho, condición que determina el funcionamiento de este nuevo modelo político.

En términos jurídicos, dicha diversificación ha sido reconocida como “pluralidad jurídica²⁶⁸”. Esta pluralidad, latente en el Estado constitucional, llega a respaldar ciertos factores, entre los que sobresalen la actuación de la autoridad constitucional en la formación de normas que poseen carácter de ley; la obligatoriedad y generalidad de las sentencias dictadas por instancias internacionales; la emisión de políticas públicas por parte del órgano ejecutivo, la existencia de normas, procedimientos y soluciones de conflictos emanados de los pueblos ancestrales, los cuales poseen un carácter de sentencia; y el papel de la moral en la comprensión de los textos jurídicos, por solo mencionar algunos.

Otro aspecto de gran relevancia en un Estado constitucional de derechos y justicia, resulta ser el vínculo directo del órgano estatal en la protección de los derechos fundamentales, cuya responsabilidad directa recae en el órgano de justicia constitucional, entidad suprema en el control e interpretación efectiva de la constitucionalidad. En la doctrina jurídica se suscitó un marcado debate respecto a quién le correspondía velar por el desarrollo efectivo de la norma constitucional, algunos de los exponentes de este tema fueron Hans Kelsen y Carl Schmitt, cuyas posiciones

²⁶⁸ “Por pluralismo jurídico se entiende la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Una concepción pluralista del derecho admite una coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de la misma naturaleza. El pluralismo jurídico explica mejor la realidad jurídica, la cual se explica por medio de la presencia de criterios de identidad dentro de un sistema jurídico, cuyos criterios se encuentran reunidos, así como identificando las diferentes relaciones que se pueden establecer entre sistemas”. HABERLE, P. (2003: 82).

estuvieron contrapuestas. Kelsen aceptó la legitimidad del sistema democrático establecido por medio de la norma constitucional y reconoció la facultad del órgano de justicia constitucional para garantizar la eficiencia del texto constitucional, este ejercicio sería ejercido por medio de la anulación de normas legales inconstitucionales emanadas de las mayorías en las transitorias parlamentarias. En el caso de Schmitt, este cuestionó la falta de competencia que posee el órgano de justicia constitucional para dictaminar sobre el contenido material de las normas legales, y con ello consideró que "...a consecuencia de la sujeción que posee el órgano de justicia a la ley, esta es una premisa de su independencia frente al poder político"²⁶⁹.

No obstante, al criterio defendido por el filósofo y jurista alemán Carl Schmitt, en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, los textos constitucionales de diversos países de Europa se caracterizaron por reconocer la figura del órgano de justicia constitucional. Dicha incorporación tuvo una marcada importancia puesto que este órgano de justicia no solo está enmarcado en los aspectos constitucionales y jurisdiccionales, sino que también posee influencia en la esfera política, debido a que las decisiones emanadas del mismo pueden llegar a generar efectos de índole política. De esto se deriva que el órgano de justicia constitucional, como elemento relevante del Estado constitucional de derechos y justicia, no implica de forma absoluta hacer prevalecer la figura de la norma constitucional, sino que además debe garantizar la eficacia y vigencia de los derechos fundamentales. El cumplimiento de los derechos fundamentales por parte del órgano de justicia constitucional estará dirigido a la función social que encierran los mismos y a la correcta interpretación de los principios que la propia norma constitucional regula, tales como el principio de dignidad humana que a la vez se ha convertido en el eje central de todo ordenamiento jurídico constitucional.

De lo anteriormente expuesto se colige que el Estado constitucional de derechos y justicia desde el ámbito histórico-jurídico desplazó al Estado legalista, con el propósito de que prevaleciera la norma constitucional, y así representar la fuente de mayor alcance en el ámbito legal, donde la ley llega a formar parte de la misma. Como parte de este nuevo modelo político-jurídico, surge la democracia con paradigmas novedosos que se sustentan en el principio de dignidad, principio que se transformó en una premisa antropológica y cultural sobre la cual se construyen las bases del

²⁶⁹ LANDA ARROYO, C. (2007: 68 ss).

ordenamiento jurídico constitucional. En cuyo ordenamiento legal, el órgano de justicia constitucional no solo se ocupa del control de las leyes sino además en él recae la responsabilidad de garantizar la eficacia y cumplimiento de los derechos reconocidos en el texto constitucional.

Al mismo tiempo, a las clásicas tesis del constitucionalismo Iberoamericano se suman otras que provienen de las teorías críticas del derecho en la Región Andina. Dichas propuestas se unifican bajo el ideal de que el derecho se transforme en un instrumento para la transformación social y las luchas de resistencia de los pueblos indígenas en América Latina.²⁷⁰ Dentro de esta perspectiva, la lucha por los derechos colectivos de los pueblos indígenas es de suma importancia, puesto que supone una plataforma para oponerse a las políticas de ajuste estructural y a la hegemonía del mercado:

“[...] lo que verdaderamente distingue las luchas indígenas de las restantes luchas sociales en el continente americano es el hecho de reivindicar una precedencia histórica y una autonomía cultural que desafían todo el edificio jurídico y político del Estado moderno colonial. Por esta razón, las luchas indígenas tienen potencial para radicalizar (en el sentido de ir a las raíces) los procesos de transformación social, sobre todo cuando asumen una dimensión constituyente.”²⁷¹

En el ámbito del Derecho constitucional se ha desarrollado un nuevo modelo, específicamente en los textos constitucionales latinoamericanos que se podría llamar acertadamente “derecho constitucional transformador”. Este constitucionalismo de nuevo cuño postula nuevas instituciones y reformula las clásicas. Las nuevas constituciones se desarrollan desde la participación social, las políticas para la igualdad y la soberanía, la protección integral de los derechos y la política no extractivista.²⁷²

El surgimiento de nuevos textos constitucionales, no obstante, está sujeto a periodos históricos de existen crisis sociales y políticas, por lo que el fin que poseen

²⁷⁰ ÁVILA LINZÁN, L. y VALLE, A. (2011) “Derecho de la miseria o miseria del derecho”, en L. ÁVILA LINZÁN, *Emancipación y Transformación Constitucional*. Quito: Corte Constitucional; y, ÁVILA LINZÁN, L. (2011): “Un nuevo constitucionalismo latinoamericano en serio”, en L. ÁVILA LINZÁN, *Política, Justicia y Constitución*. Quito: Corte Constitucional.

²⁷¹ SANTOS, B. (2012: 14).

²⁷² VICIANO, R. y MARTÍNEZ, R. (2012: 157-188).

estas normas va dirigido a brindar una solución a dicho conflicto, ello no implica que sea el único objetivo por el cual se desarrolle una reforma constitucional o la creación de una nueva Constitución. En la norma suprema no existe la solución efectiva y única que soluciona todos los problemas presentes en determinada sociedad, pero no obstante se ha llegado a considerar que la norma constitucional juega un importante papel en el inicio del cambio que se pretende implementar, como herramienta fundamental de los que se puede alcanzar desde la colectividad.

Un ejemplo claro del nuevo constitucionalismo en la Región Andina resulta ser los textos constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), a través de los cuales fueron introducidas nuevas concepciones como el vivir bien o buen vivir y la Madre Tierra o *Pachamama*. Ambos conceptos, novedosos, fueron admitidos y analizados como una expresión de crítica profunda hacia los criterios tradicionales de progreso, desarrollo y bienestar. Conforme a ello, textos constitucionales adquirieron un especial significado y valor como pilares en el denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, consecuencia de las amplias movilizaciones sociales y de una importante participación de la sociedad en los procesos constituyentes.

Las constituciones actuales de Bolivia y Ecuador integran un ciclo de reciente implementación en cuanto a cambios plurinacionales dentro del constitucionalismo en América Latina. Como parte de este proceso resulta necesario distinguir entre aquellas políticas indigenistas, la multiculturalidad y las políticas plurinacionales.

3.1.1. El indigenismo

El indigenismo tuvo sus orígenes en el marco de la formalidad durante el primer Congreso Indigenista Interamericano, que se llevó a cabo en Pátzcuaro, Michoacán, territorio mexicano, específicamente en el año 1940 y el objetivo central de este Congreso estuvo enfocado en crear mecanismos que facilitaran la integración de los pueblos indígenas en la sociedad dominante. Algunos autores consideraron que el evento se caracterizó por demostrar una mirada paternalista por parte de los funcionarios e intelectuales, que no eran miembros de comunidades indígenas, y que participaron en dicho evento, hacia los pueblos indígenas²⁷³. En la actualidad, el

²⁷³ GREGOR BARIÉ, C. (2003).

indigenismo es percibido como una política que fracasó ya que fue catalogado como una práctica y política pública violatoria de los derechos fundamentales.

En la segunda mitad del Siglo XX se destacó la conformación incipiente de un modelo constitucional de carácter pluricultural, donde se llegó a combinar y reconocer la identidad étnica respecto a las comunidades ancestrales, por medio de reformas políticas basadas en un proceso democrático y la promoción de herramientas en el mercado. Los principales elementos identificativos de este nuevo modelo radican en el reconocimiento de la naturaleza multicultural de la sociedad y respecto a los pueblos indígenas se destaca su esencia como colectividades distintas, se impulsó el introducir la ley consuetudinaria, la protección y respeto de los derechos colectivos de propiedad, se otorgó un status legal a las lenguas indígenas y medidas que contribuyeran a efectivizar la educación bilingüe.

En la actualidad se cuenta con una serie de textos constitucionales que reconocen y aceptan a la población indígena desde el marco de la colectividad, como protagonistas de su propio sistema de vida, por lo tanto, constituyen sujetos y no objetos de derechos. El reconocimiento en la Constitución de las características multiétnicas y pluriculturales existentes en la población por parte de las naciones latinoamericanas, acorde a los parámetros establecidos en el Convenio 169 de la OIT, ha representado un importante avance en la fractura de los esquemas tradicionalistas que imperaban en el pasado, algunos especialistas han considerado estos cambios como “un modelo emergente multicultural regional”²⁷⁴.

Si se analizan los ciclos seguidos por ambos textos constitucionales latinoamericanos, en el caso de la Constitución boliviana con su aprobación en el año 2009 se llega a refundar el sistema de gobierno, y se declara a dicho país como un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. Dentro de la norma constitucional boliviana se destina todo un capítulo a los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, en este conjunto de artículos se llega a establecer un amplio ámbito de garantías, tal es el caso del derecho a la libre determinación y la territorialidad; el derecho a la titulación colectiva; el derecho a la consulta; el derecho al ejercicio de sus sistemas político, jurídico y económicos; el

²⁷⁴ ASSIES, W., VAN DER HAAR, G., & HOEKEMA, A. (1999).

derecho a la participación en los beneficios de los recursos naturales, y el derecho a la gestión territorial indígena autónoma²⁷⁵. Conforme al reconocimiento de todos estos derechos y garantías, el texto constitucional boliviano llega a introducir principios indígenas como vivir bien²⁷⁶, la vida armoniosa²⁷⁷, la vida buena²⁷⁸ y la tierra sin mal²⁷⁹.

En el caso del texto constitucional ecuatoriano aprobado en el 2008, el país se declaró un Estado intercultural y plurinacional, y en la norma suprema son establecidos una amplia gama de derechos dirigidos especialmente a las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador. Como una muestra clara en cuento al reconocimiento de dichos derechos se destacan los siguientes: derecho al mantenimiento de los territorios ancestrales; el derecho a la cultura libre, previa e informada respecto a los proyectos de extracción; el ejercicio de derechos propios; el derecho a los mecanismos de representación y participación; y el derecho a establecer circunscripciones territoriales. Por otro lado, la Constitución recogió términos novedosos como el buen vivir²⁸⁰ y le atribuyó derechos a la Madre Tierra²⁸¹.

²⁷⁵ Asamblea Constituyente. *Constitución Política de Bolivia*. Editorial: Ediciones Legales. La Paz, 2009, Título II. Derechos Fundamentales y Garantías. Capítulo Cuarto. Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario y Campesinos.

²⁷⁶ *Suma qamaña*.

²⁷⁷ *Ñandereko*.

²⁷⁸ *Teko kavi*.

²⁷⁹ *Ivi maraei*.

²⁸⁰ *Sumak kawsay*.

²⁸¹ *Constitución de la República de Ecuador, 2008*. Art. 10, párr. segundo: La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Art. 66. – Se reconoce y garantizará a las personas: 12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza.

Capítulo VII DERECHOS DE LA NATURALEZA Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Los textos constitucionales andinos alcanzan a transitar hacia el establecimiento y reconocimiento de sus comunidades ancestrales desde el ámbito plurinacional, lo cual no solo incluyó la pluriculturalidad. Este proceso novedoso implicó todo un rediseño profundo desde una perspectiva intercultural, respecto a las instituciones y sociedades, que no abarcó exclusivamente el respeto a la cultura indígena. Las transformaciones incluyeron una redefinición del vínculo existente entre las comunidades indígenas, desde una perspectiva económica y de bienestar. Ello significó que ambas normas constitucionales fortalecieron el papel del Estado en la economía nacional, y dejó a un lado la puesta en práctica de políticas de carácter neoliberal.

Los cambios constitucionales en ambos países estuvieron impulsados por movimientos sociales, los cuales han evidenciado marcadas semejanzas en su funcionamiento. Al respecto se puede señalar que las modificaciones constitucionales se relacionaron directamente con la presencia de líderes fuertes y carismáticos, como Rafael Correa Delgado, presidente ecuatoriano y Evo Morales, presidente boliviano, cuyo discurso se caracterizó por ser reformista y antineoliberal. Tanto en Ecuador como en Bolivia, los denominados gobiernos de izquierda llegaron a incorporar al sistema jurídico las exigencias de los pueblos indígenas y los campesinos, lo cual abarcó espacios como los discursos y las políticas. Por otro lado, en la actualidad, se ha percibido cierto distanciamiento de las organizaciones indígenas de estos gobiernos de izquierda a consecuencia de la carencia de transformaciones sustanciales, principalmente en materia económica.

Se puede apreciar que una importante cantidad de personas llegan a respaldar a los gobiernos de izquierda y las políticas públicas de carácter social que han desarrollado, ejemplo de ello es en el año 2013 donde Rafael Correa ganó las elecciones presidenciales con aproximadamente el 57 % de los votos y en Bolivia en el 2014 Evo Morales fue elegido presidente con el 60% de los votos electorales²⁸².

De esta manera las similitudes son palpables en el proceso de reformas constitucionales que fueron desarrollados en ambos países, algunas de estas semejanzas

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

²⁸² DE LA TORRE, C. (2013: 1-20).

son las siguientes: ascenso de gobiernos reformistas con líderes que poseían carisma y fortaleza; materialización de un proceso constituyente que tuvo una alta participación de la sociedad civil donde se llegó a empoderar a los pueblos indígenas, además de que se realizaron intercambios entre ambos países con el objetivo de ampliar experiencias; fueron implementadas definiciones nuevas en el ámbito constitucional vinculados al desarrollo y novedosas ideologías respecto al progreso; se desarrollaron mecanismos de redistribución por medio de políticas públicas, los cuales estuvieron basados en una mayor participación económica y la explotación de los recursos naturales con una nueva concepción; por último se evidenció un distanciamiento gradual y el surgimiento de discrepancias entre los grupos indígenas y los gobiernos, conflicto enfocado en las diversas visiones respecto al uso y manejo de los recursos naturales.

Posterior a la materialización de estas normas constitucionales plurinacionales, en la actualidad se aprecia un panorama donde no han sido desarrolladas otras condiciones para continuar con el avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el territorio latinoamericano, ello motivado fundamentalmente por la presión ejercida a partir de grupos económicos y políticos. Un ejemplo ilustrativo de este ambiente fueron los diecisiete años de espera para la aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el seno de la OEA²⁸³, dicho documento forma parte de las diversas acciones para cumplir con la deuda histórica que persiste con estas comunidades ancestrales. Algunos de los principales elementos entorno a los derechos de los pueblos indígenas recogidos en esta Declaración, descansan en el reconocimiento de las siguientes cuestiones²⁸⁴:

- La organización colectiva y el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos originarios.
- La autoidentificación de las personas que se consideren indígenas.
- Una protección especial de los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tal es el caso de algunas comunidades amazónicas, característica que distingue a este instrumento internacional de otras iniciativas que han sido adoptadas en esta materia.

²⁸³ Fue aprobada por la OEA el 14 de junio de 2016.

²⁸⁴ *Res. 2888 (XLVI-O/16)/Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Editorial: OEA. Nueva York, 2016.

- Como parte del contenido de la Declaración se destaca la prioridad que significa para la OEA avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas en territorio americano.

3.1.2. La interculturalidad

Se promueve como la declaración y respeto por la diversidad social, actuando con la mesura y reconocimiento de los derechos de todas las personas que conforman la sociedad, constituyéndose en elementos medulares de integración democrática. Desde la interacción diaria, la identidad de cada grupo o comunidad, conformando así la interculturalidad; que posibilita las acciones de entendimiento entre las distintas posturas a los fines de alcanzar el beneficio colectivo.

La interculturalidad representa el inicio a nuevos escenarios de conocimientos, así como las prácticas sin menoscabo de la estima, la identidad o las capacidades individuales de las personas y de las colectividades. El reconocimiento de la identidad requiere de un diálogo, que debe ser impulsado por las comunidades, destacando los aspectos relevantes de sus culturas, donde se desestimen los prejuicios y la resistencia por los cambios favorables a toda la población por sobre intereses particulares. En este sentido en la II Cumbre Regional de Medicinas Ancestrales de la FENOCIN, se expresó:

“Pero nuestro país tiene mucho camino que recorrer para consolidarse como un país intercultural. Para ello debe no solo renovar sus leyes sino sus instituciones y su tejido social interno. Todo eso supone el impulso de nuevas prácticas culturales. Y para ello el sistema educativo es crucial. Tendremos un avance de la interculturalidad si la ponemos en la base de la reforma educativa global.”²⁸⁵

Este llamado de construcción de la interculturalidad se ha propiciado desde los mismos pueblos indígenas, quienes han ejercido una lucha constante para ser reconocidos, en este caso, Ecuador goza del mérito por la creación del sistema especial de educación indígena bilingüe intercultural. Siendo destacado en la región por esa iniciativa, sin embargo, más allá de los enunciados, debe hacerse un seguimiento a la

²⁸⁵ FENOCIN. II Cumbre Regional de Medicinas Ancestrales 21 y 22 de septiembre 2017 Yachay-Ecuador

aplicación real y efectiva, toda vez que de lo contrario se está proyectando una figura con reconocimiento legal, que en la práctica es inexistente o carece de las herramientas precisas que den preponderancia a los acuerdos establecidos.

En otros aspectos, se tiene que son los mismos individuos quienes deben educarse para que pueda consumarse positivamente esta figura, en el sentido que a lo interno de las comunidades, debe erradicarse todo tipo de discriminación hacia las demás personas, por su origen étnico, su cultura, las costumbres, creencias, en fin, todo lo que conforma la idiosincrasia de una determinada población, si no existe un verdadero respeto desde lo individual hasta lo colectivo, por las minorías, no puede decirse que existe interculturalidad. Es una búsqueda de superación de prejuicios, racismo o desigualdades, por las asimetrías que caracterizan al país, bajo condiciones de igualdad con lo cual se podrá lograr un verdadero desarrollo e integración plena.

Debe efectuarse un proceso dinámico, continuo e indisoluble que relacione la comunicación y enseñanza recíproca, mediante un esfuerzo colectivo para desarrollar las potencialidades de los individuos y grupos con diversidad cultural, con una plataforma sólida cimentada en los valores de respeto, la creatividad; alejándose de acciones particulares o conjuntas que se sostengan en ideologías erróneas, discriminatorias o de desprecio, etnocentrismo, explotación o desigualdad social.

La interculturalidad no se trata solo de tolerancia recíproca, debe existir una conexión ciudadana con las instituciones, siendo estas últimas las garantes de la coexistencia de la diversidad, respecto a la creatividad que debe subsistir. Entonces no basta con el mero reconocimiento de uno y otro, sino que debe asimilarse, que es un beneficio para toda la sociedad, toda vez que se generan espacios para la creación, transformándose al final en una realidad común.

Ahora bien, para la Corte Constitucional de Ecuador, en sentencia 113-14-sep-cc: 12 se estableció el siguiente concepto:

"...más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica".

En este sentido, se puede interpretar que la Corte desvincula al Estado de ciertas responsabilidades al afirmar que la interculturalidad apunta a las relaciones entre los pueblos étnicos con el resto de grupos que hacen vida en la República, al respecto Llásag indica que la relación o articulación posee unas condiciones de: "subordinación colonial, (...) dirigida por un gobierno central, con poderes plenos sobre el territorio nacional y con la democracia sustentada en la ciudadanía única",²⁸⁶ de manera que se reconoce la existencia de los pueblos indígenas ante las leyes, su incorporación a la vida cotidiana con igualdad como ciudadanos de un país, sin embargo no basta con la presencia abstracta de los ordenamientos jurídicos, sino que en muchos casos particulares, lo plasmado en la Constitución y demás cuerpos legislativos no se cumplen a cabalidad, haciendo ineficaz la administración de justicia.

3.1.3. La Plurinacionalidad

Antes de la conquista europea, los pueblos originarios gozaban de una organización social, política, económica e inclusive jurídica, aunque ésta resultara primitiva para los conquistadores, existía y se obligó a sucumbir ante otras costumbres de una cultura diferente, en el caso de las islas caribeñas donde se eliminó totalmente la población aborígen que allí habitaba, siendo suplantada por afrodescendientes quienes fueron esclavizados para cumplir con los intereses de los nuevos ocupantes de las tierras provenientes de España.

Llásag manifiesta: "Los procesos coloniales de exclusión, marginación, exterminio e invisibilización no fueron pacíficos, siempre existieron formas de oposición y resistencia",²⁸⁷ desde la época colonial iniciada a finales del siglo XV en toda América, se mantuvo una reserva respecto al derecho de los pueblos originarios, no es sino hasta el pasado siglo XX que se comienzan a ver vestigios de un reconocimiento hacia los aborígenes, siendo un punto de partida para la inclusión, debido a la resistencia, el cuestionamiento de las políticas existentes, ofrecimiento de propuestas con alternativas exigidas por los mismos indígenas hacia los gobernantes, es así como nace la denominada plurinacionalidad e interculturalidad.

²⁸⁶ LLÁSAG, R. (2014) "*Cuando el derecho sirve para eliminar derechos: Sentencia de la Corte Constitucional, caso La Cocha*" Cuadernos para la interculturalidad 10, Defensoría Pública del Ecuador, p.33.

²⁸⁷ *Ibíd.*, p.30.

Es a partir de 1972, que se da inicio a un proceso de organización indígena, desde su propia perspectiva, conformándose la ECUARUNARI (*Ecuador Runacunapac Riccharimui*), siendo en 1980 la creación de la CONFENIAE (Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía), en este año los grupos indígenas en el Ecuador, alcanzan la mayor expresión con la constitución del CONACNIE (Consejo de Coordinación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador), el cual para el año 1986 pasa a ser la CONAIE (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador).²⁸⁸

Pero no es sino hasta la consagración de la Constitución de 1998, donde se viene a superar la polémica por la multiculturalidad, durante el proceso de redacción se manejó el concepto de Estado plurinacional, y la innovación de la legislación (penal, laboral, educacional) en función de este principio. La Carta Fundamental recolectó todas las propuestas, indicando en su preámbulo: “...consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y cultura...”, este emprendimiento por otorgar garantías indigenistas, favoreciendo en la actualidad a numerosos grupos étnicos, mediante una amplia práctica constitucional que abarca distintos países tales como: Colombia, Brasil, Nicaragua, Venezuela, entre otros, ha afianzado un proceso indetenible en un largo plazo.²⁸⁹

3.1.4. El Buen Vivir

Sobre los nuevos términos contemplados en estas normas constitucionales y leyes, como vivir bien o buen vivir y la Madre Tierra son reiterados en todo el cuerpo normativo de ambos textos. El término “vivir bien” es repetido siete veces en la norma constitucional boliviana y en el caso de Ecuador la Constitución llega a bordar dicho concepto más de una veintena de veces, incluso es contemplado como título²⁹⁰. El buen vivir como ideología ha sido discutida en reiteradas ocasiones, a pesar de ello no ha sido posible conforma una clara definición, así como una base fundamentada y estructurada. Algunos de los criterios expuestos sobre su conceptualización lo han identificado como

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ GREGOR BARIÉ, C. (2003).

²⁹⁰ *Constitución de la República del Ecuador, 2008*. Título II. Derechos, Capítulo II. Derechos del Buen Vivir.

“...una intuición subjetiva, dinámica e imprecisa, vinculada fundamentalmente a los valores humanos”²⁹¹.

En el caso de la norma constitucional boliviana el buen vivir fue tomado en cuenta como un elemento esencial en la refundación del Estado así quedó estipulado en el preámbulo de la Constitución²⁹². El nuevo gobierno se erigió bajo un conjunto de principios y valores, tales como la soberanía, la equidad y la solidaridad, así como la redistribución del producto social, todo ello con el propósito de que se implemente una búsqueda real de “vivir bien”, tal como se reconoce en la norma suprema.

El origen de este término en el marco de las costumbres indígenas proviene de la expresión aymara *suma qamaña*, la cual encuentra un significado similar en la lengua quechua con *sumac kawsay*. Bajo dicho significado se llega a combinar la idea del bienestar material con la convivencia social pacífica, así como el ejercicio del principio de solidaridad mutua. El ejercicio del buen vivir no está enfocado en las riquezas materiales sino en valores como compartir en la comunidad, así se considera en el sistema de vida de los pueblos ancestrales, donde el buen vivir o *suma qamiri* se relaciona a la persona que sabe convivir bien, y que llega a ser acogido por la mayoría y de manera recíproca, es así como en el marco de la comunidad indígena el buen vivir es apreciado en un grupo social mayor y no de forma individual.

El término vivir bien también ha sido considerado como una especie de valor dentro de un engranaje de valores, donde algunos de ellos se supeditan al mismo, ejemplo de ello es el principio de igualdad, la equidad social y la inclusión. Por otro lado, la educación y el modelo económico son asociados con el vivir bien, así se estipula en la norma constitucional boliviana²⁹³. Se incluye la ideología de vivir bien en la organización económica del Estado, bajo una estipulación caracterizada por la flexibilidad, en

²⁹¹ MAMANI, R., MOLINA, W., CHIRINO, F., y SAARESRANTA, T. (2012).

²⁹² *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Preámbulo: el pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y el territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado (...) Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

²⁹³ *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Arts. 80 y 306.

aras de que los ciudadanos emprendan la búsqueda del vivir bien²⁹⁴, en aras de mejorar la calidad de vida.

El “buen vivir” en la norma constitucional ecuatoriana tiene marcadas distinciones respecto a la norma suprema boliviana. En un inicio la Constitución ecuatoriana reconoce el propósito de renovar el Estado y el modo de convivencia de la sociedad, al respecto se señaló lo siguiente: “Nosotras y nosotros, el pueblo soberano de Ecuador (...) decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”²⁹⁵. La ideología del buen vivir fue asociada con elementos de la vida de los pueblos indígenas tales como su sabiduría y filosofía.

El buen vivir significó una reivindicación de carácter histórico hacia las comunidades ancestrales del Ecuador, principalmente como respuesta a las exigencias del movimiento indígena, que manifestó esta ideología dentro de las críticas hacia el sistema de acumulación de riquezas en manos de unos pocos, que predominaba en el país. De esta forma se destacan algunos aspectos sobre el buen vivir dentro de la norma constitucional, que se pueden dividir en cuatro grupos:

1. Derechos y garantías económicas, sociales y culturales en un Capítulo destinado específicamente al “buen vivir”.
2. Sistema económico.
3. Desarrollo y medio ambiente.
4. Rol del Estado y de los ciudadanos.

Respecto al reconocimiento del buen vivir y su estipulación en un capítulo de la norma constitucional ecuatoriana, este término se asocia a un conjunto de derechos de tipo económico, social y cultural, tal es el caso del derecho a la alimentación, el trabajo, la seguridad social, la educación, y otras cuestiones que influyen en el alcance de la concepción del buen vivir. De esta manera se evidencia una perspectiva amplia en la Carta Magna ecuatoriana sobre el buen vivir, ya que abarcó temas como la inclusión y equidad sociales, los recursos naturales y la biodiversidad.

Otro de los temas abordados sobre el buen vivir fue a partir de los requerimientos realizados por los movimientos indígenas en el país. Dichas exigencias estuvieron enmarcadas en fuertes críticas hacia el modelo liberal de mercado, donde como

²⁹⁴ *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Preámbulo.

²⁹⁵ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Preámbulo.

alternativa se llegó a plantear la conformación de un sistema económico de corte social, motivado por el principio de solidaridad donde el ser humano sea tratado como sujeto de derechos, y la producción material esté condicionada en políticas que puedan impulsar el buen vivir²⁹⁶. Se destacan como obligaciones del Estado ecuatoriano impulsar el desarrollo económico del país desde la perspectiva de la sustentabilidad, y principalmente enfocado en el beneficio a lograr hacia las personas y las comunidades ancestrales, y así lleguen a vivir bien²⁹⁷.

Tal y como estipula la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas la norma constitucional ecuatoriana, reconoció la aplicabilidad de un régimen especial de protección hacia las comunidades ancestrales que habitan la Amazonía y un trato diferenciado a la región de las Galápagos debido a su biodiversidad, ambos relacionados además con el buen vivir. Por último, la terminología del buen vivir fue vinculada a roles variados, donde el papel del Estado es trascendental en su alcance. De esta manera el Estado se erige como el principal responsable de trazar las pautas para que la sociedad pueda lograr el buen vivir²⁹⁸.

De lo expuesto se puede agregar que aún persiste una marcada polémica sobre el alcance y la definición del buen vivir/vivir bien. Desde el ámbito internacional este concepto ha demostrado ser un signo que impacta las polémicas que han llegado a surgir entorno al mismo. Los debates sobre el buen vivir han logrado ocupar espacios en el trabajo desempeñado por las organizaciones indígenas y los documentos emitidos por

²⁹⁶ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Art. 283: El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

²⁹⁷ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008., Art. 74.

²⁹⁸ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008., Art. 85: La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. // Art. 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza. 2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo. 3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento. 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos. 5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley. 6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.

organismos internacionales, incluso fue un tema topado en el evento Río +20 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible²⁹⁹. Para lograr un mejor entendimiento respecto a la concepción del buen vivir es necesario tomar en cuenta los textos constitucionales latinoamericanos, específicamente los de Ecuador y Bolivia, ambas normas abarcan ampliamente dicho término, y unido a ello implementaron un conjunto de políticas públicas que lo llegan abordar de manera directa. De tal manera que el buen vivir ha logrado implementarse como una realidad social. El debate y seguimiento de esta novedosa terminología permitirá construir una concepción más enriquecedora del buen vivir en aras de su adecuada materialización.

3.2. El programa constitucional de los derechos colectivos en la Región Andina

Bajo los nuevos parámetros establecidos en algunos países de Latinoamérica, se ha desarrollado una coyuntura política novedosa en la cual la multi-pluri-interculturalidad ha ganado espacio y legitimidad. La nueva coyuntura impulsó el reconocimiento por parte de los Estados de la diversidad étnica y cultural presente en la sociedad, y como muestra de ello se consideró algunos derechos específicos al respecto como es el caso de los derechos colectivos identificativos del sistema de vida de los pueblos indígenas. Todo esto forma parte del surgimiento de un nuevo constitucionalismo multicultural, que está acompañado por un vínculo directo con la ciudadanía étnica o cultural.

La evolución histórica de los derechos humanos ha estado dividida por grupos generacionales. El primer grupo generacional respecto a los derechos humanos se basó en el reconocimiento de los derechos civiles, de las personas, lo cual fue impulsado por dos hechos históricos trascendentales: la independencia de los EE.UU. con la Declaración de los Derechos del Pueblos de Virginia en el año 1776, y la Revolución francesa con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Ambos hechos históricos contribuyeron a declarar, desde una perspectiva individualista derechos como la libertad, la propiedad y la libre expresión de las personas, todos posicionados como derechos de primera generación. Posterior a estos derechos, aparecen los derechos políticos conocidos como de segunda generación.

²⁹⁹ UNCSD. (2012): *Documento final de la Conferencia de Río+20: El futuro que queremos*. Río de Janeiro: UNCSD.

Con el transcurso de los años se desarrolló un fuerte movimiento obrero, y cobró auge una ideología socialista y de izquierda, por lo que, en el Siglo XIX, fueron reconocidos los derechos económicos, sociales y culturales a los ciudadanos, calificados como derechos de tercera segunda generación, y mediante los cuales se trató de promover la igualdad material entre las personas. Posterior a la Segunda Guerra Mundial y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos se persiguió unificar los grupos generacionales de derechos fundamentales.

Los movimientos sociales y la lucha desempeñada en aras de reconocer y garantizar derechos, estuvo también enfocada en la labor ejecutada por las organizaciones indígenas en cuanto a la reivindicación de sus derechos. A consecuencia de la presión ejercida por los pueblos indígenas en el reconocimiento de sus derechos colectivos, la ONU impulsó la aprobación de instrumentos internacionales sobre el tema, además de que incitó a sus propios organismos como la Comisión de Derechos Humanos en conformar grupos de trabajo que laboraran de manera permanente en los temas vinculados a las comunidades indígenas y sus derechos.

Por otro lado, fue aprobado el Convenio 169 de la OIT de 1989, donde los pueblos y nacionalidades indígenas llegan a ser contemplados como sujetos de derechos, lo que además dio lugar a que apareciera un sustrato cultural por el cual se amplifican los derechos humanos y el desarrollo de una nueva filosofía basada en el respeto a los sistemas de vida del ser humano. Es así que surgen los derechos de cuarta generación, relacionados a lo étnico y cultural, y donde se destacan los derechos colectivos. Al constituir derechos humanos de cuarta generación, se erige como un paso de avance en el ámbito histórico donde se logró estipular privilegios grupales sobre los individuales. La incorporación a la legislación de los derechos colectivos, por parte de cada país, ha llegado a generar ciertas inconsistencias que en la actualidad persisten y requieren ser superadas, dichos conflictos se encuentran enfocados principalmente en cuestiones como los límites entre la aplicación del derecho indígena y el derecho ordinario.

Conforme a ello, persiste la polémica en los casos de la “justicia por mano propia”, donde se pone de manifiesto fuertes contradicciones entre el derecho consuetudinario indígena con la inviolabilidad personal de los derechos humanos contemplados en el grupo de primera generación o derechos liberales que le asisten a

cada persona. Las tensiones son mantenidas ante la materialización de una interpretación occidental en materia de leyes, y por otro lado la persistencia de los pueblos indígenas en cuanto al respeto de sus costumbres y prácticas ancestrales, todo ello bajo una norma constitucional que reconoce los derechos colectivos.

Todas estas transformaciones en el ámbito internacional unido a la lucha desarrollada por los pueblos indígenas contribuyeron al reconocimiento de los derechos colectivos en las normas constitucionales de los países de la región andina. Por ejemplo, en Ecuador, el proceso constitucional desarrollado entre los años 1997 y 1998 contó con la participación de representantes de las comunidades indígenas en la conformación del nuevo texto constitucional aprobado en el año 1998, en el cual se destinó un Título completo a los “Derechos Colectivos”. En años posteriores se aprobaría la actual Constitución que recoge de manera más amplia estos derechos.

Dicho reconocimiento tuvo lugar principalmente en aquellos donde la presencia indígena es significativa como Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador, posicionados en la región andina, y donde llegaron a estipular de manera oficial un conjunto de reformas constitucionales, acorde al libreto trazado por las Naciones Unidas, y la OIT, por medio de las recomendaciones estipuladas en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Los derechos reconocidos en el marco constitucional de cada país evidenciaron cierto consenso con los pueblos indígenas y sus exigencias históricas, aunque dicho consenso no ha demostrado una homogeneidad en el tratamiento brindado a estos pueblos ancestrales. A continuación, se analizará el tratamiento brindado a los derechos colectivos contemplados en la norma constitucional de los países de la región andina que poseen una población indígena significativa:

3.2.1. Colombia

La Constitución colombiana reconoce que el Estado tiene la obligación de brindar una protección a la diversidad étnica y cultural que existe en el país³⁰⁰. En el periodo en que la norma constitucional fue aprobada, el reconocimiento de la diversidad cultural fue considerado como un avance positivo y novedoso, uno de los cambios más trascendentales estipulados en la Carta Magna colombiana. El avance constitucional fue

³⁰⁰ *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, 1991, Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

un resultado consecuente con la lucha desarrollada por los movimientos indígenas en territorio colombiano y a manera general en la región latinoamericana.

La contemplación de la multiculturalidad en el ámbito constitucional es un mecanismo real de entendimiento respecto a las variadas formas en que la sociedad puede llegar a ser analizada y entendida. Bajo esta percepción no solo es respaldada la cultura occidental que sustenta las relaciones sociales con una base material, sino que también se llega a lograr respaldar los derechos colectivos. Este respaldo y la regulación de los derechos fundamentales del individuo se fundamentaron en el respeto hacia los pueblos indígenas, su lengua, sus costumbres y creencias, todos elementos que no pueden ser desligados de su sistema de vida en la comunidad.

De esta forma es que son estipulados como principios constitucionales la democracia vinculada al pluralismo y la diversidad étnica, todos ellos constituyen la base de la materialización de la interculturalidad. Las lenguas indígenas se contemplan como un estatuto jurídico en la nación colombiana, ya que se les otorga a los dialectos étnicos el carácter de oficial dentro de los territorios que ocupan las comunidades ancestrales³⁰¹.

En el caso de la educación indígena se estipuló su respeto e impartición acorde a las costumbres existentes en las comunidades indígenas³⁰². Se reconoció como un derecho que los miembros de los pueblos indígenas, les sea impartida una educación acorde a su identidad cultural, o sea, basado en el respeto y el desarrollo de la misma³⁰³. A pesar de contemplar la educación indígena en la norma constitucional colombiana, se destinan pocos artículos en su tratamiento. Solamente se abre la posibilidad de compartir las enseñanzas occidentales con las costumbres ancestrales de estas comunidades, sin llegar a precisar cómo será implementada y cuándo son sus inicios. Cabe agregar que el respeto hacia la identidad cultural puede ser catalogada como forzada en el marco educativo, ya que existe una marcada posición privilegiada de la educación occidental, donde la enseñanza de particulares está dotada de libertades mayores. Incluso en la

³⁰¹ *Constitución Política de Colombia*. 1991, Art. 10: El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios.

³⁰² *Constitución Política de Colombia*. 1991, Art. 10: La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

³⁰³ *Constitución Política de Colombia*. 1991, Art. 68, párrafo quinto: Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

mención a la erradicación del analfabetismo los pueblos indígenas son omitidos en el precepto constitucional donde se reconoce al analfabetismo como un problema a eliminar³⁰⁴.

Como respaldo al reconocimiento de la educación étnica, se destaca el desarrollo en la nación colombiana desde el año 1985 del Programa de Etnoeducación, consecuencia directa de la conformación de un convenio entre el Ministerio de Educación, organismo estatal y organizaciones indígenas, en este caso la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Los fines sujetos a este programa están enfocados en la investigación, la capacitación, producción y evaluación de proyectos para la educación indígena.

Este tipo de políticas fueron implementadas en Colombia a partir del año 1978, no obstante, este programa impulsó la aprobación de varias normas, como: Decreto 1498 de 1986 que estipuló los nombramientos de maestros que trabajarían en las comunidades indígenas, lo cuales no serían sometidos a un proceso de selección por medio de concursos; Decreto 1217 de 1987 mediante el cual los directivos docentes que impartían un nivel básico secundario y medio, no debían poseer un título profesional, en los supuestos que ejercieran en la comunidades indígenas; Decreto 9549 de 1986 en cuyo instrumentó se legalizó el Comité de Lingüística Aborigen y fueron establecidas su funciones respectivas; y por último en el año 1994 se expidió la Ley general de Educación, en la cual fue reconocida la etnoeducación³⁰⁵.

³⁰⁴ *Constitución Política de Colombia*. 1991, Art. 68, último párrafo: La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

³⁰⁵ *Ley General de Educación*. Editorial. Bogotá, 1994.

CAPITULO 3 Educación para grupos étnicos Art. 55. Definición de etnoeducación. Se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones. En funcionamiento las entidades territoriales indígenas se asimilarán a los municipios para efectos de la prestación del servicio público educativo, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 60 de 1993 y de conformidad con lo que disponga la ley de ordenamiento territorial. //

Art. 56. Principios y fines. La educación en los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación establecidos en la integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad. Tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura.

Esta norma legal que rige todo el ámbito educativo en el país contribuyó al reconocimiento formal e implementación de la etnoeducación en respuesta a la Constitución donde se establece el respeto y garantía hacia los pueblos indígenas. El objetivo principal implícito en la Ley General de Educación en lo que respecta a los pueblos indígenas, resulta ser la consolidación de los procesos de identidad, conocimiento, socialización y uso adecuado de los recursos naturales asentados en los territorios de estos pueblos, y el mantenimiento de los sistemas y prácticas comunitarias, el uso de las lenguas ancestrales, y el fortalecimiento de la formación del docente en todos los ámbitos que brinda la cultura colombiana.

Otro aspecto estipulado en la normativa constitucional colombiana es el tema de los regímenes específicos de territorialidad y autonomía de los pueblos indígenas. Al respecto se catalogó como una “entidad territorial”³⁰⁶ a los territorios indígenas, ello trae aparejado la autonomía en la gestión de los intereses dentro del marco que la norma

Art. 57. Lengua materna. En sus respectivos territorios, la enseñanza de los grupos étnicos con tradición lingüística, propia será bilingüe, tomando como fundamento escolar la lengua materna del respectivo grupo, sin detrimento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 21 de la presente Ley.

Art. 58. Formación de educadores para grupos étnicos. El Estado promoverá y fomentará la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos, así como programas sociales de difusión de las mismas. //

Art. 59. Asesorías especializadas. El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional y en concertación con los grupos étnicos prestará asesoría especializada en el desarrollo curricular, en la elaboración de textos y materiales educativos y en la ejecución de programas de investigación y capacitación etnolingüística. //

Art. 60. Intervención de organismos internacionales. No podrá haber injerencia de organismos internacionales, públicos o privados en la educación de los grupos étnicos, sin la aprobación del Ministerio de Educación Nacional y sin el consentimiento de las comunidades interesadas. //

Art. 61. Organizaciones educativas existentes. Las organizaciones de los grupos étnicos que al momento de entrar en vigencia esta Ley se encuentren desarrollando programas o proyectos educativos, podrán continuar dicha labor directamente o mediante convenio con el gobierno respectivo, en todo caso ajustados a los planes educativos regionales y locales. //

Art. 62. Selección de educadores. Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano. // La vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos. El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerá programas especiales para la formación y profesionalización de etnoeducadores o adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta ley y en la Ley 60 de 1993. //

Art. 63. Celebración de contratos. Cuando fuere necesaria la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos, dichos contratos se ajustarán a los procesos, principios y fines de la etnoeducación y su ejecución se hará en concertación con las autoridades de las entidades territoriales indígenas y de los grupos étnicos.

³⁰⁶ *Constitución Política de Colombia*, 1991, Art. 286.

suprema llega a fijar³⁰⁷, lo cual se materializa en los siguientes parámetros: la gobernación con autoridades propias, ejercer las competencias que correspondan, la administración de los recursos y el establecimiento de los tributos requeridos para el cumplimiento de las funciones, e incluso se estipuló la participación en las rentas nacionales³⁰⁸.

Para formalizar la conformación de las entidades territoriales indígenas se establece en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial una serie de cuestiones que regulan su funcionamiento³⁰⁹. Es necesario señalar que esta norma legal fue expedida dos décadas posteriores a la aprobación de la norma constitucional donde se decretaba la autonomía de estos pueblos.

Respecto al reconocimiento de la justicia indígena, la norma constitucional colombiana llega a establecer su ejercicio en su ámbito territorial³¹⁰. De manera expresa se establece el ejercicio de la justicia indígena acorde a sus propias normas y procedimientos. No obstante, este reconocimiento resulta ser limitado solo en el ámbito constitucional, debido a que la justicia indígena se encuentra subordinada al sistema judicial colombiano. El ejercicio de la jurisdicción especial por parte de las autoridades indígenas presenta una barrera en el establecimiento del derecho al proceso jurídico nacional. Esto significa que toda medida o accionar jurídico desde las comunidades indígenas estarán sujetos a principios como la legalidad, la presunción de inocencia, a la competencia de un juez, entre otros. Si bien el Estado colombiano planteó la existencia de una justicia indígena y la respectiva protección a la identidad cultural y diversidad étnica, en la práctica no existe un reconocimiento real del pluralismo jurídico.

De esta manera se puede afirmar que existe en Colombia un reconocimiento teórico de la justicia indígena donde existe una simple referencia a la juridicidad indígena, sin establecer algún argumento referido a la facultad de generar derecho. La carencia de un consenso real con relación al ejercicio del derecho indígena ha

³⁰⁷ *Constitución Política de Colombia*, 1991, Art. 287

³⁰⁸ *Constitución Política de Colombia*, 1991.

³⁰⁹ *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial*, 2011, Art. 3.- Principios rectores del ordenamiento territorial. Son principios del proceso de ordenamiento territorial, entre otros, los siguientes: 17. Multietnicidad. Para que los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, los raizales y la población ROM ejerzan su derecho de planeación y gestión dentro de la entidad territorial respectiva en armonía y concordancia con las demás comunidades y entidades territoriales

³¹⁰ *Constitución Política de Colombia*, 1991, Arts. 246 y 247.

encontrado sus respectivas barreras en argumentos como la consideración de Colombia como un República unitaria, donde el Estado se encuentra sujeto a una serie de responsabilidades y obligaciones en atención a los propios fines contemplados en la norma suprema. Se manifiesta dentro del gobierno decisiones y políticas que impulsan un modelo monopolizado y centralista, por lo que es excluida cualquier fuente alternativa de derecho, lo cual incluye el derecho indígena, por lo que la posible actividad en las localidades o comunidades indígenas llega a ser opacada por el poder central.

3.2.2. Perú

En el caso de Perú se evidencia un país multicultural donde la población indígena tiene un número significativo dentro de la sociedad peruana. La norma constitucional peruana que rige en la actualidad, en el periodo que fue aprobada tuvo una importante trascendencia para la nación al reconocer por vez primera el carácter multiétnico y pluricultural del Estado peruano. Este avance significó la concientización del derecho a la diferencia, a la cultura diversa y el pertenecer a una misma sociedad con un idioma o lengua propia, así como valores que no llegan a ser de total comprensión por la totalidad de la sociedad.

En la norma constitucional llega a contemplarse la interculturalidad como un derecho inherente a toda persona, este es relacionado a la identidad étnica y cultural³¹¹, por lo que el Estado tiene la responsabilidad de proteger este tipo de derechos. La interculturalidad se erige como una parte fundamental dentro de un modelo pedagógico, este a la vez está relacionado con las cuestiones sociales y culturales de una sociedad donde impera la pluriculturalidad. Es por ello que, en el proceso de aprendizaje debe estar plasmado aquellas experiencias que brinda la identidad cultural. No obstante, la pluriculturalidad es tratada desde una perspectiva unilateral.

La lengua indígena y su reconocimiento trajo como consecuencia el otorgamiento de cierto estatuto jurídico, ello se reflejó en la equiparación de las lenguas ancestrales con la oficialidad del idioma castellano³¹². La sociedad peruana puede ser

³¹¹ *Constitución Política del Perú*, 1993, Art. 2, numeral 19: A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

³¹² *Constitución Política del Perú*, 1993, Art. 2, numeral 19, párrafo segundo: Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este

catalogada como multilingüe lo cual responde a la pluriculturalidad que presenta. Esto llega a generar un efecto dinámico, donde las personas llegan a ser bilingües, e incluso en algunas regiones del país el español resulta ser segunda lengua. No obstante, en las zonas urbanas persiste el castellano como idioma oficial y no son practicadas otras lenguas, mientras que otras zonas del país son propensas al multilingüismo.

En el ámbito educativo, se reconoce en la norma constitucional, como un objetivo garantizar una oferta pluricultural en la educación, lo cual incluye a la educación bilingüe e intercultural, acorde a las características presentes en cada región. Se destaca además el interés por preservar las diversas manifestaciones culturales que existen en el país³¹³. Los inicios de algunos proyectos que marcaron la materialización de una educación bilingüe e inclusiva en Perú tuvieron sus inicios en la década de los años ochenta del siglo pasado, algunas de las principales propuestas fueron las siguientes: proyecto experimental de educación bilingüe de Puno; el programa de educación bilingüe intercultural de la lengua quechua; el proyecto de educación bilingüe e intercultural en el territorio de Río Tambo; el proyecto de educación bilingüe e intercultural del Alto Napo, por solo mencionar algunos de estos proyectos.

La financiación de estos proyectos estuvo en manos de organizaciones privadas, agencias gubernamentales y no gubernamentales, de índole internacional, principalmente el respaldo estuvo dirigido al aspecto técnico. Posteriormente en la década de los noventa se implementó una reforma en el sistema educativo, bajo el denominado Plan de Desarrollo de la Educación 1995-2010.

En este programa el Ministerio de Educación desarrolló la modalidad de la interculturalidad y la enseñanza bilingüe, acorde a las recomendaciones establecidas en

mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad. // Art. 48: Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

³¹³ *Constitución Política del Perú*, 1993, Art. 17: La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación. Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa. El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera. El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.

el texto constitucional peruano. El sistema de educación bilingüe contribuyó a exhortar a los pueblos indígenas al acercamiento hacia otras culturas, así como la cultura dominante en la sociedad. A modo general este plan educativo intercultural y bilingüe trató de establecer igualdad de oportunidades a todas las personas en aras de erradicar el analfabetismo, en ello se basó la estrategia general de dicho programa.

No obstante, como todo programa que parte de la dirección de un organismo gubernamental, es desarrollado bajo parámetros institucionales, se manifestó una fuerte tendencia a la unilateralidad que no fomenta en la cultura dominante la conformación de vínculos que fomenten la interculturalidad. Ello evidenció que a pesar de los preceptos constitucionales donde se reconoce una educación concordante con la realidad multicultural que presenta el Perú, no se ejecutaron políticas efectivas para lograr dicho objetivo. Es por ello que se catalogó al sistema educativo peruano como desvinculado de las necesidades reales de la sociedad peruana y su variada cultura, por lo que no ha llegado a superarse los prejuicios étnicos hacia la educación bilingüe y la cultura de las comunidades indígenas, a pesar de la construcción de todo un discurso favorable a la interculturalidad.

En cuanto a los regímenes específicos de territorialidad y autonomía sobre los pueblos indígenas la Constitución peruana otorga a estas comunidades personalidad jurídica y por lo tanto existencia legal, además de autonomía en cuanto a su organización, uso y disposición de sus tierras, así como ciertas potestades económicas y administrativas³¹⁴.

Este reconocimiento fue materializado a partir de las exigencias de los pueblos indígenas y la concepción de estos sobre el territorio. Respecto al territorio los pueblos indígenas lo llegan a concebir como la totalidad de su hábitat, integrado desde dos puntos de vista, el primero relacionado al marco geográfico donde el territorio abarca la

³¹⁴ *Constitución Política del Perú*, 1993, Art. 89: Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

superficie terrestre, las agua y el subsuelo, y como segundo aspecto se encuentra el ámbito cultural, que significa el espacio donde la costumbre se asienta y reproduce³¹⁵.

El derecho indígena o derecho consuetudinario en la Constitución peruana es reconocido al permitir funciones jurisdiccionales a las comunidades indígenas, dentro de su ámbito territorial, y como límite a la ejecución de la jurisdicción indígena se presentan los derechos fundamentales de la persona. La coordinación es otro elemento implícito en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, la cual se pone de manifiesto con los denominados juzgados de paz y el resto de organismos que integran la función judicial³¹⁶. En Perú, aunque se haya reconocido el derecho consuetudinario en la norma constitucional, persiste la necesidad de que la legislación nacional y los órganos de administración de justicia, tomen en consideración las costumbres indígenas o el derecho consuetudinario en la aplicación de la justicia, donde impera el paradigma del derecho occidental, donde en la práctica no existe la reglamentación que permita coordinar ambas jurisdicciones.

3.2.3. Bolivia y Ecuador

Como estados plurinacionales el derecho indígena en estos dos países va más allá de su simple reconocimiento en la normativa constitucional. La Constitución ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009, evidenciaron un paso de avance respecto al derecho indígena, que va más allá de su simple reconocimiento. Ambos textos constitucionales contemplaron la autonomía de las jurisdicciones indígenas, y el establecimiento de su equiparación con el derecho ordinario estatal.

Estas cuestiones y la manera en que fueron adoptadas estuvieron, en principio, equiparadas con las intenciones del constituyente en descolonizar definitivamente ambas naciones, en vez de reconocer solamente al derecho indígena dentro del ámbito legal existente, donde existe la subordinación del derecho indígena a los marcos legales establecidos por el derecho estatal no indígena. En el texto constitucional boliviano se

³¹⁵ Comisión organizadora de la consulta indígena sobre la reforma constitucional en el Perú. (2003).

³¹⁶ *Constitución Política del Perú*, 1993. Art.149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, 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. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

llega a establecer una igualdad de jerarquía entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria³¹⁷.

Posteriormente en el mes de junio del año 2010, en la nación boliviana fue aprobada una ley destinada al órgano judicial, en la cual fueron establecidas las bases del sistema nacional de justicia y las respectivas reformas dentro del sistema con el propósito de reflejar la naturaleza plurinacional del Estado decretada en la norma constitucional³¹⁸. Con esta medida se tenía como fin otorgar garantías a los pueblos indígenas en cuanto a su autodeterminación, la autonomía y el autogobierno, elementos reconocidos en la norma suprema e instrumentos internacionales como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT. Como complemento a esta normativa fue aprobada la Ley de Deslinde Jurisdiccional, promulgada en diciembre de 2010, donde fueron fijados mecanismos de cooperación, coordinación y complementariedad entre las distintas formas en Derecho y se estableció el compromiso del Estado en contribuir a que el derecho indígena ganara en fortaleza e igualdad, además del respeto mutuo entre ambas jurisdicciones³¹⁹.

La normativa aprobada recibió algunas críticas de las organizaciones indígenas, las cuales consideraron que este conjunto de normas subordinaba el derecho indígena al derecho ordinario estatal, ejemplo de ello el ejercicio de la jurisdicción indígena en las zonas rurales. Otro aspecto que señalar fue la aprobación de la ley que creó el Tribunal Constitucional Plurinacional, el principal objetivo de este nuevo órgano de justicia era resolver aquellos conflictos suscitados sobre la competencia que ostentan las distintas jurisdicciones que forman parte del sistema legal boliviano.

Las decisiones adoptadas por el nuevo órgano constitucional tendrían como base los argumentos interculturales emitidos por jueces de ambas jurisdicciones. En un inicio se trató de establecer cierta paridad entre los jueces de la jurisdicción ordinaria y aquellos de la jurisdicción indígena, propuesta que recibieron fuertes críticas, ya que el indígena no poseía respaldo profesional o acreditación, condición que está reflejada en

³¹⁷ *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Art. 179, numeral 2: La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

³¹⁸ *Ley del Órgano Judicial*, 2010, Arts. 5 y 6.

³¹⁹ *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, 2010. Art. 1.

la ley como una exigencia en el ejercicio del derecho, elemento que demuestra la supremacía de las características occidentales del Derecho.

Respecto a la Constitución ecuatoriana del 2008, en esta norma se reconocieron los derechos de las comunidades indígenas³²⁰ y la jurisdicción de estos pueblos³²¹. Con el transcurso de los años, específicamente en el 2011 fue propuesta en el órgano legislativo un proyecto de ley en materia de cooperación y coordinación entre la justicia indígena y el derecho ordinario, este proyecto recibió una fuerte oposición por parte de los miembros no indígenas de la Asamblea Nacional. Otro de los temas tratados fue respecto a la preocupación de las sanciones que eran interpuestas en la práctica de la justicia indígena y los mecanismos para garantizar los derechos humanos constitucionales e internacionales.

Por otro parte emergieron preocupaciones respecto a la limitación de la justicia indígena y su subordinación al sistema legal ordinario. En el tema de la jurisdicción este proyecto de ley llegó a proponer que la justicia indígena fuera aplicada a personas indígenas y no indígenas solo dentro de las zonas indígenas. Esta propuesta demostró coincidencia con los parámetros establecidos en la norma boliviana, o sea la Ley de Deslinde Jurisdiccional en la cual se reconoce que la ley indígena es aplicable a las personas indígenas y no indígenas dentro del territorio indígena, y respecto a aquellos actos que ocasionen perjuicio a los intereses de las comunidades indígenas.

Acorde a lo aquí expresado, ambos países poseen una fuerte oposición y resistencia al ejercicio de los derechos que representan el ejercicio de la autonomía indígena, además de que la nueva normativa no ha sido totalmente puesta en práctica. A pesar de estos obstáculos en la región andina se evidencia una orientación hacia el fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena y la conformación de parámetros específicos para alcanzar su legalidad frente a la jurisdicción ordinaria.

Como conclusión parcial se puede afirmar que la adopción de constituciones multiculturales y posteriormente plurinacionales en la región latinoamericana ha significado un importante desafío ante los estigmas occidentales que rigen en el Derecho, posición dominante en gran parte de los países de la región, desde la

³²⁰ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Art. 57.

³²¹ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 171.

conformación de las repúblicas. El pluralismo legal cobro auge en su reconocimiento en las normas constitucionales latinoamericanas, sin embargo, esto no influyó en un cambio de aptitud en los profesionales del derecho y las élites de poder. No se ha alcanzado una homogeneidad en la región andina en cuanto al desarrollo y práctica del derecho indígena, prevaleciendo el sistema de derecho occidental.

3.3. Principios y formas jurídicas de la justicia indígena: ¿existe un debido proceso ideal?

En lo que respecta al debido proceso y su perspectiva en torno a la definición intercultural del mismo, se mantiene un debate álgido, principalmente a la hora de establecer si el derecho indígena ofrece o no los mecanismos de defensa de los presuntos infractores. Primeramente, hay que señalar en qué consiste el debido proceso, el mismo persigue asegurar la observancia y respeto de los principios y normas procesales, los cuales están orientados a la efectiva vigencia del derecho sustantivo y la normativa procesal. Es por ello que el debido proceso tiene como fundamentación perseguir una recta administración de justicia y a la vez tutelar a la ciudadanía ante cualquier acción u omisión que promueva la inseguridad jurídica, la dilación injustificada de determinado proceso, las ilegalidades, la parcialización, la ineficacia, el autoritarismo, por solo destacar algunos, donde la aplicabilidad del debido proceso llega a garantizar el efectivo goce de los derechos fundamentales.

En la doctrina jurídica se identifica al Estado Constitucional con determinada estructura en derechos y garantías, y con ello el objetivo principal de este tipo de Estado pueda ser cumplido, o sea, tutelar la dignidad del individuo, acorde al criterio de Ferrajoli "...el Estado supera la barrera infranqueable de la división tradicional de los derechos y promueve su interdependencia"³²². En el supuesto de los derechos fundamentales que son concebidos como principio y fin dentro de todo Estado Constitucional, y que contribuyen directamente a la defensa del individuo como ser social y persona humana, estos constituyen la base que establece los límites entre los poderes público y privado. En este sentido el debido proceso actúa como el nexo entre la concepción abstracta del derecho y la práctica jurisdiccional. En la norma

³²² FERRAJOLI, L. (2000: 39).

constitucional ecuatoriana el debido proceso ha sido catalogado como un derecho fundamental³²³.

El debido proceso ha llegado a ser considerado por algunos autores tal es el caso de Colombo Campbell, como un elemento que cumple de manera integral una función garante y estándar en todo proceso respecto a la actuación que es ejecutada por los operadores del derecho, y a modo general toda autoridad de índole administrativa³²⁴. Según las ideas expuestas el debido proceso está acompañado del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales que tienen un carácter procesal, y que integran un conjunto de garantías reconocidas como derechos de goce. En el desarrollo del debido proceso se evidencian tres etapas³²⁵, estas son:

- a) En la primera etapa el debido proceso fue tratado como un principio legal, al cual le fue atribuido un valor y efecto constitucionales. Aunque no se elevó a un rango constitucional los procedimientos preestablecidos, se estableció la imperatividad de la existencia de estos procesos en la ley formal. En esta etapa tuvo una marcada influencia las prácticas legales británica y norteamericana, a partir del contenido reflejado en la norma constitucional inglesa emitida por el Rey Juan I de Inglaterra, en cuyo texto se estableció que el ejercicio de los derechos fundamentales no podía ser ejecutado de cualquier manera, sino que estaría sujeto a una resolución judicial basada en los preceptos legales del ordenamiento jurídico que rigiera.
- b) Otra de las etapas identificativas del debido proceso es la que se relaciona con la insuficiencia del mismo, dicha característica está asociada al carácter meramente formal del debido proceso. Debido a ello, se le atribuyó rango constitucional, en cuyo contexto el debido proceso no es contemplado solo en la ley formal, sino que el contenido implícito en este derecho debía transformarse en una garantía extensiva a un conjunto de

³²³ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. // Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...).

³²⁴ COLOMBO CAMPBELL, J. (2004: 157-250).

³²⁵ GARCÍA CHÁVARRI, A. (2011: 309-320).

principios que fomentaran la protección del ser humano, frente a diversas situaciones como la arbitrariedad, derivada tanto de actores públicos como privados.

- c) La última etapa del desarrollo del debido proceso se vincula a la tradición jurisprudencial anglosajona, la cual extendió la definición del debido proceso hacia un debido proceso sustancial. Al respecto el órgano de justicia de los EE.UU llegó a determinar la salvaguarda del debido proceso relacionado al principio de razonabilidad de las leyes, actos públicos y privados. Ello significó que todo procedimiento judicial debía estar sujeto a las normas o preceptos constitucionales y además al sentido de justicia implícito en el contenido de la norma suprema con el objetivo de velar por los derechos fundamentales reconocidos en la misma.

En este contexto aquí analizado el debido procesado se ha desarrollado en tres grandes aspectos, o sea, el debido proceso legal donde existe la necesidad de que todo proceso judicial debe ser concluido por medio de una sentencia, donde la persona demandada tienen el derecho de expresarse y ser oído; otro aspecto es el debido proceso constitucional que es catalogado como una garantía establecida en el texto constitucional y que incluye una serie de principios y normas dirigidas a tutelar los derechos fundamentales de las personas; y por último el debido proceso sustancial que alcanza el reconocimiento constitucional del principio de razonabilidad donde el debido proceso se erige como un mecanismo en la administración de justicia y como un fin de todo proceso. Conforme a esto el debido proceso es un requisito *sine qua non* en la realización de la justicia.

Con respecto al derecho indígena y la administración de la justicia acorde a sus costumbres el principio del debido proceso ha desatado varias posiciones y debates. Los pueblos y nacionalidades indígenas, al funcionar como una colectividad, poseen derechos que se alejan de las arraigadas concepciones estipuladas por la doctrina jurídica occidental. Dicho de otra manera, no son derechos concebidos a criterios que se manejan en la actualidad, ya que se asocia con la costumbre jurídica o derecho consuetudinario, el cual ha posibilitado a estas comunidades su normal desarrollo y el control social efectivo de su sistema de vida. Asimismo, la administración de justicia indígena obedece a una serie de formas o principios que pueden generar cierta polémica

en la aplicabilidad “adecuada” del debido proceso. A continuación, se analizan estos elementos³²⁶:

3.3.1. Comunidad

Sobre la comunidad se puede decir que esta no solo constituye un espacio de índole físico o territorial, tampoco es exclusivamente una simple suma de individualidades; por lo que la comunidad refleja autoridad, organización, poder, solidaridad, vida y supervivencia. De esta forma cuando se analiza la comunidad, la misma está formada por un grupo de personas, en este caso descendientes de indígenas, cuyos ancestros originarios de América habitaron el continente antes de la conquista europea. En otras palabras, se puede afirmar que la identidad histórica de las comunidades indígenas es milenaria.

Es importante señalar que dentro de las características que identifican a las comunidades ancestrales no solo importa el color de la piel o sus rasgos biológicos, es decir que simplemente no son tomados en cuenta los lazos consanguíneos para determinar la identidad indígena, sino que prevalece la identidad subjetiva del individuo para determinar si se es indígena o no. Otro aspecto que se destaca en la histórica del individuo que lo llegue a vincular con la identidad subjetiva y a la vez con la comunidad indígena, y todo ello conlleva su adhesión a las tradiciones ancestrales y el compromiso con su pueblo.

A modo general se puede resaltar que la comunidad comprende las comunas, recintos pueblos y nacionalidades indígenas. En el Ecuador se han sido identificadas catorce nacionalidades y 18 pueblos ancestrales, una gran parte de los mismos habitan en la Amazonía ecuatoriana, y una de las que poseen una mayor cantidad de miembros es la nacionalidad kichwa, la cual radica en la sierra ecuatoriana. (Ver Anexo No. 3)

3.3.2. Autoridad

En este caso el pueblo indígena no constituye una entidad abstracta, ya que el solo hecho de representar una comunidad repercute en ser catalogada como una autoridad viva, ya que los colectivos indígenas son seres vivos, con profundos y

³²⁶ TRUJILLO CASTILLO, S. (2011): *La justicia indígena*. Quito: FLACSO.

antiguos saberes, que poseen sentimientos y que la comunidad se erige como un vínculo consanguíneo, además de las relaciones sociales, políticas, culturales, filosóficas y espirituales. La articulación que existe dentro de la comunidad ancestral está determinada por la existencia de una autoridad que a su vez forma parte de una institución pluripersonal, presente en cada pueblo con una serie de potestades expresas y que son abaladas por la propia comunidad.

Desde el seno de la familia la autoridad se encuentra reflejada en la madre o el padre, y su la familia es extensa y existe nietos y bisnietos, pues entonces los abuelos ejercen la autoridad, es decir que la figura del anciano irradia sabiduría y por lo tanto respeto, además que se posee un gran afecto hacia él. Cabe destacar que en otros pueblos indígenas existe la figura del presidente de la comunidad, en el cual recae la autoridad o síndico, y cuando existen una serie de conflictos considerados mayores surge una autoridad de carácter pluripersonal, ejemplo de ello es el cabildo, reconocido como un directivo superior dentro de la comunidad. Otra figura es la presencia de un consejo de gobierno, cuya entidad de manera colectiva llega a impartir justicia.

Por otro lado, existen situaciones en las que se elige un tipo de comisión jurídica, que posee la responsabilidad de brindar una solución a los conflictos suscitados. Esta comisión también tiene un papel auxiliador, es decir que acorde a la diversidad de características presentes en cada comunidad indígena estos entes aquí mencionados desarrollarán un papel determinando. No obstante, en aquellos actos donde exista un homicidio o una violación, por citar algún ejemplo, la asamblea general, como autoridad máxima deberá proveer la justicia correspondiente, así como el ejercicio de defensa de la persona acusada.

3.3.3. La Legislación

El derecho indígena y la amplitud de factores que lo identifican posee un conjunto de preceptos milenarios que ya han sido señalados con anterioridad, tales como la colectividad, proporcionalidad, reciprocidad, entre otros. Los elementos aquí mencionados son materializados dentro de la comunidad ancestral, sin distinciones o privilegios. En este sentido algunas conductas y acciones han sido modificadas a raíz de demandas sociales surgidas y las cuales se han visto reflejadas en consensos y acuerdos desarrollados en la propia comunidad indígena. Unido a esto existe una compleja

relación entre la comunidad indígena, la sociedad y el Estado, ya que en el transcurso de la historia los pueblos ancestrales han sido discriminados e ignorados.

Dentro de estas acciones negativas practicadas hacia las comunidades ancestrales se ha evidenciado el juzgamiento como ilegales e ilegítimos de los actos emanados de la propia comunidad, por medio de la imposición de la justicia ordinaria, considerada como la única que tenía validez absoluta. En este sentido llegó a plantearse que los pueblos originarios no podían tener un status “privilegiado”, sin tomar en cuenta que poseen una cultura propia, una historia, lo que incluye un derecho propio. Durante mucho tiempo se trató de insertar a los pueblos indígenas en los moldes de la sociedad controlada por los blancos y en un sistema de derecho ordinario, donde la subordinación del sistema jurídico indígena respecto al derecho ordinario y positivo contribuyó a generar variados conflictos y estados de crisis dentro de la comunidad indígena. Por lo que la legislación ordinaria no se ha caracterizado por respetar del todo la existencia del derecho indígena y su sistema de administración de justicia.

3.3.4. Los Correctivos

Cuando dentro de una sociedad es afectado el equilibrio que la caracteriza para su adecuado funcionamiento, según estudiosos del tema se trata de la existencia de una “...enfermedad social, donde se destaca la patología social del delincuente y su repercusión en la sociedad”³²⁷; para contrarrestar este mal, por ejemplo, en la comunidad indígena, se destaca que el sistema que rige en cuanto a la convivencia se basa en la armonía, y resulta ser alentada por las autoridades comunitarias. Dicha autoridad se evidencia en un inicio en el papel que desempeña la mujer en la crianza de su hijo, o sea, la responsabilidad que posee; las madres han sido reconocidas de una forma representativa como “maestras de la vida” dentro de la comunidad indígena, y son las que preparan al wawa (niño) para que inicie sus primeros pasos en la vida social y comunitaria. A partir de estas enseñanzas el niño en crecimiento aprende a ser solidario, honesto, realiza quehaceres diarios. También existen las prevenciones, que en el caso de ser violadas y con ello se contribuya a afectar la armonía social resulta necesario corregir dicha situación de una forma simbólica. En otras ocasiones los correctivos están relacionados con la gravedad del hecho, pero siempre estará presente

³²⁷ BORDAS MARTÍNEZ, J., BAEZA LÓPEZ, J. C., y ALBA FIGUERO, C. (2011: 262).

las reflexiones y los consejos para contribuir con la redención de la persona que cometió la infracción.

En este caso, es decir dentro del derecho indígena existen normas correctivas que responden a un sistema de simbologías, que tiene como propósito principal devolver el equilibrio social imperante en la comunidad ancestral. Este sistema responde a la curación espiritual, la compensación y la adhesión, por lo que es evitada la materialización de sanciones penitenciarias y con ello la privación de la libertad. La justicia indígena se caracteriza por no poseer instituciones carcelarias, ya que el fin correctivo no es la imposición de una pena, el sufrimiento y la venganza, sino que se tiene como fin para la persona que infringió las leyes comunitarias el restablecimiento y reencuentro con la comunidad y su inserción en la misma.

De igual modo la polémica entre la administración de justicia indígena y el debido proceso abarca también la naturaleza, severidad e interpretación de las sanciones impuestas por el sistema de justicia indígena. Este tipo de sanciones de manera habitual, van desde una sanción pecuniaria a los castigos físicos, ejemplo de estos últimos son los azotes, el trabajo comunitario, breves periodos de detención o incluso la expulsión de los afectados y sus familiares de la comunidad donde residen. Aquellos que demuestran una oposición al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas han sostenido que otorgarle autonomía a la ejecución de la justicia indígena de base comunitaria trae aparejado la legalización de la tortura y de otras prácticas que contribuyen una violación de los derechos humanos³²⁸.

Es necesario recalcar que este conjunto de críticas demuestra una tendencia a considerar que el derecho indígena es inmutable o fijo, aunque por otra parte los actos de reconocimiento ejecutados por los estados y por los instrumentos internacionales de derechos han llegado a modificar la naturaleza de los sistemas de justicia indígenas. Por ejemplo, en Ecuador se ha demostrado que algunas comunidades han adoptado medidas donde se limita la severidad en la ejecución de los castigos físicos aplicados a los

³²⁸ Algunos medios de comunicación han criticado la autonomía indígena y la han considerado como contraria a los derechos de las personas, principalmente de las mujeres. Véase Noticias Caracol, 2 de octubre de 2011. *Mujeres indígenas cuestionan la justicia de su comunidad*. Obtenido de <https://noticias.caracoltv.com/septimo-dia/mujeres-indigenas-cuestionan-la-justicia-de-su-comunidad>, consultado el 23 de octubre de 2017.

infractores³²⁹. Al mismo tiempo se evidencian datos que reflejan el endurecimiento de las sanciones en otras comunidades, como una respuesta a las percepciones de inseguridad creciente, lo cual ha incluido el uso de formas más severas de castigo corporal contra el supuesto delincuente.

Hay que mencionar, además, la creciente ineficiencia e incapacidad de los sistemas oficiales de justicia en garantizar una tutela judicial y efectiva seguridad a toda la población, y específicamente a los grupos sociales menos favorecidos; como resultado se han producido actos violentos y arbitrarios, ejemplo linchamientos, debido a los índices elevados de criminalidad. Estas prácticas o modalidades colectivas que se identifican con una especie de violencia justiciera no representan al derecho indígena, tal como se ha llegado a afirmar por parte de detractores. Las evidencias han demostrado que en los territorios donde el sistema de justicia indígena es vigoroso la violencia es excepcional. De ahí que no puede enmarcarse la concepción del debido proceso de la doctrina jurídica occidental como el mecanismo idóneo para alcanzar la justicia, sino que además el derecho indígena podría reflejar de igual manera mecanismos efectivos para solucionar conflictos, que no deberían ser percibidos como violatorios de los derechos humanos.

3.4. La reincorporación simbólica a la comunidad y los imaginarios “penales” sobre el castigo

En el imaginario jurídico desarrollado durante el Estado moderno, el incumplimiento de una norma que tipifica determinada acción u omisión y que forma parte del ordenamiento jurídico, trae como consecuencia la imposición de determinada sanción o pena a la persona que la incumplió o infractora. Sobre este tema se ha estipulado en la doctrina jurídica por parte de Hinkelammert, que: “...la norma es asegurada por su violación en relación con aquel que la violó. Que la norma sea violable frente a aquél que la viola, es consustancial a la existencia de cualquier norma”³³⁰. La percepción del autor puede resumirse en quien genera un mal social que está regulado por el principio de legalidad, se le debe aplicar una sanción.

³²⁹ GARCÍA SERRANO, F. (2009: 105-167).

³³⁰ HINKELAMMERT, F. (1992: 135).

Es así como en el ámbito de la función que cumple una sanción o pena, esta consiste en un juicio negativo y que encierra una desvaloración ética-cultural y pública respecto a quién es culpable y causante de una lesión o daño hacia determinado derecho. En el marco de análisis de los derechos humanos, la persona que provoque una agresión a determinado derecho ejemplo la libertad o la vida de otro, desde el espacio de actuación de la institucionalidad, el infractor puede ser privado legítimamente de la libertad, en el supuesto de que la sanción sea la prisión, e incluso le puede ser aplicada la pena de muerte.

Del mismo modo se ha considerado al Derecho como una técnica social que intenta que el individuo se abstenga de interferir por medio de la fuerza en los intereses de terceros. En el supuesto de que la interferencia llegue a producirse, la comunidad legal reacciona con un accionar semejante, es decir, interfiere en los intereses de la persona infractora y responsable. Mediante el uso de la fuerza es aplicada una medida de carácter coercitivo que juega un papel sancionador. De esta manera el Derecho se erige como un orden, acorde al cual el uso de la fuerza es prohibido y catalogado como delito, y como condición, pero llega a ser permitido como sanción. Ante una misma acción, es establecido un esquema camuflado por parte del poder político y jurídico, en el cual puede ser considerada delito o sanción por medio de la imputación³³¹.

A pesar de que se ha llegado a estipular que los fines de la pena pueden abarcar parámetros represivos, o una prevención negativa que implica intimidación, por otra parte, se reconoce una prevención positiva que instaura confianza en el Estado de Derecho. Además, existen otras diferencias que han sido aclaradas en la doctrina penal y jurídica, las cual consisten en que:

“... no se trata solo la de subrayar que el Derecho penal actúa una vez que fracasa la sociabilidad humana de respeto y solidaridad, y que es el último recurso desde la lógica sancionadora y punitiva, sino que la secuencia crimen-castigo cuando se normaliza epistémica e institucionalmente, además de mantener la lógica arcaica del talión, puede esconder tanto una abstracción trascendental de las demandas específicas de todos los seres humanos, entendidos como sujetos concretos, con

³³¹ KELSEN, H. (1992).

*nombres y apellidos, que las postulan y reclaman, como una absolutización de las concreciones históricas en que encarnan esos reclamos*³³².

A partir de estas distinciones las consecuencias reflejadas descansan en la exclusión, discriminación y aniquilación de aquellos colectivos que emiten algún tipo de cuestionamiento hacia el sistema establecido, lo cual es un reflejo de la forma de entendimiento hegemónico respecto a la división social e internacional, así como las divisiones culturales, étnicas, raciales y sexuales que existen en la construcción de las relaciones humanas. En el caso de las normas concretas, cuando determinada persona es penalizada bajo criterios donde se expone que ha violentado la ley y posee responsabilidad por lo que puede ser imputada por el acto cometido, no resulta suficiente prohibir o castigar, sino que también debe permitirse la defensa del imputado ya que constituye un sujeto de derechos, y así evitar cualquier tipo de maltrato o lesiones, sacrificios y eliminación de derechos, tanto de la persona que es penalizada como de todo aquel individuo que llega a caer en los engranajes del sistema penal y es sometido a determinado proceso, condenado y victimizado.

Del mismo modo se debe intentar reducir la negatividad en la aplicabilidad de las normas donde a las personas se les trata como objetos, lo cual va en contra de su condición de sujetos dignos. Se trata de enfrentar los problemas estructurales que afectan al Derecho con relación a que toda intervención del sistema penal tiene muestras de violencia para aquellos que se ven afectados, incluso estas personas presentan patrones similares como misma clase, raza y género. Esto tiene como fin que desaparezca la dimensión mecánica y sancionadora, presente en el ámbito institucional y que posee cierto esquematismo.

En lo que respecta a la aplicabilidad de las penas en la resolución de los conflictos ante la vulneración de una norma, el proceso demanda una tutela jurisdiccional, la cual constituye una prerrogativa básica en los sistemas de justicia. Esta facultad de sancionar e imponer penas resulta inherente a la facultad de impartir “justicia”. Todas aquellas formas que contribuyen a la regulación de los conflictos traen aparejado el ejercicio legal y por lo tanto permitido de la sanción y/o el castigo. En el supuesto específico de la jurisdicción indígena y sus sistemas de derecho propios, existe

³³² SOLÓRZANO ALFARO, N. J. (2007: 197).

esta facultad sancionadora, que es ejercida de manera diversa en la resolución de determinado conflicto en cada territorio.

El reconocimiento de la jurisdicción indígena tanto en el marco del derecho internacional como en los ordenamientos jurídicos de países de la región latinoamericana implica la capacidad que posee dicha jurisdicción especial para juzgar y establecer sanciones. La imposición de la pena por medio de esta jurisdicción especial encuentra sus límites en la propia norma constitucional de cada país que la reconoce, sujeta fundamentalmente al respeto y garantía de los derechos humanos.

La jurisdicción indígena comprende la capacidad de conocer, de juzgar y la capacidad del ejercicio de la violencia legítima, ya que, al constituir un sistema de justicia propio, e instituciones de control social, así como un ente de composición de conflictos, son empleadas diversos mecanismos de coerción que permiten establecer las decisiones frente aquella persona que transgrede las reglas que rigen la convivencia en la comunidad. En la aplicabilidad de las sanciones dentro de los sistemas de justicia comunal o indígena, existen un conjunto de reglamentos y normas consuetudinarias que rigen en el ordenamiento social de cada pueblo. Al mismo tiempo las autoridades ejercen sus funciones de manera legítima, previamente constituidas, con una serie de procedimientos dirigidos a la resolución de los conflictos que puedan presentarse. Por último, las penas son aplicadas acorde al tipo de infracción en que el miembro de la comunidad ha incurrido.

En lo que se refiere a la forma de proceder de la jurisdicción indígena esta resulta identificable con aquellas teorías existentes respecto a las penas o los elementos típicos de los sistemas de control que rigen en la sociedad. Conforme a ello la pena, como bien se expresó con anterioridad se erige en el Derecho como una sanción jurídica materializada hacia quien viole una norma jurídica prohibitiva. En otras palabras, resulta la ejecución necesaria de un mal impuesto a la persona culpable o responsable en la comisión de un hecho delictivo. Al respecto algunos juristas consideraron que: "...la pena es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción"³³³. Es por ello que, en todo

³³³ BRAMONT ARIAS, L. (1990: 321).

sistema social y su funcionamiento, necesita de mecanismo de control que eviten el ejercicio de abusos y violaciones donde se afecten los derechos de las personas. La implementación de este tipo de mecanismos resulta lógica, puesto que todo grupo social o comunidad poseen aspiraciones respecto a la posibilidad de convivir y el alcance de la paz social. En este ámbito se desarrolla la sanción como un mecanismo de control y orden social.

En el sistema de derecho indígena o derecho consuetudinario las sanciones, penal o castigos se definen como una “fuerza coercitiva de la comunidad” que surge a partir del incumplimiento de las reglas básicas³³⁴. La imposición de la pena o sanción intentará restaurar el daño ocasionado en la medida que han sido transgredidas las normas de convivencia que rigen en la comunidad. Es así que, se persigue prevenir y mantener la paz o armonía dentro de la comunidad.

Como parte de la sanción se destacan tres elementos básicos estos son: la reparación del daño, la aplicación de un castigo y la amenaza de una pena mayor. El objetivo principal de la imposición de la pena en los pueblos indígenas recae, a modo general, en la restauración del daño al afectado, por lo que la persona infractora deberá tratar de reestablecer la convivencia y la armonía en la comunidad donde habita. A pesar de que, una importante cantidad de los procedimientos desarrollados en los pueblos indígenas ante la violación de sus normas comunitarias, culminan en acuerdos conciliatorios, también llegan a ejecutarse sanciones o castigos para los culpables.

Uno de los objetivos principales que acarrea la resolución de algún tipo de conflicto en el seno de la comunidad indígena descansa en la restauración del equilibrio comunal, mediante la reconstrucción de las relaciones sociales que han sido afectadas. Conforme a ello se trata de imponer orden y autoridad, por lo que las sanciones y su aplicación constituyen una garantía para la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. En los procesos de justicia comunal o indígena se enfatiza en que los infractores rectifiquen su conducta, ello dirigido a que los responsables aprendan la lección.

Respecto a los tipos de sanciones aplicadas en la jurisdicción indígena estas resultan amplias y variadas, ello responde a las costumbres existentes en cada

³³⁴ PEÑA JUMPA, A. (2009: 187).

comunidad. Algunas de estas sanciones son similares en ciertos países donde radican los pueblos indígenas, ejemplo de ello son: las multas; la devolución de los objetos robados; las indemnizaciones; los ejercicios físicos; el pago de los daños a través del trabajo comunal; el baño con agua fría, el castigo con ortiga, el fuste o látigo, los pencazos; trabajos en las comunidades; y la pérdida de sus derechos comunales. A manera excepcional con sanción es aplicada la expulsión del infractor de la comunidad, ello puede ser considerado como una medida grave. Este conjunto de sanciones puede ser catalogado como materiales, y además se destacan las que son penas simbólicas como la exposición pública de la persona culpable y del mismo modo la imposición de la pena respectiva³³⁵.

La obligatoriedad en el cumplimiento de las sanciones indígenas es una característica que rige en el derecho de la comunidad, donde su ejecución les corresponde a las propias autoridades indígenas. Algunos de los métodos de implementados por las autoridades indígenas en el desarrollo de los procesos judiciales para solucionar sus conflictos es la conformación de actas que se recopilan y guardan en archivos radicados en las comunidades indígenas. Este proceder tiene como propósito la prevención de hechos futuros que pueden desarrollarse, y así se contará con una referencia para próximos casos, desarrollándose una especie de jurisprudencia comunal.

Este mundo indígena y sus costumbres ancestrales determinan la organización comunitaria. De alguna manera la comunidad continúa siendo un referente fundamental, a partir del cual sus miembros, los indígenas, construyen sus relaciones sociales y negocian con el Estado y demás organizaciones. Al mismo tiempo se resuelven los conflictos de carácter moral y se garantiza la supervivencia donde las sanciones o castigos contribuyen a la restauración del orden y el equilibrio comunal.

3.5. El reconocimiento político, normativo y jurisdiccional de la justicia indígena en la República del Ecuador

En la historia de la nación ecuatoriana, específicamente la evolución del derecho y su repercusión en las comunidades ancestrales se puede identificar que el gobierno ecuatoriano se ha caracterizado por acciones impositivas en torno a un sistema único de derecho, donde sobresalen elementos identificativos como la inflexibilidad, la rigidez y

³³⁵ PIÑACUE, J. (1997: 20-51).

la coerción, por solo mencionar algunos. Este sistema único de derecho no reconoció la heterogeneidad presente en la cultura ecuatoriana, a partir de los distintos pueblos originarios que habitan en la nación, por lo que fueron establecidas prácticas de supresión y reclusión hacia las comunidades indígenas en los ámbitos social, económico, político, cultural y jurídico. En palabras expresadas por el Dr. Miguel Hernández, es sustentada estas continuas acciones discriminatorias hacia el pueblo indígena, al expresar:

*“...durante muchísimo tiempo los Estados Iberoamericanos no habían reconocido (y continúan bastantes sin hacerlo) el derecho consuetudinario indígena. A los indígenas, de acuerdo con el principio de igualdad liberal, se les aplicaba un Derecho, el del Estado, que no era el suyo y eran juzgados de acuerdo con unas normas y unos procedimientos que no entendían”.*³³⁶

En el idioma kichwa, una de las lenguas nativas de las comunidades ancestrales en el Ecuador, el derecho se identifica por la libre movilidad, los cambios constantes y la realidad que rige en el momento. Todos estos elementos son conocidos en la lengua kichwa como *kamachik*. La interpretación de este término y su significado fue desarrollada por los indígenas de estas comunidades ancestrales, al decir del poeta kichwa Kowii:

*“...retrocediendo un poco, vemos que nuestros antepasados denominaron a la ley, a la norma, con el termino kamachik, que significa ley y está constituido de una palabra y de un morfema. Kamac significa poder de todos los poderes y el morfema cni, que equivale al hecho de realizar o ejecutar una acción, en otras palabras, kamachik, viene a significar el poder o la voluntad de hacer algo”.*³³⁷

En el periodo cumbre de los pueblos originarios en Latinoamérica, los responsables de conformar la ley ejercían las funciones que en la actualidad recaen en los legisladores, además contaban con especialistas encargados expresamente del estudio de su derecho y aquellos que ejercían la función de jueces aplicando un lenguaje

³³⁶ HERNÁNDEZ TERÁN, M. (2011: 128).

³³⁷ KOWII, A. (2005: 85).

propio³³⁸. En cuanto a las labores interpretativas desarrolladas dentro del derecho indígena y su respectiva aplicación, su base fue la lógica, ya que estos pueblos no permanecieron en una situación estática, sino que, la dinámica de su sistema de vida ayudó a evolucionar y modificar sus preceptos y normas, hasta que lograran funcionar acorde a sus necesidades sociales. Según la investigadora Esther Sánchez la consecuencia fundamental de dicho desarrollo recae en: “Los sujetos como grupos sociales, van incorporando conocimientos, nuevas estructuras y clasificaciones en el orden cognitivo que son producto de relaciones sociales cambiantes”.³³⁹ Lo expresado por esta investigadora, se complementa en alguna medida con los resultados arrojados por la antropología, específicamente en el Siglo XIX, en donde se planteó que los pueblos a pesar de lo primitivos que puedan ser poseen una cultura, y un potencial en cuanto a desarrollo que se asemeja a aquellos pueblos altamente evolucionados, o sea, que la vida social de todos los pueblos está regida por un cierto orden.

En la actualidad han sido emitidas ciertas definiciones sobre el derecho indígena, vale destacar lo considerado por la CONAIE, la cual planteó:

“Para nosotros los indios, el derecho es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. A diferencia de los que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación, que garantiza el convivir armónico.

*Derecho indígena, es el conjunto de normas y leyes de los pueblos y nacionalidades indígenas para defender y administrar nuestras tierras y territorios, para mantener la paz y el orden en nuestras comunidades y pueblos”.*³⁴⁰

³³⁸ Al respecto Kowii, expresó: “(...) kamachij significa el que hace la ley, el que ejecuta la ley. Los especialistas en el estudio de la ley se denominaban kamachij kamayuj. Al juez se le denominaba taripayuj, al gran consejo de Ayllu kamachij kamayuj. La razón de la existencia de un consejo era en el sentido de que estos estudiaban talo cual caso e imponían la sanción correspondiente”. KOWII, A. (2005: 88).

³³⁹ SÁNCHEZ BOTERO, E., y JARAMILLO SIERRA, I. C. (2009: 101).

³⁴⁰ HERNÁNDEZ TERÁN, M. (2011: 11).

Es así como el derecho indígena está integrado por una serie de normas legales de carácter tradicional, por lo que la codificación y la escritura no llegan a estar presentes, por lo que las diferencias son claras respecto al derecho vigente en una nación determinada. Esta concepción distinta sobre el mundo que poseen las comunidades ancestrales se refleja en parte, en una manera peculiar de regular su propia existencia a través de un derecho consuetudinario. Se puede observar que entre las comunidades ancestrales el derecho cumple con ciertas características, que llegan a asegurar una convivencia pacífica de las personas que forman parte de dicha comunidad, características que se desdoblan en tres términos comunes, estos son:

- Derecho, el cual consiste en una serie de normas que regula la convivencia del pueblo indígena, estas normas conforman un verdadero sistema jurídico.
- Consuetudinario, obedece a una normativa jurídica no escrita.
- Indígena, son colectividades distintas a la sociedad dominante (blanco-mestiza), constituyen un pueblo originario que tiene instituciones propias en el ámbito económico, jurídico, cultural y social.

Estos tres elementos, identificativos del sistema jurídico de los pueblos indígenas, también han sido defendidos por varios autores en sus obras, y se ha llegado a plantear que:

*“En las sociedades indígenas hay un derecho consuetudinario ancestral, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y está basado en las costumbres y la tradición. La aceptación y respeto de las reglas de este derecho consuetudinario y su institucionalidad, se basan en sustentos objetivos de poder y autoridad, pero también en mecanismos subjetivos de solidaridad, cooperación y reciprocidad. El respeto de las reglas establecidas emana de la colectividad”.*³⁴¹

De forma objetiva cuando se analiza el derecho indígena, se puede observar que su operabilidad está dada en un cuerpo social, donde imperan ciertas relaciones culturales como las celebraciones festivas, el matrimonio, la transmisión de mando comunitario, entre otras. También posee una estrecha relación en la fundamentación de la familia, y aquellos que forman parte de la sociedad se someten a un estilo de vida

³⁴¹ HERNÁNDEZ TERÁN, M. (2011).

dominado por las costumbres. Dicha costumbre llega a generar una familia amplia³⁴², cuyos miembros juegan un papel importante en la armonización de los posibles conflictos.

El sistema jurídico del derecho indígena no llega a actuar como un código estable, tal como sucede con el derecho escrito, sino que en el derecho indígena las normas de ayer no son las que rigen en el mañana, debido a que este derecho se encuentra expuesto a una constante transición, por lo que responde a un proceso histórico donde cobran protagonismo los cambios. Unido a esto, se ha llegado a reconocer en algunos estudios que: “El pueblo indígena vive su realidad y no pertenece al pasado, como muchos han catalogado a sus legítimas reivindicaciones, al decir que no debemos pretender recuperar nuestros valores y regresar al pasado”.³⁴³

La historia y análisis del derecho indígena en el país, arroja que la legislación ecuatoriana se desarrolló una política de exclusión, o sea que la estructura institucional manifestó una posición vertical, que obedeció a un sistema de gobierno uninacional y unidimensional. Respecto a este tema Luis Macas, dirigente indígena de nacionalidad kichwa e intelectual ecuatoriano, considera que:

*“El Estado ha desarrollado una práctica cotidiana, dirigida a generar e implementar políticas de aislamiento, y consecuentemente ha agudizado el aniquilamiento de valores y saberes fundamentales de nuestros pueblos y culturas; y por ende de un sistema jurídico con prejuicio social”.*³⁴⁴

La realidad expresada por dicho intelectual ha sido asumida también en el campo de estudio de la antropología, ya que se ha llegado a considerar que el modelo de Estado nacional que predominó en Ecuador impulsó la erradicación de las distinciones en la esfera cultural, jurídica y del lenguaje, lo cual se reflejó en un constitucionalismo que en todo momento negó la presencia de un derecho indígena. Este derecho indígena fue enmascarado bajo términos tales como el folklor y las costumbres.

³⁴² Los padres, hijos, nietos, suegros, nueras, padrinos de matrimonio y de bautizo, denominado en la lengua kichwa *ayllu*.

³⁴³ JARAMILLO ALVARADO, P. (2009: 117).

³⁴⁴ MACAS, L. (1991: 20).

Un ejemplo claro de la exclusión a la que ha sido sometido el derecho indígena es lo expresado en el propio ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en el Código civil donde se establece en su Art. 13, que: “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”.³⁴⁵ En este precepto legal resulta evidente el carácter universal que le es otorgado a la norma escrita, por lo que la imposición de dicha realidad trajo aparejado que la costumbre jurídica que forma parte de los pueblos indígenas haya sido obstaculizada en cuanto a su uso; esta costumbre jurídica identifica al sistema jurídico propio de las comunidades ancestrales, además de que no llega a ser considerada como una fuente del derecho, simplemente es aplicada como una herramienta supletoria.

La supletoriedad de la costumbre jurídica en la legislación ordinaria, y su marcado desconocimiento, ha generado que el uso de la costumbre sea carente en la administración de justicia. De ahí que se ha imposibilitado categóricamente la utilización y el reconocimiento de la costumbre jurídica, acciones que la han condenado al olvido. Para que la costumbre jurídica sea tomada en cuenta como obligatoria y además como fuente formal la propia norma legal debe estipularlo, así se ha llegado a establecer en la ley civil, específicamente en su Art. 2: “La costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley remita a ella”.³⁴⁶ El comedimiento que se le ha propinado al derecho escrito arrojó la aparición de injusticias y violaciones de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, además de problemas entre el propio derecho escrito y el derecho indígena.

En la práctica jurídica y los distintos ámbitos que la componen el derecho estatal imperó de igual manera para todos los ecuatorianos, específicamente en el caso de la norma civil esta fue aplicada a los pueblos indígenas, sin llegar a tomar en consideración las costumbres que rigen en su modo de vida.

En el caso del derecho penal que se aplicó en el país también se tomaron a los indígenas como personas inimputables, catalogándolos incluso de minusválidos, además de que se ignoró en cuanto a la tipificación de las acciones delictivas, que las comunidades ancestrales poseen su propio sistema jurídico para la resolución de conflictos internos, por lo que dicha tipificación en el derecho estatal difiere de lo

³⁴⁵ Congreso Nacional. *Código Civil-CC*, 2005, Art. 13.

³⁴⁶ *Código Civil-CC*, 2005, Art. 2.

considerado como una conducta antisocial en el derecho indígena, o sea que las discrepancias siempre han estado presentes. En definitiva, el pueblo indígena fue una víctima del derecho estatal ecuatoriano, incluso se llegó a plantear respecto al trato de los indios en Latinoamérica, por estudiosos del tema que:

*“...los pueblos y nacionalidades indígenas han sido víctimas de la ley penal impuesta, al no existir los mecanismos que posibiliten asegurar que una causa instruida a un indígena haya sido juzgada en su propia lengua, para evitar así abusos e injusticias por parte de las autoridades judiciales”.*³⁴⁷

En el Ecuador, especialmente en la última década, la situación de los indígenas ha cambiado de forma positiva en determinados aspectos. Primeramente, hay que destacar el reconocimiento del derecho indígena y sus costumbres³⁴⁸ en la norma constitucional vigente, todo ello como resultado de las reivindicaciones exigidas y emprendidas por estos pueblos ancestrales. Este constituyó el primer paso para el reconocimiento del derecho indígena, como un verdadero sistema de derecho y no una simple costumbre. De modo que la Constitución en sus disposiciones, delega a las autoridades indígenas un carácter de autoridad pública, y por lo tanto de administración de justicia, y obliga por demás a los funcionarios de la justicia ordinaria a integrar la administración de justicia indígena dentro del sistema judicial nacional, respetando siempre los preceptos constitucionales y tratados internacionales que versan sobre este asunto.³⁴⁹ Estos cambios lograron incentivar una armonización entre el derecho estatal y la costumbre jurídica indígena.

Se infiere que la armonización de ambos derechos implique un conocimiento mutuo, respeto y que ambos sistemas jurídicos lleguen aplicarse de forma correcta, acciones que necesitan permanecer en la memoria de cada cultura. Caso contrario se entorpecería la aplicación de la norma constitucional que llega a reconocer los derechos ancestrales de los pueblos indígenas. La categoría constitucional de los derechos de las

³⁴⁷ ARIZA SANTAMARÍA, R. (2015: 165-194).

³⁴⁸ Lengua, educación bilingüe, derechos colectivos, circunscripciones territoriales indígenas, administración de justicia.

³⁴⁹ “En referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas”. Asamblea Nacional. *Código Orgánico Integral Penal-COIP*, 2014, Disposición General Segunda.

comunidades ancestrales otorga la posibilidad de que estos pueblos sigan normando sus relaciones, además de que pueden aplicar un control jurídico interno acorde a sus costumbres. Algunos de los criterios que se ha vertido sobre este asunto defienden el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, ya que “...el reconocimiento constitucional otorgaría validez jurídica a las decisiones comunitarias y estatus de derecho público; quedaría así claro que la justicia indígena no es justicia entre particulares como se había señalado”.³⁵⁰

Además, la correcta administración de justicia en las comunidades ancestrales responde de forma directa a su realidad. Incluso el sistema jurídico indígena y su continuo desarrollo influye positivamente y de manera directa en las reivindicaciones que han formado parte de la lucha del movimiento indígena. Es así, que los integrantes de la comunidad andina fungen como actores dentro de su propio pueblo.

3.6. El Artículo 171 de la CRE y la Justicia Indígena en la República del Ecuador

En la historia del Ecuador se ha evidenciado una marcada tradición jurídica por tratar de definir desde los inicios de la vida republicana al gobierno como un Estado de Derecho, cuya fundamentación se ha enmarcado principalmente en la doctrina liberal. En la búsqueda de un Estado de Derecho fueron promulgadas diecinueve constituciones en el periodo comprendido desde 1830 hasta 1998, en total fueron veinte normas constitucionales con la que rige en la actualidad promulgada en el 2008 y catalogada como la Constitución de Montecristi. En todas estas normas supremas fue definido al Estado ecuatoriano como republicano, independiente, unitario, libre, democrático, con un sistema de gobierno presidencialista, responsable y alternativo. Todas las características mencionadas fueron constantes en el cuerno normativo de cada texto constitucional promulgado.

La ideología liberal se ha manifestado en cada una de las constituciones que han regido en el país, lo cual ha influido y determinado la división clásica en cuanto a los poderes, o sea, una división tripartita.

³⁵⁰ ECHEVERRÍA, J. (2009: 39).

Sin embargo, en las sociedades contemporáneas, un hecho incontrastable es que la diversidad es un hecho real, y existe en un contexto latinoamericano de conflicto contra el neocolonialismo.³⁵¹ En América Latina, la lucha de los movimientos indígenas en varios países supuso el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho.³⁵² No obstante, aquello no se materializó en estrategias que no fueran las clásicas de intervención, paternalismo, tutelaje y un disimulado racismo.³⁵³

En Ecuador, la Constitución de 1998 marcó el nacimiento de una nueva forma de concebir el Estado y sus manifestaciones, la participación política y las relaciones sociales, a través de lo que se podría llamar “constitucionalismo multicultural”.³⁵⁴ La resistencia del movimiento indígena, representado por *Pachacutik-Nuevo País* y algunos partidos de centro izquierda, permitió la ampliación del estatuto de derechos,³⁵⁵ donde constaba el reconocimiento de las “funciones de justicia indígena” en el artículo 191.³⁵⁶ Lo que se podría denominar una especie de *justicia multicultural igualitario-proporcional*, que estableció tratos diferentes a grupos diferenciados a través de sus formas particulares de justicia.³⁵⁷ Se buscó que la conformación de una administración de justicia del Estado pluricultural y multiétnica.

No obstante, es en el año 1998 cuando se logró concretar la institucionalización de los derechos fundamentales, por medio de la cual se garantiza el goce efectivo de estos derechos a la ciudadanía. Es en la Constitución de 1998 cuando se contemplaron por vez primera los términos pluricultural y multiétnico, vinculados directamente a la definición del Estado ecuatoriano, por lo que se evidenció una transformación radical en el ámbito ideológico, ya que, de un Estado nacional, el Ecuador es declarado un Estado pluricultural y multiétnico. A partir de este reconocimiento también se contempló al pluralismo jurídico y la “necesidad” de institucionalizar a la justicia intercultural como una herramienta que impulse las relaciones y la igualdad de condiciones entre las costumbres y sistemas propios de los pueblos indígenas, y la justicia ordinaria.

³⁵¹ BONILLA, M. (2008: 54).

³⁵² BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. (2003: 7).

³⁵³ DANDLER, J. (2002: 122-123).

³⁵⁴ WALSH, C. (2002: 24).

³⁵⁵ ANDRADE, P. (2004).

³⁵⁶ *Constitución del Ecuador*, 1998, Art. 171.

³⁵⁷ CHÁVEZ, G. (2008: 71).

En estos inicios pese al reconocimiento del multiculturalismo, la práctica de la justicia indígena no fue ni tolerada ni aceptada, lo cual puso de manifiesto un conflicto real entre ambos sistemas. Una década después y mediante un referéndum popular se aprobó la actual norma constitucional que recogió la nueva doctrina denominada neoconstitucionalismo, donde el ser humano es el eje principal en la protección de sus derechos tanto individuales como colectivos, y el Estado se erige como garante máximo de los mismos.

En la norma suprema es garantizada la práctica jurídica a cuyo cargo están los jueces de la República y las autoridades indígenas. Según lo que establece el Art. 171³⁵⁸ de la actual Constitución ecuatoriana ambos tipos de justicia (justicia ordinaria y justicia indígena) tienen igual competencia. De esta manera si se lee y analiza desde una perspectiva integral el texto constitucional, ambos sistemas de justicia tienen la obligación de respetar los derechos humanos, aunque se mantiene y maneja la sospecha política de que el sistema de justicia indígena tiene un alto potencial en la vulneración de dichos derechos.

Este pluralismo jurídico reconocido y aceptado en la norma constitucional ecuatoriana brindó la posibilidad de romper con las imposiciones jurídicas emanadas de la justicia ordinaria, por lo que se instaura, en principio una especie de convivencia entre varios sistemas de justicia. Su aplicación dependerá de principios propios y costumbres, que son aceptados por los pueblos y nacionalidades indígenas. Con el pluralismo jurídico se fomenta la construcción de un Estado más democrático, que permite la participación de todos los ciudadanos, y que además instaura la necesidad de una interpretación pluricultural de la norma jurídica. Precisamente esto es lo que reconoce el Art. 171, la justicia indígena y la jurisdicción especial que pueden aplicar los pueblos indígenas en la resolución de sus conflictos.

³⁵⁸ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Art. 171: 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.

Por medio de este precepto constitucional se añade un sistema de justicia basado en el reconocimiento e inclusión de los pueblos indígenas en la estructura legal del Estado. Todo ello con el objetivo de dar atención y cabida a la particularidad y costumbres étnicas. Sobre este tema existen aún detractores, que consideran la existencia de varios sistemas jurídicos como una situación propicia para que se desarrollen conflictos internos, ya que en un Estado nación, el Estado es el único facultado para imponer deberes y derechos subjetivos respectivos.

En cuanto a los mecanismos para resolver los posibles conflictos que surjan entre ambos sistemas de justicia, hay que partir del ejercicio de la jurisdicción y su definición, la cual radica en el poder que tienen las autoridades para gobernar o administrar en determinado espacio territorial; en este caso se destaca la facultad o potestad que poseen los jueces y demás autoridades en la administración de la justicia, o sea, conocer, juzgar y sancionar las infracciones y delitos. Esta concepción desde el funcionamiento de la jurisdicción especial indígena establecida en el Art. 171 de la Constitución, descansa en la potestad de las comunidades indígenas de arreglar los problemas y conflictos acorde a sus costumbres.

Acorde a este reconocimiento del derecho indígena, se principios que rigen el funcionamiento del mismo, lo cuales deben ser respetados por las autoridades de la justicia ordinaria. Son señalados principios como la diversidad donde se debe tener en cuenta al derecho indígena y las prácticas ancestrales; la igualdad por medio de la cual la autoridad debe brindar garantías en la comprensión de los principios indígenas, como ejemplo de esta cooperación se deberá nombrar peritos y traductores en aquellas situaciones que lo requieran; el principio de *non bis in idem* mediante este principio lo actuado por la justicia indígena es inimpugnable por la justicia ordinaria con la excepción de la ejecución de un control constitucional; el principio pro jurisdicción indígena donde en los supuestos donde existan dudas deberá prevalecer la justicia indígena, por último se destaca la interpretación intercultural, el cual se evidencia en la labor interpretativa de las autoridades comunales acorde a sus derechos en las situaciones de conflictos.

La justicia ordinaria y los órganos que la representan han demostrado preocupación en la aplicabilidad de la justicia indígena. Al respecto se ha considerado que la solución de los conflictos internos según sus costumbres tal como lo expresa el

Art. 171 de la norma suprema, resulta un problema, ya que no se ha determinado que tipos de conflictos son estos y lo que pueden abarcar, por lo que las respectivas autoridades deberán intervenir en la resolución de este tipo de inquietudes que consideran legítimas.

De tal modo Ecuador se presenta como un Estado plurinacional, donde se reconoce el pluralismo jurídico y consecuentemente la justicia indígena. Del mismo modo para el pleno ejercicio del derecho indígena se contempla la jurisdicción especial indígena materializada por las autoridades comunales, y el respeto de la justicia ordinaria ante las decisiones emanadas de esta jurisdicción, y como un aspecto negativo no se poseen normas suficientes que establezcan parámetros cooperativos y de coordinación entre ambos sistemas de justicia. El panorama general que se manifiesta en el país en cuanto a la justicia indígena a partir de su reconocimiento en el Art. 171 de la Constitución, es de intervención y limitaciones en la actuación de las autoridades indígenas aludiendo en la mayoría de los casos a la protección de los derechos fundamentales.

3.6.1. Límites constitucionales de aplicación de la justicia indígena

En relación con lo dispuesto en la CRE las funciones jurisdiccionales pueden ser ejercidas por las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas,³⁵⁹ conteniendo los límites de manera implícita para la aplicación de la justicia indígena.

El señalamiento de “los miembros, la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena respectiva”³⁶⁰ hace referencia al límite personal, atendiendo a las personas pertenecientes a las comunidades y pueblos indígenas, excluyendo la aplicación de la justicia indígena por personas de otros sectores.

En este mismo sentido, expresa que la justicia indígena será aplicada “dentro de su ámbito territorial”³⁶¹ lo que establece el límite de la competencia territorial de la jurisdicción indígena.

Por otra parte, la CRE prescribe límites formales atientes a la aplicación de la justicia indígena, refiriéndose a las normas propias y tradiciones ancestrales

³⁵⁹ CRE artículo 171

³⁶⁰ *Ibíd.*

³⁶¹ *Ibíd.*

constituyentes del derecho indígena.³⁶² En este sentido, se prescriben límites formales, de carácter externo a la jurisdicción indígena, específicamente lo dispuesto en la misma Constitución y Tratados internacionales de los Derechos Humanos suscritos por la República.³⁶³

Aunado a los límites formales que se evidencian respecto a la jurisdicción indígena, se deben mencionar los límites materiales respecto a los derechos humanos, especialmente considerando el Derecho a la vida,³⁶⁴ a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, la prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.³⁶⁵

En este aspecto, se pueden incluir como límites materiales la prohibición de vulneración de los derechos constitucionales, especialmente los de mujeres, niñas, niños y adolescentes, en el proceso y aplicación de la jurisdicción indígena.³⁶⁶

En cuanto a los límites constitucionales a la aplicación de la justicia indígena, no establece un ente rector para verificar alguna violación a los límites constitucionales.

3.7. El deslinde boliviano y la distribución por materias: evolución normativa del Estado Plurinacional y la justicia indígena

La Constitución boliviana, como ya ha sido planteado en el desarrollo de este trabajo, no resultó ser el primer y único texto en reconocer el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. A pesar del reconocimiento sobre el derecho a la autonomía e incluso el derecho a la libre determinación, se ha demostrado que de un modo u otro los sistemas jurídicos que responde a la justicia ordinaria han sabido cómo limitar y estrangular el proceso de reconstrucción y desarrollo del autogobierno

³⁶² CRE artículo 171 “tradiciones ancestrales y su derecho propio según sus normas y procedimientos”

³⁶³ CRE artículo 417 “se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”

³⁶⁴ CRE artículo 66 “Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”

³⁶⁵ CRE artículo 66 inciso (3).

³⁶⁶ CRE artículo 57 “Se reconoce y garantizará 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, los siguientes derechos colectivos 10. 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

indígena. Conforme a esto han existido procesos que han conducido la autonomía indígena en el interior de cierta estructura territorial, administrativa y financiera con características monoculturales y limitadoras de la libre determinación indígena.

Es así como más allá del reconocimiento del derecho a la libre determinación, el elemento novedoso a señalar en la norma constitucional boliviana recae en que las instituciones indígenas sean parte de la estructura general del Estado³⁶⁷. Esta previsión significó el primer paso para dejar atrás la lógica tradicional de oposición entre el Estado y los pueblos indígenas. El cuerpo normativo del texto constitucional estableció respecto a los pueblos indígenas instituciones propias e instituciones compartidas. Estas últimas se presentan como plurinacionales, ejemplo la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Tribunal Constitucional Plurinacional y Órgano Electoral Plurinacional. En la regulación del órgano legislativo boliviano se exige respecto a la elección de sus miembros la existencia de las circunscripciones especiales indígenas, lo cual derivó su desarrollo a la legislación posterior.

En lo que respecta al Tribunal Constitucional y el Órgano Electoral, el carácter plurinacional de ambos es establecido en la norma constitucional escuetamente. En el caso del tribunal se contempla que la elección de sus miembros será acorde a criterios de plurinacionalidad, con una representación tanto del sistema ordinario como del sistema indígena³⁶⁸. Para el Órgano Electoral se estableció que el tribunal electoral estará integrado por siete miembros, de los cuales seis serán de elección parlamentaria y uno de elección presidencial, unido a esto se establece el respeto hacia que, de dichos miembros dos será de origen indígena³⁶⁹. La representación indígena es extendida además a los tribunales electorales departamentales.

Para las instituciones propias se le otorga determinada forma a la autonomía indígena originario campesina, y al respecto se señaló que: “...el autogobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas,

³⁶⁷ *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Art. 30 II. 5. 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: 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

³⁶⁸ *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Art. 199. 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.

³⁶⁹ *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Art. 206. II. El Tribunal Supremo Electoral está compuesto por siete miembros, quienes durarán en sus funciones seis años sin posibilidad de reelección, y al menos dos de los cuales serán de origen indígena originario campesino.

instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley³⁷⁰. En el ámbito de la realización del autogobierno se llega a garantizar el derecho propio y las propias formas en que la justicia es impartida. De esta manera nace una institución mixta, donde resulta compartida y no compartida. En el supuesto de que no resulta compartida se trata de que el órgano judicial incluye a la jurisdicción ordinaria y a la jurisdicción indígena bajo el principio de igualdad jerárquica y no revisabilidad³⁷¹.

Como resultado se obtiene en la nación boliviana un esquema constitucional plurinacional, unido a la interculturalidad derivada de su materialización. Todo esto sienta las bases de un nuevo pacto entre varias culturas, dentro de un marco neoconstitucionalista. El desarrollo de este nuevo constitucionalismo está fomentado en la cultura del diálogo y no de la imposición. A este nuevo constitucionalismo es posible llamarlo con toda propiedad “neoconstitucionalismo andino”, que cobija el paso del estado liberal a uno constitucional y plurinacional.³⁷²

El impulso del reconocimiento del derecho indígena en Bolivia estuvo materializado en un conjunto de leyes sustantivas, que constituyeron un respaldo a la norma suprema es este tema. Dentro de la normativa se destaca la Ley de Deslinde Jurisdiccional, la cual contempla a las personas, las jurisdicciones y variadas materias, además de que llega a ser aplicada en cuestiones de interlegalidad. El ejercicio de esta ley abarca a las ciudades y otros territorios no indígenas, con el principal objetivo de tomar en cuenta conflictos frecuentes que involucran tanto a indígenas como a no indígenas, incluso miembros de comunidades indígenas que ostentan tradiciones culturales diferentes, y llegan a situarse fuera de sus territorios autónomos. Es una norma legal que contribuye a coordinar y delimitar el ejercicio de las diferentes jurisdicciones que operan en el sistema de administración de justicia boliviano.

Respecto al contenido de esta norma legal se destaca la aplicabilidad de la jurisdicción indígena en varios ámbitos de vigencia estos son: personal, material y territorial³⁷³. Según el contenido o definición dada a estos tres ámbitos en el ejercicio de

³⁷⁰ *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Art. 292.

³⁷¹ *Constitución Política de Bolivia*, 2009, Art. 179. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

³⁷² ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2016: 33-69).

³⁷³ *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, 2010. Art. 8.

la jurisdicción indígena el aspecto personal radica en aquellas personas que están sujetas a este tipo de jurisdicción, o sea, los miembros de los pueblos indígenas³⁷⁴. Por otro lado, el ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena se refiere a los asuntos que pueden ser tratados en la misma y aquellos que no tiene la facultad de conocer³⁷⁵. Esta aclaración resulta fundamental en la delimitación de competencias en cuanto al desarrollo de las funciones de las autoridades indígenas. El ámbito de vigencia territorial se identifica con las relaciones y los hechos jurídicos que se conforman en los límites de actuación de la jurisdicción indígena. La ley señala como un límite los demás ámbitos de vigencia establecidos en la norma constitucional³⁷⁶.

Otro de los aspectos fundamentales establecidos en la Ley de Deslinde Jurisdiccional es la competencia y coordinación entre los diversos tipos de jurisdicción que existen en la administración de justicia boliviana. En el caso de la coordinación son fijados varios mecanismos como:

- “a) Establecimiento de sistemas de acceso transparente a información sobre hechos y antecedentes de personas;
- b) Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas, sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones;
- c) Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas para el intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos;

³⁷⁴ *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, Art. 9.

³⁷⁵ *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, Art. 10.

I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación. II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes 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. III. Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.

³⁷⁶ *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, Art. 11.

d) Otros mecanismos de coordinación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley³⁷⁷.

Los mecanismos estipulados en la normativa tienen como fin fomentar la capacitación y perspectiva interlegal en las funciones de las autoridades judiciales, en todo un escenario donde se generan diversas situaciones en las que la justicia ordinaria incurra en conflictos mixtos (persona indígena y persona no indígena) e incluso llegar a instancias superiores de la administración de justicia como la Corte Suprema de Justicia, en cuyo ámbito deberá ser adoptadas posiciones muy sensibles relativas a la interculturalidad jurídica. En los supuestos de cooperación, se establecen principios bases para su desarrollo como la equidad, transparencia, solidaridad, participación y control social, gratuidad, oportunidad y celeridad³⁷⁸.

La realización de los fines y objetivos de las diversas jurisdicciones reconocidas en la normativa boliviana descansa en el deber de cooperación mutua. De modo que en el ejercicio de la jurisdicción indígena en Bolivia se manifiesta una normativa secundaria a la norma suprema, que regula todas las pautas a seguir en el efectivo o adecuado ejercicio del derecho indígena, donde se vincula el desarrollo de la jurisdicción con la división por materias, y mecanismos de coordinación y cooperación con los demás entes que integran el sistema jurídico de esta nación.

Un aspecto importante que se refleja en la normativa boliviana es la protección establecida a los pueblos indígenas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Acorde al Convenio 169 de la OIT y a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se exige un tratamiento especial de protección hacia las comunidades indígenas que presentan una situación de vulnerabilidad, o sea, específicamente se refiere a los pueblos indígenas que viven en un régimen de aislamiento y no desean ser contactados. En Bolivia su órgano legislativo aprobó la Ley No. 450 de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en Situación de Alta Vulnerabilidad, que regula todo lo referente a las comunidades indígenas que poseen niveles elevado de riesgo. Es una ley que reconoce la necesidad de establecer mecanismos y políticas sectoriales dirigidas a proteger, garantizar y fortalecer los sistemas de vida de los pueblos indígenas en situación de vulnerabilidad, ya que se ha

³⁷⁷ Ley de Deslinde Jurisdiccional, Art. 14.

³⁷⁸ Ley de Deslinde Jurisdiccional, Art. 16.

considerado por parte del Estado que sus condiciones de vida se encuentran bajo una extrema amenaza.

En la norma legal se reconocen como titulares de los derechos a una especial protección los pueblos indígenas expuestos a una alta vulnerabilidad, esta última condicionada a los siguientes parámetros³⁷⁹:

1. Peligro de extinción.
2. Aislamiento voluntario.
3. Aislamiento forzado.
4. No contactados.
5. En contacto inicial.
6. Forma de vida transfronteriza.
7. Otras situaciones de alta vulnerabilidad que sean identificadas por la instancia estatal competente.

Acorde a los elementos aquí expuestos que identifican la vulnerabilidad existente en los pueblos indígenas, estos llegan a ser vinculados con el deber que poseen los funcionarios y organismos del Estado boliviano de garantizar el cumplimiento de los derechos que le asisten a estos pueblos. En los supuestos de incumplir con su responsabilidad la norma atribuye sanciones administrativas, civiles y penales.

Así mismo, son fijados un conjunto de principios³⁸⁰ destinados a la protección de los pueblos indígenas en vulnerabilidad, estos son:

- Precaución: está orientado al desarrollo de políticas preventivas que permitan garantizar los sistemas de vida de los pueblos indígenas en situación de vulnerabilidad.
- Protección: este principio está dirigido a la adopción de un marco específico normativo que garantice una protección especial, extensiva a todos los niveles del Estado plurinacional, en el resguardo de los pueblos indígenas en situación de vulnerabilidad y sus respectivos sistemas de vida.

³⁷⁹ Ley No. 450 de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en Situación de Alta Vulnerabilidad, 2013, Art. 2. II.

³⁸⁰ Ley No. 450 de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en Situación de Alta Vulnerabilidad, 2013, Art. Art. 3.

- Regeneración: abarca al Estado en su papel de garante para la reproducción de los sistemas de vida de estos pueblos.
- Libre determinación: este principio reafirma el derecho de los pueblos indígenas a perseguir libremente tanto su condición política como su desarrollo en los ámbitos económico, social y cultural.
- Favorabilidad: se relaciona con la aplicación de la norma jurídica que resulte más favorable en la dirección de cualquier tipo de actuación o mediad estatal que se vaya aplicar a los pueblos indígenas.
- Diversidad cultural: es establecida como la base fundamental en el funcionamiento del Estado plurinacional boliviano, donde resulta imprescindible el reconocimiento y la interpretación de las diversas cultural existentes en el país.
- Enfoque diferencial: se entiende como la necesaria aplicación de políticas destinadas a atender las necesidades que tienen los pueblos indígenas en situación de vulnerabilidad.

Hasta aquí se ha analizado el panorama jurídico de la nación boliviana en cuanto a la principal normativa que ha sido aprobada para reconocer, proteger y garantizar los derechos de los pueblos indígenas. Es un país cuyo gobierno que ha demostrado interés político a partir de la aprobación en el año 2009 de una Constitución que contempló el pluralismo jurídico y la interculturalidad, incorporando así a los pueblos indígenas a la institucionalidad del Estado, lo cual generó todo un engranaje normativo novedoso en materia de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

3.8. Los mínimos jurisprudenciales de Colombia: no matar, no esclavizar y no torturar

Los sistemas de administración de justicia indígena en Colombia surgieron antes de la aprobación de la Constitución de 1991, pero es a partir de la aprobación de esta norma suprema que se introdujo una transformación muy importante en la forma en cómo el Estado colombiano interactúa con aquellas instituciones encargadas de gestionar los conflictos existentes en los sistemas propios de los pueblos indígenas en todo el territorio nacional. En los territorios donde están asentados los pueblos indígenas poseen una regulación a través de estructuras normativas propias. Estas instituciones ancestrales, si bien enfrentaron un proceso de transformaciones, incluso en la

interacción con el Estado y en general con actores occidentales, llegaron a articularse en una forma y orden que se diferencial del sistema estatal con claridad. Con la Constitución de 1991, en Colombia se abrió un nuevo marco jurídico para los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y se les dio un lugar como parte de los órganos que integran el entramado constitucional en la administración de justicia.

En cuanto a las luchas reivindicatorias ejecutadas por los pueblos indígenas, que fueron golpeados por aproximadamente quinientos años de colonialismo, los Estados surgidos a partir de las luchas de independencia, y cómplices en la discriminación y explotación perpetradas hacia los indígenas, por medio de la adopción de instrumentos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, ya topados en capítulos precedentes, cedieron al reconocimiento a las comunidades indígenas de competencias para mantener su cultura y territorios de asentamiento. En lo que respecta al funcionamiento del derecho y la administración de la justicia predominan aún, esquemas centralizados por parte de las instituciones estatales, y ello influye en la prohibición a las comunidades indígenas de contrariar las normas, imponiendo al derecho estatal como un sistema superior. Los méritos por destacar en este nuevo escenario en la nación colombiana, es que por vez primera se reconoció la existencia de la institucionalidad propia de los pueblos indígenas y son establecidas determinadas reglas que reflejan asimetría, pero determinan la convivencia cultural de los pueblos y sus respectivas estructuras políticas.

La normativa internacional en materia de derechos sobre los pueblos indígenas fue contemplada en la Constitución colombiana de 1991. En el Art. 7 e reconoce y protege la diversidad étnica y cultural existentes en Colombia, en el Art. 10 se refiere a las lenguas y los dialectos que poseen los grupos étnicos, y se les brinda un estatus oficial en los territorios donde habitan los pueblos indígenas. Respecto al Estado le es impuesta la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales del país, específicamente en el Art. 8 del texto constitucional. Del mismo modo principios como la igualdad y la dignidad son extendidos a las varias culturas que existen en la nación colombiana³⁸¹.

³⁸¹ *Constitución Política de Colombia*, 1991. Art. 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación

Referido al tema de la nacionalidad, se le otorga un carácter de “nacionales por adopción” a los integrantes de las comunidades indígenas que compartían territorios en las regiones fronterizas de la nación, para ello se contempló el principio de reciprocidad estipulado en los tratados públicos. Por último, se autorizó el juzgamiento en los pueblos indígenas a partir de las funciones de sus propias autoridades comunales.

Las cuestiones aquí mencionadas y que fueron introducidas en la norma constitucional colombiana han sido objeto de varios criterios de análisis e interpretación, principalmente por parte de la Corte en diferentes periodos. Conforme a ello se destacan tres tendencias generales³⁸² que caracterizan la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana al respecto:

- De acuerdo con la primera tendencia, deben imperar los derechos fundamentales para todos los ciudadanos colombianos y la normativa nacional deberá subordinar las normas propias de los pueblos indígenas.
- Como segunda tendencia en la labor jurisprudencial constitucional de la Corte, se evidenció que el ordenamiento jurídico nacional solo está autorizado a imponer ciertos límites considerados mínimos: derecho a la vida, debido proceso, y prohibición de tortura y esclavitud; establecidos al ejercicio de la autonomía normativa que reconoce la Constitución a los pueblos indígenas.
- En la tercera tendencia se exigió una armonización de la normatividad indígena con relación al núcleo de los derechos fundamentales.

Ahora bien, de manera más detallada la tendencia jurisprudencial primera que primó en Colombia resultó ser muy restrictiva de la diversidad cultural, para lo cual se sustentó la tesis de que el cuerpo identificativo de los derechos fundamentales constituiría el límite del desarrollo del principio de la diversidad y su cumplimiento obligatorio regiría para todos, lo cual incluía los indígenas. Esta imposición significó que la normativa estaría sujeta a revisiones por parte de los jueces constitucionales, y se

permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación.

³⁸² BORRERO, C. (2014).

tendría como referente los parámetros establecidos en las leyes jurídicas estatales. Conforme a esta ideología es que puede entenderse la posición adoptada por la Corte Constitucional colombiana, donde el estatuto de los derechos fundamentales tiene que ser acogido como un principio en la convivencia de las varias culturas existentes en el país.

Hay que agregar que bajo este criterio la decisión respecto a la validez de la norma indígena ante el derecho ordinario o nacional que, en un papel de subordinación, y sujeta de forma indirecta a la decisión emanada de los jueces ordinarios que todas sus funciones las ejercen acorde a las características y contenido de las reglas fijadas por el Estado con una marcada tendencia occidental.

Es así como los criterios interpretativos de estos jueces se consolidaron como ajenos a las comunidades indígenas. Bajo esta tendencia los operadores del derecho recibían autorizaciones generales para tomar decisiones en temas como la legalidad de las estructuras de comportamiento de los pueblos indígenas. Esto trajo como consecuencia que se establecieran amplios poderes para la imposición de normas y valores occidentales a las comunidades indígenas, y que llegara a prevalecer la perspectiva de la cultura occidental sobre los sistemas de vida ancestrales³⁸³.

No obstante, a partir del año 1996, se desarrolló una nueva tendencia en la jurisprudencia constitucional³⁸⁴ que evidenció un compromiso mayor con el principio de la diversidad cultural. Como ejemplo de dicha comprensión se destaca la fórmula de la maximización de la autonomía y la minimización de las restricciones. Sobre esta base se propuso que las restricciones respecto al derecho a la cultura propia serían aplicables en situaciones indispensables, donde se debía proteger un interés superior al principio de la diversidad.

Respecto a este tipo de fórmula no fue establecida bajo parámetros abiertos. La Corte Constitucional colombiana precisó que solo podían ser considerados superiores aquellos derechos vinculados a consensos transculturales tales como: la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud o la previsibilidad de procedimientos.

³⁸³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-254/94: 30 de mayo de 1994.

³⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-349/96: 26 de agosto de 1996.

De tal modo se llegó a ordenar a los órganos que conforman el Estado la responsabilidad de garantizar que las particularidades culturales en un principio no fueran obstruidas en su desarrollo bajo argumentos de que en determinada comunidad indígena se viole algún derecho distinto. Es así como, se maximiza el derecho a la autonomía por medio de la validación de los sistemas jurídicos y las instituciones de administración de justicia propias de los pueblos indígenas. La condición que se estableció fue la garantía a los derechos que por sus características culturales serían homologables con aquellas estructuras normativas presentes en las distintas etnias.

Posteriormente en el año 1998 fue viable otra tendencia en el ámbito de la jurisprudencia constitucional colombiana, donde se retomó una posición restrictiva del derecho a la propia cultura. Desde esta postura se alcanzaron propuestas donde fue establecido como criterio único y aceptable que el sistema jurídico nacional brinde la posibilidad que los derechos de los ciudadanos posean limitaciones en los casos que su ejercicio represente un riesgo o afecte la integridad de alguna cultura. Por otro lado, en el resto de casos o situaciones los derechos son exigibles en las comunidades indígenas a plenitud. Este criterio se manifestó a partir de dos decisiones aprobadas en la jurisprudencia colombiana, que marcaron un precedente de intentar equilibrar el derecho colectivo de los pueblos indígenas con el derecho individual a la libertad de cultos³⁸⁵.

En una de estas sentencias se trataron derechos de la comunidad indígena Arhuaca, al respecto se garantizó a dicha comunidad y a sus miembros exigir el cumplimiento de las actividades colectivas propias relacionadas a sus costumbres ancestrales, y así impedir que sus territorios sean objetos de actividades religiosas que contradigan su sistema de vida propio y su cultura. A modo general en ello se basó el criterio que imperó respecto a que los derechos individuales llegan a representar un riesgo para las estructuras culturales. Por el otro lado se alcanzó garantizar el derecho que posee cada persona de abrazar la religión que estime conveniente, siempre y cuando dichas prácticas se ejercieran fuera del territorio indígena.

En lo relacionado al ejercicio de la jurisdicción indígena la Constitución colombiana establece esta figura como una especie de paraguas institucional frente al

³⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-510/98: 18 de septiembre de 1998; y, Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1022/01: 20 de septiembre de 2001.

sistema jurídico nacional y las distintas instancias y herramientas que actúan en la administración de justicia, que cuentan en la sociedad para la solución de las controversias y el respectivo ordenamiento social. El proceso de validación legal de las propias normas y procedimientos de los pueblos indígenas contempló la obligación del respeto que deben tener los funcionarios del Estado y los actores externos a estas comunidades ancestrales en lo relacionado a las decisiones emanadas del ejercicio de las autoridades indígenas o comunales. La jurisdicción especial indígena representa para estos pueblos una herramienta de vital importancia para el desenvolvimiento dentro de su propia cultura.

En definitiva, la jurisdicción indígena se transformó en el vértice hacia el cual confluyen la mayoría de los derechos que identifican las particularidades culturales de los pueblos indígenas, representa un aval que valida un conjunto de normas propias que regulan las relaciones sociales construidas en cada comunidad ancestral. A modo de resumen esta jurisdicción se convierte en un soporte para la supervivencia de las culturas indígenas, que en el caso colombiano representan un grupo minoritario dentro de la sociedad. Esta figura también debe ser apreciada como un puente entre el ordenamiento que marca el Estado y el orden propio de las comunidades indígenas. A través del Estado se realiza un reconocimiento de los diversos aspectos que integran la normativa comunitaria o indígena, ya que se les otorga validez a las actuaciones de las autoridades indígenas. Sobre este asunto la Corte Constitucional colombiana ha considerado por autoridad a, “...las diferentes formas de poder reconocibles dentro de las comunidades indígenas”³⁸⁶. Se abordó además el ámbito territorial, respecto cuyo término la Corte sostuvo el criterio siguiente:

“...debido a la indeterminación y la socio-culturalidad a la que están sometidos los territorios indígenas debe considerarse no solo el lugar donde ocurrieron los hechos, y resulta relevante para definir la competencia, sino que deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc.”³⁸⁷.

³⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia T-496/96: 26 de septiembre de 1996.

³⁸⁷ Corte Constitucional, sentencia T-496/96: 26 de septiembre de 1996.

Sobre el tema de las normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas, le ha sido brindado un tratamiento abierto, tomando en cuenta la diversidad de sistemas y las reglas que rigen en cada comunidad indígena, amparado por su reconocimiento en la norma constitucional. Esto constituye un motivo para que se acepte que la mayor parte de las leyes indígenas no son escritas y con una estructura regulatoria, y que tampoco se asemejan a los sistemas heredados del antiguo derecho romano.

En su labor jurisprudencial la Corte llegó a establecer reglas por medio de las cuales la administración de justicia ordinaria valoraría los mecanismos que las comunidades indígenas aplican en su propia resolución de los conflictos. Como bien se planteó la Corte estimó la presencia de ciertos derechos, donde el reconocimiento de la justicia indígena y los actos emanados del ejercicio de la misma están sujetos a la Constitución, o sea que no sean contrario a esta ni al resto de las leyes.

El sistema jurídico colombiano demuestra una clara posición en que la competencia sobre los asuntos típicos de la justicia indígena resulta ser exclusiva y excluyente para ésta. Es así que, en el ejercicio de la jurisdicción si una autoridad judicial recibe un caso relacionado a cuestiones indígenas deberán remitirlo a las autoridades comunales del territorio indígena que corresponda. Sin embargo, aunque determinado caso fue solucionado en la jurisdicción indígena, las autoridades judiciales ordinarias pueden intervenir cuando uno de los individuos sujetos del conflicto así lo haya solicitado, a dicho mecanismo se le ha catalogado como una intervención judicial por vía excepcional, y se desarrolla a través de la acción de tutela. Esta constituye la vía utilizada por los jueces de la justicia ordinaria para conocer y tramitar casos en los que sujetos de un procedimiento en la justicia indígena alegan una violación de los derechos fundamentales. Algunas de las principales alegaciones que se presentan ante un juez de la justicia ordinaria relacionada con procedimientos indígenas recaen en que: en los procesos de la justicia comunitaria o indígena se han permitido principios de carácter procesal como la contradicción, la doble instancia, la asesoría jurídica o se han materializado sanciones prohibidas en la normativa constitucional como los castigos corporales extremos o el destierro. Esto refleja un claro conflicto en medio del cual descansa la figura del juez de justicia ordinaria y sus funciones, el cual deberá tomar una decisión bajo ciertos dilemas que contemplan derechos individuales y derechos colectivos.

Por tanto, la Corte Constitucional colombiana ha realizado una interpretación sistemática del régimen institucional y jurídico, en aras de ubicar con la mayor claridad posible todos los parámetros que llegan a favorecer el ejercicio autónomo de la justicia indígena y sus respectivos límites, estos últimos vinculados directamente a los derechos fundamentales (no matar, no esclavizar y no torturar). En los fundamentos emitidos por este órgano constitucional se reclama además el reconocimiento de la diversidad étnica y el pluralismo jurídico, se especifica que dicho reclamo tiene como base tanto al orden político y jurídico como de la organización del Estado colombiano.

Capítulo IV

La justicia indígena en Ecuador

4.1. Caracterización de los sistemas de justicia indígena en Ecuador

La Constitución de 2008 perfeccionó el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena dentro de los derechos colectivos reconocidos formalmente. Allí consta, entonces el “mantener, crear, desarrollar y practicar su derecho propio o consuetudinario”,³⁸⁸ y el de ejercer “funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio”.³⁸⁹ De alguna manera, esto resultó ser un logro político importante que trajo tres consecuencias políticas.³⁹⁰ Por una parte, se dio materialidad a las normas de derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas, por lo cual dejan de ser normas de derecho consuetudinario.³⁹¹ Luego, se rompe con el monopolio de la producción normativa vinculante por parte del Estado desde la modernidad, y, por último, estos sistemas así reconocidos y el sistema de justicia estatal se ubican a partir de esta normativa en un sentido de igualdad.³⁹²

La justicia es una importante función de autonomía, puesto que ha sido considerada como una forma de organización, cuyo objetivo fundamental descansa en la búsqueda, por medio de un sistema normativo, de regular las interacciones presentes entre los seres humanos, con el propósito de mantener la paz social. La justicia ha llegado a ser concebida en dependencia de dos elementos principales, estos son la época histórica y la civilización³⁹³. De esta forma la justicia llegará a relacionarse con los valores presentes en cada sociedad, y desarrollados en una época histórica determinada, ambos factores determinantes para su validez y funcionamiento.

Otros términos que guardan una estrecha relación con la justicia son las penas y castigos y su respectiva ejecución, los órganos encargados de la administración de justicia, el derecho a la defensa, las garantías y derechos fundamentales, por solo

³⁸⁸ *Constitución del Ecuador*, 2008, Art. 56.10.

³⁸⁹ *Ibíd.* Art. 171.

³⁹⁰ GARCÍA SERRANO, F. (2009: 484) *Diferentes, Desiguales y Desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Barcelona: Editorial Gedisa.

³⁹¹ CHÁVEZ, G. (2008: 82).

³⁹² La interculturalidad abre un espacio más amplio de relación con otros sistemas culturales: personas extranjeras, el estatuto de derechos humanos con pretensiones de universalidad, y las distintas regulaciones supra, trans y paraestatales.

³⁹³ PÉREZ GUARTAMBEL, C. (2015: 229-230).

mencionar algunos. La materialización de estos elementos impulsa las exigencias hacia el Estado de garantizar el castigo y respectivo juzgamiento hacia aquellas conductas que constituyen delitos según lo regulado en cada ordenamiento jurídico. A modo general se puede decir que la justicia tiene como base un sustento cultural³⁹⁴ y una fundamentación desde el ámbito formal³⁹⁵.

Asimismo, esta justicia se evidencia en los pueblos y nacionalidades originarios de América, entre los que se encuentran los pueblos originarios del Ecuador. Estas comunidades ancestrales poseen un sistema de justicia propio, o sea, que, desde hace muchos años, incluso antes del advenimiento de los conquistadores europeos a territorio americano, los indígenas ecuatorianos administraban un sistema de justicia propio, el cual no se basa en los fundamentos del derecho europeo, sino que se erige sobre pilares que responden a su propia experiencia de vida y cultura ancestral. El sistema de justicia indígena en el Ecuador se basa en principios que responden a su forma de percibir la vida y las relaciones surgidas dentro de estas comunidades. En dicho sistema de justicia llegan a ser aplicadas sanciones con el fin de que la persona que ha cometido un delito pueda reconocer su falta, enmendar dicho error, y no volver a cometerlo en el futuro³⁹⁶.

En este contexto la justicia presente en las comunidades indígenas los métodos de castigos implementados ante la violación de una norma se caracterizaron por ser castigos físicos que poseían un carácter sanador y de purificación, con un significado. El desarrollo de la justicia indígena se ha caracterizado por poseer un sentido tanto económico como comunitario determinado, los cuales responden a la reinserción de la persona en la comunidad, además tiene un importante sentido ceremonial. Conforme a ello, las comunidades ancestrales han materializado su propia justicia por medio de prácticas basadas en un derecho consuetudinario, con objetivos, fundamentos y preceptos muy propios.

En el Ecuador, ha sido importante el desarrollo de los argumentos jurídicos y antropológicos que dan lugar a la existencia y aplicación de la justicia indígena, en virtud de la generación del pluralismo jurídico, el que ha sido reconocido desde la

³⁹⁴ Existe un consenso a nivel social que implica consideraciones sobre lo que está bien y lo que está mal.

³⁹⁵ La fundamentación forma implica la presencia de codificaciones y leyes escritas aplicadas por operadores del derecho y órganos de administración de justicia.

³⁹⁶ JARAMILLO, Pío. (2009: 92-95).

vigencia de la Constitución Política de 1998, con la cual el Estado ecuatoriano reconoce la existencia del pluralismo jurídico, con la cual se impone la necesidad de institucionalizar de forma inmediata una coexistencia de la justicia ordinaria con la justicia indígena, trazando el camino hacia una justicia intercultural, respondiendo a la propugnada igualdad de condiciones, entre diversos sistemas de justicia ancestral y el de la justicia ordinaria.³⁹⁷

Sin embargo, a pesar de que tanto la Constitución de 1998 hace referencia a una posibilidad de las autoridades indígenas de ejercer funciones en aplicación de justicia, la Constitución de 2008 dispone claramente el ejercicio de funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas, reconociéndole un poder real y completo a las autoridades indígenas, vislumbrándose una potenciación de la aplicabilidad y de eficacia del derecho de los pueblos indígena en relación con la conformación del Estado plurinacional.

Sin embargo, según el resultado de la investigación realizada en el año 2007 por la FLACSO, en su mayoría los integrantes del sistema de la justicia ordinaria ecuatoriana “no reconocen la vigencia de los sistemas de derechos indígena, tampoco se interesan en conocerlos e igualmente no aplican las normas del convenio No. 169 de la OIT y los derechos colectivos en sus acciones”.³⁹⁸ Lo que dio lugar a las recomendaciones expresadas en el informe al Consejo de Derechos Humanos del 2010 donde se expresa se exhorta a Ecuador a “desarrollar un proceso de intercambio de información y entendimiento entre las autoridades estatales judiciales y las autoridades indígenas sobre sus respectivos sistemas de justicia”³⁹⁹. En atención a ello, es importante establecer los caracteres del sistema de justicia indígena.

³⁹⁷ *Constitución Política de la República de Ecuador 1998*, Artículo 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

³⁹⁸ GARCÍA, F. (2007). *Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Quito, FLACSO-sede Ecuador/Oxfam América, p. 51.

³⁹⁹ ANAYA, J. (2011). *observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas* en: Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. p.19.

Atendiendo al surgimiento de la justicia indígena, el cual se encuentra relacionado con el mantenimiento de la paz social, en la cual la autoridad indígena⁴⁰⁰ resulta ser la responsable de velar y hacer cumplir las normas comunitarias.⁴⁰¹ Una distinción entre la justicia indígena y la ordinaria es que en la primera la norma legal no emana de un órgano legislativo, sino que la ley nace del reconocimiento del derecho que poseen todos aquellos que forman parte de la comunidad.

Es decir, que el reconocimiento de la norma legal depende del pueblo indígena. De igual modo se puede afirmar que la justicia indígena se basa en prácticas ancestrales, presentes en el periodo histórico precolombino, o sea, antes de la conquista europea, los pueblos originarios de América se caracterizaron por su diversidad, y por el camino que trazaron hacia la posible construcción de una nación. Existía en los pueblos indígenas distintos conocimientos enmarcados en la medicina, las técnicas, agrícolas, así como la astronomía, y un sistema que respondía a la solución de los conflictos.⁴⁰²

Como bien se ha analizado en los capítulos anteriores, la colonización frenó todo el sistema de vida de los pueblos originarios de América, incluso el desarrollo y aplicabilidad de su sistema de justicia, ya que esta fue relegada y se impuso la voluntad del conquistador. A pesar de ello, con el transcurso de los años las prácticas y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas no fueron olvidadas y lograron subsistir hasta la actualidad.

En el caso de la conformación de los Estados en los países latinoamericanos, su formación estuvo marcada sobre la existencia de variados grupos étnicos y culturales, a los que se le impuso la ideología del conquistador blanco y los criollos que dominaban las estructuras de poder y se erigieron como grupos sociales hegemónicos. Por lo que los textos constitucionales de los Estados surgidos en Latinoamérica no llegaron a reflejar los derechos de la mayoría de la población, integrada por indios, negros y mestizos, lo que se reflejó además en la negación de sus derechos colectivos e individuales.⁴⁰³

⁴⁰⁰ Son generalmente los ancianos de la comunidad.

⁴⁰¹ STAVENHAGEN, R. (1990: 41).

⁴⁰² HERNÁNDEZ TERÁN, M. (2011: 58-60).

⁴⁰³ GRIJALVA JIMÉNEZ, A. (2012: 45-47).

Todas estas circunstancias estuvieron presentes en el surgimiento del Estado ecuatoriano. Los inicios del funcionamiento del Ecuador como un Estado independiente estuvieron caracterizados por el no reconocimiento de los derechos de los pueblos conquistados, razón por la cual la justicia indígena quedó sujeta a los principios de la justicia ordinaria y bajo los rigores de un Estado dominado por blancos y criollos. Algunos acontecimientos desarrollados en el país y relacionados con la justicia indígena fueron la imposición de un tributo indígena surgido como una imposición fiscal y reconocida en una legislación especial en la que se abarcaron cuestiones vinculadas a las tierras, autoridades propias y obligaciones de los indígenas con el Estado, esto fue desarrollado durante la primera mitad del Siglo XIX, posteriormente este tipo de tributos fue eliminado y los indígenas fueron considerados ciudadanos pero no gozaban de los derechos electorales, de cuyo proceso fueron excluidos por ser analfabetos y pobres. En los primeros años del Siglo XX aun en el país no existía una relación de igualdad hacia el trato brindado a los indígenas, por lo que llegan a surgir corrientes ideológicas y político-intelectuales que otorgaron una nueva percepción del indio en la sierra ecuatoriana.⁴⁰⁴

De esta manera con el paso del tiempo el proceso de construcción social que se vivió en el Ecuador contribuyó a que los grupos sociales marginados lograran organizarse y así plantearon sus necesidades y derechos. A partir de la lucha emprendida llegaron a ser reconocidos y en la actualidad pueden ejecutar su sistema de justicia, bajo los límites que la norma constitucional impone.

Tal reconocimiento de la justicia ancestral de los pueblos indígenas, no es absoluto ya que el marco constitucional ha establecido ciertos límites,⁴⁰⁵ pero los límites que no son exclusivos a esta, pues de manera igualitaria se manifiestan en la justicia ordinaria, en ambas se obliga al respeto de los principios y derechos que han sido adoptados constitucionalmente y los que han sido previstos en virtud de los tratados internacionales suscritos por la república.

En el Ecuador el derecho indígena a partir de los inicios de la República en el Siglo XIX, estuvo directamente vinculado con la uniformidad étnica, como principal fuente de las normas que llegaron a regir su desarrollo. A pesar de ello, con el

⁴⁰⁴ JARAMILLO ALVARADO, P. (2009: 100-102).

⁴⁰⁵ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 171.

transcurso de los años la realidad en torno al derecho indígena se ha comportado diferente, es decir, que el país en la actualidad posee diversidad de pueblos indígenas, los cuales han sido reconocidos en la norma suprema vigente.

Esta norma constitucional contempla en su cuerpo normativo tres aspectos fundamentales y comunes a todas las comunidades ancestrales en cuanto a su derecho indígena, estos son: registro de procedimientos y normas inherentes al sistema consuetudinario que identifica al derecho indígena; se llega a contemplar de forma paralela el sistema institucional que le asiste al derecho indígena con el sistema jurídico ordinario, esto significa que la autoridad indígena forma parte del sistema de administración de justicia; y por último dentro del derecho indígena se reconoce la capacidad de administrar justicia.⁴⁰⁶

Todo este reconocimiento relacionado al derecho indígena, trae como consecuencia el desarrollo de un pluralismo jurídico en el país, tal como se ha analizado en anteriores capítulos, por lo que existe más de un sistema jurídico dentro de una misma nación. La principal fundamentación y justificación para que rija más de un sistema jurídico en el territorio nacional, resulta ser la presencia de variadas culturas indígenas, por lo que se persigue que prime una convivencia pacífica entre todos los habitantes del Ecuador, mestizos, blancos, negros e indios. Conforme a ello y como parte del derecho indígena pueden ser identificadas las siguientes características.⁴⁰⁷

4.1.1. Filosofía y procedimientos milenarios

Los pueblos originarios, de modo general, poseen formas propias en lo que respecta a la concepción y apreciación del mundo. Ambos elementos han sido catalogados como complejos ya que llegan a determinar los patrones de comportamiento dentro de una comunidad ancestral. Un ejemplo claro es la percepción que posee en el Ecuador la comunidad kichwa la cual considera que el tiempo es circular, y esto implica que los ciclos sean repetitivos de manera constante. Esta cosmovisión indígena data del periodo en que rigió el imperio Inca, cuya cultura se caracterizó por defender las eras solares que abarcaban 500 años aproximadamente, en estos periodos se depuraba lo malo y las impurezas.

⁴⁰⁶ Asamblea Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 57.

⁴⁰⁷ PÉREZ GUARTAMBEL, C. (2015: 233-252).

Desde el ámbito histórico-social el devenir de los pueblos indígenas ha estado caracterizado por un movimiento constante. Esta filosofía andina llega a manifestarse en amplios círculos de vida, extendidos en todo un contexto histórico, que se ha caracterizado por avances y retrocesos, que a su vez generaron saltos de índole cualitativa en la cultura ancestral. La concepción de la filosofía de los pueblos ancestrales puede caracterizarse como integral, holística, sistémica, y dialéctica, cuyo centro es la naturaleza como un todo, el cual se complementa e interrelaciona con la generalidad de seres vivientes.

Se destaca de esta manera la Pachamama⁴⁰⁸ como el tiempo y el espacio, donde se ofrece luz, calor, lluvia, calendarios, todo ello evidenciado en las técnicas para las cosechas empleadas por los pueblos indígenas. Nótese que en esta parte no se habla de cosmovisión, sino de filosofía andina. Si bien es cierto, posiblemente las formas de vida de los pueblos indígenas no alcanzan el nivel descriptivo, especulativo y estructural de las filosofías occidentales, pero tienen sus propios principios y expresiones diversas del conocimiento. Por ejemplo, en la filosofía andina son importantes los principios de relacionalidad de complementariedad, que consisten en la necesidad del runa de estar relacionado con la Pachamama y con la comunidad para existir y de completar su vida social con los individuos, runa-guarimi son así la expresión de una realidad complementaria. Esto distinto a la forma binaria y excluyente de funcionamiento de las filosofías occidentales.⁴⁰⁹

Así mismo han existido mandatos implícitos en los que se destaca la aplicación de correctivos, los cuales han sido considerados como procedimientos milenarios. Estos correctivos han estado dirigidos a aquellas personas, dentro de la comunidad ancestral, que infringen normas de convivencia individual, familiar, vecinal o comunal, este tipo de inobservancia llega a generar ciertas sanciones que acorde a las características de cada caso pueden llegar a ser mayores o menores. Dichas situaciones, denominadas también “conflictos”, se evidencian por medio del adulterio, la agresión tanto física

⁴⁰⁸ Madre Tierra o Mama Pacha, considerada como una diosa totémica de la cultura incaica, y cuya representación en el planeta Tierra, al cual le eran realizadas numerosas ofrendas. Este tipo de presentes se representaban en ceremonias agrícolas y ganaderas, actualmente aún son practicadas por las comunidades ancestrales de la región andina.

⁴⁰⁹ ESTERMANN, J. (1998: 5-76).

como verbal, la difamación e injuria, el irrespeto a las personas mayores, el incumplimiento de deberes comunitarios, por solo citar algunos ejemplos.

Por otra parte, se plantea la relevancia de la imposibilidad material de hacer referencia a una justicia indígena como concepto único, ya que según las estadísticas del INEC en Ecuador coexisten 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas,⁴¹⁰ los cuales según sus tradiciones poseen autoridades, normas, procedimientos y sanciones propias, además de asumir una visión del mundo que los rodea conforme a las características propias de su cultura. Es importante tener en cuenta que, de forma, se denomina justicia indígena, en atención a la denominación general del sistema jurídico de pueblos ancestrales, pero de fondo hay características diferenciadoras, lo que permite una generalización es los rasgos socio culturales que comparten.

Se puede afirmar que, la aplicación de la justicia indígena involucra prácticas que pueden variar en ocasión a cada nacionalidad o pueblo, lo que evidentemente puede conllevar a un sistema procesal diferenciado del proceso de justicia ordinario. Sin embargo, en virtud de ese respeto que se exige a la justicia indígena para con los principios constitucionales y de derechos humanos, no serán diametralmente opuestos, sino diferentes formalmente, ya que en ellos materialmente mediará la existencia de garantías, de imparcialidad, el derecho a la defensa del procesado por este sistema.

Entre una de las manifestaciones más emblemáticas para la justicia ordinaria, se encuentra el castigo corporal, como es el caso del fueite,⁴¹¹ el cual es utilizado a modo sanción, cuando se presenta la trasgresión de normas de la comunidad indígena, por una parte, hay que tomar en cuenta, que la sanción desde un punto de vista penal no se preceptúa ni se aplica de la misma manera que para el derecho penal ordinario.

⁴¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (2006)

⁴¹¹ “El uso del fueite no es discrecional, sino que está debidamente normado: determina la cantidad y la manera de aplicarlo en el cuerpo (siempre de la cintura para abajo). Además, es considerado como una sanción ritual que no busca castigar mediante el daño físico; los latigazos representan la fuerza del rayo, la cual permite limpiar y equilibrar la mala energía (llaki en Kichwa) del individuo, que lo llevó a romper el orden social del grupo, y reintegrarlo a la armonía social. Por tanto, la aplicación de sanciones físicas dentro de la regulación, límites y contexto de la justicia indígena no debería implicar un atentado contra el derecho a la integridad de las personas” Ministerio Coordinador de Patrimonio. (2012: p.) *Viviendo la Justicia. Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en Ecuador*. Quito: Ministerio Coordinador de Patrimonio/ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) h / Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador.p.17

En conflictos jurídicos que surjan como consecuencia de la transgresión de las normas de carácter social, comunitario o espiritual, lo que prevalece como fin en la justicia indígena son el restablecimiento de la paz y la armonía entre los integrantes de la comunidad y a su vez con la naturaleza. De esta finalidad se desprende, que las formas para reparar el daño causado sean a consideración de cada situación, siendo que su vigencia es entendida como la reintegración a la comunidad y de sanación espiritual. Omitir los caracteres y situaciones particulares de las culturas indígenas, visualizando solo desde una perspectiva occidental, derivaría en una interpretación restringida, condicionada y errónea de los rituales ancestrales, pudiendo estas ser vistas sólo como una forma de castigo corporal que está vetado para la cultura occidental. De allí deriva la importancia de la visualización desde un punto de vista intercultural los aspectos correspondientes a la jurisdicción indígena.⁴¹²

4.1.2. Transmisión de costumbres y predominio del principio de libre determinación

En el derecho indígena la oralidad resulta ser el mecanismo principal para dar a conocer las leyes y en sí, fomentar la cultura ancestral en la vida comunitaria. Estas vivencias son traspasadas en el pasar de los años a las diferentes generaciones, donde el principal medio resulta ser el relato, el cual va de las personas mayores a los menores de edad. En la actualidad se puede apreciar cierta mixtura entre las normas de los indígenas y de las personas mestizas.

Por otro lado, el principio de libre determinación radica en el derecho que les asiste a las comunidades indígenas en cuanto a poder decidir sobre su destino, es decir, su autonomía, forma de gobierno, instituciones, entre otras. Dicho principio ha sido considerado como la columna vertebral de los pueblos indígenas, ya sin la existencia de la autodeterminación no se puede hablar de la presencia de estos pueblos originarios. La libre determinación de los pueblos indígenas llega a estar reflejada en el derecho a la tierra, o sea su dominio territorial; en la disposición de su territorio, es decir su independencia; y por último en la definición de su forma de gobierno, lo que pone de manifiesto la soberanía de estos pueblos. Todos estos aspectos que encierran la esencia del principio de libre determinación han quedado reflejados en el marco del Derecho

⁴¹²Ibíd. p.16.

Internacional, específicamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁴¹³

1- Derechos colectivos y el convivir comunitario:

Como parte del derecho indígena llega a reconocerse aquellos derechos catalogados como colectivos de los pueblos indígenas. Por otro lado, la integralidad en cuanto a los conocimientos, saberes y pensares ancestrales reflejan la conducta de los miembros de las comunidades indígenas. Dichas conductas son diversas, las cuales pueden ser graves, medianas o menores, pero todas inciden directamente en el equilibrio social de la comunidad, razón que impulsa la necesidad de que las autoridades de la comunidad lleguen a intervenir de distintas formas y con las respectivas instancias para cada situación.

Para aquellos actos catalogados como delitos, y que traen como consecuencia una alteración en la armonía de la comunidad no quedan en la impunidad, y resulta ser competencia de la comunidad recobrar el equilibrio social, bajo un sentido de supervivencia, respeto y autoridad. En el caso de la autoridad esta llega a estar representada en la actuación de los padres, abuelos y mayores integrantes del Consejo de Gobierno o la Asamblea, los cuales establecen la gravedad de la falta cometida.

2- Autonomía:

Representa un derecho de los pueblos indígenas, es decir estos resultan ser autónomos y soberanos, con independencia de la existencia de cualquier sistema jurídico, solo respondiendo a la observación de los principios constitucionales y el respeto a los derechos humanos, tal como ocurre con el sistema jurídico ordinario.

3- Sistema limitado:

Cada comunidad ancestral posee autonomía propia, lo que implica jurisdicción y competencia. De ello se deriva que cada pueblo ancestral demuestre respeto hacia sus

⁴¹³ ONU. Resolución 61/295. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*: “Art. 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. // Art. 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”.

semejantes. Ello evoca, a que en el ejercicio de la acción jurisdiccional no se cuenta con un sistema ilimitado, como todo poder que se ejerce frente a las personas, este se otorga con ciertas limitaciones, respecto no sólo a la aplicabilidad territorial y cultural, sino que los límites llegan hasta la esfera de los derechos inherentes al ser humano.

4- La autoridad en el derecho indígena:

Esta resulta la máxima instancia en la administración de la justicia ancestral y vela por la paz social dentro de la comunidad.

5- Aplicación del derecho indígena:

A este derecho ancestral le asiste un conjunto de normas y preceptos, cuya aplicación está sujeta a una serie de patrones, ejemplo de ello es la carencia de preferencias, discriminación y conductas motivadas por el resentimiento. Atendiendo más a un bienestar colectivo, en armonía no sólo respecto a la comunidad, sino que se considera de manera amplia, siendo prevista la importancia de la armonía con la naturaleza y con la espiritualidad

6- Las sanciones en el derecho indígena:

En cuanto a la aplicación de las sanciones en la justicia indígena rige el principio de proporcionalidad, es decir que la sanción se ejecuta acorde a la conducta negativa realizada.

7- El derecho indígena como derecho consuetudinario:

Este derecho ancestral ha sido descrito como aquellos conocimientos, normas y principios, que han logrado transmitirse en el transcurso del tiempo por medio de distintas generaciones, cuyo principal mecanismo ha sido la oralidad. Es importante señalar que con relación al derecho consuetudinario no se ha perseguido por parte de las comunidades ancestrales una validación por parte del Estado para su conservación, ya que la aplicación por parte de los pueblos indígenas ha resultado ser más que suficiente, es decir que el derecho indígena forma parte de la memoria de cada uno de los miembros de la comunidad ancestral. Para la resolución de los conflictos suscitados en las comunidades indígenas el derecho consuetudinario ocupa un rol fundamental.

8- La publicidad en el derecho indígena:

Todos aquellos procesos ventilados en la justicia indígena tienen como característica principal la publicidad. Los procesos son públicos ya que la comunidad participa directamente en el conflicto, y le brinda la solución correspondiente.

9- El derecho indígena y la celeridad:

La materialización de la justicia indígena se identifica con la rapidez en la solución del conflicto, ya que la toma de decisiones al respecto es ejecutada en cortos periodos de tiempo, con lo cual se agiliza la aplicación de las respectivas sanciones.

10- El derecho indígena contempla bajos costos procesales:

La materialización de la justicia indígena por parte de la comunidad, o de la asamblea comunal, no conlleva remuneración económica alguna. Esto significa que las autoridades indígenas al constituir miembros de la comunidad no reciben un pago económico por el ejercicio de sus funciones.

11- El derecho indígena evidencia una adaptabilidad a las circunstancias:

El derecho consuetudinario al constituir la base principal de la justicia indígena trae como consecuencia que la solución de los conflictos sea flexible y se adecúe de mejor forma a cada situación, bajo un tiempo menor en su resolución.

12- El predominio de la oralidad en el derecho indígena:

El desarrollo del procedimiento que engloba la justicia indígena resulta ser oral en su mayor parte, lo que genera una mayor rapidez en la ejecución y toma de decisiones, ya que existe una menor cantidad de trabas, caso contrario es la justicia ordinaria donde priman las trabas y costos procesales.

13- El derecho indígena y la competencia:

Las autoridades indígenas resultan ser competentes para conocer y resolver cualquier asunto sobre determinado conflicto. Ahora bien, es necesario aclarar que cada comunidad ancestral aplica la competencia de diversa manera, por ejemplo, en los casos

donde exista un homicidio o un asesinato, la propia comunidad puede juzgar o en algunos casos deciden entregarlo a la justicia ordinaria.

Hasta aquí se ponen de manifiesto las principales características del derecho indígena en su desarrollo.

4.2. Componentes de la justicia indígena

4.2.1. Autoridades indígenas

En la administración de la justicia indígena las autoridades comunales obedecen a un conjunto de pasos enmarcados en determinado procedimiento, cuyos pasos han sido considerados en el marco de las tradiciones y costumbres ancestrales de cada comunidad. Es por ello que la justicia indígena se identifica, con un sistema de rogación o petición de parte, más no con procedimientos predeterminados en una ley escrita. En este sentido, la autoridad indígena no es una función permanente y estandarizada, sino una especie de facilitador para que la práctica de la justicia comunitaria sea posible. No es una persona remunerada, tampoco tiene funciones específicas sobre la justicia indígena en la mayoría de casos, el desarrollo de los sistemas de la justicia indígena, suelen ser comunitarios. Así, por la propia naturaleza colectiva de la vida comunitaria, la autoridad no corresponde a la lógica occidental-burocrática, más allá de que algunas denominaciones son tomadas, como ya se ha dicho, de la cultura dominante. Por ejemplo, “cabildo”, “mayoral”, “síndico”, “presidente”.⁴¹⁴

4.2.2. Normas y procedimientos propios

Los miembros de la comunidad indígena que resulten de alguna manera afectados, así como sus familiares pueden plantear una solicitud de resarcimiento ante el Cabildo o autoridad comunal, ya que estos dirigentes de la comunidad tienen la potestad de restablecer el orden afectado dentro del pueblo y en la familia. Conforme a esto el conflicto puede llegar a surgir ya sea en el hogar, en la familia, y en el pueblo o nacionalidad.

A continuación, serán mencionados los principales elementos que identifican el actuar de la autoridad indígena ante el planteamiento de un conflicto dentro de la

⁴¹⁴ DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR. (2014): *Amicus Curiae: Caso La Cocha*, párr. 44.

comunidad. Hay que mencionar que cada pueblo indígena posee costumbres a raíz de las cuales actúan o se desenvuelven sus miembros, pero se pueden definir algunos pasos⁴¹⁵ que siguen las autoridades comunales a modo general:

1. Aviso o Demanda, *willachina*:

Por medio de la oralidad y de manera clara las partes involucradas en el conflicto comunican el problema en cuestión ante las respectivas autoridades indígenas. De manera más específica se puede afirmar que la parte afectada pone a conocimiento del Cabildo los hechos suscitados, ya sea una pelea, robo, muerte, por solo mencionar algunos ejemplos. Si se compara con el procedimiento en la justicia ordinaria se estaría ante la interposición de una demanda.

Acorde a esto el *willachina* se erige como el acto por el cual el miembro de la comunidad indígena que ha recibido un agravio, ofensa o perjuicio solicita al Cabildo la implementación de una solución. Toda medida y su respectiva adopción llegan a ser analizada en la Asamblea Comunal.

2. Investigación del problema o conflicto, *tapuykuna*:

En el periodo que dura la investigación de los hechos, la autoridad comunal o indígena llega aplicar diversas acciones encaminadas a dirimir la realidad entorno al conflicto. Tales acciones pueden recaer en inspecciones oculares que influyen en la determinación de la magnitud del problema, e incluso se llegan a recibir los testimonios de las partes implicadas en el problema, y además se llegan a practicar allanamientos en viviendas o locales que permiten incorporar elementos en lograr dirimir el conflicto.

3. Desarrollo de un careo entre el acusado y el acusador, *chimbapurana*:

En esta etapa donde se desarrolla el careo entre las partes involucradas se destaca el papel de la Asamblea Comunal en receptar todos los argumentos, lo cual obedece a las etapas siguientes: la autoridad comunal recibe la información de motivos; las partes aclaran los hechos respectivos en este aspecto no existen límites por lo que las intervenciones suceden cuantas veces se estimen necesarias; por último las autoridades o dirigentes indígenas intervienen en aras de realizar una reflexión en torno al problema,

⁴¹⁵ HERNÁNDEZ TERÁN, M. (2011: 112-115).

esta posición también llega a ser adoptada por los familiares de las partes, todo ello encaminado a que el acusado o acusados no transgredan nuevamente las reglas comunitarias.

4. Imposición de la sanción, *killpichirina*:

En cuanto a la imposición de las sanciones se destacan las multas, la devolución de los objetos que fueron robados o sustraídos, la aplicación de baños de agua fría, los trabajos comunitarios, el fuate, la ortiga, y de manera excepcional la expulsión de la comunidad ancestral. La sanción y su aplicación resulta ser proporcional a la gravedad de los hechos y tienen su base en las normas consuetudinarias de la comunidad.

5. Ejecución de la sanción, *paktachina*:

En esta etapa se ejecuta el cumplimiento de la sanción o sanciones impuestas. En el caso de las sanciones corporales éstas son llevadas a cabo por los miembros de la comunidad que ostenten un alto prestigio y reputación, pueden ser hombres o mujeres. Aquellas personas involucradas en el conflicto, específicamente la parte acusada, no deberá ser objeto de futuras acciones de venganza posteriores a la sanción.

A modo general este resulta ser la forma de proceder de las autoridades indígenas en la administración de la justicia.

4.2.3. Jurisdicción y competencia de la justicia indígena

En un sentido amplio las funciones de la autoridad jurisdiccional son equiparadas con términos como gobernar o dirigir, y de manera concreta ha sido identificada como: “El poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes...”.⁴¹⁶ Este tipo de funciones han sido conferidas particularmente al organismo encargado de administrar justicia, ya que el ejercicio de la jurisdicción se erige como una potestad de carácter público donde se llegan a conocer y fallar cuestiones o conflictos conforme a la ley, en otras palabras resulta la facultad atribuida al poder judicial para administrar justicia. No obstante, esta simple concepción no resulta suficiente para comprender todo el engranaje que implica el actuar de la autoridad jurisdiccional, ya que dicho ejercicio no solo incluye un poder de atribución, puesto que, vinculado a la facultad de juzgar, se destaca el deber u obligación de hacerlo, ya que el

⁴¹⁶ ESCRICHE, J. (1863: 1152).

juzgador tiene prohibido denegar la justicia. Ello significa que cuando la parte interesada ha recurrido a la autoridad judicial, esta tiene la obligación de resolver el asunto conforme a derecho.

La autoridad jurisdiccional tiene la responsabilidad de dirimir aquellas controversias suscitadas en el ámbito judicial, ya sea entre particulares, o entre un particular y el Estado. Por medio del actuar de la autoridad jurisdiccional se ejecuta la ley en cada caso en concreto. En el supuesto de la jurisdicción como función estatal esta posee gran relevancia, ya que todas aquellas intenciones positivas que tiene el legislador y todo el orden adecuado, efectivo y justo del derecho no resulta de utilidad si las autoridades judiciales no ejercieran sus funciones por los órganos de administración de justicia, como los tribunales, de manera imparcial y con la respectiva competencia.

De este modo se puede afirmar que tanto la seguridad jurídica como la justicia, se llegan a identificar con la existencia y materialización de un ordenamiento jurídico eficiente. Conforme a esto la autoridad jurisdiccional se encamina en sus labores a la realización y salvaguarda de los valores protegidos en la norma legal. Es por ello que la impartición de justicia que supone reconocer y otorgar a cada persona sus derechos, tiene como responsabilidad principal resolver los conflictos inevitables que se suscitan en la sociedad.

De igual manera el Estado, acorde a la norma suprema que rige cada ordenamiento jurídico y la propia institucionalidad, deberá establecer un sistema que respalde y garantice una realización efectiva de la justicia por medio de tribunales, o sea, el poder judicial, que alcancen aplicar la ley y dirimir las controversias emergidas en el seno de la sociedad, y así preservar el orden jurídico y constitucional. Para el cumplimiento de la función jurisdiccional, se destacan algunos elementos que llegan a marcar su ejercicio, principalmente por parte de los jueces como autoridades jurisdiccionales dotadas de atribuciones concurrentes⁴¹⁷, estos elementos son:

- *Notio*: es la facultad de conocer una determinada cuestión litigiosa.
- *Vocatio*: es la facultad de compeler a las partes para que comparezcan en el proceso.

⁴¹⁷ CEA EGAÑA, J. L. (1979: 298-305).

- *Coertio*: es la facultad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso con el objetivo de hacer posible su desarrollo o desenvolvimiento. Es ejercida sobre personas y cosas.
- *Iudicium*: es la potestad de poner fin al proceso, con la resolución del litigio y que posee en materia de derecho procesal efecto de cosa juzgada.
- *Executio*: es la facultad de ejecutar la sentencia no cumplida de forma espontánea por las partes, se emplea la fuerza pública para así no contemplar de manera ilusoria las decisiones judiciales.

De esta manera el juez llega a conducir efectivamente la dirección del proceso y posteriormente sentenciar el conflicto. En el transcurso del proceso el juez ejecuta un papel receptivo, o sea, recibe las pretensiones, recibe las pruebas y recibe las alegaciones. Este rol puede variar de la posibilidad extrema a la actividad instructiva, pero generalmente ocupa un papel receptivo. En el momento de dictar sentencia o emitir el fallo, el juez se transforma de un sujeto receptivo a un sujeto emisor, ya que pronuncia un criterio que a la vez tiene un carácter de mandato, y las partes antes en una posición emisora se convierten en receptivos.

Ante tales decisiones emanadas de la función jurisdiccional existen herramientas o recursos que las partes poseen para defenderse o reclamar. Es así como existen los medios de defensa o impugnación, catalogados como mecanismos procesales por medio de los cuales las partes en un proceso pueden solicitar la revisión de las resoluciones judiciales dictadas, cuya pretensión encierra la modificación o anulación de dicha sentencia o resolución judicial.

Como parte de las características a las que se encuentran sujetos los medios de impugnación para su ejercicio o materialización, se exige la presencia de un gravamen; esto significa que sólo puede ser impugnada la resolución por aquellas partes que han sufrido algún perjuicio en el fallo judicial. Hay que destacar que en la aplicabilidad de los medios de impugnación es tomado en cuenta el principio de procesal de prohibición "*reformatio in peius*", dicho principio implica que una vez revisada la resolución judicial, la parte que recurre no puede ser perjudicada, salvo que a la vez la otra parte haya también impugnado la resolución solicitando tales efectos.

Por otro lado, la doctrina jurídica ha llegado a dividir los medios de impugnación en dos categorías: remedios o recursos no devolutivos; y los recursos o recursos

devolutivos. En el caso de los remedios estos son identificados con los medios de impugnación planteados ante el propio órgano judicial que emitió la sentencia o resolución judicial. Estos recursos no devolutivos están dirigidos a la impugnación de autos y providencias que se destinan a las cuestiones incidentales no referidas directamente al objeto del proceso. En el supuesto de los recursos devolutivos, estos constituyen medios de impugnación que no son interpuestos ante el órgano judicial cuya resolución se impugna, sino ante un órgano con jerarquía superior.

En el ámbito de la función jurisdiccional se manifiesta como derecho la tutela judicial efectiva, o sea, aquel por el cual toda persona, como miembro de una sociedad puede acceder a los órganos jurisdiccionales en el ejercicio o defensa de sus derechos e intereses, con la sujeción a que dicho requerimiento sea atendido por medio de un proceso que ofrezca garantías mínimas en su adecuada realización. En lo que respecta al uso de término “efectiva” este llega a dotar al derecho de cierta connotación de realidad y contenido. A su vez algunos juristas han identificado este derecho como: “...es el derecho que tiene toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso de garantías mínimas”⁴¹⁸.

Acorde a lo señalado se puede afirmar que este derecho a una tutela judicial efectiva se erige como una manifestación constitucional a través del accionar de una serie de instituciones cuyo origen es eminentemente constitucional, y el principal objetivo que persiguen es el resguardo y precautelar el acceso libre, real y no restrictivo de todas las personas a la prestación jurisdiccional que corre a cargo del Estado. Todo esto se deberá desarrollar a través del debido proceso que expone los elementos requeridos e imprescindibles para que resulte posible la eficacia del derecho.

Todos estos elementos aquí señalados tienen su manifestación cuando se ejerce la justicia indígena, este último un sistema de derecho propio sujeto a las practicas ancestrales de cada comunidad. Como sistema de derecho propio las autoridades indígenas poseen facultades para desarrollar una jurisdicción independiente, catalogada esta como jurisdicción indígena, pero la propia ley, en este caso la Constitución, norma suprema que rige el ordenamiento normativo de cada país, le establece ciertos límites, los cuales están principalmente dirigidos al respeto de los derechos fundamentales.

⁴¹⁸ DE BERNARDIS, L. M. (1995: 235): *El Debido Proceso*. Lima: Editorial Cuzco.

El solo reconocimiento en la norma constitucional no es una garantía verdadera para la protección efectiva de los derechos fundamentales, este aspecto es alcanzable si se estipula la respectiva protección procesal. En este sentido la legislación ecuatoriana reconoce una serie de garantía jurisdiccionales que la persona puede solicitar toda vez que considere que sus derechos han sido vulnerados, estas garantías⁴¹⁹ son:

- Acción de protección
- Acción de hábeas corpus
- Acción de acceso a la información pública
- Acción de hábeas data
- Acción de incumplimiento
- Acción extraordinaria de protección

En el caso de la justicia indígena y las decisiones emanadas de sus autoridades comunales en el ejercicio de función jurisdiccional se presenta la acción extraordinaria de protección, como una garantía ante la posible violación de los derechos constitucionalmente garantizados.

La propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala cómo debe proceder la Corte Constitucional en los casos que se instaure una acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones emanadas de la justicia indígena⁴²⁰. Todo este engranaje evidencia que el accionar de la autoridad comunal o indígena no queda exento de revisión e incluso análisis ante la posible sospecha de que algún derecho constitucional ha sido vulnerado. En el sistema jurídico nacional prevalecen los derechos fundamentales que tienen los ciudadanos, y ante ello la Corte Constitucional actúa como un órgano de protección y control en el cumplimiento de este tipo de derechos.

4.2.4. Distribución de competencias.

Tanto las normas de derecho propio de los pueblos indígenas, como los procedimientos aplicables a la resolución de conflictos, incluyendo no sólo a los que

⁴¹⁹ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional-LOGJCC*, de 2009. Artículos 39; 43; 47; 49; 52; 58.

⁴²⁰ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional-LOGJCC*, de 2009. Artículos 65 y 66.

han existido a largo de la historia, sino también a los que se han modificado en virtud del contacto con otros sistemas jurídicos, tiene sus propios mecanismos para crear y aplicar normas de acuerdo a principios tradicionales y de costumbre. De la misma manera, se designa una distribución de competencia propia, relacionada a tradición ancestral, pero también con adaptaciones propias de la interrelación con otras culturas.

4.2.4.1. Por la materia

Dentro de la competencia la necesidad de establecer la materia parte del conocimiento de causa, a la cual se le vincula debido al comportamiento del individuo o de la propia sociedad, al respecto el tratadista Agustín Portillo señaló que: "...se trata del contenido u objeto del acto, según conforme se refiera a uno u otro asunto administrativo: Son las tareas o actividades que el órgano puede legítimamente realizar"⁴²¹. Conforme a ello se contemplan y atienden a las personas y sus demandas sociales, con el objetivo de garantizar y hacer valer tanto los derechos colectivos como los individuales.

Es así como puede establecerse acorde a la naturaleza acorde a la naturaleza del acto, hecho o accionar del individuo, el efecto derivado, ya sea daño, obligación, delitos o contravención. Por ejemplo, en materia civil se analiza un conjunto de situaciones en el periodo de vida que posee el ser humano, esto significa desde su nacimiento hasta su fallecimiento. En este ámbito que brinda el derecho civil en cuanto a la protección y regulación a la que el individuo está vinculado, la persona llega a estar sujeto de responsabilidades u obligaciones, procesos sucesorios, relaciones contractuales que surgen de la misma convivencia de las personas dentro de la sociedad; además el ser humano es identificado desde el marco de su existencia legal, sus limitaciones (razón a la edad, grado intelectual y dependencia) y los derechos que le asisten.

Dentro del ámbito del derecho civil también se destacan aquellos derechos que nacen del vínculo con bienes muebles e inmuebles, que pueden ser derechos individuales o colectivos, ya sea un patrimonio privado o público. A partir de todos estos aspectos el juez deberá tener una amplitud de conocimientos para poder decidir en asuntos de esta naturaleza, es decir en materia civil, específicamente en el territorio que

⁴²¹ GORDILLO, A. (2013: XII-13).

le ha sido asignado para el ejercicio de sus funciones, según la propia normativa legal, en este caso el Código Civil.

En el ejercicio de la jurisdicción el juez llega a conocer asuntos vinculados a temas como la niñez, la adolescencia y la familia, tratados como materia independiente en organismos de administración de justicia dedicados exclusivamente a ello. Este tratamiento ha tenido como propósito otorgarle garantías a la familia en cuanto a su funcionamiento, dígame alimentación, cuidados especiales, en aras de lograr una efectiva protección social y existencia, principalmente a los menores de edad.

Por otro lado, en materia penal, las acciones de cada magistrado se rigen por los parámetros establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, según el cual conocen y resuelven acciones derivadas de la ejecución de un hecho delictivo, ya sea por acción u omisión. Este daño que llega a ocasionar el individuo puede ser sobre bienes públicos o privados, a la integridad física y personal, la vida. Es por ello que este tipo de juez aplica sanciones y penas que incluye la privación de la libertad, con el objetivo de preservar el equilibrio social y la convivencia. Cuando la armonía social es fragmentada por un hecho que afecte un bien de importancia dentro de la sociedad, un juez especial se tiene la responsabilidad de restablecer al afectado. La competencia por materias está reconocida en la normativa ecuatoriana específicamente en el COFJ, donde en su Art. 156 se dispone que: “Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”⁴²².

En otro aspecto, la justicia ordinaria ha fijado regulaciones específicas y generales para las autoridades en la administración de justicia, principalmente en razón de la materia penal, cuyo objetivo es la aplicabilidad de una justicia equitativa. No obstante, de la misma manera se reconoce en la ley el principio de especialidad el cual establece que el juez podrá ejercer varias funciones o la totalidad de las especializaciones en zonas donde exista una escasa población de usuarios o en lo que respecta a la carga procesal⁴²³. Todo esto pone de manifiesto que la competencia otorgada al juez, de acuerdo a la materia se ha establecido acorde a la demanda

⁴²² Código Orgánico de la Función Judicial- COFJ, de 2009, Art. 159

⁴²³ Código Orgánico de la Función Judicial- COFJ, de 2009, Art. 11.

poblacional, donde en aquellos lugares en los cuales exista baja densidad poblacional, el magistrado llega a adquirir multicompetencia en sus funciones.

En el caso de la justicia indígena cuando se analiza la actuación legal o jurídica de las autoridades comunales se percibe otra realidad. En este sentido se puede afirmar que la autoridad indígena no posee una limitación en cuanto al conocimiento de causas según la materia. La autoridad comunal actúa con la capacidad de manejar toda acción que atente contra la paz dentro de la comunidad, o sea este tipo de accionar de la justicia indígena según los criterios manejados en el marco de actuación de la justicia ordinaria, podría ser catalogado como multicompetente, donde no existen limitaciones al conocimiento de causas y tampoco en la resolución de los mismos.

El ejercicio de este tipo de justicia parte del reconocimiento constitucional del Ecuador como un Estado plurinacional, donde existe un señalamiento expreso a la existencia de comunidades indígenas que poseen tradiciones propias y por lo tanto un derecho consuetudinario, todo esto deberá ser respetado, o sea los derechos indígenas y el establecimiento de mínimos jurídicos que deberán ser observados por esta justicia especial indígena.

Principios como la libertad y protección de las comunidades indígenas son garantizados en el texto constitucional⁴²⁴. Por otro lado, en la normativa nacional no se limita o restringe el conocimiento de causas indígenas, ni se delimita la organización o distribución de la jurisdicción y competencia a través de secciones referidas a las materias dígame civil, penal, laboral, entre otras. Se aprecia en el funcionamiento de la justicia indígena variadas funciones ejercidas en una especie de multicompetencia, donde no se restringe el accionar jurídico, de manera amplia y suficiente en cada intervención para la resolución del conflicto suscitado dentro de la comunidad.

En los anteriores casos mencionados sobre la justicia indígena se puede observar el tratamiento de los mismos, acorde a un procedimiento consuetudinario, sin que se desarrolle una especialización adicional por parte de la autoridad comunal en el accionar de las diversas intervenciones ante los conflictos que pueden suscitarse. A partir de este tipo de conducta la autoridad comunal llega a garantizar el buen vivir, en todos los miembros que integran la comunidad indígena. Es necesario destacar que los principios

⁴²⁴ Constitución de la República del Ecuador, de 2008. Art. 10.

y el legado ancestral de los pueblos indígenas, que son traspasados de generación en generación constituyen una especie de garantía en la administración de la justicia indígena, fundamentalmente en lo que se refiere a su eficiencia y eficacia, ya sea con el objetivo de sostener el equilibrio en la comunidad como en cuanto a las relaciones de cuidado y convivencia, lo cual gira en torno al legado y en el ejercicio de un control comunitario adecuado.

4.2.4.2. Por la pertenencia étnica

La competencia en la administración de la justicia indígena está amparada en la costumbre. De esta manera son conocidas las posibles trasgresiones que afectan al orden público o privado, ya sea a la comunidad como un todo o alguno de sus miembros. Algunos autores que han topado este tema han catalogado a la competencia de la autoridad comunal en la administración de justicia indígena como ejercida exclusivamente sobre los conflictos internos⁴²⁵, entendidos estos como aquellos que nacen en el seno de cada comunidad ancestral y llegan a vulnerar la armonía de vida y los valores identificativos de cada pueblo indígena.

Tanto en el texto constitucional ecuatoriano como en el Convenio 169 de la OIT no se fijan límites en el conocimiento de alguna materia dentro del ejercicio de la justicia indígena. Desde el ámbito jurídico es posible conocer todas las materias independientemente de la cuantía o gravedad del hecho, lo cual incluye cuestiones de índole penal, con la condicionante que estos hechos sean resueltos dentro de su territorio o sea como conflictos internos.

Conforme a ello y como ha sido reiterado en el transcurso de la investigación la justicia indígena tiene como fin restablecer la armonía colectiva que ha sido afectada dentro de la comunidad, la cual se encuentra sujeta a la materialización de medidas conciliatorias que sean a la vez ejemplarizantes, por lo que el miembro de la comunidad que ha cometido el error puede llegar a reconocer la mala acción que ha realizado y que además demuestre arrepentimiento unido al compromiso de no llevar a cabo este tipo de actos perjudiciales al mantenimiento del orden de la comunidad.

⁴²⁵ TRUJILLO, J. C. (2002: 91-104).

Es así como quedan establecidas las diferencias en cuanto al accionar de la justicia ordinaria e indígena específicamente en cuanto al conocimiento de las causas , donde en la justicia ordinaria en cuanto a la materia o tipo de especialización requisito que se erige en el desarrollo de la resolución de determinado conflicto y bajo parámetros que garanticen una intervención legítima, efectiva y jurídica, mientras que la justicia indígena se llega a manifestar como un conjunto de acciones que contemplan los conflictos de manera conjunta sin llegar a distinguir materias. Habría que agregar que la justicia indígena y sus representantes han cuestionado en reiteradas ocasiones el papel intervencionista de la justicia ordinaria al irrumpir en las decisiones adoptadas por las autoridades comunales, tal como fue analizado en acápites anteriores con el caso de La Cocha.

4.2.4.3. Por el territorio

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.

4.2.5. Declinación de competencias

En el desarrollo de esta investigación se han expuesto las variadas divergencias entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, específicamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con el caso La Cocha. Sin embargo, para una mejor comprensión es necesario analizar y comparar desde el ámbito de su ejercicio, es decir a partir de la declinación de la competencia, ya que es un modelo multicompetente, concentrado que trata familia, menores, litigios, comunitarios, y de otras naturalezas.

En primer lugar, hay que señalar que la competencia es identificada como la distribución fraccionaria de la jurisdicción, o sea, es aquella que puede ser apreciada

tomando como base las potestades o el poder que ostenta el juzgador, y dentro de dicha potestad se deriva la materia⁴²⁶. Cuando se analiza la competencia por materias en la justicia ordinaria la misma es determinada en virtud de la población, el requisito de la asignación de autoridades judiciales que posean un conocimiento adecuado y lleguen a resolver el conflicto por medio del empleo específico de cierta materia, dicho proceder tiene como fin garantizar la eficiencia, eficacia y agilidad de la justicia.

4.2.6. Coordinación, cooperación y colaboración: el diálogo intercultural de las justicias en Ecuador

La norma constitucional ecuatoriana, al igual que los instrumentos internacionales relacionados a los derechos de los indígenas, han llegado a establecer o más bien reconocer, la potestad que ostenta la autoridad indígena en el ejercicio de una jurisdicción propia para dirimir sus conflictos⁴²⁷, y así poder alcanzar una solución de los mismos, acorde a su sistema de normas. No obstante, a ello se mantienen los conflictos entre la aplicabilidad de esta jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria.

Para poder establecer una caracterización adecuada de la jurisdicción especial indígena en el país y en la región latinoamericana es necesario delimitar desde el marco de la doctrina legal la figura procesal de la “jurisdicción”. Respecto a la definición conceptual trazada en torno a una figura procesal como lo es la jurisdicción se puede apreciar la dificultad para establecer un concepto definitivo y fijo sobre la misma, que se haya mantenido sin variaciones en el transcurso de los años y en las diferentes sociedades. Esta variedad se refleja tanto en las formas externas en las que llega a materializarse la administración de la justicia, como en aquellos métodos empleados para juzgar, poseen cierto valor circunstancial que está estrechamente vinculado con determinado momento histórico que llega a identificarse con la jurisdicción⁴²⁸.

Si se analiza la jurisdicción desde su función genérica se puede apreciar que esta llega a ser aplicada con el objetivo de brindar una solución a aquellos conflictos por medio de las pautas indicadas por el derecho. Por lo que en el establecimiento de un concepto respecto a la jurisdicción es necesario tomar en cuenta dos aspectos

⁴²⁶ FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006).

⁴²⁷ *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 57, numerales 9 y 10, y Art. 171.

⁴²⁸ PEDRAZ PENALVA, E. (1990: 57-59).

fundamentales, estos son: la potestad jurisdiccional y la función jurisdiccional⁴²⁹. En la doctrina jurídica al referirse a la jurisdicción estos dos elementos han sido tomados en cuenta, ejemplo de ello es su consideración como: "...la potestad estatal ejercitada exclusiva y excluyentemente por tribunales independientes, previa y legalmente establecidos, funcionalmente desarrollada de modo imparcial en el proceso, dirigida a la satisfacción irrevocable de los intereses jurídicos socialmente relevantes"⁴³⁰.

Conforme a ello cabe destacar la relación entre la jurisdicción y la presencia de la competencia judicial internacional, o también denominada la extensión y límites de la jurisdicción, donde existe la posibilidad de que la potestad jurisdiccional y su respectivo ejercicio ante determinados hechos vinculados con un ordenamiento jurídico extranjero. Ante tal caso se puede destacar que la jurisdicción puede ser contemplada como un elemento principal dentro de la competencia judicial de carácter internacional. Para ello se ha llegado a señalar como parte de la doctrina jurídica procesal que: "...las normas de competencia procesal internacional son normas de derecho estatal externo, dictadas por cada estado en consideración de la existencia de otros Estados soberanos, para delimitar la propia jurisdicción y delimitar, en virtud de ciertos criterios, las controversias sobre las cuales puede ejercerla"⁴³¹. Debido a esto resulta necesario establecer que la jurisdicción internacional y su respectiva competencia forman parte del objeto de estudio del Derecho Internacional, específicamente la rama procesal, y en el caso de la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, ambas están sujetas a los límites enmarcados por el ordenamiento jurídico de cada Estado, y de manera exclusiva a los parámetros estipulados por el Derecho procesal.

Es así que cuando se habla de justicia indígena y el ejercicio de una jurisdicción especial, ello implica adentrarse en los caminos que conducen al pluralismo jurídico, categoría que se ha caracterizado por ostentar un valor esquivo, pluri-semántico, lo cual ha sido utilizado para definir valores, situaciones, estatutos y coyunturas. La justicia indígena también implica referirse a un todo mayor y omnicomprensivo, tal es el caso de los sistemas normativos indígenas que se llegan a conformar y desplegar en una dialéctica conflictiva con el sistema normativo del Estado. Por lo que el pluralismo

⁴²⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A. (2004: 21-22): *Derecho Procesal, Introducción. 3era Edición*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

⁴³⁰ PEDRAZ PENALVA, E. (1990: 172-173).

⁴³¹ RENGEL ROMBERG, A. (1970: 68).

jurídico se transforma en el marco de referencia, en el cual se alcanzan a dilucidar como núcleos normativos sujetos al debate, la confrontación y la complementación, ambos sistemas normativos, donde no tiene cabida una visión aislada, y sin conexión entre ambos sistemas jurídicos normativos⁴³².

Desde el ámbito del Derecho procesal cabe la distinción entre la jurisdicción ordinaria y la especial, donde se destaca la potestad que posee el juez ordinario, el cual ostenta una jurisdicción general, que le es atribuida a todos los jueces. En el caso de la jurisdicción ordinaria esta ostenta una potestad principal en cuanto al ámbito de ejercicio y su extensión, determinado por la competencia, además de que tiene un papel permanente en la labor de administrar justicia en una nación. La jurisdicción ordinaria está dotada de principios propios, características y objetivos, además de que tiene estructura independiente cuyo respaldo está reflejado en la norma constitucional de cada nación⁴³³.

La jurisdicción especial, manifiesta una cierta potestad cuyo ejercicio está limitado, es decir, solo recae en asuntos determinados o su ejercicio está sujeto a un número determinado de personas, ejemplo de ello la jurisdicción militar y la jurisdicción indígena. Más allá de los límites que posee la jurisdicción especial, existe una prohibición expresa de funciones o potestades, es decir que no posee competencia alguna⁴³⁴. La fundamentación y desarrollo de la jurisdicción especial tiene su origen en los propios sistemas jurídicos, además de la marcada influencia de eventualidades históricas que han generado la separación de la jurisdicción ordinaria de ciertas categorías. A partir de ello se han confeccionado sedes judiciales que pueden responder

⁴³² MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. (2014: 57-84).

⁴³³ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Art. 177. La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia. Art. 178. Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia. 2. Las cortes provinciales de justicia. 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley. 4. Los juzgados de paz. El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial. La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

⁴³⁴ CHIOVENDA, J. (1922: 462-463).

a las necesidades especiales y sus respectivas exigencias. Sobre este tema en la doctrina procesal se ha llegado a evidenciar que:

“El concepto de jurisdicción especial se construye en oposición al de jurisdicción ordinaria. Para ello se suele uno servir de dos parámetros: los tribunales a quienes se encomienda, distintos de los ordinarios, y la materia que les está atribuida. Es curioso constatar que la génesis de las jurisdicciones especiales se debe, entre otras, a circunstancias como las siguientes: Una cierta desconfianza respecto de la falta de especialización de los tribunales ordinarios, una pausada lentitud en pronunciar sus resoluciones, o, con frecuencia, la implantación de un nuevo orden político”⁴³⁵.

En la doctrina procesal se ha llegado a justificar el surgimiento de una jurisdicción especial a través de la posibilidad real que existe de poder elegir entre las autoridades con legitimidad, o sea, aquellas personas con determinados conocimientos diversas materias y que tengan la posibilidad de decidir⁴³⁶. A raíz de lo hasta aquí expresado se pueden apreciar razones suficientes para establecer la naturaleza de la jurisdicción especial indígena, ya que se erige como autoridad legítima para conocer y resolver aquellas controversias surgidas en el seno de las comunidades originarias, acorde a su orden normativo. De esta manera la jurisdicción especial indígena puede ser conceptualizada, como el espacio o fuero donde los pueblos originarios y autóctonos, y sus respectivos representantes materializan potestades de índole jurisdiccional⁴³⁷.

La jurisdicción especial indígena comprende funciones propias como conocer, juzgar, definir derechos, resolver conflictos y determinar obligaciones concretas, todas estas funciones inherentes al poder jurisdiccional, así como organizar el sistema de vida de la comunidad, en lo que se destaca la reparación de los daños. En relación a esto, es de señalar aquellas consideraciones vinculadas al fuero y su concepción desde la perspectiva indígena, para lo cual se ha llegado a establecer en parte de la jurisprudencia

⁴³⁵ RAMOS MÉNDEZ, F. (2005: 65).

⁴³⁶ CALAMANDREI, P. (1986: 68).

⁴³⁷ El tratadista italiano Francisco Carnelutti, afirmó que “la superioridad del juez respecto a las partes resulta ser una meta que la ley se esfuerza por establecer. Este resultado es alcanzable mediante la atribución al juez de un poder, y hasta de una potestad, que es justo llamar potestad jurisdiccional. La palabra jurisdicción adquiere así un doble significado en cuanto sirve para indicar tanto la función como el poder judicial”. CARNELUTTI, F. (1971: 92-93): *Derecho y Proceso*. Traducción de Santiago Sentis Melando. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa - América.

latinoamericana desarrollada sobre el tema lo siguiente: “...a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”⁴³⁸.

En aquellas situaciones donde la autoridad indígena ejecuta la administración de justicia y llegan a derivarse decisiones propias, no significa que la jurisdicción ordinaria que ostenta el Estado sea despojada de sus respectivas funciones. De esta manera la jurisdicción especial indígena contribuye a la reafirmación de un derecho propio. Unido a esto la garantía del acceso a la justicia indígena en la práctica deberá estar acompañado por el respeto a libre ejercicio de su jurisdicción acorde al derecho consuetudinario que los identifica. En materia procesal este derecho de administración de justicia que posee cada comunidad originaria o pueblo indígena se ha llegado a identificar con el principio “*forum regit procesum*”, o sea, que cada pueblo originario actuará acorde a sus costumbres⁴³⁹.

Ahora bien, como parte del desarrollo de la jurisdicción ordinaria se destacan elementos claves como: la *notio*, el *iudicium* e *imperium*. En el caso de la *notio* se identifica con la potestad que posee el juez para conocer las controversias que han sido expuestas para su consideración. Se evidencia la admisión de la respectiva autoridad para poder conocer de manera adecuada el caso en concreto y así ejecutar las debidas actuaciones. El *iudicium* constituye la autoridad de aquel operador jurídico, cuya responsabilidad descansa en la resolución de los conflictos que conoce, es decir, es el poder de decisión. Por último, el *imperium* es reconocido como la facultad que tiene el juez para ejecutar la fuerza pública, con el propósito de que las resoluciones judiciales emitidas tengan efectividad, en ello se pone de manifiesto la coerción y la ejecución ambos caracteres implícitos en el poder jurisdiccional⁴⁴⁰.

Los elementos antes expuestos también encuentran lugar en la jurisdicción especial indígena pero ajustada a las particularidades de cada pueblo o nacionalidad

⁴³⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 496/96. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, de fecha 26/09/1996.

⁴³⁹ SÁNCHEZ BOTERO, E. (2004: 49-51).

⁴⁴⁰ SÁNCHEZ BOTERO, E., y JARAMILLO SIERRA, I. C. (2009: 131-133).

indígena. A continuación, estos tres elementos son tomados en cuenta de la siguiente manera⁴⁴¹:

1. En el caso de la *notio* se encuentra asociada al factor territorial y a la pertenencia étnica identificativa de cada comunidad indígena. De esta manera se puede decir que el operador del derecho deberá tomar en cuenta todos los hechos y sujetos vinculados al conflicto, y deberá verificar que dichos aspectos sean de una comunidad indígena, principalmente si los hechos que suscitan el conflicto estén enmarcados en los límites territoriales de la comunidad indígena. Si se cumplen todos estos aspectos la jurisdicción indígena será ejecutada por la autoridad respectiva de cada comunidad indígena.

Puede darse el supuesto que en determinado conflicto las partes implicadas sean indígena y una persona no indígena, por lo que el establecimiento de la jurisdicción estará sujeto a ciertas circunstancias como: que los hechos se encuentren o no contemplados en ambos sistemas normativos o jurídicos, y otro elemento a tomar en cuenta sería que aquellas personas no indígenas inmersas en el conflicto posean conocimientos básicos respecto a las costumbres del pueblo indígena en donde surgió el conflicto.

1. Cuando se analiza el *iudicium* desde la perspectiva de la jurisdicción indígena, puede ser considerado como la facultad que posee la autoridad indígena para emitir los pronunciamientos necesarios en torno al conflicto surgido y que llega ser sometido para su valoración y conocimiento, ello posee límites implícitos en el ordenamiento jurídico estatal, específicamente en los derechos humanos establecidos.
2. El *imperium*, en la jurisdicción especial indígena, resulta ser la potestad que tiene la autoridad indígena para ejercer la fuerza física con el propósito de poder garantizar la materialización de las decisiones emitidas para la solución del conflicto. En este caso existen dos límites en el marco jurídico y fáctico. Los límites jurídicos tienen un vínculo directo con los derechos

⁴⁴¹ SÁNCHEZ BOTERO, E., y JARAMILLO SIERRA, I. C.

humanos, tal es el caso del derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, de la tortura, por solo mencionar algunos. Para los límites fácticos se destaca el dominio y control que la autoridad y la comunidad indígena a manera general posee sobre todo su territorio y los miembros.

Los elementos aquí descritos no tienen un desarrollo fácil desde el punto de vista de la práctica, es decir, no resulta ser sencillo. En caso de Ecuador y la materialización de la jurisdicción especial indígena amerita relacionarlo con cuatro criterios reconocidos en la jurisprudencia colombiana⁴⁴² con relación al desarrollo de esta jurisdicción especial, estos son:

- Reconocimiento de la existencia de autoridades propias en los pueblos indígenas.
- Potestad de la autoridad indígena en el establecimiento de normas y procedimientos propios.
- Las normas y procedimientos de los pueblos indígenas deberán estar sujetos a la normativa constitucional.
- Facultad del legislador para establecer los métodos de coordinación respecto a la materialización de la jurisdicción especial indígena y el sistema de normas estatales implícitos en cada país.

En relación con los elementos aquí destacados la Corte Constitucional colombiana decidió que:

“Mientras que los dos primeros elementos constituyen el núcleo de la autonomía otorgado a las comunidades, la cual no solo es jurisdiccional sino, también, normativa, el tercero y cuarto elementos señalan los mecanismos de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el ordenamiento nacional, con el fin de hacer efectivo el principio de la diversidad dentro de la unidad”⁴⁴³.

En este sentido, se puede afirmar que una parte importante a reflejar en el conflicto entre estos sistemas normativos (jurisdicción ordinaria y jurisdicción especial indígena) tiene relación con las condiciones de posibilidad y participación en los métodos de coordinación. Es atinente recalcar, que el pluralismo jurídico está

⁴⁴² Corte Constitucional de Colombia, SC- 139/96, ST- 349/96 y SU 510/98.

⁴⁴³ Corte Constitucional de Colombia, SC- 139/96, ST- 349/96 y SU 510/98.

caracterizado por la presencia de principios como coordinación, compenetración y complementariedad. Por lo que las condiciones procesales en las que se llega a construir e implementar la coordinación es muy importante para alcanzar el sostenimiento de los sistemas normativos indígenas.

Cuando se presentan fallas en la dimensión procesal de este tipo de coordinación trae como consecuencia la posible suspensión del contenido sustantivo de los derechos que pueden existir en este tipo de conflicto. Respecto a la regulación jurídica de todo este proceso de coordinación entre ambos sistemas jurídicos y las respectivas jurisdicciones, el Convenio 169 de la OIT establece: “procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir”⁴⁴⁴. Otro supuesto a mencionar sería el proyecto de Declaración Americana, donde en su artículo XVI (1) se manifiesta que el derecho indígena deberá ser reconocido como parte del orden jurídico de los Estados, en consulta y con el consentimiento de los pueblos indígenas⁴⁴⁵. Esta concepción conlleva, de una forma necesaria, a la introducción y aceptación bilateral de los sistemas normativos indígenas al Estado, y además a los propios pueblos indígenas. Sin la mediación de un diálogo entre los derechos y los deberes, la lógica de los derechos no tendría un eficaz sustento.

Si se analiza desde una perspectiva constitucional, el pluralismo jurídico interno, las normas constitucionales de países de la región como Colombia y Perú reconocen a los pueblos indígenas lo siguiente: la potestad de establecer sus propias instituciones y autoridades (autoridades propias, legítimas y naturales); la potestad normativa de darse sus propias normas y procedimientos; la potestad de administrar justicia o ejercer funciones jurisdiccionales, lo cual supone la posibilidad de fijar jurisdicciones especiales indígenas, ejercer funciones judiciales específicas para la resolución de conflictos o disponer de instancias de justicia propias.

Conforme al ámbito de competencias jurisdiccionales, las diversas normas constitucionales de naciones andinas establecen registros distintos en relación al derecho indígena y elementos de competencias tales como: territorial, personal y material. En el caso de países como Colombia y Perú, se alcanzan a mover con mayor énfasis en el ámbito de la competencia territorial, para lo cual constituye una clara

⁴⁴⁴ Convenio 169, Art. 8.2.

⁴⁴⁵ Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Art. XVI.

referencia los reconocimientos constitucionales y los sendos establecidos en la esfera constitucional. Por otro lado, la nación venezolana llega a establecer registros en torno a una competencia personal. Otros países como Bolivia y el nuestro, establecen una apertura a la consideración material de las jurisdicciones, con una amplia competencia personal en aquellos casos que las controversias llegaran a perjudicar a bienes jurídicos indígenas.

No obstante, en ciertos países de la región, el ámbito material de las jurisdicciones ha sido disminuido a través de la vía legislativa, ejemplo de ello es Venezuela, con su Ley Orgánica de los Pueblos Indígenas; o por medio de la labor jurisprudencial como el caso colombiano. Respecto a este último país mencionado, se puede apreciar la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, donde la segunda posee un carácter excepcional y subsidiario respecto a la jurisdicción ordinaria⁴⁴⁶. A través de la labor jurisprudencial en la propia nación colombiana, fueron establecidos límites materiales para evitar así dejar sin competencia material a la jurisdicción indígena. Un ejemplo claro de dichos límites es que la jurisdicción indígena no puede afectar ni referirse a supuestos vinculados con dimensiones que lleguen a afectar la vida de las personas, tal es el caso de la pena de muerte, la esclavitud y la tortura. Además, se aboga por que las decisiones emanadas de la jurisdicción indígena sean predecibles, bajo los preceptos del debido proceso y su respeto⁴⁴⁷.

Los procesos constituyentes ecuatoriano y boliviano, reconocieron el pluralismo jurídico como principio, así como la libre determinación de los pueblos. Esto conlleva al reconocimiento de la autonomía indígena como una condición para el ejercicio de las jurisdicciones, lo que permite la elección de autoridades acorde a los mecanismos de elección que son propios. Es establecido el principio de igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, además de que la jurisdicción especial indígena en el Ecuador resulta ser autosuficiente y se agota en sí misma sin necesidad de autorización o validación por parte de la jurisdicción del Estado.

A partir de las reformas de la Constitución de Montecristi de 2008, el pluralismo es una realidad que permite el reconocimiento de una sociedad interlegal y que desarrolla los estándares sobre los derechos colectivos, especialmente, a tener un

⁴⁴⁶ MARTÍNEZ DE BRINGAS, A. (2014: 68-69).

⁴⁴⁷ SÁNCHEZ BOTERO, E., y JARAMILLO SIERRA, I. C. (2009).

derecho propio y sistemas de justicia indígenas autónomos del sistema estatal, como resultado del Estado constitucional moderno:

“En el moderno Estado social y democrático de derecho, o “constitucional de derechos y justicia”, como prefiere identificarse el Estado ecuatoriano, los creadores de derecho objetivo son múltiples interna e internacionalmente, esto es lo que ha dado ocasión para que lúcidos estudiosos del fenómeno jurídico en el mundo contemporáneo propongan la reconceptuación del derecho que comprenda al derecho estatal junto a otras normas jurídicas; se atrevan a sostener, con el respaldo de los hechos, que “el pluralismo jurídico es una característica universal de la organización social”, y que, para su estudio, distingan el pluralismo clásico propio de las sociedades coloniales y poscoloniales, como la nuestra, y el nuevo pluralismo jurídico, muy extendido en las sociedades industrializadas.”⁴⁴⁸

Además, el caso ecuatoriano se caracteriza por la presencia de formas de coordinación formal en la aplicabilidad de la justicia indígena lo cual atañe a la jurisdicción especial. Dichos métodos de coordinación se ven reflejados en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), donde además se llega a establecer la no prevalencia de una justicia de paz sobre la justicia indígena⁴⁴⁹. Este precepto legal, incluso señalado en la norma constitucional, resulta ser de gran importancia ya que persisten sectores que reducen la justicia indígena a un tipo de justicia de paz, sin considerar los orígenes occidentales de esta última. Para la nación ecuatoriana la justicia de paz es considerada como parte de la función judicial, específicamente como un órgano jurisdiccional de la misma⁴⁵⁰. En contraste con esta característica la justicia indígena no es reconocida como un órgano de la función judicial, sino que la norma constitucional la contempla con funciones jurisdiccionales. Esto significa que, aunque la justicia indígena desempeña importantes roles en la mediación, constituye un sistema de

⁴⁴⁸ TRUJILLO, J. (2012: 310).

⁴⁴⁹ *Código Orgánico de la Función Judicial-COFJ*, 2009. Art. 253: “Las juezas y jueces de paz tendrán las siguientes atribuciones y deberes: 4. Si en el transcurso del proceso una de las partes pone en conocimiento de la jueza o juez de paz que el caso materia del conflicto se halla ya en conocimiento de las autoridades de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 344 y 345 de este Código. La justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena”. Esto llega ser contemplado además en el propio texto constitucional ecuatoriano, específicamente en su Art. 189.

⁴⁵⁰ *Constitución de la República del Ecuador-CRE*, 2008. Art. 178, numeral 4.

justicia con una clara distinción de la justicia de paz, bajo preceptos empíricos y constitucionales.

Como parte de estos mecanismos de coordinación formal también se destaca el establecido con la Defensoría Pública, donde el COFJ, se refiere al vínculo que existe entre los derechos de las mujeres, niños y adolescentes indígenas víctimas de la violencia, y a modo general las comunidades indígenas, y la Defensoría del Pueblo⁴⁵¹. De esta manera la Defensoría Pública deberá brindar una garantía y facilitar el acceso a la justicia ordinaria de las comunidades originarias del Ecuador, principalmente a los efectos de ejercitar su derecho a una defensa legal en aras de la efectiva protección de los derechos fundamentales⁴⁵².

De esta manera como parte de las funciones y órganos inherentes a la Defensoría Pública del Ecuador se destaca la Dirección Nacional de Asesoría en Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas, donde se destacan como parte de sus obligaciones brindar una garantía en el ejercicio del derecho constitucional colectivo de los pueblos indígenas acorde a sus principios y sistema de justicia⁴⁵³. Si se diera el caso de que estos sistemas de justicia llegaran a afectar o a violentar los derechos de las mujeres, niños y adolescentes indígenas, la Defensoría pública tiene la responsabilidad de prestarles la debida atención, con el objetivo de que los afectados puedan ejercer las acciones respectivas, principalmente acciones constitucionales como la acción extraordinaria de protección, en contra de las decisiones emanadas de la justicia indígena.

Por otro lado, el COFJ llega a establecer en su cuerpo normativo todo un título dirigido a las “Relaciones de la Justicia Indígena con la Justicia Ordinaria”. En esta norma se reitera la competencia jurisdiccional de la justicia indígena, pero se señala o más bien se aclara que “no se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”⁴⁵⁴. A continuación, se le establece a los jueces y demás operadores del derecho, la obligación de actuar y tomar decisiones bajo la observación de un conjunto de principios que responden a una justicia intercultural. Estos principios son diversidad cultural, igualdad,

⁴⁵¹ *Código Orgánico de la Función Judicial-COFJ, 2009.* Art. 286, numeral 6.

⁴⁵² *Constitución de la República del Ecuador, 2008.* Art. 191.

⁴⁵³ Defensoría del Pueblo. *Estatuto Orgánico Administrativo de Gestión Organizacional por Procesos de Defensoría Pública del Ecuador.* Punto 3.8.

⁴⁵⁴ *Código Orgánico de la Función Judicial, 2009.* Art. 343.

non bis in idem, principio pro jurisdicción indígena, e interpretación cultural de los derechos constitucionales⁴⁵⁵.

El principal objetivo de estos principios recae en que los jueces abran el diálogo intercultural en los procesos de la justicia ordinaria, y que se lleguen a respetar las potestades jurisdiccionales que la norma constitucional reconoce a la justicia indígena. Esto significa que constituyen directrices formales, de coordinación entre ambas jurisdicciones, aún imperfectas ya que son demasiado abiertas. Se puede decir que de una forma contradictoria en Art. 345 del COFJ establece que:

“Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efectos eabrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”.⁴⁵⁶

Dicho precepto legal se erige como una norma teórica que establece la obligación al juez ordinario a reconocer en un proceso determinado la jurisdicción indígena. Se provee un criterio de coordinación entre ambas jurisdicciones, pero no se llega a desarrollar bajo términos igualitarios, por lo que violan los principios antes mencionados, y reflejados en los artículos que le preceden. Es así que el juez ordinario inmerso en la controversia es el que decide el conflicto de competencias, por lo que se convierte en juez y parte. Por lo que se evidencia un trato desproporcional y no igualitario a ambas jurisdicciones, y se instaura una situación donde se hace depender a la jurisdicción indígena del reconocimiento que de ella haga la jurisdicción ordinaria.

⁴⁵⁵ Idem - 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; y, 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.

⁴⁵⁶ *Código Orgánico de la Función Judicial, 2009* Art. 345.

Para que el trato desarrollado fuera justo y eficaz el proceder correcto sería que, en el caso de darse un conflicto de competencias, dicho conflicto debería ser derivado a la Corte Constitucional, la cual acorde al ordenamiento jurídico tiene la competencia para dirimir conflictos entre los órganos establecidos por la propia norma constitucional⁴⁵⁷.

En todo caso, de lo que se trata es de poder construir espacios de diálogo intercultural en un contexto de reformas constitucionales progresistas. La justicia intercultural puede ser una buena plataforma para la realización de la sociedad intercultural donde la política pública se construya mediante el diálogo intercultural. A pesar de los cambios importantes acontecidos en América Latina, no obstante, hay que enfrentar escenarios complejos de avance y retrocesos:

“La carencia de diálogos constructivos entre las partes (orientadas hacia la traducción de los derechos individuales y colectivos en políticas concretas y efectivas) constituye uno de los retos más importantes y actuales de los Estados y sociedades de América Latina. La falta de respuestas desde el Estado y también desde otros sectores de la sociedad nacional, han conducido a que diversas organizaciones y grupos rompan vínculos sociales y políticos y construyan sus proyectos autonómicos al interior de los estados nacionales. Por otro lado, la radicalización de algunas propuestas indígenas ha fomentado estrategias políticas con sesgos esencialistas y de intolerancia, que no han ayudado a construir diálogos interculturales sino por el contrario, han favorecido la profundización de las vías monoculturales.”⁴⁵⁸

4.3. Garantías constitucionales mínimas que debe observar la justicia indígena

En el supuesto de los mínimos jurídicos que la justicia indígena debe respetar en su materialización y desarrollo sobresalen algunas garantías o derechos fundamentales iguales e inherentes a todas las personas, motivo por lo cual las autoridades comunales no pueden obviarlas al administrar justicia indígena, estas son las siguientes:

⁴⁵⁷ Asamblea Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador, 2008*. Art. 436, numeral 7.

⁴⁵⁸ GARCÍA, F. (2009: 483).

1. Derecho a la vida: la vida se erige como un derecho inviolable de todo ser humano y en el derecho consuetudinario indígena no se reconoce la pena de muerte, por lo que la muerte no puede ser establecida como una sanción.
2. Derecho al debido proceso: en todo proceso las partes implicadas tienen el derecho a la defensa ya sea personalmente o por medio de terceros. Conforme a ello el debido proceso implica el cumplimiento de aquellos principios, normas y reglas fijadas en la norma suprema, en principio, y cuya ejecución debe estar sujeta a patrones como la equidad y la imparcialidad.
3. Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles: este derecho en particular les asiste a todas las personas y por lo tanto la ley prohíbe de manera expresa cualquier tipo de acto que conlleve a ello. Conforme a esto las sanciones deberán ser vigiladas para que no incurran en dichas prohibiciones.
4. Derecho a la no agresión física ni psicológica: este derecho en particular ha estado enmarcado en una fuerte polémica por parte de las instituciones que respaldan los derechos humanos y por las autoridades que representan a la propia justicia ordinaria, ya que los análisis y valoraciones desarrolladas en torno a este derecho han estado fuera del contexto, la cultura y las costumbres de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Al respecto cabe mencionar los castigos corporales practicados en las comunidades indígenas asociados al uso del fuste, el baño de agua fría, la ortiga, entre otros, cuyas acciones, acorde a las tradiciones ancestrales, implican una especie de curación o sanación aplicada al miembro de la comunidad que ha violado las normas colectivas. Este tipo de sanciones no son aplicadas por la totalidad de los pueblos indígenas.

Es por ello que la posición más coherente es la adopción de una postura de respeto hacia los mecanismos de administración de justicia indígena, ya que constituyen usos y costumbres milenarias, y no deben ser catalogadas como agresiones físicas y psicológicas. Son acciones que las autoridades comunales llegan a ejecutar para asegurar la estabilidad y armonía comunitarias.

Acorde a lo aquí expresado en el caso de que se llegue a vulnerar alguna de las garantías mencionadas la Corte Constitucional ecuatoriana en su labor de organismo de

control tiene la potestad de intervenir ante cualquier tipo de reclamo interpuesto en sus instancias, con el objetivo de restituir el derecho que ha sido violado.

4.4. Control de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

Respecto a los actores u órganos que intervienen en la interpretación de la Constitución de Ecuador 2008, se destacan aquellos que tienen la potestad de resguardar el orden constitucional, según los propios parámetros establecidos en el texto constitucional. En este caso es la Corte Constitucional el órgano encargado del control difuso de la constitucionalidad, el cual se manifiesta en el establecimiento de límites al poder político, así como la ejecución de una labor interpretativa privilegiada bajo ciertas técnicas en la resolución de problemas jurídicos específicos y la protección de los derechos fundamentales de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

En este sentido la Corte Constitucional ecuatoriana posee un diseño funcional con las siguientes características y potestades⁴⁵⁹:

1. Es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el Estado ecuatoriano.
2. Constituye un órgano jurisdiccional por lo que se desempeña a través de dictámenes y sentencias que tienen un carácter vinculante.
3. Es un órgano de control, y por lo tanto la Corte está habilitada para: la ejecución de un control constitucional de las acciones públicas de inconstitucionalidad contra aquellos actos normativos de carácter general que son emitidos por los organismos del Estado; la declaración de oficios de inconstitucionalidad de normas conexas; la ejecución de un control sobre las acciones por incumplimiento para garantizar la aplicación tanto de las normas como de los actos administrativos que tienen un carácter general, y para el cumplimiento de las sentencias e informes emitidos por organismos internacionales de protección de derechos humanos; la ejecución de oficios inmediatos en el control de la constitucionalidad de los estados de excepción cuando esto implique la suspensión de los derechos constitucionales; tiene la

⁴⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador, 2008. Art. 346.

facultad de conocer y sancionar las acciones por incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales; declarar la inconstitucionalidad por omisiones, y en el supuesto de que persista la omisión se emite de manera provisional la norma o ejecuta el acto omitido; conocimiento y resolución de la acción extraordinaria de protección instaurada contra sentencias.

4. Es una instancia para establecer jurisprudencia vinculante con relación a las acciones de protección, *habeas corpus*, *habeas data*, y demás procesos constitucionales, y aquellos casos que llega a ser elegidos para su revisión.
5. Es un órgano que ha sido habilitado en la resolución de los conflictos de competencia y distribución de las funciones del Estado.
6. Es una instancia para realizar exámenes previos y vinculantes respecto a las cuestiones siguientes: tratados internacionales; convocatorias a consultas populares; objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente del órgano ejecutivo en los procesos de conformación de las leyes.
7. Las sentencias emitidas por este órgano constitucional son de carácter definitivo e inapelables.

Conforme a lo expuesto de un escenario donde imperaba una justicia constitucional limitada a las quejas de inconstitucionalidad emanadas de la actuación del Presidente del República en el proceso de formación de las leyes, la norma constitucional del 2008 impulsó la instauración de un modelo múltiple en materia de control constitucional, que fijó la supremacía directa del texto constitucional, donde se limita al poder público y se establecen un conjunto de garantías a los derechos de las personas, las comunidades, los pueblos y nacionalidad del Ecuador. Este panorama es ampliado a la labor desempeñada por los jueces constitucionales, donde el ejercicio de sus funciones es múltiple, por medio de la justicia rogada, el control de oficio y el control previo de constitucionalidad.

La Corte Constitucional más allá de ostentar una especialización, este organismo asume el control constitucional de cualquier norma de carácter general, para lo cual abandona la nulidad como único mecanismo frente a la inconstitucionalidad. Al mismo tiempo, se asumió el control de constitucionalidad de los actos administrativos que ostentan efectos generales que constituía una normalidad su exención a ser sometidos a un examen de constitucionalidad. Los mecanismos de protección constitucional no sólo tienen como fin garantizar la validez dentro del sistema jurídico y administrativo del

Estado, sino que, además contempla la eficacia de los derechos por lo que se entiende la inclusión entre los sujetos del control constitucional a las normas y a los actos que poseen un carácter general, independientemente de su naturaleza o jerarquía. Por otro lado, la Corte tiene la obligación de contribuir con el cumplimiento de sentencias o informes emitidos por organismos internacionales de derechos humanos, cuyas sentencias no llegan a ser ejecutables por la vía judicial ordinaria.

Otra función implícita en el desempeño de la Corte Constitucional es generar jurisprudencia vinculante para el ejercicio de las garantías jurisdiccionales, unido a la ejecución de un control sobre las decisiones que tomen los jueces respecto a estas garantías. Como último parámetro a señalar se destaca no solo la simple atención a las sentencias y autos definitivos que aprueban los jueces sino además se controla que estas sentencias no generen violaciones de los derechos humanos. Es así que se alcanza una confirmación del compromiso hacia la protección efectiva de los derechos fundamentales por parte de este órgano constitucional. El texto constitucional ecuatoriano aprobado en el 2008 se ocupó de cerrar un círculo entorno a la protección de los derechos fundamentales, y extendió los ámbitos de protección y los niveles de ejercicio del control constitucional, con el principal propósito de que nadie, incluso las personas naturales quedaran exentas de la responsabilidad ante la comisión de una violación hacia la norma constitucional.

De este modo las demandas que se realicen en el marco de acción de la justicia constitucional actual, bajo este nuevo sistema múltiple de control constitucional, marcarán una diferencia con las prácticas antiguas en materia del sistema de control político de constitucionalidad. Motivo por lo cual los desafíos que puedan llegar a surgir serán variados y complejos, esto no solo a consecuencia de la interpretación que se llegue a ejecutar sobre el contenido constitucional sino además por el grado de aceptación que la ciudadanía tenga respecto al nuevo modelo constitucional.

La labor de la Corte Constitucional llega a pasar también por la comprensión de los actores sociales respecto a las nuevas instituciones y los procedimientos de garantía constitucional. Por otro lado, se destaca el desarrollo de un garantismo constitucional reforzado, que no sólo abarca los efectos jurídicos y normativos, sino un modelo multicompetente y concentrado orientado a la transformación de la sociedad, sino que se llegan a generar otras formas de participación ciudadana en el ámbito político. Este

nuevo contexto la intervención judicial en el ámbito constitucional ha estado vinculada a determinados contextos procesales, ciertos temas y la adopción de particulares decisiones que pueden conllevar a efectos extrajudiciales, ejemplo de ello es el otorgamiento a la ciudadanía de poder influir en la agenda pública o en los procesos de definición y aplicación de las políticas estatales. La ciudadanía posee un espacio en el diálogo entre los poderes que contribuye a la concreción más efectiva del programa político y jurídico promovido en la norma constitucional y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Respecto a la justicia indígena la Constitución reconoce la existencia del derecho propio de estas comunidades indígenas en el Ecuador. Este reconocimiento abarca el examen de constitucionalidad de aquellos actos y decisiones emanados de la autoridad indígena a partir de la ejecución de sus respectivas funciones, tal es el caso de las potestades jurisdiccionales. Ante esta situación el ejercicio de la Corte Constitucional no se limita a un control convencional, sino que extiende esta acción de control a la evaluación del derecho propio ejecutado por los pueblos indígenas. Este tipo de evaluación, por parte de la Corte Constitucional posee un carácter doble, donde la coherencia jurídica exige que este órgano de control para el ejercicio de sus funciones realice indagaciones previas con relación al derecho indígena o consuetudinario dentro del cual actúa la autoridad indígena que es objeto de examen.

El proceso que implica el examen del accionar de la autoridad indígena dentro de los parámetros de su derecho consuetudinario, tiene como fin captar, analizar, y comprender la coherencia en el accionar o el actuar de la autoridad indígena en el ámbito de su sistema de normas, ello constituye un elemento fundamental en el desarrollo del activismo judicial de la Corte que le brinda la posibilidad de aplicar mecanismos dinámicos e innovadores en el control sobre el accionar de la autoridad indígena. En el constitucionalismo ecuatoriano se establece que las autoridades indígenas aplicarán normas y procedimientos propios, donde las decisiones adoptadas por estas autoridades están sujetas al control de constitucionalidad, además de que se establece como obligación el garantizar a los pueblos indígenas, “Crear, desarrollar,

aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que en ningún caso podrá vulnerar los derechos de las mujeres, de las niñas, niños y adolescentes”⁴⁶⁰.

Se contempla además la labor ejercida por los jueces de paz acorde a sus respectivas potestades, entre las que se encuentra el conocimiento de conflictos individuales, comunitarios y vecinales, donde sus decisiones no pueden prevalecer sobre la justicia indígena⁴⁶¹. De esta manera la norma constitucional otorga una protección al ejercicio del derecho propio de los pueblos indígenas, y la evaluación entorno a las decisiones adoptadas queda sujeta a la Corte Constitucional, por medio de un control externo y no desde el marco de la corrección jurídica sobre las decisiones adoptadas por la autoridad indígena⁴⁶². Siendo contradictorio, pero necesario, ya que los indígenas, aunque también son considerados ciudadanos, poseen derechos basados en garantías en atención a su interculturalidad y como base su sistema de normas consuetudinarias.

Se evidencia un vínculo directo entre la norma constitucional y el derecho de las comunidades indígenas en la aplicación de sus costumbres, esto significa que las autoridades indígenas al materializar sus potestades jurisdiccionales se desarrollan en base a sus tradiciones ancestrales, lo que refleja un orden jurídico que existe en el interior de estas comunidades.

Por tanto, se trata de un sistema jurisdiccional o de control interno diferente al que rige en la justicia ordinaria, por lo que el examen ejecutado a estas autoridades indígenas exige que dicha evaluación debe someterse a ese orden interno de las comunidades, con el objetivo de que el evaluador o examinador constitucional encuentre algún tipo de vulnerabilidad de derechos en el ámbito de las particularidades y especificidades culturales de los pueblos. Este tipo de actuación supone un análisis extrajudicial donde deberán ser considerados componentes sociales y antropológicos que la Corte Constitucional no podrá obviar.

Como bien se ha mencionado en capítulos anteriores la jurisdicción especial indígena opera en el ámbito territorial donde están asentadas estas comunidades, lo cual constituye un elemento de referencia inicial respecto al desarrollo de su derecho propio. Sobre este aspecto del territorio indígena y en el supuesto de que la Corte Constitucional

⁴⁶⁰ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Art. 57, numeral 10.

⁴⁶¹ *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Art. 189.

⁴⁶² *Constitución de la República del Ecuador*, 2008. Artículos. 94 y 436.

ecuatoriana llegue a aplicar una interpretación restrictiva se entenderá por ámbito territorial al espacio físico delimitado de las comunidades indígenas, y en el supuesto de que se realice una interpretación amplia sobre este término el territorio deberá ser entendido como el círculo en el cual se desenvuelve la comunidad indígena con sus costumbres.

Este organismo constitucional tiene la limitación de examinar si en determinado conflicto la autoridad indígena llegó a vulnerar el debido proceso u otros derechos que el texto constitucional les otorga a los ciudadanos. Esto evidencia una cierta contradicción ya que los pueblos indígenas y sus miembros les asiste el derecho a vivir bajo sus normas y costumbres, pero no es menos cierto, que siendo el ejercicio de la acción un poder que se ejerce frente las personas, se deben establecer limitaciones en el marco de los derechos humanos y principios constitucionales.

Con el objetivo de establecer viabilidad en el control constitucional sobre la justicia indígena, la ley, en este caso la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) donde se reconoce la acción extraordinaria contra las decisiones aprobadas en la jurisdicción indígena, a partir de lo cual la Corte ha basado sus resoluciones o sentencias. El proceder de la Corte en estos casos es acorde de la normatividad establecida y los principios estipulados. Al respecto se fijan los siguientes principios⁴⁶³ por los que se deberá regir la Corte en la aplicabilidad de la justicia constitucional:

- a. Principio de aplicación más favorable a los derechos. Ante tal situación si existen varias normas o interpretaciones que resultan ser aplicables, se debe adoptar aquella norma que proteja con mayor efectividad los derechos del individuo.
- b. Optimización de los principios constitucionales. La interpretación y aplicabilidad del derecho deberá estar dirigida al cumplimiento y optimización de los principios establecidos en la norma constitucional.
- c. La obligatoriedad implícita en el precedente constitucional. La Corte en su labor interpretativa acorde a los casos sometidos a su conocimiento poseen una fuerza vinculante, con lo cual se garantizan los derechos y la progresividad.

⁴⁶³ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC)*. Art. 2.

- d. La obligatoriedad en administrar justicia constitucional. No se puede suspender la administración de justicia ni denegarla en los supuestos de que exista una contradicción entre las normas legales.

Los principios aquí expuestos están reconocidos en la LOGJCC, además se complementa con las pautas procedimentales, catalogadas también como principios y reglas reconocidos en el Código Orgánico de la Función Judicial, tales como: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, entre otros.⁴⁶⁴

Estos principios deberán observarse, ante la resolución de las acciones extraordinarias de protección presentadas en contra de decisiones de la justicia indígena, dando especial énfasis a garantizar la comprensión intercultural a fin de evitar una interpretación monocultural basado en criterios de la jurisdicción ordinaria, por otra parte, se dota de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales a los líderes de las comunidades indígenas, limitándose sólo en respuesta a la aplicación de los derechos humanos y principios constitucionales, propugnando que el control de la constitucionalidad se realce en estricto apego al pluralismo cultural del país.

Todo lo anterior, trae a colación la importancia de la interpretación intercultural, ya que para lograr una coexistencia del sistema jurídico pluralista, como lo expresa Bonilla debe partirse de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas, por lo tanto, las autoridades judiciales se ven en el deber de tomar en consideración tanto los elementos culturales como las normas consuetudinarias de los pueblos indígenas antes de tomar cualquier decisión en un litigio.⁴⁶⁵

La jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al tema del derecho indígena o consuetudinario ha sido el resultado del ejercicio del control constitucional sobre las decisiones emanadas de las autoridades indígenas. Dicho control se refleja en la instauración de la acción de protección ante la vulneración de algún derecho

⁴⁶⁴ *Ibíd.* Artículo 66.

⁴⁶⁵ BONILLA, M. (2008): “Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena”, en R. HUBER, coord., *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.p.32.

fundamental establecido en la Constitución. Al tratarse de un control externo que implica la intervención de otro sistema de justicia ajeno al derecho indígena, conlleva a la materialización de una evaluación de doble coherencia, ya que se analizan las normas de derecho propio de las comunidades indígenas y el contenido establecido en la norma constitucional respecto a los derechos humanos, así como los tratados internacionales ratificados por el Ecuador sobre estos temas.

Esta doble evaluación respecto a la coherencia de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas en el uso de sus funciones jurisdiccionales y con una relación directa a las normas que integran su derecho propio o consuetudinario, implica la apertura no sólo del análisis de los elementos identificativos de la justicia indígena, sino que, se destacan aquellas cuestiones de legitimidad vinculadas a los aspectos siguientes: quien es la autoridad indígena, que tipo de normas aplica, cuales medidas resultan compatibles con los preceptos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Sobre la actividad desempeñada por la Corte Constitucional en relación a la justicia indígena, se destacan parámetros de facticidad, que llegan a surgir debido a la marcada necesidad de conocimiento sobre los bienes jurídicos que poseen relevancia dentro del derecho indígena, y que además se encuentran sujetos a la protección constitucional.

Del mismo modo se reflejan cuestiones de razonabilidad donde se topan temas como los límites del ejercicio jurisdiccional de la autoridad indígena, que sean desde la perspectiva constitucional justificables. Por último, esta labor de control constitucional sobre la justicia indígena, implica la conducción hacia el establecimiento del imperio y orden político, relacionados directamente con el ejercicio del poder constitucional reservado a la Corte Constitucional como órgano de control que fija la estabilidad y funcionamiento adecuado del Estado ecuatoriano, especialmente el sistema jurídico nacional.

El papel de la Corte Constitucional, sobre las decisiones emanadas de la justicia indígena a raíz de las funciones de las autoridades comunales, estuvo sujeto a las pretensiones y motivaciones ejecutadas por los miembros de estas comunidades ancestrales, vinculadas con el control de constitucionalidad. En lo que respecta a los asuntos tratados por este órgano constitucional vinculados a la justicia indígena, se

evidencian las pretensiones de protección constitucional, donde en las causas presentadas se persigue a modo general, lo siguiente:

1. La declaración de incumplimiento de normas en las que ha incurrido un juez o tribunal, o una autoridad pública. Se persigue dejar sin efecto la decisión adoptada por la autoridad.
2. La constitucionalidad del Art. 345 del COFJ, donde se contempla la declinación de competencias por parte del juez que opera en la justicia ordinaria con relación a los casos que llegan a ser sometidos a su conocimiento y que versan sobre cuestiones indígenas.
3. La impugnación de las decisiones tomadas por la autoridad indígena, por medio de la interposición de la acción extraordinaria de protección.
4. La impugnación de sentencias y autos del juez ordinario mediante la acción extraordinaria de protección.

Al mismo tiempo la Corte ha expresado criterios y reglas constitucionales, establecidas por medio de sus sentencias, algunos de ellos son:

- a. El establecimiento de criterios de interpretación intercultural, los cuales deben ser tomados en cuenta por toda autoridad pública en el momento de resolver determinados asuntos puestos a su conocimiento. Este criterio interpretativo fue reflejado como decisión en el Caso No. 0008-09-IN sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Minería. La Corte Constitucional en la sentencia emitida estableció lo siguiente:

“La validación constitucional a la práctica de los usos, costumbres y nociones indígenas, trae consigo el establecimiento de la diversidad epistémica y del pluralismo jurídico en el Ecuador, lo cual implica que en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derecho y de nociones que deben ser consideradas al momento de resolver un asunto puesto en conocimiento de alguna autoridad”⁴⁶⁶.

En esta sentencia también fueron abordados criterios relacionados con: la continuidad histórica, la interculturalidad, la diversidad cultural, entre otros.

⁴⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia sobre Ley de Minería, Caso 0008-09-IN y 0011-09-IN*: 18 de marzo de 2010.

- b. Otro de los temas tratados por la Corte Constitucional fue la educación intercultural. El análisis y la interpretación entorno a este tema surgió a partir de la interposición de una demanda al Consejo de Evaluación, Acreditación y Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior (CEAACES) respecto al cumplimiento de las disposiciones interculturales establecidas en la Constitución, en cuya sentencia la Corte Constitucional resolvió una serie de parámetros jurídicos de naturaleza intercultural para evaluar académica e institucionalmente la entidad educativa que es objeto de la demanda, y que posee un carácter intercultural, incluso se contempló el desarrollo del marco conceptual de principio de diversidad cultural.

Los criterios expresados por la Corte en este caso impulsaron la implementación de un modelo intercultural para la evaluación de determinados centros educativos donde se ejecuta una educación intercultural⁴⁶⁷.

- c. La Corte desarrolló un concepto respecto a la propiedad comunitaria, cuyo criterio fue arrojado a partir del análisis de un conflicto surgido ante la vulnerabilidad de los derechos de las comunidades indígenas sobre sus territorios, específicamente de la comunidad shuar⁴⁶⁸. En la sentencia aprobada la Corte determinó que tanto los jueces de primera instancia como los de segunda instancia, o sea, en los procesos de apelaciones no alcanzaron a resolver el objeto principal por el cual fue solicitada la acción de protección, o sea, la tutela de los derechos constitucionales, lo cual condujo a la vulneración de los derechos de las familias pertenecientes a la comunidad shuar, en este caso específico fue el derecho a la propiedad colectiva de la tierra. Se estableció la obligación de la autoridad pública de observar este tipo de derechos de manera previa en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.
- d. Otro de los criterios expresados por la Corte Constitucional sobre la justicia indígena fue vinculado a la decisión adoptada por las autoridades indígenas de la comunidad kichwa Saraguro y las acciones dictaminadas por un

⁴⁶⁷ Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia sobre el cumplimiento de las disposiciones constitucionales de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos indígenas "Amawtay Wasi"*, Caso No. 0027-09-AN: 9 de diciembre de 2009.

⁴⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia sobre los derechos de las comunidades indígenas hacia sus territorios*, Caso No. 0210-09-EP: 24 de septiembre de 2014.

juzgado de la Niñez y Adolescencia respecto a la protección de los derechos constitucionales de los menores involucrados en las decisiones emitidas por la autoridad comunal. En este caso la Corte realizó una amplia valoración sobre la jurisdicción indígena y concluyó que el juzgado de la niñez perteneciente a la justicia ordinaria no poseía la competencia para emitir criterios constitucionales, por lo cual existió una extralimitación de sus facultades⁴⁶⁹.

- e. Este órgano constitucional también ha emitido criterios en su jurisprudencia respecto a los pueblos no contactados. De esta manera se destaca la sentencia aprobada sobre la constitucionalidad del Art. 441 del Código Penal (norma ya derogada) dentro de un juicio de acción penal pública sobre genocidio hacia miembros de la comunidad indígena waorani. En la resolución judicial de la Corte se estableció que a los miembros de pueblos no contactados no pueden ser conducidos a un entorno social como un centro de rehabilitación social sin llegar a generar una afectación en sus relaciones comunitarias⁴⁷⁰.

Conforme a los casos aquí expuestos se evidencia un papel de la Corte Constitucional hacia el conocimiento de la autoridad indígena, o sea quién es, qué normativa es aplicada por la autoridad comunal, cuál es la naturaleza de las normas identificativas del derecho propio, cómo deben ser considerados y tratados los conflictos internos en los pueblos indígenas, por solo resaltar algunas cuestiones. Este organismo en el ejercicio del control constitucional abarcó temas como los bienes jurídicos que poseen una especial relevancia para los pueblos indígenas, especialmente el caso de la tierra.

De igual forma han sido expuestos criterios sobre los límites en el ejercicio de la justicia indígena, además fueron establecidos algunos parámetros sobre la evaluación intercultural, la propiedad comunitaria y las relaciones en la comunidad indígena. Aunque estas posturas, argumentos y criterios desarrollados por la Corte Constitucional respecto a la justicia indígena no han alcanzado a complacer a todas las partes

⁴⁶⁹ Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia sobre el maltrato a menores de edad en el procedimiento de desalojo medida adoptada por una autoridad indígena*, Caso No. 056-10-EP: 23 de septiembre de 2015.

⁴⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador, *sentencia sobre miembros de la comunidad waorani pueblo indígena no contactado*, Caso No. 0072-14-CN: 6 de agosto de 2014.

involucradas en estos procesos, específicamente a los accionantes, se ha manifestado la viabilidad del constitucionalismo ecuatoriano en el ámbito del pluralismo, donde en etapas anteriores existía una marcada marginalidad hacia los asuntos que vinculaban a los pueblos indígenas.

Uno de los casos tratados por la Corte Constitucional ecuatoriana, en su labor de control constitucional, y que marcó un precedente importante en cuanto a la justicia indígena en el país fue el caso “La Cocha”. La trascendencia de este caso estuvo enmarcada en el pronunciamiento de la Corte ante la interposición de la acción extraordinaria de protección en un conflicto indígena y el establecimiento de una línea jurisprudencial en el ámbito constitucional sobre el ejercicio del derecho indígena. A continuación, se expondrá un resumen de caso, y serán señalados los aspectos de la sentencia emitida por la Corte:

4.4.1. Alcance de la Resolución de la Corte Constitucional respecto al caso de la Cocha.

I. Resumen.

En mayo de 2010, la asamblea general de las autoridades indígenas de la comunidad la Cocha⁴⁷¹, sancionaron a cinco miembros de la comunidad, por el asesinato de Marco Antonio Olivio Pallo, hecho ocurrido la tarde del día 9 de mayo de 2010. El procedimiento de juzgamiento se llevó a cabo dentro de la comunidad La Cocha, en cumplimiento de las fases atinentes a la justicia indígena, primero la Willachina o willana (demanda o Aviso), La cual responde a la demanda de las víctimas para que el caso sea investigado, lo que activa la justicia ancestral.⁴⁷²

Sobreviniendo la fase del Tapuykuna o tapuna de (proceso de investigación). El tapuykuna se realizó con la presencia e investigación de las autoridades ancestrales, familiares de las partes, miembros de la comunidad, así también contaron con la presencia de la policía judicial y de la fiscalía indígena⁴⁷³En el marco de la

⁴⁷¹ Comunidad perteneciente a la parroquia rural de Zumbahua, cantón Pujulí, provincia de Cotopaxi, República del Ecuador. Está se encuentra situada al noroeste de la parroquia Zumbahua, tiene aproximadamente 8.000 pobladores. Ver en INEC. (2010) *Población indígena del Ecuador*

⁴⁷² Comuna La Cocha. Acta No 24, de 16 de mayo de 2010, p.5. En: expediente Corte Constitucional del Ecuador. Caso No 0731-10-EP, 2010.

⁴⁷³ *Ibíd.* p.6

investigación, los señalados admiten los hechos, por lo que se convocó a la Asamblea General. Este organismo, encargado de dar resolución al caso, cumpliendo así con su jurisdicción.⁴⁷⁴

Esto dio paso a la fase Chimbapurana (confrontación entre el acusado y el acusador) que en este caso no era posible completar por cuanto la víctima directa se encontraba fallecida, vacío que fue llenado por los familiares como víctimas indirectas, pasando a la fase del Llakichina (imposición de la sanción), en la cual se decidió que: cuatro de ellos fungieron como de cómplices a los cuales se les aplicó la pena de expulsión de la comunidad, conjuntamente con el autor, al cual además se le impuso trabajo social-comunitario y a todos sanciones pecuniarias, además de castigo corporal y perdón público a las víctimas indirectas.⁴⁷⁵

Ante el mencionado panorama, el Fiscal General del Estado, consideró que en virtud de la magnitud del delito, las autoridades indígenas no eran competentes para realizar la investigación y resolución, por lo cual ordenó el inicio de las investigaciones, lo cual inició un proceso penal de la justicia ordinaria, aún y cuando la justicia indígena ya hubiese sancionado a los implicados, conforme al derecho indígena.⁴⁷⁶

Frente a estos sucesos, el hermano de la víctima, legitimado como víctima indirecta, plantea una acción extraordinaria de protección en contra de la decisión de la justicia indígena, solicitando a la Corte Constitucional se pronuncie respecto a la competencia de las autoridades indígenas para resolver sobre el asesinato de su hermano.⁴⁷⁷

La acción extraordinaria de protección tuvo como fin establecer si las autoridades indígenas podían o no otorgarle una solución al asesinato y de resultar posible si dicha decisión se ajustaba al modelo constitucional y legal. La pretensión del accionante también estuvo dirigida a establecer si se había ejecutado una interferencia en la justicia indígena por parte de la actuación del Fiscal General del Estado, así como del ministerio de Gobierno y la Policía, en el marco del rescate sobre los involucrados

⁴⁷⁴ *Ibíd.* p.7

⁴⁷⁵ *Ibíd.* pp. 11-15

⁴⁷⁶ Corte Constitucional Ecuador. *Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo 2010, 30 de julio 2014*. Registro Oficial Suplemento 323 de 1 de septiembre de 2014, p. 29.

⁴⁷⁷ *Ibíd.* p.20

en el asesinato. Se planteó cuál sería el efecto en la administración de la justicia indígena respecto al pedido de solicitud del Ministerio de Justicia para que se iniciaran acciones legales en contra de los dirigentes, ya que en ocasiones previas se ha optado y aceptado las medidas derivadas de la actuación de la jurisdicción indígena.

De esta manera se presenta la acción ante la Corte Constitucional, lo cual generó todo un engranaje de análisis y estudio sobre el contenido de la misma. Se ha considerado en parte que fuera una acción necesaria para establecer el grado de movilidad que la justicia indígena ostenta bajo el control de la constitucionalidad, ello demostró la no materialización de un fallo carente de analogía, por lo que la sentencia emitida en el caso La Cocha, aún es objeto de análisis, o sea, un tema en formación.

II. Análisis de la Sentencia.

El fallo emitido sobre este tema posee una especial relevancia tanto en el contexto jurídico como en el ámbito social, ya que en su contenido y proyección llegó a aclarar cuestiones del derecho que hasta la emisión de esta sentencia eran tema de controversias y discusiones en los foros académicos, ya que no existía por parte de la jurisprudencia una proyección que indujera elementos objetivos respecto a la intervención de la administración indígena en el supuesto de existir una colisión con la justicia ordinaria. Por otro lado, existía un vacío con relación al margen de acción y responsabilidad que el sistema indígena poseía dentro del entramado constitucional.

De esta manera se configura la decisión de la Corte como una especie de hito que unifica la teoría y la práctica en torno a la administración de justicia indígena acorde a los parámetros que fija el marco constitucional ecuatoriano. Del mismo modo son divisadas en el marco de análisis de esta sentencia otras disciplinas vinculadas a las ciencias sociales con el objetivo de desarrollar peritajes desde el campo de estudio de la antropología, que brinden un sustento científico a la estructura de las comunidades indígenas. Todos estos estudios académicos surgidos lograron estimular la comprensión de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la norma constitucional que rige en el Ecuador.

La instauración de la acción extraordinaria de protección obligó que el máximo órgano de control constitucional encauzara el análisis de los siguientes temas constitucionales:

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, y aplicaron procedimientos propios acorde a los parámetros constitucionales sobre los derechos humanos que son reconocidos en los instrumentos internacionales?
2. ¿Existió un respeto real por parte de las instituciones y autoridades públicas, hacia la comunidad indígena vinculada a proceso de juzgamiento examinado, específicamente las medidas o decisiones adoptadas en el marco de actuación de la justicia indígena?

Respecto a la argumentación vertida en el análisis de este caso, específicamente en la sentencia, se destaca cómo en la resolución judicial se alcanza cierto despeje de las interrogantes antes planteadas. Al mismo tiempo por medio de un papel intermedio de la Corte en el ejercicio de sus funciones se logra entablar una segmentación en elementos específicos sobre la caracterización de un Estado constitucional y su posición frente a la interculturalidad y la plurinacionalidad. Estos elementos y principios fueron articulados hacia el modelo del Estado unitario, lo cual motivó aportes a una interpretación complementaria y compatible.

La Corte Constitucional delimita el conflicto de jurisdicción y competencia como se puede observar en el siguiente extracto:

“La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del Sistema de Derecho Penal Ordinario, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro del ámbito territorial de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se

*producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.*⁴⁷⁸

Lo decidido por la Corte, visto a luz de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,⁴⁷⁹ le otorga el carácter vinculante para todos tribunales de la República, es por esta razón la relevancia de la decisión del caso laCocha, pues crea un precedente en cuanto a la limitación de la competencia de la justicia indígena, respecto a la materia.

Esto vislumbra de manera categórica la posición del Estado frente al respecto de la tan mencionada autonomía de la justicia indígena, hasta ahora respecto a situaciones que afecten el bien jurídico vida, dejando sin efecto la participación de las autoridades indígenas en la resolución de casos de homicidios.

Esta decisión, no representa un avance para el pluralismo jurídico, ya que la misma, no se extiende a establecer los lineamientos por los cuales se va a determinar la colaboración entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, entonces se pudiera suponer la probabilidad que se presente ante la jurisdicción constitucional, otros casos contentivos de cualquier otro tipo penal, con lo cual la jurisdicción constitucional moldearía de manera paulatina el alcance de la justicia indígena y la interrelación con la justicia ordinaria, con la decisión del caso la Cocha, se dejó pasar la oportunidad de afrontar este tema, no clarificando si al demarcar los límites ante el delito de homicidio, se debe entender que la jurisdicción indígena puede actuar frente a la ocurrencia de otros tipos penales.

Sin embargo, por medio de esta sentencia se brindó la posibilidad de entender el alcance de los derechos constitucionales y la compatibilidad que tiene la justicia indígena con los mismos, ya que el ejercicio de la jurisdicción indígena está enmarcado en los límites fijados en la propia norma constitucional, a la vez que se encuentra supeditada esta justicia al orden jurídico convencional e internacional en materia de derechos humanos⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ Corte Constitucional de Justicia. *Sentencia en el caso “La Cocha”*. Registro Oficial 058 de 30 de junio de 2014.

⁴⁷⁹ Artículo 2 numeral 3

⁴⁸⁰ Convenio 169 de la OIT, Art. 8 numeral 2 y Art. 9 numeral 1.

Unido al análisis desarrollado en esta sentencia se encuentra la labor fiscalizadora y constitucional ejecutada por la Corte, dirigidas a aclarar las medidas tomadas por las autoridades indígenas, en este supuesto la Asamblea Comunal en el mes de mayo del año 2010, y que dichas decisiones no representaran una contradicción a los presupuestos esenciales de los derechos humanos, o en el caso contrario resultar ser discordantes con las normas establecidas, todo ello enfocado en el desarrollo de un pluralismo jurídico real acorde a los estándares internacionales.

En la sentencia la Corte estableció que las decisiones adoptadas por la Asamblea Comunal no se llegaron a fijar el juzgamiento sobre el bien afectado, o sea, la vida, accionar que, si hubiera sido contemplado en la justicia ordinaria, donde al existir una vulneración de un bien jurídico como la vida, la tutela judicial lo regula como una prioridad de carácter inmediato. Al mismo tiempo al manifestarse una clara falta de protección la Corte cataloga la decisión emanada de la autoridad indígena como un mecanismo que tuvo el objetivo de restablecer el equilibrio de la comunidad, debido a la conmoción que un hecho de esas características generó, es decir que determinó la solución en base a las consecuencias sociales y culturales producidas en la comunidad.

La Corte además determinó que dichas decisiones no establecieron una defensa de la vida, la cual es contemplada como un fin constitucional esencial. La particular perspectiva fijada entorno al bien jurídico como la vida, respalda el accionar de los funcionarios y autoridades públicas de la justicia ordinaria, resulta ser una conducta justificada y *sub judice*, ya que se manifestó como un actor en defensa de la vida como derecho, por lo que no hubo un doble juzgamiento de las personas acusadas, sino que se logró delimitar la actuación de ambas jurisdicciones en una situación en concreto.

En la etapa de conciliación, reparación y juzgamientos de los individuos acusados, las autoridades indígenas, a consideración de la Corte, emplearon en la resolución del caso el derecho propio o consuetudinario, facultad reconocida en la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es por ello que al ser aplicados procedimientos ancestrales pertenecientes a la identidad de este pueblo indígena no se violan los derechos constitucionales y tampoco se desarrolló un accionar violento por parte de las autoridades públicas, y penales.

Como otra de las características a resaltar en el análisis que se realiza en la sentencia, se encuentra la ratificación de la administración correcta de la justicia

desempeñada por las autoridades indígenas de la comunidad de Panzaleo, ya que sin su intervención no se podría haber solucionado este conflicto interno. A pesar de ello se reconoce que paralelo a la competencia de estas autoridades comunales, se destaca la responsabilidad y obligación inmediatas que tiene el Estado de garantizar todos aquellos derechos reconocidos en el texto constitucional.

Una de las cuestiones que la Corte Constitucional no quiso resolver en este caso se refiere a lo que se debe entender como conflictos internos. Cuando se trata, por supuesto, de personas indígenas de la misma comunidad, no existiría problema; pero si el conflicto comunal se da entre indígenas y mestizos o indígenas de otra comunidad, pueden presentarse varios problemas de resolución. A este respecto, una de las posibilidades es considerar el concepto de territorio indígena que va más allá de la división político-geográfica donde viven las comunidades. El territorio tiene un valor simbólico y espiritual en la mayoría de colectivos indígenas, particularmente de la sierra centro.⁴⁸¹ Esta posibilidad de interpretación es más acorde al Estado plurinacional e intercultural.

Regresando al análisis, ante los hechos materializados, existe una grave agresión, por lo que es un deber constitucional y legal aplicar una sanción o pena ante la violación perpetrada, independientemente de la raza, sexo, religión, orientación política e incluso pertenencia a cierta comunidad o pueblos indígena. Esto significa que a pesar de que se reconoce y existe la justicia indígena esta se subordina a la Constitución y a los tratados internacionales.

Es así como, ante el caso de agresión materializado contra la vida, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de intervenir sin mediar impedimento jurisdiccional, incluso si tal hecho es en el ámbito indígena. El principal objetivo que se persigue con este accionar es garantizar el juzgamiento y la sanción de las personas responsables, según el procedimiento establecido en el derecho penal ordinario y con los parámetros contemplados en los tratados internacionales. Por otro lado, la Corte fijó en la sentencia elementos a tomar en cuenta por las autoridades públicas para relacionarse de manera directa con la solución de los conflictos en los supuestos donde deba aplicarse la justicia indígena. Conforme a ello se trató de abrir el camino hacia un mejor entendimiento de la normativa ancestral y el pluralismo jurídico.

⁴⁸¹ DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR. (2014): *Amicus Curiae: Caso La Cocha*, párr. 45-47.

No obstante, no todos los pareceres son pacíficos. Y hay autores que consideraron que la sentencia de la Corte Constitucional en el famoso caso “La Cocha” contraviene la autonomía de la justicia indígena y supone un acto de intervención política en el funcionamiento de los sistemas de justicia indígena. De acuerdo a esto, la delimitación de la competencia de los sistemas de justicia indígena por parte de la Corte es contraria al artículo 171 de la Constitución, donde no se establece explícitamente la competencia de los sistemas de justicia indígena, por lo cual se puede aplicar el conocido aforismo “donde el legislador constituyente no distinguió, no le está permitido al legislador constituido hacerlo.”⁴⁸² Por otra parte, la interpretación es incoherente y manipula el resultado de los informes de los peritajes antropológicos.⁴⁸³ Al mismo tiempo, la sentencia de este importante caso muestra la forma como existe una política racista del Estado que es resultado de la supremacía cultural que las leyes y la sociedad reconocen, y donde los pueblos indígenas están subordinados y excluidos.⁴⁸⁴

4.5. Las líneas político-administrativas del Consejo de la Judicatura

Ahora bien, en el caso del Consejo de la Judicatura (CJ) y su posición sobre la justicia indígena, se puede afirmar que la misma ha estado dirigida, en principio, hacia la colaboración y coordinación respecto al ejercicio de la jurisdicción indígena. En relación a este organismo se puede decir que la ley le otorga ciertas potestades, dentro de las que se destaca las siguientes: definir y ejecutar políticas hacia el mejoramiento y la modernización del sistema judicial ecuatoriano; la aprobación, previo al conocimiento del presupuesto destinado a la función judicial, con la excepción de los órganos autónomos; la administración de la carrera y la profesión judicial; velar por la eficiencia de la función judicial, y dirigir los procesos de selección del personal o servidores de la función judicial tal es el caso de los jueces⁴⁸⁵.

Como parte de la labor desempeñada por el CJ hacia la justicia indígena, se evidencia un proceso de armonización, complementado con:

- Mesas de diálogo con organizaciones indígenas como la CONAIE sobre el tema del ejercicio de la justicia indígena.

⁴⁸² DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR. (2014).

⁴⁸³ ÁVILA LINZÁN, L. (2016).

⁴⁸⁴ LLASAG, R. (2009: 340-360).

⁴⁸⁵ *Constitución de la República del Ecuador*, de 2008. Art. 181.

- La manifestación de preocupaciones en torno a la incorrecta materialización del Art. 171 de la Constitución, sobre la justicia indígena y las posibles afectaciones a los derechos de grupos sociales vulnerables como las mujeres y los menores de edad.

Conforme al desarrollo de las mesas de diálogo se han topado temas vinculados al futuro desarrollo normativo de una Ley de Coordinación de Justicia Ordinaria y Justicia Indígena, donde el principal objetivo a implementar sería diferenciar con claridad la competencia de una justicia respecto a la otra, sin reflejar niveles de subordinación ni dotar de una mayor importancia a la justicia ordinaria. En efecto este ha sido el camino trazado por el CJ en su tratamiento a la justicia indígena, una posición que denota una supuesta política neutral, donde se defiende la supremacía de la norma constitucional, y por lo tanto la subordinación de todo el engranaje estatal y la ciudadanía a la misma. Esta es importante, en la medida que la sola constitucionalización de los sistemas de justicia indígena no supone el advenimiento automático de una sociedad intercultural, lo cual sería parte de un proceso social continuo y permanente.⁴⁸⁶

Es por ello que el CJ, ha implementado una administración donde la justicia indígena ocupa una posición con cierta independencia, ya que a cada comunidad le son reconocidas y respetadas sus costumbres ancestrales, lo cual incluye su normativa consuetudinaria, pero se implementan límites establecidos en el texto constitucional. Estas limitantes son interpretadas y por lo tanto aplicadas por las autoridades de control, y en este caso el CJ juega un papel garante en vigilar el equilibrio del funcionamiento del sistema judicial.

4.6. El advenimiento de la justicia indígena: la concreción de una salida

La historia ha relevado que los pueblos indígenas han logrado persistir en el proceso de instauración del modelo colonial y occidental, lo cual implicó la ejecución de múltiples mecanismos de explotación y aniquilamiento físico hacia el indígena, además del desarrollo de un tutelaje paternalista y discriminatorio hacia la comunidad indígena, cuyos miembros fueron catalogados como seres inferiores. Razón por la cual se erige como hecho notorio que las comunidades indígenas hayan podido implementar

⁴⁸⁶ WALSH, C. (2002: 22-28).

la continuidad de sus tradiciones y prácticas ancestrales, todas ellas evidencian una clara distinción cultural, dentro de lo que se destaca la administración de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Las tradiciones indígenas constituyen en la actualidad testimonios certeros de otro sistema resulta posible, o sea otras formas de convivencia comunitaria y social, donde están implícitos los conceptos ancestrales *Sumak Kawsay* o *Sumak Qamaña* y del Buen Vivir. De esta forma Ecuador se ha transformado en uno de los pocos países de la región latinoamericana que en la última década ha impulsado todo un conjunto de transformaciones constitucionales profundas, en materia de derechos indígenas, lo cual ha sido promovido principalmente por la lucha desarrollada de los movimientos indígenas en cuanto al reconocimiento y respeto de sus derechos colectivos.

Es así como se reconoce en el texto constitucional ecuatoriano de 2008 la justicia indígena, lo cual constituyó el inicio de una serie de cambios paradigmáticos en el ámbito del Derecho y en la concepción del Estado moderno, incluso se han realizado análisis donde se contempla este tipo de transformaciones como un “...proceso de refundación política, social, económica y cultural”⁴⁸⁷. Por otro lado, el tema de la justicia indígena en el país se ha convertido en un objetivo de profundas contradicciones políticas en todo el proceso de transición al cual el Ecuador ha estado sujeto como nación.

Como bien ha quedado reflejado en esta investigación la justicia indígena aceptada hoy en el marco constitucional del ordenamiento jurídico ecuatoriano ha presentado una serie de críticas hacia sus prácticas ancestrales además de intervenciones, factores que representan una amenaza real hacia la concepción del Estado plurinacional. Otros señalamientos negativos que se pueden hacer entorno a la implementación de la justicia indígena recaen en la vulnerabilidad de su práctica, es decir que se encuentra expuesta a interpretaciones hostiles y análisis prejuiciosos por parte de los críticos del pluralismo jurídico.

El Estado ecuatoriano reconoce la existencia de comunas, pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas que ostentan costumbres propias, así como lenguajes y tradiciones ancestrales y son reconocidas como naciones. Todo esto

⁴⁸⁷ DÍAZ OCAMPO, E., y ANTÚNEZ SÁNCHEZ, A. (2016: 3).

tiene como propósito que dichos pueblos tengan un goce efectivo de sus derechos como ciudadanos y en aras de que se garantice el desarrollo de su cultura acorde a lo establecido en documentos internacionales sobre esta materia como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en los que son reconocidos una serie de derechos colectivos tal es el caso de la aplicación de sus prácticas tradicionales para la solución de los conflictos en sus comunidades.

Desde la cosmovisión andina respecto a las comunidades ancestrales que habitan en esta región la justicia indígena se vincula con elementos como: la armonía de la naturaleza y con los miembros de la comunidad, dos elementos que desempeñan un papel fundamental para el normal desarrollo de la convivencia social dentro de cada comunidad. De tal manera que los conflictos que lleguen a surgir en estas comunidades indígenas donde se alcanza en rompimiento del equilibrio y el orden colectivo conlleva a la ejecución de medidas que contribuyan directamente al restablecimiento de ambos parámetros. Es así como la plurinacionalidad y su respectiva diversidad está enmarcada en un claro reconocimiento constitucional dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano dotando a la justicia indígena de una marcada legitimidad, así como la potestad que poseen los pueblos indígenas de organizar su propio sistema de convivencia comunitaria, ya sea en gestionar sus territorios y organizar su vida económica.

Acorde a esto el principal factor que influye negativamente en la concreción de una administración de justicia indígena efectiva y bajo estándares de respeto por parte de las autoridades de la justicia ordinaria es la carencia de mecanismos de coordinación, en otras palabras, un engranaje de complementariedad entre los varios sistemas que existen: sistema de justicia indígena, y sistema de justicia ordinaria.

En el logro de este objetivo resulta necesario, en primer lugar, una adecuada definición de competencias que correspondan a cada uno de estos sistemas con el propósito de fijar los estándares y a la vez garantizar una relación intercultural igualitaria, además de que se llegue a tomar como base la plurinacionalidad y la democracia. Es por esto que en el marco de los debates que han sido desarrollados sobre este tema se han planteado cuatro cuestiones principales para el alcance de la convivencia de ambas justicias, estos son:

- a. Una simple norma legal resulta ser un instrumento insuficiente por sí mismo para establecer las garantías respectivas y la necesaria coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.
- b. La norma legal no representa un mecanismo indispensable y único para implementar la coordinación.
- c. En el supuesto de que se expida o apruebe una ley inadecuada en esta materia, podría llegar a transformarse en una nueva medida de colonización en el ámbito jurídico sobre la administración de la justicia indígena.
- d. La expedición y aprobación de una ley sobre la coordinación o deslinde jurisdiccional deberá tener una correspondencia directa y genuina del Estado plurinacional.

En el caso ecuatoriano los mecanismos de coordinación formal entre ambas justicias radican primero en el COFJ, ya analizado; en segundo lugar, se destaca el papel desempeñado por la Defensoría Pública en el supuesto de la violencia de la cual han sido víctimas las mujeres, los adolescentes y los niños indígenas⁴⁸⁸, ante tales hechos este organismo deberá facilitar el acceso a la justicia ordinaria a los individuos que lo requieran entre los que se encuentran los miembros de las comunidades indígenas. Todo esto forma parte del derecho que tiene la persona a ostentar una defensa legal para la respectiva protección de sus derechos fundamentales. Es necesario agregar que la Defensoría Pública posee una Dirección Nacional de Asesoría en Comunidades, Pueblos y Nacionalidades Indígenas, donde como una de las principales obligaciones se destaca el garantizar el ejercicio del derecho constitucional colectivo de las comunidades indígenas en su propio sistema de justicia.

No obstante, a la presencia de estos mecanismos formales para la coordinación de ambos sistemas de justicia en el ejercicio de su respectiva jurisdicción existen falencias que obstaculizan el desarrollo de la justicia indígena. Desde la diversidad de funciones que posee un juez de la justicia ordinaria se puede apreciar una desproporción en los supuestos términos igualitarios que rigen en esta materia, por lo que principios como la diversidad cultural y el principio pro jurisdicción llegan a ser vulnerados a pesar de estar reconocidos en el COFJ. Esto inclina el panorama a una marcada dependencia de la jurisdicción indígena hacia la justicia ordinaria.

⁴⁸⁸ *Código Orgánico de la Función Judicial*, 2009. Art. 286, numeral 6.

En resumen, el advenimiento de una posible salida ante la panorámica actual de la justicia indígena en Ecuador puede estar encaminada hacia la aprobación de una ley de coordinación en la ejecución de ambos tipos de jurisdicción, donde se elimine la conducta intervencionista de las autoridades de la justicia ordinaria. Es así como a partir del reconocimiento constitucional del Ecuador como un Estado plurinacional deben implementarse los mecanismos necesarios para respetar dicho pluralismo, por lo que una ley de coordinación o deslinde de jurisdicciones sería de gran utilidad principalmente en el establecimiento de una cooperación clara donde no se juzguen con prejuicios las prácticas ancestrales indígenas, ni que sean tratadas como meros mecanismos informales destinados a la solución de conflictos menores.

No obstante, a pesar de que la Ley de Coordinación y Participación no existe hasta el momento, los pueblos indígenas han practicado su justicia aún a pesar de que ordenamiento jurídico proscriba su práctica abiertamente. Es decir, que la falta de legislación para regular la interrelación entre las justicias indígenas y la estatal, no ha sido obstáculo para el ejercicio real de la justicia indígena a espaldas de la política estatal:⁴⁸⁹

“en las realidades locales han sobrevivido prácticas de justicia, normas y actores comunales que han seguido regulando los conflictos conforme a sus propios principios legitimados, pero también haciendo uso de normas, recursos e instituciones que el modelo estatal ha implantado, lo que ha producido una coexistencia de diversos órdenes legales y diversos operadores que interactúan.”⁴⁹⁰

De esta realidad se constata, que si bien existe la posibilidad de una jurisdicción indígena efectiva; esta no es total, ya que especialmente en materia penal, se ha procurado la permanencia bajo la jurisdicción y legislación ordinaria. Percibiendo que a pesar de dispuesto en la norma constitucional y el Convenio 169 de la OIT, así como otros tratados internacionales, se mantiene la tendencia a limitar la competencia, en este caso, penal de la justicia indígena.

⁴⁸⁹ STAVENHAGEN, R. (2006: 18, párr. 62).

⁴⁹⁰ REGALADO, J. (): “Criterios para un Modelo de Regulación Plural en el Perú”, en Rudolf Huber, coord., *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, p. 78.

No es totalmente desacertado, que se imponga limitaciones a la justicia indígena, siempre y cuando se realice de manera concreta, dando la preponderancia a los parámetros de la cosmovisión indígena. Sin un marco regulatorio de cooperación y colaboración de ambos sistemas, la jurisdicción ordinaria estará propensa a obstaculizar la justicia indígena, restringiendo las potestades que se les ha reconocido en la misma configuración del Estado ecuatoriano.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La conquista en América Latina, tuvo graves repercusiones entre los pueblos aborígenes especialmente dentro de sus sistemas legales, socio-políticos y productivos, lo que determinó la desregularización violenta del orden precolombino establecido, debido a la imposición de instituciones extrañas a sus formas culturales, hecho que provocaría el deterioro en su calidad de vida, aunado a la imposición religiosa, explotación económica y reducción numérica de habitantes que con base en la denominada “civilización” sometieron a los indígenas de este continente. Por una parte, existían sociedades con un fuerte elemento colectivista, tanto en su organización social, como en las diversas manifestaciones culturales y científicas, además de la existencia de procesos políticos de integración regional. Una de las manifestaciones más relevantes es la configuración de sistemas jurídico-políticos propios. Si bien es cierto, que en el presente trabajo se pudo analizar rasgos comunes entre los pueblos indígenas, hay elementos de diferenciación en toda Indo América, por lo que queda abierta la posibilidad de efectuar un estudio más profundo donde se puedan vislumbrar otros aspectos relevantes sobre el particular.

SEGUNDA. - Si bien la colonia fija un antes y un después en el desarrollo histórico de la región andina, no hay duda alguna sobre la existencia de sistemas organizacionales altamente desarrolladas. De los sistemas jurídicos-políticos autóctonos, se pueden destacar tres rasgos fundamentales. En primer lugar, el carácter colectivo de la autoridad, con los mecanismos de resolución de conflictos, han permitido la participación social de las comunidades con una percepción de los problemas que han afectado a la comunidad bajo normas que no necesariamente están escritas. Segundo, como resultado de lo anterior, la práctica social de los sistemas legales y de justicia, no buscan aplicar un castigo, sino encontrar la armonía colectiva que haya sido alterada por un conflicto social determinado; siendo que no existen instituciones propiamente dichas para resolver los conflictos interculturales, sino formas sociales que tienen conocimientos ancestrales con autoridad para juzgar los conflictos en las comunidades indígenas. Finalmente, los principios jurídicos de los pueblos indígenas, no pueden ser comprendidos bajo el criterio del Derecho occidental, por la perspectiva cultural de estos colectivos; razón

por la que resulta necesario distinguir las claves interculturales existentes para poder comprenderla desde un punto de vista de igualdad.

TERCERA. - En las diversas etapas históricas del desarrollo de los pueblos indígenas americanos el Derecho occidental convivió con los sistemas jurídicos autóctonos, bajo una relación de supremacía asegurada por la fuerza, con la plena convicción ideológica introducida por las instituciones españolas. Durante la Colonia, la sociedad estamental marcó una profunda jerarquización, con marcadas diferencias sociales, que posteriormente durante la República, se profundiza con la manifestación del racismo, tutelado bajo el control de las instituciones respecto de la cuestión indígena. De esta manera, las instituciones coloniales subsistieron durante la época republicana, obstaculizando u opacando otras prácticas que no fueron las de la sociedad colonial dominante, sobre la base de un supuesto consenso civilizatorio que en realidad escondió la hegemonía cultural europea; mientras que paralelamente, los pueblos indígenas desarrollaron estrategias de resistencia, para preservar los elementos y prácticas ancestrales, aun con la opresión existente, con lo que lograron la supervivencia en todos los aspectos. Por lo cual es imperante la existencia de un sistema de justicia que reconozca las formas ancestrales y sistemas jurídicos, usos y costumbres propias de las comunidades, pueblos y nacionalidades aborígenes, entendido desde su propia cosmovisión y sus propias claves interculturales, lo que hace posible un plano de igualdad.

CUARTA.- Desde 1492, la convivencia de los pueblos indígenas y su desarrollo, fue antagónica porque no ha conseguido desde la legalidad, esa simbiosis necesaria entre el derecho occidental y los sistemas institucionales nativos, que contienen manifestaciones jurídicas propias, sin que esto signifique negar la existencia de distintos grados de conflictividad provenientes de la supremacía del derecho colonialista sobre las formas legales indígenas, que aún se encuentran adheridas a sus expresiones vivenciales.

QUINTA. - La lucha entre lo colonial y las culturas, en determinados contextos políticos, ha permitido el mejoramiento de las instituciones tradicionales, concediendo a los colectivos indígenas la capacidad de decisión. En aquella lucha, el constitucionalismo ha sido un instrumento importante para estos procesos, por el cual, en la región andina, particularmente en Ecuador, se puede hablar de la

emergencia de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Uno de los ejes principales de este constitucionalismo, es el concepto de interculturalidad, el cual surge de los estudios latinoamericanos en torno a la colonialidad y la política de la liberación. En virtud de ello, los conflictos entre culturas distintas, aún aquellos que se producen como efecto de procesos de colonización, pueden solucionarse en términos pacíficos, con los aspectos democráticos sobre el ideal del diálogo intercultural.

SEXTA. - La corriente teórica del diálogo de la interculturalidad se fundamenta en que la “cultura” representa a una unidad política identitaria y no a una expresión de rasgos propios de un colectivo (rasgos folklóricos). Tampoco es un sinónimo de alta cultura (cultura como bellas artes) ni mucho menos supone el cumplimiento de normas de buen comportamiento o convenciones sociales (cultura como buenas costumbres). La cultura es una unidad humana viva que se desarrolla en estructuras políticas, sociales y económicas, normas y sistemas jurídicos propios, expresiones que les son únicas e irrepetibles. Sobre esta base, la Constitución del Ecuador de 2008 reconoce los derechos colectivos, los sistemas de justicia indígena y el derecho propio, lo cual acerca a una especie de constitucionalismo intercultural. Evidentemente esta corriente no sería posible sin las reformas progresistas del ya mencionado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, que surgen con la Constitución de Venezuela de 1999, ratificada por la constituyente de Ecuador en el 2008 y cerrando con la Carta Magna de Bolivia en el 2009. El impacto de las reformas progresistas promovidas por el denominado neoconstitucionalismo, siendo entendido como una corriente que se consolida en resultados concretos, que incluyen la Constitución de Brasil de 1980, la de Colombia de 1991, la de Perú de 1993 y la de Ecuador de 1998; así como las reformas constitucionales de 1994 de Argentina, de México en 1988 y Argentina en 1994. A partir de esto, el término “indígena”, que busca resignificar al término despectivo y equivocado de “indio” (puesto que Colón asumió que había llegado a las Indias Orientales en 1492), asume un rol político renovado. En tal sentido, describe al individuo como alguien diferente a quien el Derecho debe darle un trato igualitario; así como al colectivo, al cual es necesario desarrollarlo para transformar el clásico Estado liberal de Derecho en un Estado constitucional de derechos y justicia, tal como lo contempla el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

SÉPTIMA- No se puede hablar estrictamente de una justicia indígena, ya que según las estadísticas del INEC en Ecuador coexisten 14 nacionalidades y 18 pueblos indígenas, los cuales según sus tradiciones poseen autoridades, normas, procedimientos y sanciones propias, además de asumir una visión del mundo que los rodea conforme a las características propias de su cultura. Es importante tener en cuenta que, de forma, se denomina justicia indígena en atención a la denominación general del sistema jurídico de pueblos ancestrales, pero de fondo hay características diferenciadoras, lo que permite una generalización en los rasgos socioculturales que comparten.

OCTAVA. - La aplicación de la justicia indígena involucra prácticas que pueden variar en ocasiones a cada nacionalidad o pueblo, que son diferentes al sistema procesal de justicia ordinario. Sin embargo, en virtud de ese respeto que se exige a la justicia indígena para con los principios constitucionales y de derechos humanos, no serán diametralmente opuestos, sino diferentes formalmente, ya que en ellos materialmente mediará la existencia de garantías, de imparcialidad y el derecho a la defensa del procesado por este sistema.

NOVENA. - En el derecho indígena la oralidad resulta ser el mecanismo principal para dar a conocer las leyes y en sí, fomentar la cultura ancestral en la vida comunitaria. Estas vivencias son traspasadas en el pasar de los años a las diferentes generaciones, donde el principal medio resulta ser el relato, el cual va de las personas mayores a los menores de edad.

DÉCIMA. - El principio de libre determinación implica, el reconocimiento de su autonomía, forma de gobierno, instituciones, entre otras. Y la libre determinación ha sido considerada como la columna vertebral de los pueblos indígenas. Sin la existencia de la autodeterminación no se puede hablar de la presencia de estos pueblos originarios. La libre determinación de los pueblos indígenas llega a estar reflejada en el derecho a la tierra, esto es, su dominio territorial; en la disposición de su territorio, es decir, su independencia; y, por último, en la definición de su forma de gobierno, lo que pone de manifiesto la soberanía de estos pueblos. Todos estos aspectos que encierran la esencia del principio de libre determinación han quedado reflejados en el marco del Derecho Internacional, específicamente en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

DECIMOPRIMERA. Aquellos actos catalogados como delitos, que traen como consecuencia una alteración en la armonía de la comunidad, no quedan en la impunidad, y resulta ser competencia de la comunidad recobrar el equilibrio social, bajo un sentido de supervivencia, respeto y autoridad. En el caso de la autoridad, ésta llega a estar representada en la actuación de los padres, abuelos y mayores integrantes del Consejo de Gobierno o la Asamblea, los cuales establecen la gravedad de la falta cometida.

DECIMOSEGUNDA. Cada comunidad ancestral posee autonomía propia, lo que implica jurisdicción y competencia. De ello se deriva que cada pueblo ancestral demuestre respeto hacia sus semejantes. Ello evoca, a que en el ejercicio de la acción jurisdiccional no se cuenta con un sistema ilimitado, como todo poder que se ejerce frente a las personas, éste se otorga con ciertas limitaciones, respecto no sólo a la aplicabilidad territorial y cultural, sino que los límites llegan hasta la esfera de los derechos inherentes al ser humano.

DECIMOTERCERA. En la administración de la justicia indígena las autoridades comunales obedecen a un conjunto de pasos enmarcados en determinado procedimiento, cuyos pasos han sido considerados en el marco de las tradiciones y costumbres ancestrales de cada comunidad. Es por ello que la justicia indígena se identifica, como ya ha sido analizado, con un sistema de rogación o petición de parte, más no con procedimientos predeterminados en una ley escrita. En este sentido, la autoridad indígena no es una función permanente y estandarizada, sino una especie de facilitador para que la práctica de la justicia comunitaria sea posible. No es una persona remunerada, tampoco tiene funciones específicas sobre la justicia indígena en la mayoría de casos, y el desarrollo de los sistemas de la justicia indígena suelen ser comunitarios. Así, por la propia naturaleza colectiva de la vida comunitaria, la autoridad no corresponde a la lógica occidental-burocrática, más allá de que algunas denominaciones son tomadas, como ya se ha dicho, de la cultura dominante. Por ejemplo, “cabildo”, “mayoral”, “síndico” o “presidente”.

DECIMOCUARTA. En la oralidad y de manera clara, las partes involucradas en el conflicto comunican el problema en cuestión ante las respectivas autoridades indígenas. De manera más específica se puede afirmar que la parte afectada pone a conocimiento del Cabildo los hechos suscitados, ya sea una pelea, robo, muerte, por

solo mencionar algunos ejemplos. Acorde a esto el willachina se erige como el acto por el cual el miembro de la comunidad indígena que ha recibido un agravio, ofensa o perjuicio solicita al Cabildo la implementación de una solución. Toda medida y su respectiva adopción llegan a ser analizada en la Asamblea Comunal. Luego viene la investigación del problema o conflicto, tapuykuna: en el periodo que dura la investigación de los hechos, la autoridad comunal o indígena llega a aplicar diversas acciones encaminadas a dirimir la realidad entorno al conflicto. Y finalmente procede el desarrollo con un careo entre el acusado y el acusador, chimbapurana: en esta etapa donde se desarrolla el careo entre las partes involucradas se destaca el papel de la Asamblea Comunal en recibir todos los argumentos, lo cual obedece a las etapas siguientes: la autoridad comunal recibe la información de motivos; por último, las autoridades o dirigentes indígenas intervienen en aras de realizar una reflexión en torno al problema, esta posición también llega a ser adoptada por los familiares de las partes, todo ello encaminado a que el acusado o acusados no transgredan nuevamente las reglas comunitarias.

DECIMOQUINTA. En el caso de la justicia indígena y las decisiones emanadas de sus autoridades comunales en el ejercicio de función jurisdiccional se presenta la acción extraordinaria de protección, como una garantía ante la posible violación de los derechos constitucionalmente garantizados.

DECIMOSEXTA. La autoridad indígena no posee una limitación en cuanto al conocimiento de causas según la materia. La autoridad comunal actúa con la capacidad de manejar toda acción que atente contra la paz dentro de la comunidad, es decir, este tipo de accionar de la justicia indígena según los criterios manejados en el marco de actuación de la justicia ordinaria, podría ser catalogado como multicompetente, donde no existen limitaciones al conocimiento de causas y tampoco en la resolución de los mismos. El ejercicio de este tipo de justicia parte del reconocimiento constitucional del Ecuador como un Estado plurinacional, donde existe un señalamiento expreso a la existencia de comunidades indígenas que poseen tradiciones propias y, por lo tanto, un derecho consuetudinario, todo esto deberá ser respetado, esto es, los derechos indígenas y el establecimiento de mínimos jurídicos, que deberán ser observados por esta justicia especial indígena.

DECIMOSÉPTIMA. La competencia en la administración de la justicia indígena está amparada en la costumbre. De esta manera son conocidas las posibles trasgresiones que afectan al orden público o privado, ya sea a la comunidad como un todo o alguno de sus miembros. Algunos autores que han topado con este tema han catalogado a la competencia de la autoridad comunal en la administración de justicia indígena como ejercida exclusivamente sobre los conflictos internos, entendidos éstos como aquellos que nacen en el seno de cada comunidad ancestral y llegan a vulnerar la armonía de vida y los valores identificativos de cada pueblo indígena.

DECIMOCTAVA. En el supuesto de los mínimos jurídicos que la justicia indígena debe respetar en su materialización y desarrollo sobresalen algunas garantías o derechos fundamentales iguales e inherentes a todas las personas, motivo por el cual las autoridades comunales no pueden obviarlas al administrar justicia indígena, siendo las siguientes:

Derecho a la vida: la vida se erige como un derecho inviolable de todo ser humano y en el derecho consuetudinario indígena no se reconoce la pena de muerte, por lo que la muerte no puede ser establecida como una sanción.

Derecho al debido proceso: en todo proceso las partes implicadas tienen el derecho a la defensa, ya sea personalmente o por medio de terceros. Conforme a ello, el debido proceso implica el cumplimiento de aquellos principios, normas y reglas fijadas en la norma suprema, en principio, y cuya ejecución debe estar sujeta a patrones como la equidad y la imparcialidad.

Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles: este derecho en particular les asiste a todas las personas y, por lo tanto, la ley prohíbe de manera expresa cualquier tipo de acto que conlleve a ello. Conforme a esto las sanciones deberán ser vigiladas para que no incurran en dichas prohibiciones.

Derecho a la no agresión física ni psicológica: este derecho en particular ha estado enmarcado en una fuerte polémica por parte de las instituciones que respaldan los derechos humanos y por las autoridades que representan a la propia justicia ordinaria, ya que los análisis y valoraciones desarrolladas en torno a este derecho

han estado fuera del contexto, la cultura y las costumbres de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Al respecto cabe mencionar los castigos corporales practicados en las comunidades indígenas asociados al uso del fuste, el baño de agua fría, la ortiga, entre otros, cuyas acciones, acorde a las tradiciones ancestrales, implican una especie de curación o sanación aplicada al miembro de la comunidad que ha violado las normas colectivas. Este tipo de sanciones no son aplicadas por la totalidad de los pueblos indígenas.

Es por ello que la posición más coherente es la adopción de una postura de respeto hacia los mecanismos de administración de justicia indígena, ya que constituyen usos y costumbres milenarias, y no deben ser catalogadas como agresiones físicas y psicológicas. Son acciones que las autoridades comunales llegan a ejecutar para asegurar la estabilidad y armonía comunitarias.

DECIMONOVENA. La Constitución reconoce la existencia del derecho propio de estas comunidades indígenas en el Ecuador. Este reconocimiento abarca el examen de constitucionalidad de aquellos actos y decisiones emanados de la autoridad indígena a partir de la ejecución de sus respectivas funciones, tal es el caso de las potestades jurisdiccionales. Ante esta situación el ejercicio de la Corte Constitucional no se limita a un control convencional, sino que extiende esta acción de control a la evaluación del derecho propio ejecutado por los pueblos indígenas. Este tipo de evaluación por parte de la Corte Constitucional posee un carácter doble, donde la coherencia jurídica exige que este órgano de control para el ejercicio de sus funciones realice indagaciones previas con relación al derecho indígena o consuetudinario dentro del cual actúa la autoridad indígena que es objeto de examen.

Con el objetivo de establecer viabilidad en el control constitucional sobre la justicia indígena, la ley, en este caso la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) donde se reconoce la acción extraordinaria contra las decisiones aprobadas en la jurisdicción indígena, a partir de lo cual la Corte ha basado sus resoluciones o sentencias. El proceder de la Corte en estos casos es acorde a la normatividad establecida y los principios establecidos, como la

interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso, oralidad, legitimación activa, entre otros.

VIGÉSIMA. La doble evaluación respecto a la coherencia de las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas en el uso de sus funciones jurisdiccionales y con una relación directa a las normas que integran su derecho propio o consuetudinario, implica la apertura no sólo del análisis de los elementos identificativos de la justicia indígena, sino que se destacan aquellas cuestiones de legitimidad vinculadas a los aspectos siguientes: quién es la autoridad indígena, qué tipo de normas aplica, cuáles medidas resultan compatibles con los preceptos constitucionales y los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. Sobre la actividad desempeñada por la Corte Constitucional en relación con la justicia indígena se destacan parámetros de facticidad, que llegan a surgir debido a la marcada necesidad de conocimiento sobre los bienes jurídicos que poseen relevancia dentro del derecho indígena y que, además, se encuentran sujetos a la protección constitucional.

VIGESIMOPRIMERA. La acción extraordinaria de protección tuvo como fin establecer si las autoridades indígenas podían o no otorgarle una solución al asesinato y, de resultar posible, si dicha decisión se ajustaba al modelo constitucional y legal. La pretensión del accionante también estuvo dirigida a establecer si se había ejecutado una interferencia en la justicia indígena por parte de la actuación del Fiscal General del Estado, así como del ministerio de Gobierno y la Policía, en el marco del rescate sobre los involucrados en el asesinato. Se planteó cuál sería el efecto en la administración de la justicia indígena respecto al pedido de solicitud del Ministerio de Justicia para que se iniciaran acciones legales en contra de los dirigentes, ya que en ocasiones previas se ha optado y aceptado las medidas derivadas de la actuación de la jurisdicción indígena.

VIGESIMOSEGUNDA. Finalmente, es de anotar que la aplicación de la justicia indígena no es violatoria de los derechos humanos, porque prevalece la justicia consuetudinaria, el derecho propio de cada comunidad y lo aplican dentro de su espacio geográfico y las formas de juzgar y sancionar son aceptadas por toda la comunidad; como el fueite, el baño en agua fría, la ortiga, que significa purificación del alma. Y lo más importante y fundamental se respeta el derecho a la vida.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMÓVICH, V. (2006). *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, en Comisión Andina de Juristas (CAJ), *Los derechos humanos y la globalización. avances y retrocesos*. Lima. CAJ.

ABRAMÓVICH, V. (2006). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. la experiencia de una década*. Buenos Aires. CELS.

ACUÑA, C. (2013). *Perspectivas sobre el coloniaje*. Santiago de Chile. Ed. Universidad Alberto Hurtado.

ÁLVAREZ, N. (2004). *La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de discriminación Racial*. En GÓMEZ ISA. F. (dir.) y PUREZA, J. M. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*. Bilbao. Universidad de Deusto.

AMORES, J. (2006). *Historia de América*. Ed.. Barcelona. Ariel, S.A.

ANAYA, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional*. Madrid. Trotta.

ANAYA, J. (2011). *Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas* en. Consejo de Derechos Humanos, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. Asamblea General ONU.

ANDRADE, P. (2004). *Negociando el cambio. Fuerzas Políticas en la Asamblea Constituyente ecuatoriana de 1998*, en *Estructura Constitucional en el Estado Constitucional*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales y otros.

ANNINO, A, y FRANCOIS G. (2003). *Inventando la Nación. Iberoamérica siglo XIX*. México D.F. Fondo de Cultura Económica.

ANNINO, A., y GUERRA, F. (2003). *Inventando la Nación. Iberoamérica siglo XIX*. México. Ed. Fondo de Cultura Económica.

ANZOÁTEGUI, T. (2001). *El poder de la costumbre. estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América Hispana hasta su emancipación*. Buenos Aires. Ed.. Instituto de Investigación de Historia del Derecho.

ARIZA, R. (2015). *El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales*. Revista Insurgencia.

ARMAZA, J. (2002). *El condicionamiento cultural en el derecho penal peruano. En La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*. libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, de Coord. José Luis Díez Ripollés, 543-554. Madrid. Tecnos.

ASSIES, W., GEMA VAN DER HAAR, y ANDRÉ H. (1999) *El reto a la diversidad. pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*. Zamora. El Colegio de Michoacán.

ATIENZA, M. (2005) *Argumentación jurídica y Estado Constitucional. En Derechos, justicia y Estado constitucional. un tributo a Miguel C. Miravet*, Valencia. Tirant Lo Blanch.

ÁVILA, L. (2008). *Acceso a la Justicia y Emancipación Social*, en R. ÁVILA, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

ÁVILA, L. (2008). *La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008*, en R. ÁVILA, ed., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*-Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

ÁVILA, L. (2009). *Los caminos de la justicia intercultural* en C. GALLEGOS-ANDA y D. CAICEDO, ed., *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

ÁVILA, L. (2011). *Un nuevo constitucionalismo latinoamericano en serio*, en L. ÁVILA, I. *Política, Justicia y Constitución*. Quito. Corte Constitucional.

ÁVILA, L. (2016). *Subordinación cultural, interpretación y justicia indígena. casos La Cocha*, en A. RUSSO, O. RUIZ y G. D'IGNACIO, ed., Revista

Interamericana y Europea de Derechos Humanos. Desafíos del Pluralismo Jurídico Intersentia, Vol. 9 No.1. Bélgica-Colombia. Universiteit Gent-Universidad Los Andes.

ÁVILA, L. y VALLE, A. (2011) *Derecho de la miseria o miseria del derecho*, en L. ÁVILA L., *Emancipación y Transformación Constitucional*. Quito. Corte Constitucional, 2011.

ÁVILA, R. (2009). *El Relativismo Cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños*, en C. ESPINOZA et al., *Derechos Ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

ÁVILA, R. (2016). *El Neoconstitucionalismo Andino*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar-Huaponi Ediciones.

AYALA, E. (2008). *Historia del Ecuador*. Quito. Corporación Editora Nacional.

BACIGALUPO, E. (2002). *Sobre la teoría de la acción finalista y su significación en el Derecho Penal*. En V. Autores, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Madrid. Ed. Tecnos.

BAHUCHET, S. (1996). *Situación de las poblaciones indígenas de los bosques densos húmedos* [informe encargado para la Dirección General XI, Medio Ambiente, Seguridad Nuclear y Protección Civil de la Comisión de las Comunidades Europeas]. Berlín. UE,

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. (2003). (Teodora Zamudio), comp. *Calidad Legislativa Indígena en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo BID.

BARBOSA RAMÍREZ, R. (1981). *Estructura económica de la Nueva España (1519-1810)*. México. Ed. Siglo XXI Editores.

BARIÉ, C. (2003). *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales. un panorama*. La Paz. Ed. Abya Yala.

BARRIENTOS, J., (2004). *El Gobierno de las Indias*. Madrid. Ed. Marcial Pons. Madrid.

BENAVIDES, J., (2012). *Los derechos humanos como norma y decisión* . Quito. Ed. CEDEC.

BETHELL, L. (2000). *Historia de América Latina. la independencia*. Barcelona. Crítica, S.L.

BETRÁN, L. (2006). *Historia de las epidemias en España y sus colonias. 1348-1919*. Lisboa. Ed. La Esfera de los libros.

BONFIL, G. (1992). *Identidad y pluralismo cultural en América Latina*. San Juan, Puerto Rico. Ed. Fondo Ed. del CEHASS.

BONILLA, M. (2008). *Pluralismo Jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena*, en R. HUBER, coord., *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung.

BORDAS., J., BAEZA L., J. C., y ALBA F., (2011). *Temas de Sociología Criminal. sociedad, delito, víctima y control social*. Madrid. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

BORJA, E, (1999). *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*. *Nuevo Foro Penal*, No. 73, Universidad de Valencia.

BORRERO, C. (2014). *Derechos multiculturales étnicos en Colombia*. Una dogmática ambivalente. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia.

BRAMONT ARIAS, L. (1990). *Temas de derecho penal*. Lima. SP. Editores. Lima.

CALAMANDREI, P. (1986). *Instituciones de Derecho Procesal, Según el Nuevo Código*. Traducción de Santiago Sentís Melando. Volumen II. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.

CAMARGO, C. (1995). *Manual de los Derechos Humanos*. Bogotá. Ed. Leyer.

CARNELUTTI, F. (1971). *Derecho y Proceso*. Traducción de Santiago Sentis Melando. Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa - América.

CARVALHO, A. (2011). *Crímenes de la Dictadura Militar. la ADPF 153 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista dos Tribunais.

CAYUELA, J. (2010) *Las Juntas Americanas ante la caída de la Junta Central de España (1809-1810)*. Texto de Actas- XVI Congreso Internacional de AHILA. Simposio No. 33 *Las Juntas de Gobierno. Primeros Ensayos de Vida Autónoma en América Española (1808-1814)*. Sevilla. Ed. Universidad de Castilla La Mancha. Ciudad Real.

CEA, J. (1979). *Función jurisdiccional y poder judicial*. Revista chilena de derecho, Vol. 6.

CHÁVEZ, G. (2008). *El Derecho Propio. Destapando la caja de Pandora, en Desafíos Constitucionales. La Constitución de 2008 en perspectiva*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

CHIOVENDA, J. (1922). *Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Madrid. Instituto Ed. Reus, Traducción española de la 3era edición italiana.

CHIPOCO, C. (1994). *La protección universal de los derechos humanos. una aproximación crítica*, en A. AGUIAR, ARANGUREN et al., *Estudios básicos de derechos humanos*. San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

CLAVERO, B. (2002). *Multiculturalismo Constitucional, con perdón, en frío y en serio*, Revista del Instituto de Estudios Vascos, No. 47.

CLAVERO, B. (2016). *Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el reto de la interpretación de una norma contradictoria*, en. Revista Pensamiento Constitucional, No. 21, Volumen 21. Lima. fondo Ed. PUCP. pp. 11-26.

CLAVERO, B. (s/f). *Espacio Colonial y Vacío Constitucional en los Derechos Indígenas*, obtenido de www.clavero.derechosindigenas.org/estudios.

COLOMBO, J. (2004). *El debido proceso constitucional*, en V. Autores, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. México. ed. Tirant Lo Blanch.

CONAPA (1991), *Comisión organizadora de la consulta indígena sobre la reforma constitucional en el Perú. Propuesta concertada para la inclusión de los*

derechos de los pueblos indígenas y comunidades para la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades en la Constitución Política del Perú. Lima.

CONFEDERACIÓN DE NACIONALIDADES INDÍGENAS (2008), *Propuesta Mínima de un Estado Plurinacional.*

CORDERO, J., y SERRANO, V. (2013) *Historia de la Administración de Justicia y del Consejo de la Judicatura.* Quito. Academia Nacional de Historia.

CORREA, J. (2002). *Reformas Judiciales en América Latina. ¿buenas noticias para los desfavorecidos?*, en MÉNDEZ, J., G. O'DONNELL y P. PINHEIRO, comps., *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina.* Buenos Aires. Paidós.

CUOCOLO, F. (1999). *De los principios del Derecho Constitucional.* Milán. Ed. Giuffré.

DANDLER, J. (2002). *Pueblos Indígenas e Imperio de la Ley en América Latina. ¿tienen una oportunidad?*, en J. MÉNDEZ et al., *La (in) efectividad de la Ley y la Exclusión en América Latina,* Buenos Aires. Paidós.

DE BERNARDIS, L. (1995). *El Debido Proceso.* Lima. Ed. Cuzco.

DE LA CRUZ, R., *Los derechos de los indígenas. un tema milenario que cobra fuerza.* Quito. Abya Yala, 1999.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (2004). *Derecho Procesal, Introducción. 3era Edición.* Madrid. Ed. Universitaria Ramón Areces.

DE LA TORRE, C. (2013). *Populismo en América Latina. entre la democratización y el autoritarismo.* Revista Friedrich Ebert Stiftung, agosto.

DE SOUSA, B. (2004), *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, en *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*, de Felipe (dir.) Gómez Isa y José Manuel Pureza, 95-122. Bilbao. Universidad de Deusto.

DEFENSORÍA PÚBLICA DEL ECUADOR (2014). *Amicus Curiae. Caso La Cocha.* Quito. Defensoría Pública.

DELGADO, G. (2002). *Historia de México. el proceso de gestación de un pueblo, Volumen I*. Ciudad Juárez. Ed. Pearson Educación de México.

DÍAZ, E., y ANTÚNEZ, A. (2016). *La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina*. Revista Derecho y Cambio Social.

DULITZKY, A. (2006). *Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos*, en C. MARTÍN (comp.), *Derecho internacional de los derechos humanos*. México. Fontamara.

DUSSEL, E. (2000). *Europa, modernidad y eurocentrismo*, en E. LANDER (ed.). Buenos Aires. Clacso.

DUSSEL, E. (2005). *Filosofía de la liberación*, en R. SALAS ASTRAIN (coord.), *Pensamiento crítico latinoamericano. conceptos fundamentales*. Santiago. Universidad Católica Silva Henríquez.

DUSSEL, E. (2007). *Política de la Liberación*. Madrid. Trotta.

ECHEVERRÍA, J. (2009). *El Estado en la nueva Constitución*. En V. Autores, *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito. Corporación Editora Nacional. Quito.

ESCRICHE, J. (1863). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. París. Librería de Rousa y Bouret.

ESPINOSA, M. (2000). *Los mestizos ecuatorianos y las señas de identidad cultural*. Quito. Ed. Tramasocial.

ESTERMANN, J. (1998). *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*. Quito. Ediciones Abya Yala.

FAIRÉN, V. (2006). *Teoría General del Derecho Procesal*. México. UNAM.

FARIÑAS, M. (2004). *El Dios Universal y Los Derechos Humanos*. Diario El País. 25 de octubre.

FERRAJOLI, L. (2000). *Garantía*. Revista Jueces para la Democracia No. 38,

FERRO, M. (2000). *La Colonización. una historia global*, México. Siglo XXI.

GALEANO, E. (1995). *Espejos blancos para caras negras*. La Jornada, 27 de julio.

GARCÍA, A. (2011). *El Derecho Fundamental a un Debido Proceso*. En V. Autores, *El debido proceso. Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Lima. Gaceta Jurídica.

GARCÍA, E. (1994). *Culturas diversas y Sistema Penal*. Revista Colección jurídica y Social, No. 36.

GARCÍA, F. (2007). *Los pueblos indígenas del Ecuador. derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Quito, FLACSO-sede Ecuador/Oxfam América.

GARCÍA, F. (2009). *Estado del relacionamiento en Ecuador*. En V. Autores, *Estado de la relación entre la justicia indígena y justicia estatal en los países andinos. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia*. Lima. Comisión Andina de Juristas.

GARCÍA, F. (2009). *Jurisdicción Indígena. Del monismo jurídico a la interlegalidad*, en ANDRADE S. y ÁVILA L., ed., *La Transformación de la Justicia*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

GARCÍA, F. (2009). *La Jurisdicción Indígena. del monismo jurídico a la interlegalidad*, en ANDRADE S. y ÁVILA L. *La Transformación de la Justicia*. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

GARCÍA, J. (2004). *Iberoamérica en la Constitución gaditana*. En RAMOS SANTANA, A. (Coord.), *La Constitución de Cádiz de 1812. hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino*. Sevilla. Centro de Estudios Andaluces.

GARCÍA, N. (2004). *Diferentes, Desiguales y Desconectados. Mapas de la interculturalidad*, Barcelona. Editorial Gedisa.

GAVIRIA, C. (2002). *Herejías Constitucionales*. México. Fondo de Cultura Económica.

GORDILLO, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires. Ed. FDA.

GREGOR, C. (2003). *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina. un panorama*. La Paz. Abya Yala.

GRIJALVA, A. (2012). *Del presente se inventa el futuro. justicias indígenas y Estado en Ecuador*. En SANTOS, B. y GRIJALVA, A. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito. Abya Yala y Fundación Rosa Luxemburgo.

HABERLE, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Traducción Héctor Fix-Fierro. México. Universidad Nacional Autónoma de México.

HANKE, L. (1949). *La Lucha por la Justicia en la Conquista de América*. Ed.. Biblioteca del Congreso, Washington. Buenos Aires. Traducción de Ramón Iglesias. Ed.. Sudamericana.

HERNÁNDEZ, M. (2011). *Justicia indígena, derechos humanos y pluralismo jurídico. análisis, doctrina y jurisprudencia*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).

HERRERO, P. (1992). *América Latina y el Colonialismo Europeo (Siglos XVI-XVIII)*. Madrid. Síntesis.

HINKELA, F. (1992). *Democracia y totalitarismo*. San José. Ed. DEI.

HUGHES, L. (2004). *Pueblos indígenas*. Barcelona. Ed. Intemón Oxfam.

INDIAN LAW RESOURCE CENTER. (1984) *Derechos Indios-Derechos Humanos. Manual para indígenas sobre procedimientos de reclamaciones en el campo de los derechos humanos internacionales*. Washington, DC. Indian Law Resource Center.

ITTLECHILD, W. (2010). *El triunfo de los pueblos indígenas es un triunfo para todo el mundo. Discurso ante el Consejo de Derechos Humanos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*. En CHARTERS, C. y STAVENHAGEN, R. (editores), *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*. Copenhage Ed. IWGIA.

ITURRIAGA, J., (2006). *Ustedes y nosotros*. México. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.

JARAMILLO, P. (2009). *El indio ecuatoriano*. Quito. Colección Memoria de la Patria.

KELSEN, H. (1992). *¿Qué es la justicia?* Barcelona. Ed. Ariel. Barcelona.

KOWII, A. (2005). *Identidad lingüística de los pueblos indígenas de la región andina*. Quito. Abya Yala.

KYMLICKA, W. (2001). *Ciudadanía Multicultural una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Buenos Aires, Ed. Paidós

LANDA, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima. Palestra Editores.

LEÓN, M. (1964). *El reverso de la Conquista. relaciones aztecas, mayas e incas*. Madrid. Ed. Joaquín Mortiz.

LITTLECHILD, W. (2010), *El triunfo de los pueblos indígenas es un triunfo para todo el mundo. Discurso ante el Consejo de Derechos Humanos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en *El desafío de la Declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, de Claire Charters y Rodolfo (editores) Stavenhagen, 396-399. Copenhage. IWGIA.

LLASAG, R. (2009). *La Jurisdicción Indígena, en el contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad*, en S. ANDRADE y otros, ed., *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos. Quito. Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar.

LLASAG, R. (2012). *Justicia indígena ¿delito o construcción de la plurinacionalidad? La Cocha*, en SANTOS, B. y GRIJALVA, A., ed., *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito, Fundación Rosa Luxemburgo.

LLÁSAG, R. (2014), *Cuando el derecho sirve para eliminar derechos. Sentencia de la Corte Constitucional, caso La Cocha*. Cuadernos para la interculturalidad 10, Defensoría Pública del Ecuador.

LÓPEZ, L. (2014). *El pluralismo jurídico. una propuesta paradigmática para repensar el Derecho*. Revista de Derecho Constitucional "UMBRAL" No. 4, Tomo I.

LORENTE, M. (2004). *La nación y las Españas. ¿Cabe hablar de un constitucionalismo hispánico?* En V. Autores, *La Constitución de Cádiz de 1812. hacia los orígenes del constitucionalismo iberoamericano y latino*. Caracas. Ed. Universidad Católica Andrés Bello.

MACAS, L. (1990). *El levantamiento indígena visto por sus protagonistas*. Quito. Instituto Científico de Culturas Indígenas-ICCI.

MACCHINO, M., y FERNÁNDEZ, J. (2008). *Modelo de defensa penal para imputados indígenas*. Santiago de Chile. Ed. Defensoría Penal Pública.

MAMANI, R., MOLINA, W., CHIRINO, F., y SAARES RANTA, T. (2012). *Vivir Bien, significados y representaciones desde la vida diaria*. La Paz. U-PIEB.

MARTÍNEZ, A. (2014). *Hacia una reconstrucción del pluralismo jurídico desde los Sistemas Normativos Indígenas*. Revista de Derecho Constitucional UMBRAL No. 4, Tomo II.

MARTÍNEZ, C. (1990). *Las culturas precolombina*. Madrid. Ed. La Muralla, S.A.

MASAPANTA, C. (2011). *El derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano. entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico*, en ESPINOSA, C. y CAICEDO, D. *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*. Quito. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

MAYORGA, F. (2003). *Boletín de Historia y Antigüedades No. 818*. Bogotá. Ed. Academia Colombiana de Historia.

MINISTERIO COORDINADOR DE PATRIMONIO. (2012). *Viviendo la Justicia. Pluralismo Jurídico y Justicia Indígena en Ecuador*. Quito. Ministerio Coordinador de Patrimonio/ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH) / Asesor en Derechos Humanos del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador.

MONTAÑA, J. (2008). *La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana*, en R. ÁVILA y otros, ed., *Desafíos Constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos. neoconstitucionalismo y sociedad, T. II. Quito. Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

NIEVA, G. (2011). *La ética jurídica y la interculturalidad*. En V. Autores, *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad* (págs. 136-161). La Paz. Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente.

NÚÑEZ J. (2001) *De Patria criolla a República oligárquica*. Quito. Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión.

NÚÑEZ, J. (2003). *Fuerzas sociales e ideologías contrapuestas en la construcción del estado nacional ecuatoriano*. Revista Ecuatoriana de Historia No. 19.

OLIVERO, N. (1988). *El derecho precolombino y el derecho indiano y las invasiones de tierra*. Lima. *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho.

ORTIZ, J. (1997). *Guerra y Gobierno. Los pueblos y la independencia de México*. Sevilla. Ed. Universidad de Sevilla.

PARLAMENTO EUROPEO. (2000) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Niza. UE.

PEDRAZ, E. (1990). *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid. Ediciones Akal.

PEÑA, A. (2009). *Multiculturalidad y Constitución*. Lima. Centro de Estudios Constitucionales.

PÉREZ, C. (2015). *Justicia Indígena*. Quito. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE.

PESET, M. (2003). *Universalidad y liberalismo en España y América Latina*. En V. Autores, *Orígenes del liberalismo. universidad, política y economía*. Salamanca. Ed. Universidad de Salamanca.

PIETSCHMANN, H. (1996.). *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias en Nueva España. un estudio político administrativo.*México. Ed. Fondo de Cultura Económica.

PIÑACUE, J. (1997). *Aplicación autonómica de la justicia en las Comunidades Paeces. Una aproximación.* En V. Autores, *La jurisdicción especial indígena.* Bogotá. Ministerio de Justicia y del Derecho.

PLASCENCIA, R. (2000). *Teoría del Delito.* México. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.

POLAINO, M. (2013). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Tomo II.* Madrid. Ed. Tecnos, 2da Edición.

RAJAGOPAL, B. (2003). *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance.* Cambridge. Cambridge University Press.

RAMOS, A. (2005). *Cádiz en el Siglo XIX. Cádiz y la independencia de América.* en RAMOS S., A. *Historia de Cádiz.* Madrid. Silex Ediciones, S.L.

RAMOS, F. (2005). *El Sistema Procesal Español.* Barcelon. Atelier, 7ma ed.

REINA, L. (1997). *La reindianización de América- Siglo XIX.* México. Ed. Siglo XXI.

RENGEL, A. (1970). *La competencia procesal internacional en el Derecho Venezolano.* En V. Autores, *Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza, Tomo I.* Caracas. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho.

RODRÍGUEZ, J. (2006). *La Revolución Política durante la época de independencia. el Reino de Quito 1808-1822.* Quito. Ed.. Corporación Editora Nacional.

RODRIGO, S. (2011). *Algunos elementos de doctrina para la constitución plural,* en V. Autores. *Pluralismo jurídico e interculturalidad.* Sucre. Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente.

RODRÍGUEZ, A. (2015). *Educación Indígena intracultural, intercultural y plurilingüe en Bolivia,* Bilbao. Ediciones Universidad de Deusto.

RODRÍGUEZ, L. (2006). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los pueblos indígenas* en BERRAONDO, M, *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Balboa. Publicaciones Universidad de Deusto

RODRÍGUEZ, L. (2007). *América. La internacionalización de los derechos indígenas en América Latina. ¿el fin de un ciclo?*, en S. M. (coord.), *Pueblos indígenas y política en América Latina*. Madrid. Fundación CIDOB.

RODRÍGUEZ, L. (2007). *Entre rupturas y retornos. la nueva cuestión indígena en América Latina*. En V. Autores, *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina. poblaciones, estados y orden internacional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ROJAS, R. (2008). *La Independencia*. México. Ed.. Centro de Investigaciones y Docencia Económicas, CIDE.

ROVIRA GASPAR, M. (2004). *Francisco de Vitoria. España y América, el poder del hombre*. México. Ed. Cámara de Diputados, LIX Legislatura.

SÁNCHEZ B., ESTHER. (2004). *Derechos propios, Ejercicio legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. Bogotá. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación.

SÁNCHEZ, A. (2011). *La independencia de México 1810-1821*. Madrid. Ed. Arco/Libros, S.L.

SÁNCHEZ, A. (2011). *Los orígenes del pluralismo jurídico*. En V. Autores. *Pluralismo jurídico e interculturalidad*. Sucre. Ed. Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente.

SÁNCHEZ, E. (2004). *Derechos propios, Ejercicio legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. Bogotá. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación.

SÁNCHEZ, E. (2006). *Entre el juez Salomón y el dios Sira, decisiones interculturales e interés superior del niño*. Bogotá. UNICEF y Universidad de Ámsterdam.

SÁNCHEZ, E. (2008) *Principios Básicos y Formas de Funcionamiento de la Justicia que se imparte entre los Paeces y Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a las sociedades particulares*, en R. HUBER, coord., *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre justicia estatal y el derecho indígena*. Bogotá. Konrad Adenauer Stiftung.

SÁNCHEZ, E., e ISABEL J., (2009) *La jurisdicción especial indígena*. Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia.

SÁNCHEZ, M. (2015). *Límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en materia penal*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar.

SÁNCHEZ, N. (1997). *El desafiador desafiado. ¿es sensato el relativismo cultural?*, en L. ARENAS et al. (ed.), *El Desafío del Relativismo*. Madrid. Trotta.

SANTOS, B. (2001). *Derecho y Democracia. La reforma global de la justicia*, en SANTOS B. y GARCÍA M, comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I. Bogotá. Siglo del Hombre Editores.

SANTOS, B. (2002). *De la Mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá. Ediciones Uniandes.

SANTOS, B. (2004). *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*. En F. GÓMEZ ISA (dir.) y PUREZA J. M., *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del Siglo XXI*. Bilbao. Universidad de Deusto.

SANTOS, B. (2012). *Cuando los excluidos tienen derecho. justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*, en B. SANTOS Y A. GRIJALVA, ed., *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador*. Quito. Abya-Yala y Fundación Rosa Luxemburgo.

SANTOS, B. (2012). *Emancipación y Derecho*. Quito. Corte Constitucional, 2012, 1ª ed.

SANTOS, B. y GARCÍA, M. (2001). *El Revés del Contrato Social de la Modernidad*, en SANTOS B. y GARCÍA M., comps., *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia. Análisis Socio-Jurídico*, Tomo I. Bogotá. Siglo del Hombre Editores.

SEBRELI, J. (1992). *El Asedio a la Modernidad*. Buenos Aires. Ed. Sudamericana.

SOLÓRZANO, N. (2007). *Crítica de la imaginación jurídica. una mirada desde la epistemología y la historia al Derecho Moderno y su ciencia*. México. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

STAVENHAGEN, R. (1990). *Derecho Consuetudinario en América Latina*, en Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde, comps., *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

STAVENHAGEN, R. (1991). *Introducción al Derecho Indígena*, en MARTÍNEZ J., *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. I Jornadas Lasacasianas. Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*. México. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.

STAVENHAGEN, R. (1995) *Los derechos indígenas. algunos problemas conceptuales*, en *Isomía*. México. Fontamara.

STAVENHAGEN, R. (2004). *Los Derechos Culturales y los Derechos Colectivos en Tiempos de Globalización*, en I. Van BEUREN y SOTO O., *Derechos Humanos y Globalización Alternativa. una perspectiva iberoamericana*. México. Universidad Iberoamericana Puebla.

STAVENHAGEN, R. (2006). *E/CN.4/2006/78/Add.5/ Las Cuestiones Indígenas. Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Ginebra. Comisión de Derechos Humanos/Naciones Unidas 17 de enero, párr. 10.

STAVENHAGEN, R. (2006). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, resolución del Consejo 60/251 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Ecuador.

STAVENHAGEN, R. e ITURRALDE, D. (1990). *Introducción*, en STAVENHAGEN R. e ITURRALDE D., comps., *Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México. Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

STAVENHAGEN. R. (2006), *Las Cuestiones Indígenas. Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. Ginebra. Comisión de Derechos Humanos/Naciones Unidas.

SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES, (1989) E/CN.4/Sub.2/1989/33/Add.3 UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities Document 89-12410/0810B. Nueva York. United Nations,

TAU, V. (2001) *El poder de la costumbre. estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América Hispana hasta su emancipación*. Buenos Aires. Instituto de Investigación de Historia del Derecho.

TERÁN, M., y SERRANO, J.. (2002). *Las guerras de independencia en la América Española*. México. Ed. Instituto Nacional de Antropología e Historia.

TORRES, F. (2013) *El desplazamiento de la ley en el Estado Constitucional de Derecho*. En V. Autores, *Reflexiones sobre la Justicia Constitucional en Latinoamérica*. Cuenca; Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

TORRES, R. (1996) *Constitución política y derechos indígenas en Ecuador*. Bogotá. Ed. Disloque Editores.

TRUJILLO, J. (2001). *Justicia Indígena en el Ecuador*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar.

TRUJILLO, J. (2002). *Administración de justicia indígena*. En V. Autores, *Justicia Indígena. Aportes para un debate*. Quito. Abya Yala.

TRUJILLO, J. (2012). *Plurinacionalidad y Constitución*, en SANTOS, B. y GRIJALVA, A. *Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en el Ecuador*. Quito. Abya-Yala y Fundación Rosa Luxemburgo.

TRUJILLO, S. (2011). *La justicia indígena*. Quito. FLACSO.

VICIANO, R. y MARTÍNEZ, R. *Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, en L. ÁVILA LINZÁN, ed., Política, Justicia y Constitución. Quito. Corte Constitucional.

VIDAL, J., y MARTÍNEZ R, (2001). *Política interior y exterior de los Borbones*. Madrid. Ed. Istmo.

VILLAVICENCIO, F. (2011). *Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú*. Revue internationale de droit pénal, Vol 82.

VON, A. (2006). *Mi viaje por el camino del inca (1801-1802)*. Santiago de Chile. Ed. Universitaria.

WALSH, C. (2002). *Interculturalidad, Reformas Constitucionales y Pluralismo Jurídico*, SALGADO J., *Justicia Indígena. Aportes para un debate*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar.

WILLEMSSEN, A. (2010). *Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU en El desafío de la Declaración de la ONU sobre los Pueblos Indígenas*, ed. Charters Claire y Stavenhagen, Rodolfo. Copenhague. Grupo IWGIA.

WILLIAMSON, E. (2013). *Historia de América Latina*. México. Ed. Fondo de Cultura Económica.

ZAFFARONI, E. (1998). *El Racismo como Estructura Discursiva contra los Derechos Humanos*, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos* San José. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

ZAFFARONI, E. (1999). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV*. Buenos Aires. Ed. EDIAR.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

ASAMBLEA GENERAL. (1948) *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Ginebra. Naciones Unidas.

ASAMBLEA GENERAL. (1969) *Resolución 2106 A (XX)/ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial*. Nueva York. Naciones Unidas

ASAMBLEA GENERAL. (1976) *Resolución 2200 A (XXI)/ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York. Naciones Unidas.

ASAMBLEA GENERAL. (1976) *Resolución 2200 A (XXI)/Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nueva York. Naciones Unidas.

ASAMBLEA GENERAL. (1989) (Resolución 44/25- *Convención sobre los Derechos del Niño*. Nueva York. Naciones Unidas.

ASAMBLEA GENERAL. (2007) *Resolución 61/295 Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Ginebra. Naciones Unidas.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1984) OEA/Ser.L/V/II.62/ *Resolución sobre el procedimiento de solución amistosa sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito*. Nueva York. OEA,

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. (1997) *Recomendación General No. 23*. Nueva York. Naciones Unidas.

OEA. (1948), *Carta de la Organización de Estados Americanos*. Bogotá.

OEA. (1969), *Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José, Costa Rica.

OEA. (2016) Res. 2888 (XLVI-O/16). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Nueva York.

OIT. (1957), *Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales*. Ginebra. Consejo de Administración de la OIT.

OIT. (1989) *Convenio 169 de la OIT*. Ginebra. Naciones Unidas,

UNCSD. (2012). *Documento final de la Conferencia de Río+20. El futuro que queremos*. Río de Janeiro.

UNESCO. (1997) *Proyecto relativo a una declaración sobre los derechos culturales*. París

LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL

CONGRESO CONSTITUYENTE. (1830) *Constitución del Estado del Ecuador*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA NACIONAL. (1929) *Constitución Política del Ecuador*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (1945) *Constitución Política del Ecuador*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA NACIONAL. (1946) *Constitución Política del Ecuador*. Quito. Ediciones Legales.

CONSEJO SUPREMO DE GOBIERNO. (1979). *Constitución Política del Ecuador*. Quito. Ediciones Legales.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1991) *Constitución Política de Colombia*. Bogotá. Ediciones Legales.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (1993) *Constitución Política del Perú*. Lima. Ediciones Legales.

CONGRESO NACIONAL. (1996) *Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (1998) *Constitución Política del Ecuador*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (2008) *Constitución de la República del Ecuador*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (2009) *Constitución Política de Bolivia*. La Paz. Ediciones Legales

LEGISLACIÓN NACIONAL

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (1937) *Ley de Organización y Régimen de Comunas*. Quito. Ediciones Legales.

CONGRESO NACIONAL. (2005) *Código Civil*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA NACIONAL (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA NACIONAL. (2009) *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito. Ediciones Legales.

ASAMBLEA NACIONAL. (2014) *Código Orgánico integral Penal*. Quito. Ediciones Legales.

LEGISLACIÓN DE DERECHO COMPARADO

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (1994). *Ley General de Educación*. La Paz. Ediciones Legales.

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL. (2010) *Ley de Deslinde Jurisdiccional*. La Paz. Ediciones Legales.

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL. (2010) *Ley del Órgano Judicial*. La Paz. Ediciones Legales.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (2011) *Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial*. La Paz. Ediciones Legales.

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL (2013) *Ley No. 450 de Protección a Naciones y Pueblos Indígena Originarios en Situación de Alta Vulnerabilidad*. La Paz. Ediciones Legales.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (27 de febrero de 1997), *Caso Chunimá vs Guatemala*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (12 de noviembre de 1997). *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (25 de noviembre de 2000). *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. (Caso Bámaca Velásquez)*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (31 de agosto de 2001), *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (17 de junio de 2005). *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó vs Colombia*. (15 de marzo de 2005).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1 de febrero de 2006). *Caso López Álvarez vs Honduras*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (28 de noviembre de 2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (24 de agosto de 2010), *Caso de la comunidad indígena Kómok Káser vs Paraguay*.

Corte Constitucional Colombiana

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (30 de mayo de 1994). *Sentencia sobre Comunidad Indígena-Naturaleza/indefensión frente a Comunidades Indígenas. Sentencia No. T-254/94*

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (1996) *Derecho a la supervivencia cultural*. Sentencia T-349/96.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, (26 de septiembre de 1996). *Sentencia sobre Fuero Indígena-Alcance/Fuero Indígena-Límites. Sentencia T-496/96*.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, (18 de septiembre de 1998). *Sentencia sobre Resguardo Indígena Ika o Arhuaco. Sentencia SU-510/98*

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, (1998). *SC- 139/96, ST 349/96 y SU 510/98*

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, (20 de septiembre de 2001). *Sentencia sobre Comunidad Indígena/Movilidad cultura e identidad. Sentencia T-1022/01*

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA (2001). *Sentencia 1022/01.*

Corte Constitucional Ecuatoriana

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2009). *Sentencia sobre el cumplimiento de las disposiciones constitucionales de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos indígenas "Amawtay Wasi", Caso No. 0027-09-AN: 9 de diciembre.*

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2010). *Sentencia sobre Ley de Minería, Caso 0008-09-IN y 0011-09-IN: 18 de marzo.*

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2014). *Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 y 23 de mayo 2010, 30 de julio 2014. Registro Oficial Suplemento 323 de 1 de septiembre.*

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2014). *Sentencia sobre los derechos de las comunidades indígenas hacia sus territorios, Caso No. 0210-09-EP: 24 de septiembre.*

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2014). *Sentencia sobre miembros de la comunidad waorani pueblo indígena no contactado, Caso No. 0072-14-CN: 6 de agosto.*

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2015). *Sentencia sobre el maltrato a menores de edad en el procedimiento de desalojo medida adoptada por una autoridad indígena, Caso No. 056-10-EP: 23 de septiembre.*

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2017). *Sentencia en contra de decisión de la justicia indígena dictada en contra del documento denominado "notificación", de 17 de marzo del 2017, dictado por la Comunidad de Langa - Guaguelpamba, en relación a ala faculta que tiene el señor Manuel De Jesús Gualan para hacer uso del pasto en el Predio Cañi*; 11 de abril.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2017). *Sentencia en contra de decisión de la justicia indígena dictada por el Cabildo de la Comuna Berbenas, parroquia y cantón Saraguro presentada por Segundo Manuel Sarango Cartuchi, en contra de la resolución de 21 de enero del 2017, en relación al conflicto interno de daños ocasionados por el perro del señor Segundo Sarango*; 20 de junio.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2017). *Sentencia en contra de decisión de la justicia indígena dictada en contra de las resoluciones de 19 y 26 de noviembre de 2016, dictadas por el Consejo De Gobierno de la Comunidad Autónoma Ancestral Añi Dureno, en relación a la denuncia y sanción colectivamente del señor Abdón Yumbo, mediante la cual se le quita el derecho de miembro de la comunidad por el lapso de seis meses, y multa*; 19 de diciembre.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2018). *Sentencia en contra de decisión de la justicia indígena dictada por las autoridades de la comunidad indígena de Bucashi Tun Tun, presentada por Luis Amable Gualan Andrade miembro del Pueblo Kichwa Saraguro en relación a la negativa de su petición de nulidad de la decisión que lesiona sus derechos de propiedad ancestrales del terreno de Condorpeña*; 24 de marzo.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. (2018). *Sentencias sobre el acta de ejecución de justicia indígena en relación con el conflicto de linderos de tierras entre las propiedades de Miguel Ayala, Manuel Cuchipe Y Cooperativa La Quesera, con la propiedad de la señora María Cristina Armas, juicio nro. 0215-2014, 0169-2015*; 13 de marzo del 2018.

SITIOS WEB

ANDREU, F. y COURTIS, C. (2008) *Comentario sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad*. Buenos Aires. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf>

DEL ARENAL, C. (2007). *Democracia y Derechos Humanos en las Relaciones Unión Europea – América Latina*. Revista Electrónica Iberoamericana. N° 1. Madrid. Centro de Estudios de Iberoamérica. Disponible en. http://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/REIB_vol_1_2007_1_completo.pdf

FENOCIN. II. (2018) *Cumbre Regional de Medicinas Ancestrales 21 y 22 de septiembre 2017 Yachay - Ecuador*. Obtenido de <http://www.fenocin.org/interculturalidad/>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, (2006). *La Población indígena del Ecuador. Análisis de estadísticas socio-demográficas*. Obtenido de: http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Bibliotecas/Estudios/Estudios_Socio-demograficos/Poblacion_Indigena_del_Ecuador.pdf

NACIONES UNIDAS, COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (2018) *Los pueblos indígenas en América Latina*. Obtenido de: <https://www.cepal.org/es/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina>.

NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS OFICINA DEL ALTO COMISIONADO. (2007) *Pueblos indígenas*. Obtenido de: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/Pages/IndigenousPeoplesIndex.aspx>.

SECRETARÍA PERMANENTE CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. *Historia*. (1990). Obtenido de: <http://www.cumbrejudicial.org/institucional/historia>.

SIMON, K. (2009) *Visión de los vencedores en la América Colonial, imaginario y discurso colonial desde el texto colombino*. Obtenido de: http://www.academia.edu/9575620/Visi%C3%B3n_de_los_vencedores_en_la_Am%C3%A9rica_Colonial._Imaginario_y_discurso_colonial_desde_el_texto_colombino.

TERRITORIO INDÍGENA Y GOBERNANZA. (2013) *Justicia indígena*.

Obtenido de: <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/justiciaindigena.html>

ANEXOS

1. Anexo I: Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional

Marco jurídico internacional relativo a los pueblos indígenas		
Año	Título	Descripción
CONVENIOS		
1957	Convenio 107 de la OIT.	Primer Convenio internacional sobre el tema. Este fue el primer intento para codificar obligaciones internacionales de los Estados con respecto a los pueblos tribales e indígenas. El Convenio define los pueblos indígenas como grupos humanos diferenciados y hace hincapié en la necesidad de mejorar las condiciones de vida y trabajo a las que están expuestos.
1989	Convenio 169 de la OIT.	Sucesor del Convenio 107. Constituye un instrumento jurídico internacional actualizado y más exhaustivo que define los derechos de los pueblos indígenas y los principios a los que los Estados, organizaciones multilaterales y otros agentes deberían atenerse.
1992	El Programa 21 y la Declaración de Río (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo).	Estos instrumentos reconocen a los pueblos indígenas como “grupo principal” y declara que los esfuerzos para aplicar un desarrollo sostenible deberían reconocer, promover y fortalecer el papel de los pueblos indígenas y sus comunidades, y darle cabida.
1993	Convenio sobre la Diversidad Biológica, Art. 8 inciso j) y Art. 10 inciso c). (Conferencia de	El Art. 8 inciso j) del Convenio reconoce la importante contribución de los pueblos indígenas a la conservación del medio ambiente. El Convenio insta a las Partes Contratantes a respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales, y promueve el reparto

Marco jurídico internacional relativo a los pueblos indígenas		
Año	Título	Descripción
	las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo).	equitativo de los beneficios derivados de su utilización. El Art. 10 inciso c) insta a las Partes Contratantes a proteger y alentar la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible.
1994	Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación.	En los Art. 16 inciso g) y Art.17 inciso c), la Convención exige la protección de los conocimientos, técnicas y prácticas tradicionales indígenas.
DECLARACIONES		
1992	Declaración de Cancún/ Conferencia Internacional sobre la Pesca Responsable.	El Art. 9 de la Declaración de Cancún declara que: “...los Estados deben tomar medidas que aseguren el respeto de los intereses de los <i>pescadores</i> artesanales e <i>indígenas</i> de pequeña escala”.
1993	Declaración y Programa de Acción de Viena/ Conferencia Mundial de Derechos Humanos.	Esta Conferencia supuso un avance histórico en el fomento y laprotección de los derechos de grupos frecuentemente marginados, incluyendo pueblos indígenas, mujeres y niños. Mediante la Declaración de Viena, la Conferencia reafirmó: “...la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y al pluralismo de la sociedad y reitera firmemente la determinación de la comunidad

Marco jurídico internacional relativo a los pueblos indígenas		
Año	Título	Descripción
		internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural y el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible”. Asimismo, la Conferencia exigió la creación de un Foro Permanente.
2002	Declaración de Atilán.	La Declaración hace hincapié en la importancia que tienen para los pueblos indígenas los derechos a la tierra, los recursos naturales y la libre determinación para la plena realización de la seguridad alimentaria y la soberanía alimentaria.
2007	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.	Tras 20 años de negociación, la Declaración estableció una norma esencial para eliminar las violaciones de derechos humanos cometidas contra los pueblos indígenas en todo el mundo, para combatir la discriminación y la marginación, y para defender la protección de medios de subsistencia indígenas. La Declaración hace hincapié en los derechos de los pueblos indígenas a perseguir el desarrollo de acuerdo con sus propias necesidades y aspiraciones, incluyendo el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones, culturas y tradiciones.
2009	Declaración de Anchorage.	En el Art. 9 de la Declaración, se insta a los organismos de las Naciones Unidas a atender a los impactos del cambio climático en sus estrategias y planes de acción, en particular los impactos a los pueblos indígenas. En particular, la Declaración llama a la FAO, así como a otras instituciones relevantes a establecer un grupo de trabajo de pueblos indígenas para hacer frente a los impactos del cambio climático sobre la seguridad y soberanía alimenticia de los pueblos indígenas.

Marco jurídico internacional relativo a los pueblos indígenas		
Año	Título	Descripción
2016	Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.	<p>En este instrumento internacional se reconocen los siguientes parámetros:</p> <p>La organización colectiva y el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos originarios.</p> <p>La autoidentificación de las personas que se consideren indígenas.</p> <p>Una protección especial de los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tal es el caso de algunas comunidades amazónicas, característica que distingue a este instrumento internacional de otras iniciativas que han sido adoptadas en esta materia.</p> <p>Como parte del contenido de la Declaración se destaca la prioridad que significa para la OEA avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas en territorio americano.</p>
Mecanismos internacionales que abordan de forma específica los pueblos indígenas y sus derechos		
Año	Mecanismo	Descripción
1982	Grupo de Trabajo sobre los Pueblos Indígenas de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para la reparación	<p>Creado como un órgano subsidiario de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (conocida actualmente como la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos).</p> <p>Su propósito fue facilitar el diálogo, estudiar los avances relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y seguir con atención la evolución de las normas internacionales en este ámbito.</p>

Marco jurídico internacional relativo a los pueblos indígenas		
Año	Título	Descripción
	de una Convención Internacional sobre Pueblos Indígenas.	
1987	Informe Cobo: Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas.	Conocido estudio encargado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, elaborado por el Relator Especial José Martínez Cobo. El informe abordó un conjunto amplio de cuestiones de derechos humanos que afectan a pueblos indígenas, y constituyó un importante catalizador de la actividad de las Naciones Unidas relativa a la protección de los derechos de los pueblos indígenas.
1995-2004	Primer Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo.	Proclamado por la Asamblea General en diciembre de 1993, su principal objetivo es reforzar la cooperación internacional para resolver problemas afrontados por los pueblos indígenas en áreas como los derechos humanos, el medio ambiente, el desarrollo, la educación y la salud.
2000	Creación del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas.	Integra formalmente a los pueblos indígenas y sus representantes en la estructura de las Naciones Unidas. El Foro colocó por vez primera en igualdad de condiciones a agentes gubernamentales y no gubernamentales en un órgano representativo permanente de las Naciones Unidas. Su mandato es debatir y ofrecer recomendaciones sobre problemas de los pueblos indígenas relacionados con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente la

Marco jurídico internacional relativo a los pueblos indígenas		
Año	Título	Descripción
		educación, salud y los derechos humanos.
2001	Designación del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas (Comisión de Derechos Humanos).	Como consecuencia de una decisión del Consejo de Derechos Humanos, en 2001 se nombró un Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas.
2002	Primera reunión anual del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas	La primera reunión anual tuvo lugar en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, del 13 al 14 de mayo de 2002. La primera reunión juntó a líderes indígenas con la sociedad civil de todas las partes del mundo.
2005-2010	Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo	El Segundo Decenio pretende seguir reforzando la cooperación internacional para resolver problemas afrontados por pueblos indígenas.
2006	Creación del Grupo Interinstitucional de Apoyo sobre Cuestiones	Creado para apoyar y promover el mandato del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, en el marco del sistema de las Naciones Unidas. Su mandato fue ampliado posteriormente para incluir el apoyo a mandatos relacionados con cuestiones sobre pueblos indígenas en todo el sistema

Marco jurídico internacional relativo a los pueblos indígenas		
Año	Título	Descripción
	Indígenas	intergubernamental.
2008	Primera sesión del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	Integrado por cinco expertos, el mecanismo ofrece conocimientos temáticos sobre los derechos de los pueblos indígenas al Consejo de Derechos Humanos.

Fuente Elaborado por el autor

2. Anexo II: Estadística de la Población Indígena en la región Latinoamericana.

País	Población no indígena	Población indígena	Total de habitantes	Porcentaje de la población indígena
Brasil	189 898 247	821 501	190 719 748	0.43%
Colombia	39 214 785	1 392 623	40 607 408	3.48%
Costa rica	4 197 569	104 143	4 301 712	2.42%
Ecuador	13 465 323	1 018 176	14 483 499	7.03%
México	94 083 402	16 933 283	111 016 685	15.25%
Nicaragua	4 668 146	311 704	4 979 850	6.26%
Panamá	2 988 254	417 559	3 405 813	12.3%
Perú	20 564 285	6 489 109	27 053 394	24%
Uruguay	3 175 202	76 452	3 251 654	2.35%
Venezuela	26 325 411	724 592	27 050 003	2.75%
Bolivia	7 220 662	2 806 592	10 027 254	28%

Fuente: Elaborado por el autor

3. Anexo III: Pueblos y Nacionalidades Indígenas del Ecuador

No.	NACIONALIDAD	PUEBLO	IDIOMA	PROVINCIA
1	Chachi		Cha'palaachi	Esmeraldas
2	Tsachila		Tsafique	Santo Domingo de los Tsachilla
3	Awa		Awapit	Esmeraldas, Carchi e Imbabura
4	Epera		Siapedé	Esmeraldas
5	Kichwa	Kichwa Costa	Kichwa	Guayas, El Oro, Galápagos
6		Manta	Castellano	Manabí
7		Wancawilka	Castellano	Guayas
8		Afro-esmeraldeño	Castellano	Esmeraldas, Guayas, El Oro
	Kichwa		Kichwa (Runashimi)	9 provincias de la Sierra
9		Pastos	Kichwa (Runashimi)	Carchi
10		Karanki	Kichwa (Runashimi)	Imbabura
11		Otawalo	Kichwa (Runashimi)	Imbabura
12		Natabuela	Kichwa (Runashimi)	Imbabura
13		Kayambi	Kichwa (Runashimi)	Pichincha, Imbabura y Napo
14		Kitu Kara	Kichwa (Runashimi)	Pichincha
15		Panzaleo	Kichwa (Runashimi)	Cotopaxi
16		Chibuleo	Kichwa (Runashimi)	Tungurahua
17		Salasaka	Kichwa (Runashimi)	Tungurahua
18		Tomabela	Kichwa (Runashimi)	Tungurahua
19		Kisapincha	Kichwa (Runashimi)	Tungurahua
20		Waranka	Kichwa (Runashimi)	Bolívar
21		Puruhá	Kichwa (Runashimi)	Chimborazo
22		Kañari	Kichwa (Runashimi)	Cañar y Azuay
23		Saraguro	Kichwa (Runashimi)	Loja y Zamora Chinchipe
24		Paltas	Kichwa	Loja

No.	NACIONALIDAD	PUEBLO	IDIOMA	PROVINCIA
			(Runashimi)	
	Kichwa	Kichwa Amazónico	Kichwa (Runashimi)	Napo, Pastaza, Orellana y Sucumbíos
25	Siona		Paicoca	Sucumbíos
26	Secoya		Paicoca	Sucumbíos
27	Wao (Huaorani)		Waotededo (waotiro)	Pastaza y Orellana
28	Sápara		Sápara	Pastaza
29	Andoa		Andoa	Pastaza
30	Shiwiar		Shiwiar Chicham	Pastaza
31	Achuar		Achuar Chicham	Pastaza y Morona Santiago
32	Shuar		Shuar Chicham	Morona Santiago, Zamora, Pastaza, Sucumbíos, Napo y Guayas

Fuente: Elaborado por el autor

4. Anexo IV: Convenio Nro. 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 Ratificado por el Ecuador el 15 de mayo de 1998

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

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

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto

Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

Parte I. Política general

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término «pueblos» en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad 2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

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

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos 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. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Parte II. Tierras

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, 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.

2. La utilización del 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 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir la causa que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;

b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

Parte III. Contratación y condiciones de empleo.

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

a) acceso al empleo, incluidos los empleo calificados y las medidas de promoción y de ascenso;

b) remuneración igual por trabajo de igual valor;

c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;

d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos y derechos a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

a) Los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;

b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;

d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección de trabajo en las regiones donde ejerzan actividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

Parte IV. Formación profesional, artesanía e industrias rurales

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores

importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

Parte V. Seguridad social y salud

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, mantenimiento al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Parte VI. Educación y medios de comunicación

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe el trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

Parte VII. Contactos y cooperación a través de las fronteras

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y

tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente.

Parte VIII. Administración

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

- a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;
- b) la proposición de medidas legislativas y de otras índoles a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

Parte IX. Disposiciones generales

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

Parte X. Disposiciones finales

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado al Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante, las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este convenio son igualmente auténticas.

5. Anexo V: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre del 2007

La Asamblea General, Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta,

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Consciente de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Consciente también de la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía según las regiones y los países y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (4) y la normativa internacional de los derechos humanos.

Artículo 2

Los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3

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

Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5

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.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.

2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura.

2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;

b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;

c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;

d) Toda forma de asimilación o integración forzada;

e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9

Los pueblos y las personas 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. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.

Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los

pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11

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

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

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar 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.

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.
2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.
3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación pública y los medios de información públicos.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los

medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.
2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos.
3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

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

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus

propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 22

1. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas en la aplicación de la presente Declaración.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.

2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos

aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se

haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho 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 derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos a través de las fronteras.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38

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

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40

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

Artículo 41

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los

Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

Artículo 43

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44

Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 45

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.

Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo.

A/CONF.157/ 24 (Part I), cap. III.

Resolución 217 A (III).

6. Anexo VI: Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016.

AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)

(Aprobada en la segunda sesión plenaria,

celebrada el 14 de junio de 2016)

LA ASAMBLEA GENERAL,

RECORDANDO el contenido de la resolución AG/RES. 2867 (XLIV-O/14), “Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”, así como todas las resoluciones anteriores relativas a este tema;

RECORDANDO igualmente la “Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las Américas”, documento AG/DEC. 79 (XLIV-O/14), que reafirma como una prioridad de la Organización de los Estados Americanos avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas;

RECONOCIENDO el valioso apoyo al proceso en el seno del “Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” por parte de los Estados Miembros, los Estados Observadores, los órganos, organismos y entidades de la Organización de los Estados Americanos;

RECONOCIENDO también la importante participación de los pueblos indígenas de las Américas en el proceso de elaboración de esta Declaración

TENIENDO EN CUENTA el significativo aporte de los pueblos indígenas de las Américas para la humanidad,

RESUELVE:

Aprobar la siguiente Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas:⁴⁹¹

⁴⁹¹ Estados Unidos desea reiterar su compromiso para atender los apremiantes problemas que atañen a los pueblos indígenas en el continente, incluido el combate a la discriminación social de que son objeto, ...

**DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS
PREÁMBULO**

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante los Estados)

RECONOCIENDO:

Que los derechos de los pueblos indígenas constituyen un aspecto fundamental y de trascendencia histórica para el presente y el futuro de las Américas;

La importante presencia de pueblos indígenas en las Américas, y su inmensa contribución al desarrollo, pluralidad y diversidad cultural de nuestras sociedades y reiterando nuestro compromiso con su bienestar económico y social, así como la obligación a respetar sus derechos y su identidad cultural; y

La importancia que tiene para la humanidad la existencia de los pueblos y las culturas indígenas de las Américas;

REAFIRMANDO que los pueblos indígenas son sociedades originarias, diversas y con identidad propia que forman parte integral de las Américas;

PREOCUPADOS por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses;

RECONOCIENDO la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos;

Canadá reitera su compromiso con una renovada relación con sus pueblos indígenas fundamentada en el reconocimiento de derechos, el respeto, la cooperación y la colaboración. Canadá está ahora ...

RECONOCIENDO ASIMISMO que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente;

TENIENDO PRESENTE los avances logrados en el ámbito internacional en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y en particular, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;

TENIENDO PRESENTE TAMBIÉN los progresos nacionales constitucionales, legislativos y jurisprudenciales alcanzados en las Américas para garantizar, promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas, así como la voluntad política de los Estados de seguir avanzando en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas;

RECORDANDO los compromisos asumidos por los Estados miembros para garantizar, promover y proteger los derechos e instituciones de los pueblos indígenas, incluyendo aquellos asumidos en la Tercera y Cuarta Cumbre de las Américas;

RECORDANDO ADEMÁS la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional.

CONVENCIDO que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe;

CONSIDERANDO la importancia de eliminar todas las formas de discriminación que puedan afectar a los pueblos indígenas y teniendo en cuenta la responsabilidad de los Estados para combatirlas;

ALENTANDO a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados;

DECLARAN:

SECCIÓN PRIMERA: Pueblos Indígenas. Ámbito de aplicación y alcances

Artículo I.

1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas.

2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.

Artículo II.

Los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades.

Artículo III.

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 IV.

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

SECCIÓN SEGUNDA: Derechos Humanos y Derechos Colectivos

Artículo V. Plena vigencia de los derechos humanos

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Artículo VI. Derechos colectivos

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicas, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

Artículo VII. Igualdad de género

1. Las mujeres indígenas tienen el derecho al reconocimiento, protección y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el derecho internacional, libres de todas las formas de discriminación.
2. Los Estados reconocen que la violencia contra las personas y los pueblos indígenas, particularmente las mujeres, impide o anula el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.
3. Los Estados adoptarán las medidas necesarias, en conjunto con los pueblos indígenas, para prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación, en particular contra las mujeres, las niñas y los niños indígenas.

Artículo VIII. Derecho a pertenecer a pueblos indígenas

Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Artículo IX. Personalidad jurídica

Los Estados reconocerán plenamente 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 X. Rechazo a la asimilación

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación.
2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas.

Artículo XI. Protección contra el genocidio

Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio.

Artículo XII. Garantías contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia

Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia ni otras formas conexas de intolerancia. Los Estados adoptarán las medidas preventivas y correctivas necesarias para la plena y efectiva protección de este derecho.

SECCIÓN TERCERA: Identidad cultural

Artículo XIII. Derecho a la identidad e integridad cultural

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras.
2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan

sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.

Artículo XIV. Sistemas de conocimientos, lenguaje y comunicación

1. Los pueblos indígenas tienen el derecho a preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir a generaciones futuras sus propias historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura; y a designar y mantener sus propios nombres para sus comunidades, individuos y lugares.

2. Los Estados deberán adoptar medidas adecuadas y eficaces para proteger el ejercicio de este derecho con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas.

3. Los pueblos indígenas, tienen derecho a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, incluidos sus propios programas de radio y televisión, y acceder en pie de igualdad a todos los demás medios de comunicación e información. Los Estados tomarán medidas para promover la transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena, particularmente en regiones de presencia indígena. Los Estados apoyarán y facilitarán la creación de radioemisoras y televisoras indígenas, así como otros medios de información y comunicación.

4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, realizarán esfuerzos para que dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en sus propias lenguas en procesos administrativos, políticos y judiciales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Artículo XV. Educación

1. Los pueblos y personas indígenas, en particular los niños y niñas indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación, sin discriminación.

2. Los Estados y los pueblos indígenas, en concordancia con el principio de igualdad de oportunidades, promoverán la reducción de las disparidades en la educación entre los pueblos indígenas y los no indígenas.
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje
4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular los niños y niñas, que viven fuera de sus comunidades puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas.
5. Los Estados promoverán relaciones interculturales armónicas, asegurando en los sistemas educativos estatales currícula con contenidos que reflejen la naturaleza pluricultural y multilingüe de sus sociedades y que impulsen el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, impulsarán la educación intercultural que refleje las cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida de dichos pueblos.
6. Los Estados, conjuntamente con los pueblos indígenas, deberán tomar medidas necesarias y eficaces para el ejercicio y cumplimiento de estos derechos.

Artículo XVI. Espiritualidad indígena

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer libremente su propia espiritualidad y creencias y, en virtud de ello, a practicar, desarrollar, transmitir y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias, y a realizarlas tanto en público como en privado, individual y colectivamente.
2. Ningún pueblo o persona indígena deberá ser sujeto a presiones o imposiciones, o a cualquier otro tipo de medidas coercitivas que afecten o limiten su derecho a ejercer libremente su espiritualidad y creencias indígenas.
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, proteger y acceder a sus sitios sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, a usar y controlar sus reliquias y objetos sagrados y a recuperar sus restos humanos.

4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para promover el respeto a la espiritualidad y creencias indígenas y, proteger la integridad de los símbolos, prácticas, ceremonias, expresiones y formas espirituales de los pueblos indígenas, de conformidad con el derecho internacional.

Artículo XVII. Familia indígena

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y protegerán las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional.

2. En asuntos relativos a la custodia, adopción, ruptura del vínculo familia, y en asuntos similares, el interés superior del niño deberá ser de consideración primaria. En la determinación del interés superior del niño, las cortes y otras instituciones relevantes deberán tener presente el derecho de todo niño indígena, en común con miembros de su pueblo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y a practicar su propia religión o a hablar su propia lengua, y en ese sentido, deberá considerarse el derecho indígena del pueblo correspondiente, y su punto de vista, derechos e intereses, incluyendo las posiciones de los individuos, la familia, y la comunidad.

Artículo XVIII. Salud

1. Los pueblos indígenas tienen derecho en forma colectiva e individual al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud, así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales.

3. Los Estados tomarán medidas para prevenir y prohibir que los pueblos y las personas indígenas sean objeto de programas de investigación, experimentación biológica o médica, así como la esterilización sin su consentimiento previo libre e informado. Asimismo, los pueblos y las personas indígenas tienen derecho, según sea el caso, al

acceso a sus propios datos, expedientes médicos y documentos de investigación conducidos por personas e instituciones públicas o privadas.

4. Los pueblos indígenas tienen derecho a utilizar, sin discriminación alguna, todas las instituciones y servicios de salud y atención médica accesibles a la población en general. Los Estados en consulta y coordinación con los pueblos indígenas promoverán sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarios que se provean en las comunidades indígenas, incluyendo la formación de técnicos y profesionales indígenas de salud.

5. Los Estados garantizarán el ejercicio efectivo de los derechos contenidos en este artículo.

Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.

3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas

4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

SECCIÓN CUARTA: Derechos Organizativos y Políticos

Artículo XX. Derechos de asociación, reunión, libertad de expresión y pensamiento

1. Los pueblos indígenas tienen los derechos de asociación, reunión, organización y expresión, y a ejercerlos sin interferencias y de acuerdo a su cosmovisión, inter alia, sus

valores, sus usos, sus costumbres, sus tradiciones ancestrales, sus creencias, su espiritualidad y otras prácticas culturales.

2. Los pueblos indígenas tienen el derecho a reunirse en sus sitios y espacios sagrados y ceremoniales. Para tal fin, tendrán libre acceso, y uso de los mismos.

3. Los pueblos indígenas, en particular aquellos que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a transitar, mantener, desarrollar contactos, relaciones y cooperación directa, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus miembros y con otros pueblos.

4. Los Estados adoptarán, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, medidas efectivas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de estos derechos.

Artículo XXI. Derecho a la autonomía o al autogobierno

1. 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.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes.

Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena

1. Los pueblos indígenas tienen derecho 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 derechos humanos.

2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.

3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.

4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.

Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, 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.

2. 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.⁴⁹²

Artículo XXIV. Tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento, observancia y aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados, y sus sucesores, de conformidad con su verdadero espíritu e intención, de buena fe y hacer que los mismos sean respetados y acatados por los Estados. Los Estados darán debida consideración al entendimiento que los pueblos indígenas han otorgado a los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Cuando las controversias no puedan ser resueltas entre las partes en relación a dichos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, estas serán sometidas a los órganos

⁴⁹² El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXIII, numeral 2, de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, que se refiere a las consultas ...

competentes, incluidos los órganos regionales e internacionales, por los Estados o Pueblos Indígenas interesados.

3. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

SECCIÓN QUINTA: Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad

Artículo XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras, territorios y recursos

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.
2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

Artículo XXVII. Derechos laborales

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen los derechos y las garantías reconocidas por la ley laboral nacional y la ley laboral internacional. Los Estados adoptarán todas las medidas especiales para prevenir, sancionar y reparar la discriminación de que sean objeto los pueblos y las personas indígenas.
2. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, deberán adoptar medidas inmediatas y eficaces para eliminar prácticas laborales de explotación con respecto a los pueblos indígenas, en particular, las niñas, los niños, las mujeres y los ancianos indígenas.
3. En caso que los pueblos indígenas no estén protegidos eficazmente por las leyes aplicables a los trabajadores en general, los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, tomarán todas las medidas que puedan ser necesarias a fin de:
 - a. proteger a trabajadores y empleados indígenas en materia de contratación bajo condiciones de empleo justas e igualitarias, tanto en los sistemas de trabajo formales como informales;
 - b. establecer, aplicar o mejorar la inspección del trabajo y la aplicación de normas con particular atención, inter alia, a regiones, empresas o actividades laborales en las que tomen parte trabajadores o empleados indígenas;
 - c. establecer, aplicar, o hacer cumplir las leyes de manera que tanto trabajadoras y trabajadores indígenas:
 - i. gocen de igualdad de oportunidades y de trato en todos los términos, condiciones y beneficios de empleo, incluyendo formación y capacitación, bajo la legislación nacional y el derecho internacional;

ii. gocen del derecho de asociación, del derecho a establecer organizaciones sindicales y a participar en actividades sindicales y el derecho a negociar en forma colectiva con empleadores a través de representantes de su elección u organizaciones de trabajadores, incluidas sus autoridades tradicionales;

iii. a que no estén sujetos a discriminación o acoso por razones de, inter alia, raza, sexo, origen o identidad indígena;

iv. a que no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas la servidumbre por deudas o toda otra forma de trabajo forzado u obligatorio, así tenga este arreglo laboral su origen en la ley, en la costumbre o en un arreglo individual o colectivo, en cuyo caso el arreglo laboral será absolutamente nulo y sin valor;

v. a que no estén forzados a condiciones de trabajo peligrosas para su salud y seguridad personal; y que estén protegidos de trabajos que no cumplen con las normas de salud ocupacional y de seguridad; y

vi. a que reciban protección legal plena y efectiva, sin discriminación, cuando presten sus servicios como trabajadores estacionales, eventuales o migrantes, así como cuando estén contratados por empleadores de manera que reciban los beneficios de la legislación y la práctica nacionales, los que deben ser acordes con el derecho y las normas internacionales de derechos humanos para esta categoría de trabajadores;

d. asegurar que los trabajadores indígenas y sus empleadores estén informados acerca de los derechos de los trabajadores indígenas según las normas nacionales y el derecho internacional y normas indígenas, y de los recursos y acciones de que dispongan para proteger esos derechos.

4. Los Estados adoptarán medidas para promover el empleo de las personas indígenas.

Artículo XXVIII. Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación.

2. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, inter alia, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna.

3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas.

Artículo XXIX. Derecho al desarrollo

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión. Asimismo, tienen el derecho a que se les garantice el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas.

2. Este derecho incluye la elaboración de las políticas, planes, programas y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo y la implementación de acuerdo a su organización política y social, normas y procedimientos, sus propias cosmovisiones e instituciones.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de desarrollo que les conciernan y, en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

4. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus

tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.⁴⁹³

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho a medidas eficaces para mitigar los impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales por la ejecución de los proyectos de desarrollo que afecten sus derechos. Los pueblos indígenas que han sido desposeídos de sus propios medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a la restitución y, cuando no sea posible, a la indemnización justa y equitativa. Esto incluye el derecho a la compensación por cualquier perjuicio que se les haya causado por la ejecución de planes, programas o proyectos del Estado, de organismos financieros internacionales o de empresas privadas.

Artículo XXX. Derecho a la paz, a la seguridad y a la protección

1. Los pueblos indígenas tienen el derecho a la paz y a la seguridad.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y respeto de sus propias instituciones para el mantenimiento de su organización y control de sus comunidades y pueblos
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a protección y seguridad en situaciones o períodos de conflicto armado interno o internacional conforme al derecho internacional humanitario.
4. Los Estados, en cumplimiento de los acuerdos internacionales de los cuales son parte, en particular el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos incluyendo el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en caso de conflictos armados tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades. Asimismo, los Estados:

⁴⁹³ El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXIX, numeral 4 de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, que se refiere a las consultas para obtener ...

- a. No reclutarán a niños, niñas y adolescentes indígenas en las fuerzas armadas en ninguna circunstancia;
 - b. Tomarán medidas de reparación efectiva y proporcionarán los recursos necesarios para las mismas, conjuntamente con los pueblos indígenas afectados, por los perjuicios o daños ocasionados por un conflicto armado.
 - c. Tomarán medidas especiales y efectivas En colaboración con los pueblos indígenas para garantizar que las mujeres, niños y niñas indígenas vivan libres de toda forma de violencia, especialmente sexual y garantizarán el derecho de acceso a la justicia, la protección y reparación efectiva de los daños causados a las víctimas.
5. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.⁴⁹⁴

SECCIÓN SEXTA: Provisiones generales

Artículo XXXI

1. Los Estados garantizarán el pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales de los pueblos indígenas, así como su derecho a mantener su identidad cultural, espiritual y tradición religiosa, cosmovisión, valores y a la protección de sus lugares sagrados y de culto y de todos los derechos humanos contenidos en la presente Declaración.
2. Los Estados promoverán, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, la adopción de las medidas legislativas y de otra índole, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Declaración.

Artículo XXXII

Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizarán por igual a las mujeres y los hombres indígenas.

⁴⁹⁴ El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXX, numeral 5 de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, considerando que conforme al mandato contenido...

Artículo XXXIII

Los pueblos y personas indígenas tienen derecho a recursos efectivos e idóneos, incluyendo los recursos judiciales expeditos, para la reparación de toda violación de sus derechos colectivos e individuales. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, proveerán los mecanismos necesarios para el ejercicio de este derecho.

Artículo XXXIV

En caso de conflictos y controversias con los pueblos indígenas, los Estados proveerán, con la participación plena y efectiva de dichos pueblos, mecanismos y procedimientos justos, equitativos y eficaces para la pronta resolución de los mismos. A estos fines, se dará la debida consideración y el reconocimiento a las costumbres, las tradiciones, las normas o los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados.

Artículo XXXV

Nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna los derechos humanos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos.

Artículo XXXVI

En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.

Artículo XXXVII

Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente declaración.

Artículo XXXVIII

La Organización de los Estados Americanos, sus órganos, organismos y entidades tomarán las medidas necesarias para promover el pleno respeto, la protección y la aplicación de las disposiciones contenidas en esta Declaración y velarán por su eficacia.

Artículo XXXIX

La naturaleza y el alcance de las medidas que deberán ser tomadas para dar cumplimiento a la presente Declaración, serán determinadas de acuerdo con el espíritu y propósito de la misma.

Artículo XL

Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe los derechos que los pueblos indígenas gozan en la actualidad o que puedan adquirir en el futuro.

Artículo XLI

Los derechos reconocidos en esta Declaración y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas.

NOTA DE PIE DE PÁGINA

1. ...el incremento de su participación en los procesos políticos nacionales, la falta de infraestructura y las malas condiciones de vida imperantes en sus comunidades, el combate a la violencia contra las mujeres y niñas indígenas, la promoción de la repatriación de restos ancestrales y objetos ceremoniales, así como la colaboración en áreas relativas a los derechos territoriales y gobierno autónomo, entre otros. Las muchas iniciativas en curso con respecto a estos temas constituyen posibles oportunidades para atender algunas de las consecuencias de acciones pasadas. No obstante, Estados Unidos

ha expresado de manera persistente sus objeciones al texto de esta Declaración Americana, que en sí mismo no es vinculante y, por lo tanto, no da lugar a una nueva legislación y tampoco constituye una declaración de obligaciones para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos en virtud de un tratado o el derecho internacional consuetudinario.

Estados Unidos reitera su creencia, expresada ya desde hace mucho tiempo, de que la Organización de los Estados Americanos y sus Estados Miembros deberían seguir concentrándose en la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de las Naciones Unidas). Los Estados Miembros de la OEA se unieron a los Estados Miembros de las Naciones Unidas al renovar sus compromisos políticos con respecto a la mencionada declaración en la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas en septiembre de 2014. Las importantes y ambiciosas iniciativas en curso en el ámbito internacional para cumplir los correspondientes compromisos contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas y en el documento final de la conferencia son en consecuencia el centro de atención y recursos de los Estados, los pueblos indígenas, la sociedad civil y las organizaciones internacionales, incluso de las Américas. En este sentido, Estados Unidos pretende seguir adelante con sus diligentes y proactivos esfuerzos, que ha emprendido en estrecha colaboración con pueblos indígenas en Estados Unidos y con muchos de los Estados Miembros de la OEA, para promover la consecución de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas y el cumplimiento de los compromisos contenidos en el documento final de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Por último, cabe destacar que Estados Unidos reitera su solidaridad con los pueblos indígenas que han manifestado sus inquietudes con respecto a su falta de participación plena y efectiva en estas negociaciones.

2. ...totalmente comprometida –en plena alianza con los pueblos indígenas de Canadá– con la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con su constitución. En virtud de que Canadá no ha participado de manera sustancial en los últimos años en las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por ahora no está en capacidad de adoptar una posición sobre el texto propuesto de esta declaración.

Canadá está empeñado en seguir colaborando con sus contrapartes en la OEA abogando en favor de la causa indígena en las Américas

3. ...para obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Lo anterior, considerando que el ordenamiento jurídico colombiano, define el derecho de consulta previa de estas comunidades, de acuerdo con el Convenio No. 169 de la OIT. Es así que, la Corte Constitucional Colombiana, establece que el proceso de consulta debe llevarse a cabo “con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas”. Es importante aclarar que lo dicho no se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a las medidas que las afecten directamente según el cual no pueden adoptarse sin su consentimiento, significa que, ante el desacuerdo se deben presentar “fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad”.

Asimismo, el Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha establecido que la consulta previa, no implica un derecho a vetar decisiones estatales, sino que es un mecanismo idóneo para que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho a expresarse y a influenciar en el proceso de toma de decisiones.

4. ... el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos.

Lo anterior, considerando que a pesar de que el Estado colombiano ha incorporado a su ordenamiento jurídico una amplia gama de derechos dirigidos a reconocer, garantizar y hacer exigibles los derechos y principios constitucionales de pluralismo y diversidad étnica y cultural de la nación, bajo el marco de la Constitución Política, el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, está regulado por disposiciones legales y administrativas, en armonía con los fines del Estado, y con principios como la función social y ecológica de la propiedad, y la propiedad estatal del subsuelo y los recursos naturales no renovables.

En este entendido, en estos territorios los pueblos indígenas ejercen su propia organización política, social y judicial. Por mandato constitucional, sus autoridades se

reconocen como autoridades estatales públicas de carácter especial y, en materia judicial, se reconoce la jurisdicción especial indígena, avance notable en relación con otros países de la región.

En el contexto internacional, Colombia ha sido un país líder en la aplicación de las disposiciones sobre consulta previa del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del que es parte nuestro Estado.

Entendiendo que el enfoque de esta Declaración Americana, frente al consentimiento previo es distinto y podría equivaler a un posible veto en la explotación de recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, en ausencia de un acuerdo, lo que podría frenar procesos que son de interés general, el contenido de este artículo resulta inaceptable para Colombia.

Adicionalmente, es importante destacar que muchos Estados, incluido Colombia, consagran constitucionalmente que el subsuelo y los recursos naturales no renovables, son propiedad del Estado para conservar y garantizar su utilidad pública en beneficio de toda la nación. Por esta razón, las disposiciones contenidas en este artículo son contrarias al orden jurídico interno de Colombia, sustentado en el interés nacional.

5. ...en la Constitución Política de Colombia, la Fuerza Pública está en la obligación de hacer presencia en cualquier lugar del territorio nacional para brindar y garantizar a todos los habitantes la protección y respeto de su vida, honra y bienes, tanto individuales como colectivos. La protección de los derechos de las comunidades indígenas y su integridad dependen en gran medida de la seguridad de sus territorios.

Así las cosas, en Colombia se han expedido instrucciones a la Fuerza Pública para dar cumplimiento a la obligación de protección de los pueblos indígenas. En ese sentido, la citada disposición de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, contraría el principio de Necesidad y Eficacia de la Fuerza Pública, impidiendo el cumplimiento de su misión institucional, lo que hace que resulte inaceptable para Colombia.

ANEXO I
NOTAS DE INTERPRETACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE COLOMBIA
NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 1
DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO VIII DE
LA DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA OEA.

En relación con el Artículo VIII, sobre el Derecho a pertenecer a pueblos Indígenas, Colombia declara expresamente que el derecho a pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, se regirá por la Autonomía de cada pueblo indígena.

Lo anterior en razón al Artículo 8, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT: “Dichos 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. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Es importante precisar, que en la situación en que una persona comparta distintos orígenes indígenas, es decir, cuando su madre es perteneciente a una etnia y su padre a otra (por dar un ejemplo), solamente podrá definirse la pertenencia a uno u otro de los pueblos indígenas, dependiendo de las tradiciones en contacto. Es decir, para efectos de establecer la pertenencia de un individuo a determinado pueblo indígena, deberá examinarse de manera casuística los patrones culturales que definen las relaciones de parentesco, autoridad y adscripción étnica.

No es lo mismo un caso de contacto entre dos tradiciones matrilineales, que un contacto entre una tradición matrilineal y una patrilineal. De igual manera debería establecerse la jurisdicción dentro de la cual habita el individuo, las obligaciones derivadas del régimen de derechos contenidos dentro del fuero propio, así como el contexto socio geográfico en el que específicamente desarrolla sus actividades cotidianas, culturales y políticas.

A continuación, se transcribe el párrafo al que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO VIII

DERECHO A PERTENECER A PUEBLOS INDÍGENAS

Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 2
DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS XIII,
NUMERAL 2; XVI, NUMERAL 3; XX NUMERAL 2; Y XXXI, NUMERAL 1 DE
LA DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA OEA.

En relación con la noción de lugares y objetos sagrados a los que se refieren los artículos XIII, numeral 2; XVI, numeral 3; XX, numeral 2; y, XXXI, numeral 1 de la Declaración de los Pueblos Indígenas de la OEA, el Estado Colombiano declara expresamente que la definición y regulación de los lugares y objetos sagrados de los pueblos indígenas, se regirá por los desarrollos alcanzados en el plano nacional. Dado que no existe una definición internacionalmente aceptada y que ni el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, hacen referencia a dichos términos o los definen.

A este respecto, Colombia viene avanzando en una regulación sobre el particular que ha contado y continuará contando con la participación de los pueblos indígenas y avanzará en dicho propósito, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano y, cuando corresponda, conforme los instrumentos internacionales aplicables.

A continuación, se transcriben los párrafos a los que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO XIII.

DERECHO A LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD CULTURAL

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

ARTÍCULO XVI.

ESPIRITUALIDAD INDÍGENA

3. “Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, proteger y acceder a sus sitios sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, a usar y controlar sus reliquias y objetos sagrados y a recuperar sus restos humanos.”

ARTÍCULO XX.

DERECHOS DE ASOCIACIÓN, REUNIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PENSAMIENTO

2. “Los pueblos indígenas tienen el derecho a reunirse en sus sitios y espacios sagrados y ceremoniales. Para tal fin, tendrán libre acceso, y uso de los mismos.”

ARTÍCULO XXXI

1. “Los Estados garantizarán el pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales de los pueblos indígenas, así como su derecho a mantener su identidad cultural, espiritual y tradición religiosa, cosmovisión, valores y a la protección de sus lugares sagrados y de culto y de todos los derechos humanos contenidos en la presente Declaración.”

**NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 3
DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACION CON EL ARTÍCULO XIII,
NUMERAL 2 DE LA DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA
OEA.**

El Estado de Colombia, declara expresamente que el derecho de los pueblos indígenas, a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, está sujeto al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la normatividad interna vigente.

A continuación, se transcriben los párrafos a los que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO XIV.

SISTEMAS DE CONOCIMIENTOS, LENGUAJE Y COMUNICACIÓN

3. “Los pueblos indígenas, tienen derecho a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, incluidos sus propios programas de radio y televisión, y acceder en pie de igualdad a todos los demás medios de comunicación e información. Los Estados tomarán medidas para promover la transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena, particularmente en regiones de presencia indígena. Los Estados apoyarán y facilitarán la creación de radioemisoras y televisoras indígenas, así como otros medios de información y comunicación.”