



Pueblos Indígenas, Sociedad y Derecho en América Latina

Katherine Becerra Valdivia
Compiladora



UNIVERSIDAD
DE ATACAMA



REDALC
RED de Derecho América
Latina y el Caribe

Pueblos Indígenas, Sociedad y Derecho en América Latina

Katherine Becerra Valdivia
Compiladora



**UNIVERSIDAD
DE ATACAMA**



REDALC
RED de Derecho América
Latina y el Caribe

Diseño de Portada: Katherine Becerra Valdivia
Directora Equipo Editorial: Taeli Gómez Francisco
Coordinador Editorial: Israel González Marino
Compiladora: Katherine Becerra Valdivia

Sobre la presente edición:
Editorial Universidad de Atacama, 2023

©Leonardo Lavanderos

©Alejandro Malpartida

©Cleyton Cortés Ferreira

©Katherine Becerra Valdivia

©Antonio Yesid Pedroza Estrada

©Martha María Charris Balcázar

©Guillermo Andrés Echavarría

©María José Carpio Fonseca

©Kelly Johana Palacios Palacios

©Lilian Katterine Pinzón Córdoba

©Dudley Duque Sierra

©Pedro Daniel León Estrada

Serie: Grupo de Investigación en Derecho Indígena, REDALC

ISBN: 978-956-7701-10-0

Podrá reproducirse de forma total o parcial, siempre que se haga de forma literal y se mencione la fuente.

Imagen de Portada: https://www.freepik.es/foto-gratis/joyas-hechas-mano-tejidas-hilo-multicolor-generado-ia_43108940.htm#query=Ind%C3%ADgenas&position=16&from_view=search&track=sph en Freepik

Comité Editorial

Dra. Taeli Gómez Francisco

Dra. Carolina Salas Salazar

Dr. Alex Valle Franco

Dr©. Aarón Verona Badajoz

Dra. Katherine Becerra Valdivia

Índice

Presentación	3
Parte Primera: Pueblos Indígenas y Sociedad	6
Vivir Bien, Rescatando el Oikos	7
Los conceptos de epistemología y ontología como nuevos recursos en la politización de lo indígena	32
Una propuesta más allá de los movimientos sociales: el cambio constitucional como facilitador del proceso de incorporación de derechos colectivos indígenas en América Latina	58
Parte Segunda: Pueblos Indígenas y Derecho	96
La jurisdicción indígena en Colombia	97
Autonomía en los pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia: una mirada integral	132
El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su Acogimiento en el Sistema Constitucional Peruano: A Propósito del Derecho Indígena	147

Presentación

Este libro recoge principalmente las ponencias que se realizaron en el I Seminario Permanente del Grupo de Investigación de Derecho Indígena de la Red de Derecho de América Latina y el Caribe (REDALC) denominado “El Rol Político y Jurídico de los Pueblos Indígenas en Perspectiva Comparada” que se llevó a cabo el 10 de noviembre de 2022. Este seminario permanente tiene como eje principal analizar la situación de los pueblos originarios en clave política, explicando su participación como sujetos políticos en los estados y su relación con los gobiernos nacionales, pero también ahondar en cuál ha sido la regulación jurídica de estas relaciones, desde una perspectiva comparada.

Revisar el rol político y jurídico de los pueblos indígenas en América es un tema de total relevancia, toda vez que en los últimos años ha habido un creciente desarrollo de su visibilidad en el espacio público, aun cuando no han tenido los resultados esperados en término de influencia y normativa que hagan efectivas sus demandas. Esta perspectiva permite visualizar cuál ha sido el tránsito en otros países con el objetivo de saber y entender los cambios en los últimos años, quiénes son los principales actores en estas relaciones, cuáles han sido los desafíos para los pueblos originarios y los estados, cuáles son los nudos críticos que existen actualmente, etc.

En ese espíritu, este libro está dividido en dos partes. Una primera denominada, “Pueblos Indígenas y Sociedad”, que cuenta con trabajos en perspectiva interdisciplinaria. El trabajo de Leonardo Lavanderos y Alejandro Malpartida, reflexiona

sobre el oikos y el buen vivir a través de procesos relacionales entre cultura y naturaleza. El artículo de Cleytón Cortés Ferreira, nos invita a revisar nuevas terminologías que comienzan a formar parte del vocabulario político asociado a los pueblos indígenas, especialmente en el proceso constituyente chileno de 2021 y 2022. Este primer capítulo cierra con un artículo de mi autoría que argumenta que los principales factores políticos para incluir derechos colectivos indígenas en los ordenamientos jurídicos internos de los países de la zona andina y del cono sur de América Latina son la combinación de movimientos sociales indígenas fuertes y un alto grado de cambio constitucional.

La segunda parte del libro denominada “Pueblos Indígenas y Derecho” recoge el trabajo de autores de Colombia y Perú. Los autores Antonio Pedroza Estrada, Martha Charris Balcázar y Guillermo Andrés Echavarría analizan la jurisdicción indígena en Colombia. El trabajo de María José Carpio Fonseca, Kelly Palacios Palacios, Lilian Pinzón Córdoba y Dudley Duque Sierra tiene como objetivo profundizar en la manera de utilizar, desarrollar y las formas de actuación que los pueblos indígenas y afrodescendientes tienen frente a la autonomía. Finalmente esta parte cierra con el artículo de Pedro León Estrada, quien analiza el control de convencionalidad y su incorporación en el sistema constitucional peruano a la luz del Derecho Indígena. Todos estos trabajos buscan aportar al debate latinoamericano sobre los Pueblos Indígenas y su rol en nuestras sociedades.

Agradezco el trabajo de autores y autoras, el equipo de REDALC que ha permitido desarrollar el Seminario Permanente, así como esta publicación, y el trabajo del Equipo Editorial formado por destacadas profesoras y profesores de América Latina. Esperamos que esta sea la primera de muchas

contribuciones que podamos realizar como Grupo de Investigación en Derecho Indígena de REDALC.

Dra. Katherine Becerra Valdivia
Compiladora
Julio 2023

Parte Primera: Pueblos Indígenas y Sociedad

Vivir Bien, Rescatando el Oikos

Leonardo Lavanderos¹

Alejandro Malpartida²

Resumen: En este trabajo se discute la configuración comunitaria, en que el individuo debe posicionarse en el arte de la economía, como un proceso relacional cultura naturaleza para lograr una Variedad No Requerida mínima (espectro de desperdicio) dado que no se produce acumulación de valor de cambio. De lo contrario, atentaría contra la concepción del Vivir Bien o Sacha Runa Yachai. Este concepto tiene las características transdisciplinarias y sistémicas. Se introduce el concepto de Ecotomo para homologarlo con el Ayllu (Quechua Aymara) y diseñar este último como sistema cibernético. El objetivo final es recuperar el Oikos que la ecología y la economía en su forma neoliberal (crematística de valor de cambio) han dejado afuera de la relación cultura-naturaleza.

Palabras clave: Viabilidad Ecológica, Ecotomo, Crematística, Ayllu, Cultura-Naturaleza

1. Marco

Una organización, como sistema relacional en la medida que reconoce y reproduce las relaciones que la hacen viable, aun sin considerar su origen ni propósito, es una forma de comunidad que; como tal, define su propia viabilidad y determina las fronteras de la red de relaciones o campo relacional. Al referirnos a fronteras, estamos considerando aquellas relaciones que organizan ese campo a partir de sus procesos de agenciamiento (hacer nuestro) y de pertenencia (ser parte), lo cual constituye su territorialidad. Lo anterior

¹Corporación Syntesis, Santiago, Chile

²Corporación Syntesis, Santiago, Chile

implica que la complejidad de la comunidad en tanto red de relaciones humanas depende de lo que la cultura distinga como constitutivo de su territorialidad. En este punto es necesario aclarar dos posiciones respecto de la identidad y oposición de la cultura respecto a la naturaleza. Nos referimos a identidad siempre que la cultura construya territorialidad como miembro, es decir, que la cultura pertenezca a / sea miembro de la clase naturaleza, se trataría de una cultura de la pertenencia. Esto nos lleva a considerar la posición no de la Ecología, sino la de los ecólogos actuales que se identifican con la naturaleza como miembros de ella, sin embargo, no como parte de la relación con ella, por lo cual siguen considerando a la cultura y la naturaleza como conceptos independientes y no como la unicidad relacional cultura-naturaleza. Por este motivo, elaboran indicadores de riqueza de especies o biodiversidad que no responden a una ecología propiamente tal (relaciones) sino una forma de bío-crematística (transacciones), como una forma más de la economía (crematística del valor de cambio), para lo cual se valen de índices, contruidos a partir de la comprensión errónea de isomorfismos tales como: Shannon, Lotka Volterra, etc. de manera de equiparar lo ecológico, como valor de uso, frente a las transacciones determinadas por la acumulación de valores de cambio.

Por otro lado, nos referimos a oposición siempre que la cultura construya territorialidad como clase: Sea que la cultura sea diferente a / sea de la misma clase que la naturaleza (pero no miembro). Posición de la actual economía, que en estricto rigor es crematística, lo que nos lleva a priorizar los activos en la naturaleza ya no como valores de uso sino como fuente de producción de valores de cambio. Esto es lo que constituye en los ecólogos actuales una flagrante antinomia enunciada en el párrafo anterior, por el hecho de considerar la pertenencia, pero valorar de manera opuesta. De manera eufemísticamente una escuela "Davosiana de la Ecología". Cuando calificamos de

“Davosiana”, estamos haciendo referencia al Foro Económico Mundial (FEM), donde se reúnen los principales líderes empresariales y políticos internacionales, cuyo propósito es analizar los problemas más apremiantes que afronta el mundo, y entre ellos, la salud y el medio ambiente desde 1971.

Así, los recursos naturales son explotados según las necesidades de la cultura del agenciamiento o propiedad, las que han sido determinadas a priori y generadas político-administrativamente. Aristóteles, en el capítulo introductorio de su Política, precisa la *oikonomia* como el arte de vivir bien del *oikos* definido este último como “Una comunidad necesaria y natural, base misma de la existencia, y, en el caso humano, ‘constituida para la vida de cada día’, cuyos miembros comen del mismo pan y se calientan del mismo fuego” (Aristóteles, 2015, p. 1-2).

Por lo tanto, la *oikonomia* se ocupa y preocupa por determinar las formas de proveerse de los valores de uso necesarios para una buena vida. Contrariamente a esto, Aristóteles define la *crematística* o “arte de La adquisición” a partir de dos formas: una que servía de complemento a la *oikonomia* en la medida en que permitía adquirir mediante el comercio los bienes y servicios no producidos internamente, y otra, considerada moralmente inferior y antinatural por el filósofo, que consistía en adquirir mediante el comercio con el objetivo de obtener un beneficio pecuniario o “el arte de la adquisición del dinero” (Aristóteles, 1988, p. 64).

En relación a los argumentos esgrimidos, tanto los conceptos de los ecólogos como de los economistas actuales, refieren a un pensamiento *crematístico*, por lo tanto, no relacional. Crean así sistemas de clasificación desde una concepción realista-dualista del mundo en su forma más ingenua. No consideran la reciprocidad de la relación humano-

naturaleza/cultura-naturaleza, ni el desarrollo del primero en coordinación con el segundo. Por el contrario, establecen potencialidades al "sistema no humano" según los "beneficios" que pueda reportar para la cultura humana. Estos "beneficios", más que responder a las "necesidades" manifestadas libremente por el "consumidor soberano" responden a las necesidades de la producción y de la reproducción de los valores de cambio que son quienes moldean y reproducen activamente dichas necesidades por medio de la publicidad y del *merchandising* (Galbraith, 1983).

Las perspectivas anteriores tienen consecuencias políticas ya que ambas al disociar y romper la relación cultura-naturaleza, reducen la complejidad de la comunidad a objetos transables, sean humanos o naturales. En otras palabras, transforman la condición de viabilidad relacional de la comunidad en mercancía, poniendo al ser humano como dueño de la naturaleza. Este proceso es el que hemos denominado colonización y extractivismo epistemológico, por demás, en contra de toda bioética.

Este escrito está estructurado de la siguiente manera: en un inicio, fundamentar la unicidad cultura naturaleza como relación. Seguido a lo anterior, explicar el Vivir Bien (*Suma Qamaña en Aymara, Sumak Kawsay en quechua*) como concepción relacional cultura-naturaleza. Siguiendo todas estas conceptualizaciones, liberar de los conceptos crematísticos a la Ecología actual, a través del concepto de Viabilidad Ecológica para finalmente, proponer un modelo cibernético relacional (Kawsay) del Ecotomo tal como lo es el de Ayllu.

2. Bases de la concepción Relacional de la Unidad Cultura Naturaleza

El cartesianismo y la imagen disyunta del mundo humano respecto del llamado mundo natural ha sido y sigue siendo el estilo argumental clásico en ciencia. Las formas contrarias de un mismo eje argumental pueden ser replicadas por miles; el sujeto y el objeto son entidades a priori, el azar es un argumento de la medida de máxima indeterminación, el caos es el nombre de una regularidad no bien determinada, etc. Este es un mundo dual, pero determinado en el objeto, o, mejor dicho, en la objetividad del sujeto. La objetividad permite la validación de los argumentos contra referente de experiencia, cosa que tautológicamente corrobora la objetividad del sujeto, que es, ciertamente un predicado del objeto.

En la concepción eurocéntrica de este mundo la relación como filosofía no tuvo lugar, para la mayoría de los corpus científicos éste es un mundo dado de objetos que demandan al observador, el que, elucubra interacciones, transacciones y coacciones entre otras formas de acción.

La relación como filosofía está estrechamente conectada a la concepción de la experiencia como temporalidad e historia. El principio de la identidad y las descripciones de carácter inherente a los objetos que se sostiene en ciencia se corresponden con una concepción primaria en la historia del conocimiento, esto es, la sustancia, la esencia y el carácter autónomo de lo real (Malpartida y Lavanderos, 2003).

La concepción relacional está inmersa en la experiencia, en la situación y circunstancia, no hay posibilidad de experiencia ahistórica. Desde esta perspectiva, la descolonización cognitiva implica recuperar conceptos que permitan dicha operación en la semiótica, el concepto Kawsay (quechua) la expresa como actividad vital relacional y compartida (cultura-naturaleza), con una idea comunitaria

(Macas, 2010, p. 25). La irreversibilidad surge entonces como condición de la experiencia y no ya solo como reformulación de los conceptos clásicos en termodinámica como lo es la termodinámica no lineal de procesos irreversibles de I. Prigogine. Desde la relación, la irreversibilidad se traduce como la lógica de la historia y esto es así porque es la lógica de lo vivo, la idea de probabilidad surge entonces de lo irreversible y no al revés (Paci, 1954). Por esto, la noción de entropía no funda la irreversibilidad porque ella se encuentra definida en el dominio estadístico, es el estado más probable y como probabilidad es predicado de lo irreversible y no condición.

En este esquema lo irreversible para ser tal solo requiere de novedad, proceso, emergencia y se encuentra a la base de la concepción de sistemas. Si cualquier comunicación debe entrar en el espacio relacional de la naturaleza humana, y como tal en el proceso de experiencias e historia, la realidad surge entonces de esa situación histórico existencial y es comprensible y ordenable solo en el interior de tal situación. El Sumak Kawsay como concepto relacional Cultura-Naturaleza, resume esta plenitud, comunitaria, recíproca, y solidaria (Tenesaca Caguana, 2013, p. 18).

Según Paci (Paci, 1954) el vicio de la metafísica tradicional (popular) es la de considerar al propio objeto como sustancia del ser y de aislar el mundo de la "sustancia" del mundo de la "experiencia", y reducir así la experiencia a lo necesario, a lo atemporal y a lo único. Dejar de lado la relación y el carácter emergente de la experiencia en toda toma de decisión, es tener la creencia de que los argumentos científicos son acontextuados en su significación, que lo aprocesal y ahistórico es lo que caracteriza al sujeto de la relación y que en ello basa su carácter de objetivo y de validación argumental.

En este punto cabe preguntarse qué ideas generamos, desde el eurocentrismo, respecto de las relaciones para determinado contexto, ¿son imágenes inmutables de un mundo emanante e inmerso en el determinismo mecánico y relojero? O ¿son las posibilidades que se cultivan desde la comprensión histórica de los procesos culturales-naturales?

La respuesta a dichas preguntas son las bases del proceso de descolonización epistemológica ya que la ciencia actual al no ser neutra asume la matriz judeo cristiana que encuentra en la unidad del “logos” griego la condena del politeísmo y la legitimación del pensamiento único, monoteísta. La contraparte del ciudadano letrado es el bárbaro pagano, adorador de otros dioses, es decir, quien vive fuera de las normas de la civilización. basa sus explicaciones en el fortalecimiento de las propiedades del objeto de manera de otorgar valor de cambio que soporten las decisiones del capital financiero.

3. El concepto de Vivir Bien, Sumak Kawsay

El Sumak Kawsay (Kichwa) o vivir bien es el emergente de las palabras; Sumak que hace referencia a lo bueno, lo bello, lo armónico, lo perfecto; y Kawsay que significa vida y existencia (Viteri, 2003). Sumak indica no solo un calificativo de bondad sino más claramente de plenitud. Kawsay expresa la actividad vital relacional y compartida, con los otros humanos y con la naturaleza, con una idea comunitaria que abarca ambos ámbitos. Sería entonces “la vida en plenitud” (Macas, 2010, p. 25): una construcción colectiva permanente con base ancestral que está centrada en la vida en comunidad. De las definiciones anteriores, y desde la perspectiva relacional sistémica, su traducción podría interpretarse, pues el kichwa es una lengua cuyas palabras no tienen un significado fijo, sino la interpretación que se hace de él, como

una visión relacional cultura-naturaleza cuya viabilidad se sustenta en el proceso de agenciamiento y pertenencia como comunión. Hemos querido llegar a esta definición dado que, de acuerdo a la variedad de significados, el Sumak Kawsay se ha transformado en conceptos, ambivalentes, etéreos y difíciles de concretar; convergentes o divergentes según el uso ideológico y político que se haga de ellos (Breton et al., 2014), en consecuencia, el Sumak Kawsay depende de la corriente de pensamiento a la que pertenezca las cuales han sido identificadas como: socialista y estatista, indigenista y “pachamamista” o ecologista y post-desarrollista (Breton, et al., 2014). Esto coloca al Sumak Kawsay, de acuerdo a como es clasificado dentro de estas corrientes, en un marco cultural de referencia diferente lo que hace caer en contradicciones y brechas operacionales para la toma de decisiones.

Así configurada la relación, expresa un carácter claramente opuesto a la crematística capitalista y a los supuestos culturales que conlleva. El Sumak Kawsay se basa en otra racionalidad, en una visión relacional del mundo en dónde la vida en plenitud se da a partir de la construcción de un oikos de relaciones de reciprocidad, solidaridad y cooperación. La base es la viabilidad relacional de la comunidad cultura-naturaleza.

4. El Sumak Allpa y la Viabilidad Ecológica

Desde la filosofía Kichwa se postula el Sacha Runa Yachai que puede ser definido como lo que le guía en su “largo camino al Sumak Allpa”. Este camino se basaría en tres principios: sumak allpa, sumak kawsay y sumak kawsay riksina. El Sumak Allpa es el principio que regula la relación cultura-naturaleza (...). El Sumak Kawsay orienta el modo de vivir de la comunidad sobre la base de una relacionalidad de reciprocidad y colaboración la cual se alimenta de la relación

cultura naturaleza. El Sacha Kawsay Riksina es el sistema de conocimiento para lograr una vida plena como relación cultura-naturaleza. Es la ciencia del Sumak Kawsay, pero “no hay Sumak Kawsay sin Sumak Allpa» (Viteri, 1992 en Cubillo-Guevara & Hidalgo Capitán, 2016).

A la base de lo expuesto, el Sacha Runa Yachai es una concepción alternativa a la visión eurocéntrica del desarrollo sustentable ya que por un lado el concepto de desarrollo no existe en la cosmovisión andina (Viteri, 2000), y por otro la concepción de sustentabilidad eurocéntrica, judeocristiana no es relacional.

Es importante de igual modo resaltar las diferencias entre producir en Occidente y en el mundo andino (Sumak Kawsay); es posible comparar la tecnología andina con la de Occidente en tres de sus fisonomías: Trabajar es, en Occidente, “confeccionar cosas, producir”; en el mundo andino es “criar la vida”. El discurso causal es la base de diseño y construcción de la tecnología en occidente, mientras la tecnología andina se guía por la relación cultura-naturaleza el proceso de la vida. Aquella lógica causal restringe el horizonte de la tecnología occidental a lo material, mientras el principio del proceso de la vida origina una segunda dimensión en la tecnología andina: la 'tecnología simbólica', visible en los rituales de producción. Esta distintiva explica la particularidad del discurso tecnológico andino, basado en “la metáfora”; la personificación de la relación cultura naturaleza y de objetos de trabajo; la variedad posible en el hacer y el lenguaje simbólico, a un pensamiento relacional.

4.1 El concepto de viabilidad relacional

A partir de la Teoría Relacional, elaborada ya hace algunos años por los autores Malpartida y Lavanderos, se

considera que un sistema viable es aquel que: (...) *resuelve su conservación organizacional mediante una estrategia de cambio estructural*. (Lavanderos y Malpartida 2005; Malpartida, 1991; Malpartida y Lavanderos, 2000). Entendiendo como «organización» a todo aquel conjunto de relaciones que configuran su identidad como tal, un proceso en constante creación que implica el mantenimiento de su condición, su conservación o su desintegración. Entendemos que, en esta línea de pensamiento, aquello que puede variar es solamente la estructura de relaciones, siempre que estas soporten o permita que se realice la organización. En concordancia con las puntualizaciones anteriores, definiremos el Sistema Relacional Viable (VRS) como una configuración de redes de relaciones que han logrado un acoplamiento coherente entre su configuración relacional –sostenibilidad– y su sistema energético material –sustentabilidad–, de manera tal que no ponga en riesgo las relaciones que generan y sostienen la emergencia de su organización. A partir de estas definiciones podemos homologar el Sacha Runa Yachai con la concepción relacional de viabilidad relacional sistémica, la relación entre el Sumak Allpa y el Sumak Kaway determinarían la sustentabilidad o el manejo patrimonial de los recursos energéticos materiales de manera de viabilizar la red comunitaria a partir del sistema de conocimiento o Sacha Kawsay Riksina (Fig. N°1).

Figura N°1. Sacha Runa Yachai con la concepción relacional de viabilidad relacional sistémica

VIABILIDAD

Sacha Runa Yachai

Proceso por el cual se reproducen las relaciones que constituyen la organización de un sistema relacional



4.2 La viabilidad ecológica, del Ecosistema al Ecotomo

Una de las limitaciones estructurales del desarrollismo sustentable es la imposición de normativas a partir de conceptos que actualmente se confunden o se tienen por sinónimos.

Ambiente y entorno deben ser distinguidos como diferentes. El primero está constituido por todos los parámetros que un observador distingue sin considerar al organismo. El entorno es todo aquello especificado por el organismo y se expresa por las conductas emergentes de la relación organismo-entorno, resulta la expresión actual de ese proceso histórico.

Mientras el ambiente no hace referencia a la unidad relacional, el segundo está comprendido en el dominio de esta. También se ha dicho que el entorno comprende procesos históricos. Así no hablamos de la evolución del individuo, la población o la especie sino más bien de la evolución del organismo-entorno.

El acceso al entorno de cualquier organismo, como observadores, no es necesariamente experienciable. No podemos distinguir el entorno de una estrella de mar o de un virus T, solo sabemos que estos u otros organismos discriminan algo. O sea que a través de las relaciones generadas y desde nuestra óptica de observadores postulamos que responden a diferencias. En la medida que podemos acceder a la historia de las relaciones podemos decir que estamos conociendo el sistema organismo-entorno de acuerdo a la conservación de su organización.

El entorno debe ser tratado desde una concepción monista o sea como el producto de una relación en nuestro caso. En unidades complejas, como es el caso de la relación cultura-naturaleza, el entorno se expresa evidentemente a través de la cultura. Es la cultura como organización de relaciones y transformaciones la que opera sobre un determinado ambiente "modelándolo" en entorno y recreando las relaciones que finalmente definen su identidad como cultura-entorno.

La generación de información, como parte del proceso de mantenimiento de la organización de la unidad organismo-entorno, está directamente orientada a la conservación de la identidad: ídem, de grupo e ipse, de ecoreferencialidad (Morin, 1980). Este conjunto de relaciones, como parte de nuestra ontogenia, se expresan a través de la conducta como relación. Es decir, las decisiones deben ser conservativas de la organización sumak kawsay-sumak allpa. Sobre esta base, el organismo que destruye su entorno se destruye a sí mismo (ipse). Por lo mismo, capital financiero al carecer de una concepción relacional plantea un desarrollo eludiendo los impactos sobre el entorno de la comunidad, esto es de su sistema relacional cultura-naturaleza.

De la misma forma en que no se puede aceptar la dualidad o disociación del organismo de su entorno, resulta inadmisibles pretender explicar el desarrollo de la sociedad sobre la base de «relaciones que le son internas» sin referencia a un entorno que no solo es generado por la cultura de dicha sociedad, sino que al mismo tiempo posibilita la organización de esa sociedad.

El concepto de ecosistema tal como lo introdujera Tansley (1935) y posteriormente desarrollado por Lindeman (1941), quien solo lo concibió desde un dominio de intercambios de energía, ha derivado desde su sentido original en diferentes acepciones y significados parciales hasta el presente. Por ejemplo, la confusión generada entre el punto de vista ambientalista y el ecosistémico (Vallentyne, 1993) o cuando se habla acerca de ecosistemas naturales y humanos como diferentes unos de los otros. Además, para muchos ecólogos la idea de ecosistema, en vez de constituir un concepto integrador, se ha transformado en un «objeto externo». Por ejemplo, cuando en un trabajo científico puede leerse: «El modelo aquí propuesto deriva cómo bajo estas limitaciones la exclusión competitiva puede surgir diversidad y neutralidad. Además, nuestro modelo sugiere que la neutralidad puede no ser solo una suposición para la trazabilidad matemática o un modelo nulo para comprensión, pero los resultados generales de un proceso adaptativo en un hábitat finito con recursos limitados, algo muy parecido a la tierra» (Keymer et al., 2008).

De hecho, el movimiento ambientalista, de las últimas tres décadas, no ha hecho más que malograr el sentido relacional de la ecología, para transformar al ambiente en una cosa susceptible de ser puesta en valor crematístico, tal como un bien transable. Inclusive se ha aceptado el uso de

terminología utilitarista en este ámbito, tal como la idea de servicio ecosistémico que; aunque se diga que no tiene que ver con la idea de transacción por servicios, trae a cuenta la distorsión conceptual que venimos señalando, respecto de las funciones naturales básicas a la idea de un servicio. Así hoy nos despertamos que el agua cotiza en Wall Street.

En este sentido requerimos de una unidad que posibilite disolver las antinomias entre los estados sociales y los estados naturales visto que el concepto de ecosistema ha sido insuficiente para abordar esa dicotomía.

Tomado como sistema, hemos señalado que el Ecotomo es el conjunto de relaciones capaz de mantener la emergencia organizacional (viabilidad relacional) de la unidad compleja cultura-naturaleza, la cual al mismo tiempo tiene la capacidad de reorganizarse y reproducirse (sostenibilidad) de tal manera que resuelve su sustentabilidad energética e informacional a lo largo del eje espaciotemporal (Malpartida y Lavanderos, 1995, 2000).

De acuerdo con lo anterior, definiremos como Viabilidad Ecológica al proceso o conjunto de procesos que permiten la emergencia organizacional del Ecotomo. Nos referimos a Ecológica por su raíz Oikos la cual, como lo habíamos citado antes, está a la base de la definición de Comunidad de acuerdo a Aristóteles (Malpartida y Lavanderos, 1995, 2000) sin embargo, mejora ostensiblemente con el Sumak Kawsay ya que la comunidad se establece como relaciones cultura-naturaleza. Esto obliga al Ecólogo a replantear el sentido de las investigaciones actuales, las cuales por su carácter reduccionista no incluyen la relación cultura-naturaleza.

5. El Ecotomo del Ayllu y su Cibernética relacional

Previamente a diseñar el Ecotomo Ayllu es necesario explicitar los conceptos desde los cuales se generará el diseño. Para esto introduciremos el concepto de variedad no requerida (Lavanderos et al., 2019). Un concepto clave en viabilidad ecológica ha sido la variedad, entendida ésta como el número de estados posibles de un sistema. La Ley de Variedad Requerida de Ashby (1956, 1958), establece que solo la variedad puede absorber variedad. Sin embargo, la afirmación anterior es solo válida cuando se formula en el ámbito de las interacciones, pero no es posible sostenerla cuando de relaciones se trata; como es el caso de las organizaciones humanas. Así, resulta importante establecer la diferencia entre la interacción y la relación lo que será clave en el diseño del Ayllu.

La viabilidad relacional opera a partir de la estrategia de encaje entre el plano relacional y el de recursos energético-materiales, Lavanderos y Massey (2015). En esa misma línea la pérdida de recursos en una organización depende de la introducción de “variedad no requerida”, esto es; de aquellas relaciones que generan disociación y pérdida de complejidad, la cual irrumpe en la toma de decisiones generando pérdida de organización. De esta manera, podríamos definir la variedad no requerida de la siguiente forma: “Para un sistema relacional, todas las formas de generación de variedad no requerida se producen destruyendo variedad requerida”. Claramente, esto es una diferencia fundamental con Asby (Lavanderos y Massey, 2015).

En el ámbito de las organizaciones humanas la variedad no requerida asume la forma de una ley, que puede ejemplificarse de la siguiente manera: Situados dentro de una organización, la diversidad conectiva, que es la que permite el intercambio de variedad, ve debilitada o destruida su eficiencia al introducir retardos, impidiendo o generando resistencia al

flujo de datos necesarios al proceso de decisión y producción. Podríamos agregar, desde la teoría de sistemas, que se estaría introduciendo propiedades sumativas de los elementos del sistema, las cuales malogran la emergencia de las propiedades constitutivas de la organización y, por ende; de la toma de decisiones referidas a su reproducción. Esto ocurre, cada vez que una unidad intercambia variedad no requerida, lo cual determina la pérdida de control de su variabilidad de salida. Tal como lo hemos discutido anteriormente, la fórmula desarrollista eurocéntrica en comparación con las propuestas del vivir bien genera un alto grado de variedad no requerida que es casi imposible de controlar o disminuir.

Si lo pensamos desde el punto de vista de un sistema controlado, en cibernética debemos generar variedad de tal manera, que su diseño permita una regulación y retroalimentación que logra la variedad requerida mínima. Esto supone comprender que la correspondencia entre la variedad generada y la mínima requerida no tiene por qué ser exacta, necesaria o factible, sino que se requiere una variedad con una complejidad mínima para el regulador de un sistema. Las áreas de diversidad que interactúan y necesitan ser reguladas se corresponden con una diversidad acorde en el sistema, la atenuación de la variedad debe ser inteligentemente diseñada.

5.1 La construcción del Ecotomo

El Ecotomo, desde nuestra visión sistémica relacional, implica su concepción como un sistema de red de relaciones, que se estructuran sobre la base de procesos en torno a su cosmovisión. La unidad relacional de base se construye sobre la relación entre una red y su proceso reproductivo. Todo lo cual, se expresa en la forma de la toma de decisiones. De esta manera, una red legitima la forma de su quehacer con relación a un proceso, lo que permite acceder a: 1) la variedad o número

de pasos o estados distinguidos; 2) a su variabilidad o brecha entre los resultados observados y los esperados; 3) a la diversidad conectiva o estructuras relacionales establecidas para llevar a cabo el proceso.

Siguiendo con lo anterior, el Ecotomo puede modelarse como una holored, la cual se co-forma a partir del acoplamiento entre las unidades de los ámbitos de la sostenibilidad y la sustentabilidad, en la cual, la corrección de la variedad no es generada en la dinámica autonómica, sino un proceso espontáneo de selección de alternativas (epigénesis). El Ecotomo tiene la condición de replicarse, dentro de un proceso recursivo de recalibración (estocástico), según sea el objetivo estratégico de la organización, de manera de construir subsistemas de redes, las cuales aportan a la organización desde sus propias operaciones y/o procesos.

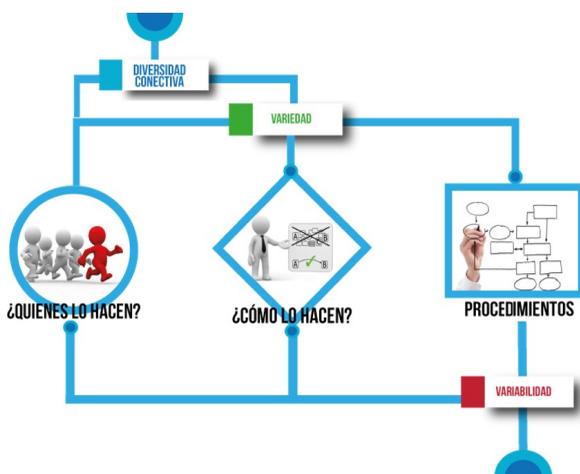
Frente a esto, podemos prescindir de aquello que llamamos “lo externo o ambiente”, para lograr la coherencia entre la operación y la administración necesitamos fijar las relaciones entre la red de conocimiento (administración) y los procesos (operación), lo que se consigue a través del arte o cultura del quehacer de la red para dichos procesos. Esto nos separa de toda concepción de desarrollo sostenible y nos permite homologar con la relación entre el Sumak Kawsay y el Sumak Allpa.

Con estos conceptos, el Ecotomo puede ser estudiado o construido sobre la base de 3 elementos que generalmente no se piensan como un conjunto, estos son: los procesos, la red que los lleva a cabo y la cultura o el “cómo lo hacen”. En un segundo momento es necesario considerar el cómo se relacionan estos 3 elementos, lo que nos lleva a la definición del Ecotomo, para esto hemos utilizado los siguientes conceptos:

1. Variedad: Número de estados o distinciones declaradas para llevar a cabo un proceso.
2. Variabilidad: Brecha observada entre lo esperado y lo observado.
3. Diversidad Conectiva: Calidad en la comunicación con otras unidades ecotómicas que no están involucradas de manera directa en el proceso.

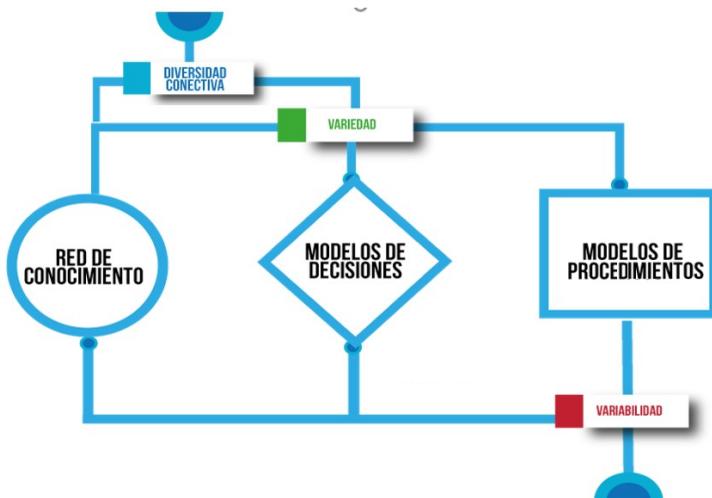
Según esto, el proceso que lleva al modelamiento del Ecotomo queda básicamente conceptualizado de la siguiente manera (Fig. N° 2):

Figura N°2. Modelo de Ecotomo integrando Cultura-Proceso



Según lo señalado anteriormente, el modelo se genera a partir de calibraciones que; dentro del proceso de investigación, van desde el diseño hasta su formalización. Formalmente obtendríamos un modelo como el siguiente (Fig. N°3).

Figura N°3. Modelo de Ecotomo integrando Cultura-Proceso como redes-decisiones-procesos



El Ecotomo, plantea que, para la disminución de la variabilidad de los procesos involucrados en su gestión, se debe explicitar el modelo de toma de decisiones de la red de conocimiento, de manera de exponer el comportamiento de las variables que dan cuenta de la salida de su proceso. Esto permite no solo el control de estos, sino que además pone en evidencia la transparencia de resultados para todos los actores involucrados en su reproducción.

El Ecotomo permite la integración de toda el área de mando a partir del co-control de variedad y variabilidad. Asimismo, la calidad conectiva o diversidad permite establecer el grado de colaboración con otras áreas, de manera de poder controlar la variedad de los procesos que lo reproducen.

5.2. El Ayllu como Ecotomo

De acuerdo con la definición de Viabilidad Ecológica y con la cibernética organizacional de Ecotomo, en relación con definir una estrategia de reproducción de la organización comunitaria como acoplamiento de la sostenibilidad

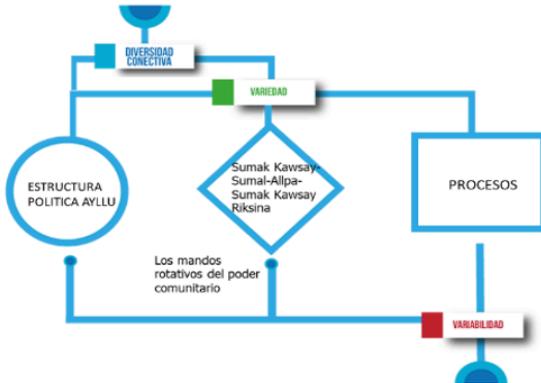
(relaciones) con la sustentabilidad (recursos energético-materiales) de manera de producir en ambos contornos la variedad no requerida mínima el Ayllu tendría las siguientes características básicas:

1. Un sistema de organización territorial en redes; como base de sistematización de la economía para una producción de valor de uso; la cual opera desde una lógica de configurativa cultura-ritualidad, y es sostenida jerárquicamente por autoridades políticas.
2. La espacialidad como tejido u organización relacional territorial va desde un nivel macro que es el control y gestión de pisos vegetacionales –control de tierras altas y tierras bajas- hasta un sistema complejo en espiral que concierta la estrategia de acoplamiento entre el Sumak Kawsay y Sumak Allpa.

La figura a continuación representa en el modelo cibernético de la siguiente manera (Fig. N°4).

Figura N°4. Modelo de Ayllu como Ecotomo

ESTRATEGIA DE ACOPLAMIENTO AYLLU (SUMAK KAWSAY RIKNA)



Control y gestión de pisos ecológicos – control de tierras altas y tierras bajas- hasta un entretreído holístico en espiral que concierta la teatralidad andina Sumak Kawsay Rikna.

En síntesis

Resulta fundamental reconocer las bases de un sincretismo al que pertenecemos y que continuamente es negado, sin el cual es imposible encontrar la viabilidad, lo que implica a la vez no caer en el fetichismo nostálgico con pretensiones “atemporales”, como la inclinación de los “cultural studies” de institucionalizar la periferia de manera fetichista. Como traducción literal, ayllu significa familia, pero bajo la cosmovisión indígena ayllu hace referencia a un sistema de relaciones más allá de la familia, es decir, la comunidad. “El ayllu es la base fundamental de la sociedad indígena, en virtud de la cual ninguna actividad positiva se realizará sin la participación de los ayllukuna” (Calapucha, 2012, p. 46). En este sentido, la viabilidad ecológica hace a la reproducción del Ayllu la cual se expresa como “responsabilidad colectiva para asegurar el bienestar de la comunidad y, por ende, el bienestar familiar e individual” (Kowii, 2009). La viabilidad ecológica estará vinculada a su Sacha Runa Yachai lo que determina y sustenta la economía familiar.

El Ayllu desde el punto de vista político, crematístico, es un régimen de apropiación del territorio fundado sobre la simultaneidad de la propiedad común y la posesión privada, régimen generalizado en la organización económica del Imperio Inca (Choque, 2011). El individuo (jaqi) en el Ayllu no puede tener tierra en propio; pues la tierra no le pertenece sino al Ayllu lo que implica que no puede acumular valor de cambio por venta de la tierra. De ahí la imposibilidad de dividir el territorio del Ayllu en propiedades privadas y de alienarlo. Pero el individuo puede convertirse en poseedor privado por la vía de la pertenencia al Ayllu lo que lo dirige a la producción de valor de uso. Es a partir de esta configuración comunitaria que el individuo debe posicionarse en el arte de la economía y es en esta posición donde se produce Variedad No Requerida, la cual, de acuerdo a nuestra visión relacional, sería mínima dado que no se produce acumulación de valor de cambio dado que atentaría contra el Sacha Runa Yachai.

El Ayllu como Ecotomo se sustenta como condición en una estructura heterárquica, la cual emerge como organizada a partir de, al menos, cuatro procesos: cohesión, coordinación, comunicación y conducción. La heterarquía aquí planteada es aquella en la cual los integrantes no piensan en decidir uno sobre el otro, sino en interactuar. Esta forma de participar puede generar múltiples ideas, consejos y ayudas, para que todo un grupo funcione de manera correcta, y tiene la mayor libertad de acción. Las heterarquías son redes, frecuentemente jerárquicas, interconectadas y sobrepuestas con componentes individuales que pertenecen y actúan simultáneamente en múltiples niveles y con una dinámica que permite el gobierno y la emergencia de todo este conjunto de interacciones, que es lo que conforma el conjunto del sistema.

El Ecosistema y sus conceptos desligados de la concepción relacional cultura-naturaleza deben migrar

obligatoriamente a un sistema relacional viable, cuyas bases son las relaciones de cooperación y reciprocidad basadas en estructuras heterárquicas para recursos energéticos materiales finitos. Esta es la base del Ecotomo que obliga a volver a la economía para reducir la producción de la Variedad No Requerida resultado de la visión crematística del mundo. En conclusión, el Ecotomo encuentra su nicho en el Ayllu como concepción relacional, esto permite los cambios y transformaciones a partir de una cosmovisión en que se fusiona el territorio de la comunidad misma o Marka Uraqi, con el vivir bien o Sumak Kawsay; el territorio sacralizado o Pacha Uraqi, con el concepto Sumak Allpa, conceptos fundamentales para una Ciencia descolonizada.

Referencias

- Aristóteles (2015). *Política*. Editorial Gredos.
- Ashby, W. (1956). *An Introduction to Cybernetics*. Chapman & Hall.
- Ashby, W. (1958). Requisite Variety and Implications for Control of Complex Systems. *Cybernetica 1*, 83-99.
- Boltvinik, J. (2021). Bienestar humano: segunda parte. *Revista Anthropos 257*.
- Bretón, V., Cortez, D. y García, F. (2014). En busca del sumak kawsay. Presentación del Dossier Iconos. *Revista de Ciencias Sociales, 48*, 9-24.
- Calapucha, C. (2012). *Los modelos de desarrollo. Su repercusión en las prácticas culturales de construcción y del manejo del espacio en la cultura Kichwa Amazónica*. Serie Amazónica, 7. Universidad de Cuenca.
- Cubillo-Guevara, A.P., Hidalgo-Capitán, A.L., García-Álvarez, S. (2016). El buen vivir como alternativa al desarrollo para América Latina. *Iberoamerican Journal of Development Studies, 5(2)*, 30-57.

- Hidalgo-Capitán, A. L., Cubillo-Guevara, A. P. (2014). Seis debates abiertos sobre el sumak kawsay Iconos. *Revista de Ciencias Sociales*, 48, 25-40.
- Keymer, J. E., Fuentes, M. A. & Marquet, P. A. (2012). Diversity emerging: from competitive exclusion to neutral coexistence in ecosystems. *Theor Ecol* 5, 457-463. <https://doi.org/10.1007/s12080-011-0138-9>
- Lavanderos, L., & Malpartida, A. (2005). Teoría relacional de la comunicación como proceso eco-semio-autopoiético. *Complexus*, 1(2), 45–86. <http://www.sintesy.cl/complexus/revista2/articulos2/complexus2.pdf>
- Lavanderos, L. y Massey, K. (2015). *From Manufacture to Mindfacture: A Relational Viable Systems Theory*. IGI Global. <https://doi.org/10.4018/978-1-4666-7369-4>
- Lavanderos, L., Araya, A. y Malpartida, A. (2019). Viability, sustainability, and non-requisite variety. *The Journal of Systemics, Cybernetics, and Informatics (JSCI)*, 17(1), 83-96.
- Lindeman, R. (1941). Seasonal food-cycle dynamics in a senescent lake. *The American Midland Naturalist*, 26, 636-673.
- Malpartida, A. R. (1991). La noción de entorno en etología (una discusión etimo- epistemológica). *Ecognición*, 2(1), 39–46.
- Malpartida, A. y Lavanderos, L. (1995). Aproximación a la unidad sociedad-naturaleza: el ecotomo. *Revista Chilena de Historia Natural* 68, 419-427.
- Malpartida, A., & Lavanderos, L. (2000). Ecosystem and ecotomo: A nature or society- nature relationship? *Acta Biotheoretica*, 48(2), 85–94. [10.1023/A:1002778625641](https://doi.org/10.1023/A:1002778625641)
- Malpartida del Giudice, A. y Lavanderos Gallardo, L. (2003). *Cognición y territorio*. Corporación Sintesy.
- Macas, L. (2010a). Sumak Kawsay. La vida en plenitud. *América Latina en Movimiento*, (452), 14-16.

- Macas, L. (2010b). Sumak Kawsay. *Yachaykuna* (13), 13-39.
- Morin, E. (1980). El Método II. La Vida de la Vida. Ediciones Cátedra.
- Paci, E. (1954). *Tempo e Relazione*. Taylor.
- Tangley, A. G. (1935). The use and abuse of vegetational concepts and terms. *Ecology*, 16, 284-307.
- Tenesaca Caguana, J. D. (2013). Proceso organizativo de la Ecuarunari: un análisis desde las Asambleas Plurinacionales 2009-2011. Quito, Universidad Politécnica Salesiana. <https://dspace.ups.edu.ec/handle/123456789/4678>
- Untoja Choque, F. (2011). *Retorno al Ayllu: una mirada Aymara a la globalización*. Rocco. <https://www.eumed.net/libros-gratis/2011d/1038/index.htm>.
- Vallentyne, J. R. (1993). Fundamentos biosféricos del enfoque ecosistémico. En A. Boltovskoy y H. Lopez (eds.), *Conferencias de Limnología* (pp. 9-17). Instituto de limnología «Dr. Raúl A. Ringuelet».
- Viteri Gualinga, C. (2000). Visión indígena del desarrollo en la Amazonía. *Polis. Revista Latinoamericana*, 3. <http://polis.revues.org/7678>
- Viteri Galinga, C. (2003). Súmak Káusai. Una respuesta viable al desarrollo. Quito, Ecuador. Tesis de Licenciatura. Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador.
- Yampara Huarachi, S. (2011). Cosmovivencia Andina. Vivir y convivir en armonía integral–Suma Qamaña1. *Revista de Estudios Bolivianos*, 18. <https://bsj.pitt.edu/ojs/index.php/bsj/article/download/42/394>
- Yépez Mariaca, O. (2010). El 'ayllu' reterritorializado, y su 'taypi'. La ciudad de El Alto. *Cuadernos de Investigación Urbanística*, 0(70). <http://polired.upm.es/index.php/ciur/article/view/1184>

Los conceptos de epistemología y ontología como nuevos recursos en la politización de lo indígena

Cleyton Edison Cortés Ferreira³

Resumen: Los movimientos indígenas han logrado instalar una agenda de reivindicaciones y demandas políticas en las últimas décadas. Considerando esto, el objetivo es revisar nuevas terminologías que comienzan a formar parte del vocabulario político asociado a los pueblos indígenas. Para ello, se recurre al proceso constituyente chileno de 2021 y 2022, identificando a los conceptos de ontología y epistemología como algunos de los conceptos con los cuales se politizó lo indígena y que no forman parte del vocabulario normativo sobre los pueblos indígenas. Luego, se introduce una reflexión teórica sobre estos conceptos. Este ejercicio resulta necesario al reconocer el carácter procesual de la politización, debiendo estar atento al uso de nuevas semánticas. Este esfuerzo por modelar 'lo indígena' está en constante movimiento. Hay términos que pierden protagonismo y otros se crean para sustituirlos. Finalmente, se concluye que los conceptos revisados ofrecen un nuevo nivel de reconocimiento de la diferencia, otorgando herramientas teóricas que sofistican las posibilidades de agenciamiento político para los pueblos indígenas. Esto abre la necesidad de revisar la utilidad de estos planteamientos en contraste con la situación jurídica actual y para los procesos de elaboración de nuevos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales sobre la materia.

Palabras clave: Politización, pueblos indígenas, ontología, epistemología.

Introducción

³Profesor de Historia y Geografía, Universidad de La Serena (ULS). Doctor (c) en Estudios Americanos, Universidad Santiago de Chile (USACH).

Durante las últimas décadas, los movimientos indígenas en América Latina han logrado instalar una agenda de reivindicaciones y demandas políticas en la esfera pública. Han influido en sus contextos sociales generando espacios de movilización, protesta y situaciones políticas de gran interés. Además, han logrado internacionalizar sus reivindicaciones al punto de concretar parte de estas demandas en instrumentos internacionales, siendo referencias para las luchas políticas nacionales y locales. Este periodo corresponde al momento de mayor articulación que han logrado los pueblos indígenas luego de la conformación de los Estado-nación iniciada en el siglo XIX (Zapata & Oliva, 2019).

En América Latina, los Estados fueron introduciendo reformas y políticas sociales de carácter multicultural o pluricultural desde fines del siglo XX. Estas buscaron reconocer una ciudadanía culturalmente diferenciada, recurriendo principalmente al idioma, a las iniciativas culturales, a la educación y a la salud interculturales (Bello, 2009). Sin embargo, se ha conformado una extensa crítica latinoamericana que considera que estas políticas de reconocimiento de tipo multicultural no son suficientes, ya que la promoción de la diversidad cultural no bastaría para superar las desigualdades y jerarquías raciales que afectan a las poblaciones indígenas de los diferentes Estados (Aguas & Nahuelpan, 2019; Richards, 2016; Zapata, 2019).

En el caso chileno, un cambio relevante de este escenario lo marcó el Estallido social de 2019. En el contexto de las negociaciones para llevar a cabo una salida política del conflicto, se acordó la realización de una Convención constitucional con escaños reservados para los Pueblos indígenas, lo que buscaba garantizar la participación de sus representantes en el proceso político de creación de una nueva carta magna. En ese sentido, el proceso constituyente fue una

oportunidad histórica en relación con las demandas de los movimientos indígenas, las que fueron articuladas en la idea de Plurinacionalidad (Carril et al., 2021; Figueroa, 2020; Millaleo, 2021; Pairican, 2022). Tras el rechazo de la Propuesta de Nueva Constitución, la inclusión de los pueblos indígenas continúa siendo uno de los temas de mayor controversia en el debate público en el proceso de cambio constitucional (Estupiñán & Gómez, 2023).

Considerando este escenario, el objetivo en este texto es revisar nuevas terminologías que comienzan a formar parte del vocabulario político asociado a los pueblos indígenas. Para indagar estos nuevos términos, se recurre a la discusión convencional en el proceso constituyente chileno de 2021 y 2022, identificando algunos términos con los cuales se politizó lo indígena y que no forman parte del vocabulario normativo sobre los pueblos indígenas. Luego de esta exploración, se procede a introducir la reflexión teórica sobre estos conceptos a partir de la bibliografía académica existente. Este ejercicio resulta necesario al reconocer el carácter procesual de la politización, debiendo estar atento a las disputas en las cuales se insertan estas nuevas semánticas y cómo permiten remodelar lo indígena.

Para desarrollar lo anterior, este texto comienza con una aproximación teórica a la noción de politización de lo indígena, ubicando la preocupación de la investigación⁴ en la semántica sobre lo indígena. A continuación, se procede a revisar los términos elegidos en función de la exploración del corpus

⁴Este texto forma parte del proyecto de tesis doctoral "La Convención constitucional chilena y los pueblos indígenas: El uso estratégico del patrimonio cultural para la autodeterminación y la propuesta de otros modelos de sociedad", desarrollado en el marco del Doctorado en Estudios Americanos del Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Santiago de Chile (IDEA-USACH). Financiado por la Beca Doctorado Nacional de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID): ANID-Subdirección de Capital Humano/Doctorado Nacional/2021-21211327.

constitucional. Para ello, se consultan a ciertas autorías que se han destacado por proponer o desarrollar acabadamente estos nuevos conceptos, siendo un ejercicio intelectual necesario para introducirse en los planteamientos asociados a su emergencia. Finalmente, se lleva a cabo una conclusión donde se procede a señalar las oportunidades, los alcances y los desafíos estas nuevas semánticas sobre lo indígena enmarcados en los procesos de politización de lo indígena.

1. Politización de lo indígena

La politización es entendida como la transformación en algo político respecto a un asunto que no lo era. Esto opera como una disputa sobre lo que puede y debe ser socialmente decidido. Para Tello (2019), consiste en un proceso de concientización política que permite pasar de la indiferencia frente a cierto problema social, reconociéndose como sujeto político capaz de ejercer una ciudadanía activa. La definición realizada en el *Informe Desarrollo Humano en Chile. Tiempos de la politización* del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) resulta esclarecedora para este caso:

La politización es, entonces, una discusión sobre la estructura y las relaciones de poder al interior de la sociedad, y un cuestionamiento de los criterios de distinción y exclusión sobre los que se fundan. En el nivel de lo político implica una disputa por los temas que pueden ser sometidos a la deliberación pública, pero también por los actores con legitimidad para participar de ella, por las semánticas y categorías legítimas a través de las cuales enunciar esa disputa, y por el papel de las instituciones y los tipos de subjetividad posibles (Güell et al., 2015, pp. 53-54).

En el caso de los procesos de politización relacionados con los pueblos indígenas, estos han sido referidos de diferentes maneras en las investigaciones sobre la materia. Por ejemplo, se le ha denominado politización de la etnicidad (Bretón, 2015; Gálvez, 2022; Serbin, 1980), politización de lo étnico (Kaltmeier, 2007), politización de la diferencia -cultural y/o étnica- (Levalle, 2019; Salazar, 2019) y politización de la cultura (Antileo, 2019; Wright, 1998). En todos estos casos, el énfasis está puesto principalmente en el agenciamiento de los movimientos indígenas a partir de la identificación étnica, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX.

En el caso de este trabajo, el interés se encuentra en estudiar el trabajo político para el que ha sido utilizada la categoría 'indígena'. Por ello, resulta más pertinente referirse a la politización de lo indígena, buscando explorar las maneras en que se ha desplegado el término 'indígena' como herramienta política para lograr ciertos efectos materiales. El enfoque está situado en los usos políticos de lo indígena y no en los procesos de politización de los pueblos indígenas. En ese sentido, la politización de lo indígena que está siendo planteada puede ser llevada a cabo tanto por personas que se identifican como indígenas como por personas que no lo hacen.

Respecto al proceso de politización, la atención está puesta en las semánticas y categorías legítimas a través de las cuales se enuncia la disputa sobre 'lo indígena'. Interesa explorar, por ejemplo, como se constituyen actores, se define la situación y se orientan las estrategias y recursos para la acción (Argüello, 2019). Los conceptos pueden ser estudiados como sitios de lucha política en el marco de las disputas por la correcta definición del mundo y de las entidades que lo componen. En ese sentido, más que ser fuentes de certidumbre se convierten en lugares de exploración de las incertidumbres de lo social (Cordero, 2021).

Este interés en los conceptos implica ubicar el término ‘indígena’ en una constelación de términos con los cuales ha sido puesto en interacción. Esto se puede advertir al revisar los instrumentos internacionales y las normativas nacionales para la protección de los pueblos indígenas, en las discusiones científicas y académicas, y en el debate público. Por ejemplo, respecto al nivel de reconocimiento se suele utilizar términos como etnia, pueblo o nación (Larraín, 1993; Millaleo, 2019). En relación con su especificidad, se utilizan términos como cultura, cosmovisión o filosofía (Ñanculef, 2003). En referencia a sus derechos políticos, se usan términos como autonomía, autogobierno o libre determinación (Antivil et al., 2021) . O sobre sus derechos intelectuales, se usan términos como conocimiento tradicional, folclore, patrimonio, propiedad cultural e intelectual (Huenchuan, 2017).

Este esfuerzo por modelar ‘lo indígena’ está en constante movimiento. Hay términos que pierden protagonismo o dejan de ser utilizados por múltiples razones y otros se crean para sustituirlos. Un ejemplo es el concepto folclor, plenamente vigente durante el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX. Sin embargo, en este trayecto entró en crisis y comenzó a ser reemplazado por la noción de cultura tradicional y popular, para luego ser sustituido por el término de patrimonio cultural inmaterial, la que trae consigo también una serie de innovaciones conceptuales sobre el entendimiento de las producciones culturales indígenas (Cortés, 2022; Donoso & Tapia, 2017).

Como parte de este permanente proceso de renovación conceptual, en la actualidad han aparecido nuevos términos que buscan modelar lo indígena. Un lugar preferente para rastrear esta situación es el reciente proceso constitucional llevado a cabo en Chile durante los años 2021 y 2022. Como

señala Cordero (2021), los procesos constitucionales “son también momentos de creación conceptual, o al menos momentos en los que se reabre la pregunta acerca de los significados de conceptos fundamentales y pone en disputa la manera en que se trazan sus límites” (p. 16):

Los pueblos y naciones preexistentes al Estado, el pueblo tribal afrodescendiente chileno y sus integrantes tienen derecho a la identidad e integridad cultural, y a que se reconozcan y respeten sus formas y modos de vida, su vinculación con la tierra y el territorio, cosmovisiones, *epistemologías*, *ontologías*, espiritualidad, normas, tradiciones, prácticas sociales y culturales; sus usos, costumbres; las formas y modos de organización social, económica, política y alimentaria; las formas y modos de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores e idiomas y lenguas, lo que se desarrolla en procesos de interrelación” (cursivas del autor).

Ejemplo 2. Artículo que formaba parte del Sistematizado N°1 de iniciativas convencionales constituyentes aprobadas en General por la Comisión de Sistemas De Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes Y Patrimonios en materia de Participación Cultural. Luego, sería una de las normas rechazadas y/o reformuladas en general por el Pleno del Informe N°1⁵.

En el desarrollo de la Convención constituyente, se llevaron a cabo discusiones sobre el lugar de lo indígena en el nuevo texto constitucional. En ese contexto, fueron utilizados

⁵Documento disponible en el siguiente enlace, con el número 41: https://www.cconstituyente.cl/comisiones/comision_documento.aspx?prmlD=31

ciertos términos que no aparecían en los instrumentos internacionales más importantes sobre pueblos indígenas ni en la legislación nacional vigente (ejemplo 1). Estos no quedaron finalmente expresados en la propuesta de texto constitucional, pero sí formaron parte de la discusión sobre 'lo indígena'. Su uso extendido y recurrente implica la necesidad de detenerse a estudiarlos como espacios de experimentación e imaginación política.

2. El concepto de epistemología

La epistemología suele ser entendida como aquella rama de la filosofía que se encarga del “estudio de la naturaleza del conocimiento y la justificación, y, más específicamente, el estudio de a) sus características definitorias, b) sus condiciones sustantivas, y c) los límites del conocimiento y la justificación” (Audi, 2004, p. 293). Un cambio relevante en el ámbito de las Ciencias Sociales y las Humanidades ocurre al introducirse el término ‘colonialidad’ (Quijano, 1992) para dar cuenta de la conformación de una matriz sociopolítica y epistémica hegemónica en el contexto de la modernidad y su expansión sobre los pueblos colonizados. En este nuevo escenario de debate sobre la materia, una de las referencias críticas más importantes es el proyecto político e intelectual de las Epistemologías del Sur (De Sousa, 2013; de Sousa, 2021).

Para quienes utilizan el concepto de epistemología en relación con los pueblos indígenas, se propone que el pensamiento moderno occidental ha encubierto su ontología al autonombrarse y ejercer su poder al nombrar al mundo. Al identificar a la colonialidad y reconocer su inmanencia con el monopolio epistémico de la modernidad, las epistemologías críticas han pretendido, por un lado, investigar los mecanismos con los cuales la modernidad ha logrado instalarse como modelo dominante a la vez que oculta o niega esta condición; y

por otro lado, han buscado abrir una distinción hermenéutica que permita observar la exterioridad de la modernidad y reconocer la pluralidad que existe fuera de ella (Mignolo, 2014; Ortiz et al., 2019).

El esfuerzo en esta constatación ha tenido el objetivo de cuestionar la 'soberanía epistémica' como la pretensión totalizadora y única fuente autorizada de la determinación de lo que es conocimiento y de definición de los criterios de validación de este. Esta se refiere al lugar tradicional arrogado por la epistemología como un lugar exterior a todas las formas y prácticas de conocimiento para juzgarlas y definir los criterios de demarcación entre lo verdadero y lo falso. El planteamiento de las epistemologías críticas es que esta supuesta independencia que le permitía estar por encima o por fuera de las diferentes formas de conocimiento, lo hacía tomando como modelo solo una de las formas de conocimiento que pretendía evaluar, la forma científica. Esta liberación de la soberanía epistémica organizada alrededor del pensamiento occidental moderno -y principalmente la ciencia moderna- ha motivado el 'rescate de la epistemología', entendido como la posibilidad de que la epistemología abarque explícitamente la diversidad de saberes del mundo y procure establecer las condiciones de su producción y validación (Arriscado, 2014).

En ese sentido, han surgido otras formas de redefinir la epistemología. Por ejemplo, las Epistemologías del Sur⁶ redefinen a la epistemología de la siguiente manera:

⁶El proyecto de las Epistemologías del Sur propone la 'ecología de saberes' como la formulación teórica que funciona como horizonte utópico en la construcción de la diversidad epistémica del mundo. Esta propuesta se basa en la idea ya examinada de la existencia de una pluralidad de formas de conocimientos ubicados en la exterioridad de la modernidad y diferentes del conocimiento científico. Esta epistemología general considera la dimensión práctica de las formas de conocimiento, midiendo su credibilidad en función del tipo de intervención en el mundo que esta permite o previene. Concibe que no existe conocimiento que no sea conocido por alguien y para algún propósito, influyendo en las prácticas que mantienen y en los sujetos que constituyen. Lo anterior, lejos de ser un problema que solucionar, es el impulso que motiva la propuesta de una copresencia igualitaria

Toda experiencia social produce y reproduce conocimiento y, al hacerlo, presupone una o varias epistemologías. Epistemología es toda noción o idea, reflexionada o no, sobre las condiciones de lo que se cuenta como conocimiento válido. Por medio del conocimiento válido una determinada experiencia social se vuelve intencional e inteligible. No hay, pues, conocimiento sin prácticas y actores sociales. Y como unas y otros no existen si no es en el interior de las relaciones sociales, los diferentes tipos de relaciones sociales pueden dar lugar a diferentes epistemologías (De Sousa & Meneses, 2014, p. 7).

A lo largo del mundo, no solo hay muy diversas formas de conocimiento de la materia, la sociedad, la vida y el espíritu, sino también muchos y muy diversos conceptos de lo que cuenta como conocimiento y de los criterios que pueden ser usados para validarlo. En el período de transición en que estamos entrando, en el cual las versiones abismales de totalidad y unidad de conocimiento todavía resisten, probablemente necesitemos un requisito epistemológico general residual para avanzar: una epistemología general de la imposibilidad de una epistemología general (De Sousa, 2013, p. 53).

Esta forma de entender a la epistemología otorga un lugar relevante a la práctica y sus consecuencias en el mundo. Esto es llamado como 'política ontológica' y alude a la inseparabilidad de las implicaciones cognitivas, materiales y normativas de cualquier forma de producción de conocimiento

basada en la incompletud, ya que ninguna forma de conocimiento puede explicar todas las intervenciones posibles en el mundo, por lo que cada forma de conocimiento es incompleta de un modo u otro (De Sousa, 2013).

(Arriscado, 2014). El presupuesto detrás es que los conocimientos no se deben concebir en abstracto, como representación de la realidad, sino que deben ser entendidos como prácticas de saberes que permiten o impiden ciertas intervenciones en el mundo (De Sousa, 2013; de Sousa, 2021). En este sentido, el ‘rescate de la epistemología’ establece una relación entre epistemología, ontología y ética, otorgando una responsabilidad inalienable de los productores de conocimiento respecto a sus efectos e intervenciones en el mundo.

Este cambio de concepción, además de pluralizar las formas de conocimiento, busca evaluar éticamente el rol que ha cumplido la ciencia moderna en función de sus prácticas e intervenciones en la realidad. Para esta tarea de evaluación, los estudios poscoloniales han planteado el concepto de ‘violencia epistémica’ para referirse a la serie de discursos sistemáticos, regulares y repetidos presentes en el conocimiento producido por la modernidad occidental que han racionalizado y han hecho posible la dominación colonial y su imposición a las poblaciones colonizadas. El ejercicio de esta violencia epistémica se haría mediante la introducción, establecimiento y codificación de ciertos conceptos y teorías que se instalan de forma normativa y pretenden explicar cualquier anomalía, excluyendo otras posibilidades epistémicas y negando su condición de construcción social e histórica producida en contextos de dominación. Por eso, la ciencia moderna no sería capaz de advertir la producción imparcial de conocimientos que ella realiza, una construcción interesada en mostrar una determinada representación de un objeto que puede no tener existencia más allá de esa representación y que tiene una serie de efectos sobre sus sujetos y objetos⁷ (Pulido, 2009). Además,

⁷En el caso de los estudios poscoloniales, esta reflexión surge específicamente en el interés de problematizar cómo es representado en el discurso occidental el sujeto del tercer mundo (Spivak, 2003)

implica asociar la violencia epistemológica a la exclusión de aquellos saberes indígenas que han sido estigmatizados de los circuitos institucionales de producción y circulación de conocimientos (Turbino, 2015).

El alcance político más relevante asociado a esta propuesta crítica de la epistemología es la promoción de un pluralismo epistemológico. Esto alude a un eclecticismo entre varios paradigmas, modelos, epistemes y formas de pensar que son puestos en juego y en movimiento. Esta idea resulta ser una de las bases de la Plurinacionalidad, siendo el pluralismo epistémico la base para reconocer las cosmovisiones indígenas como sistemas de conocimiento que logren fundamentar modelos políticos, económicos, jurídicos, culturales y lingüísticos diferentes del sistema moderno occidental en la formación del Estado (Prada, 2014). A la vez, implica la apertura a una incorporación metodológica, ontológica, ética y praxiológica de los conocimientos indígenas en el campo académico (Rocha & Ruíz, 2018).

De esta manera, la soberanía epistémica ha sido cuestionada por las epistemologías críticas quienes han defendido la actualidad de la colonialidad y su inseparabilidad con la retórica de la modernidad. Con este gesto, también se ha planteado la existencia de una pluralidad de formas de conocimientos presentes en el mundo, motivando un 'rescate de la epistemología' que reconozca la diversidad de saberes del mundo. Esto implica quitarle su dimensión de abstracción universal y resituarla en su dimensión práctica, lo que implica relacionar a la epistemología con la ética y la ontología. Este enfoque permite advertir la 'violencia epistémica' y las limitaciones inherentes al conocimiento científico moderno considerando su naturaleza abismal producto de su condición colonial. La constatación de este hecho motiva la revalorización

de aquella pluralidad de formas de conocimiento que permiten otros tipos de relación e intervención con el mundo.

3. El concepto de ontología

La ontología suele ser entendida como aquella rama de la filosofía que se encarga sobre el ser en general o en tanto tal, independiente de sus especies particulares. Es decir, sobre lo que hay, así como de las relaciones entre los entes (Audi, 2004; Ferrater, 1951; Rosental & Iudin, 1968). En la actualidad, los debates en Ciencias Sociales y las Humanidades problematizan lo ontológico desde planteamientos sobre las ideas de multiespecies, nuevos materialismos y poshumanismo, donde se reevalúa la agencia entre humanos y no humanos. También, se realiza desde el llamado giro ontológico, donde se reevalúa la alteridad, ya no desde un mundo con muchas culturas, sino en la existen de múltiples ontologías y múltiples mundos (Fagioli, 2022).

Para quienes utilizan el concepto de ontología en relación con los pueblos indígenas, le quitan la singularidad de sus definiciones tradicionales, más bien, proponen la existencia de una pluralidad de ontologías que conformarían un pluriverso (en oposición a la idea dominante de universo). Escobar (2014) define a la ontología como “aquellas premisas que los diversos grupos sociales mantienen sobre las entidades que ‘realmente’ existen en el mundo” (p. 57). Para Blaser (2019), corresponde a la existencia de una multiplicidad de formas de distribuir y establecer lo que existe y sus relaciones mutuas. En ambos casos, la ontología deja de relacionarse exclusivamente con la filosofía occidental y es abierta para reconocer la existencia de otros desarrollos intelectuales.

En esta línea, Descola (2012) distingue cuatro ontologías básicas. Por un lado, está el naturalismo (siendo un ejemplo la

modernidad), la cual distribuye lo existente entre dos dominios: lo natural y lo cultural. Por otro lado, está el animismo, donde se considera que las entidades existentes emergen como resultado de las relaciones que las unen a otras, como los nudos en una red. Además, se encuentra el analogismo, que funciona en términos de una dinámica original que se va repitiendo a sí misma de lo micro a lo macro. Por último, está el totemismo, la que distribuye grupos humanos y no humanos en conjuntos encabezados por ancestros comunes y que son ontológicamente distintos unos de otros.

Una situación referida como un conflicto ontológico correspondería a los conflictos medioambientales. Un ejemplo es el conflicto entre el pueblo Awaj'un y el Estado peruano en la Amazonía durante el año 2009 por la instalación de transnacionales en la zona. En esa situación, un líder del pueblo mencionado plantea el conflicto de la siguiente manera: "hablamos de los hermanos que alimentan nuestra sed, nuestras necesidades, los que nos bañan, los que protegen todo, esto se llama el río. [...] Un hermano jamás puede apuñalar a otro hermano, así nosotros no apuñalamos a un hermano que nos da de beber" (IWGIA, 2009). Otro caso corresponde al conflicto del Estado de Chile y Enel Endesa con las comunidades mapuche por la instalación de la central hidroeléctrica Neltume. En ese contexto, una activista mapuche señaló que "el río es el que le da la espiritualidad a la tierra; le da la generosidad de madre, de que puede engendrar y reproducir; para la concepción de vida del mapuche, la estrecha conexión de hombre y naturaleza se pierde, y al perderse eso, nosotros perdemos nuestro cariño y respeto a la madre tierra. Y con eso muere nuestro pueblo" (Castro, 2016, p. 46).

Sería en este tipo de conflictos donde el concepto 'cultura' como herramienta política y conceptual mostraría sus insuficiencias. Al entender a las personas no humanas

señaladas en las citas anteriores como parte del campo de la cultura (tradiciones, creencias, mitos, etc.) y empoderar este tipo de demandas como 'diferencias culturales', se terminarían reforzando las bases ontológicas de la modernidad, en la cual se plantea la existencia de un mundo con múltiples perspectivas (en este caso, culturales). En ese sentido, un asunto de carácter ontológico (un conflicto acerca de lo que hay) sería considerado como si fuera un asunto de carácter epistemológico (un conflicto entre diferentes perspectivas sobre lo que ya se ha establecido que hay). De esa manera, una diferencia ontológica sería convertida en diferencia epistemológica o cultural, siendo tratada mediante el protocolo político de unas de las ontologías en disputa (Blaser, 2018, 2019).

Abordar la diferencia ontológica como diferencia cultural tendría una serie de consecuencias que marginan a los pueblos indígenas de los ámbitos de negociación y deliberación política, además de descalificar los términos en los cuales estos pueblos plantean el conflicto existente:

Aquí volvemos a las justificaciones que varios agentes de la modernidad (gobiernos, corporaciones, organizaciones medioambientalistas) utilizan para descartar los reclamos indígenas: 'no podemos parar el progreso y el bien general en nombre de creencias culturales pintorescas y románticas, pero en última instancia poco realistas. La selva es madera, un banco genético, petróleo y agua; las montañas son rocas y minerales valiosos. Estas son todas cosas que se pueden convertir en mercancías que hagan crecer la economía'. Por cierto, que los medioambientalistas podrán saltar y decir 'las ciencias ecológicas nos dicen que

estos son ecosistemas delicados que no se pueden destruir sin consecuencias'. La respuesta es automática también, 'no hay problema, dejemos a los ecólogos que hagan un estudio de impacto y determinemos exactamente cuánto y de qué modo podemos sacar tantos recursos como podamos de la tierra sin destruirla completamente. Tal vez hasta podamos preservar algunos espacios de gran biodiversidad para el beneficio y disfrute de la humanidad'. Pero en este punto, la conversación no involucra más a aquellos que planteaban una relación de parentesco con no-humanos, esta es una conversación entre miembros de la tribu de los modernos que usan el único protocolo razonable para determinar cómo relacionarse con la naturaleza: la ciencia universal. ¿Parientes no humanos?, ¿espíritus?, ¿ancestros? Estas cosas no entran dentro del campo de la ciencia, no son cosas reales, son pura imaginación humana y por tanto caen dentro del campo de la cultura (Blaser, 2019, p. 68).

El cambio del reconocimiento desde una diferencia cultural a una diferencia ontológica tendría una serie de alcances políticos. Para empezar, sería un cuestionamiento a lo que Blaser (2018) llama el problema de la política razonable o racional, la que refiere una política donde los contendientes involucrados por lo menos están de acuerdo sobre lo que están conteniendo. Esto se asume que sucede, pero a costa de desatender el conflicto ontológico. Más bien, la política razonable logra hegemonizar la disputa porque tiene la "capacidad de establecer los términos de contestación (o desacuerdo) como un asunto de perspectivas compitiendo por su facticidad [lo cual resulta especialmente problemático para

quienes] no se adhieren a la epistemología derivada del supuesto ontológico de la existencia de un mundo “real” (p. 122). Las demandas de los pueblos indígenas, al no estar preocupados con la disputa sobre lo fáctico en términos de la política razonable, quedarían descalificados como poco realistas; que creen, pero no saben.

La solución propuesta sería el abordaje de los conflictos ambientales desde una “cosmopolítica”. Esta consiste en reconocer la existencia de ontologías múltiples, la que se basa en la idea de multiplicidad ontológica, esto es, que toda entidad existente es siempre una multiplicidad (Stengers, 2014). De esta manera, la cosmopolítica pretende ser un “espacio donde mundos múltiples y divergentes se encuentran con la posibilidad (sin garantías) de que emerjan relaciones que sean mutuamente revitalizantes en vez de mutuamente destructivas” (Blaser, 2019, p. 71). Esto tendría como efecto provincializar a la ontología moderna como una ontología más, quitándole el privilegio de lugar hegemónico que ostenta en el presente. Y le daría a la antropología el objetivo disciplinario de elucidar las condiciones de autodeterminación ontológica llevadas a cabo por los colectivos y comunidades humanas (Viveiros de Castro, 2013).

Para Escobar (2014), esto tiene los siguientes resultados concretos:

A través de las prácticas, las ontologías crean verdaderos mundos. Por ejemplo, la enacción de premisas sobre el carácter separado de la naturaleza, así como la forma de pensar en “economía” y “alimentación” lleva a la forma de agricultura del monocultivo (en contraste, una ontología relacional lleva a una forma de cultivo diverso e integral, como demuestra la

agroecología para muchos sistemas de finca campesinos o indígenas); la enacción de una ontología dentro de la cual la montaña es un ser discreto e inerte, un objeto sin vida, lleva a su eventual destrucción, como en la minería a cielo abierto de oro o carbón. Si la montaña es vista como un ser sintiente, el tratamiento que se le da es completamente diferente (p. 58).

Mientras que Silvia Rivera Cusicanqui señala que:

Para el caso del TIPNIS (Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro-Sécure), la consulta previa (sobre la construcción o no de una carretera que la atravesase) debería incluir consultarle a la propia tierra. O sea, reunir a todos los yatiris y chamanes de los yucararé, los mojeños, los aymaras, toda la gente que sabe hablar con la tierra, y deberían hacer ceremonias rituales para saber pues qué piensa el bosque, el TIPNIS, y si quiere o no quiere carretera. Si fueran coherentes tendrían que consultarle a la tierra, porque si le asignas derechos y luego tomas decisiones por encima de ella, es como seguir en el antropocentrismo (Rivera & de Sousa, 2015, p. 108).

Para llevarlo a cabo, se plantea como necesaria una ontología política, la que alude tanto a una sensibilidad política, a un problema y a un modo de análisis crítico. Lo primero implica un compromiso político con el pluriverso. Lo segundo, corresponde a enfrentarse al universalismo de la modernidad, reconociendo las dinámicas por el que los mundos u ontologías se enactúan a sí mismos en el proceso en que se relacionan, interfieren y mezclan entre sí. Mientras que, lo tercero, indica la

preocupación por desprenderse del supuesto de una realidad externa e independiente, más bien, busca centrarse en el tipo de realidades que se generan, en entrelazar una configuración diferente de una realidad que está en un estado de devenir permanente (Blaser, 2019; Latour, 2014).

Conclusiones

Por un lado, la revisión llevada a cabo en este texto ha permitido indagar en el carácter procesual de la politización de lo indígena. El trabajo con los conceptos es un tipo de enfoque que permite ir más allá de los esencialismos vinculados con lo indígena. Más bien, permite reconocer su capacidad de agenciamiento y sus repertorios de actividad política e intelectual. Además, permite reconocer la politización de lo indígena más allá de los movimientos indígenas, entendiendo la participación de diversos actores no indígenas en la temática. Estos puntos son necesarios de considerar para llevar a cabo un programa de investigación sobre las semánticas sobre lo indígena enmarcados en los procesos de politización de lo indígena.

Por otro lado, los nuevos conceptos sobre lo indígena buscan instalarse a partir de los desafíos en la materia que los conceptos vigentes no logran resolver adecuadamente. El concepto de epistemología plantea la revalorización de la pluralidad de formas de conocimiento o el pluralismo epistemológico de los pueblos indígenas. Este planteamiento resulta base en el reconocimiento de las cosmovisiones indígenas como sistemas de conocimiento que logren fundamentar modelos políticos, económicos, jurídicos, culturales y lingüísticos diferentes del sistema moderno occidental, además de incorporar a los conocimientos indígenas al campo académico.

Mientras tanto, el concepto de ontología busca superar los alcances del concepto de cultura. Se plantea que el primero refuerza las bases ontológicas de la modernidad, ya que plantea la existencia de un mundo con múltiples perspectivas. Los nuevos enfoques ontológicos señalan, en cambio, la necesidad de reconocer una diferencia ontológica, la que implica la existencia de una multiplicidad de formas de distribuir y establecer lo que existe y sus relaciones mutuas, es decir, un pluriverso. Esta distinción sería un recurso teórico y político importante para la validación de las argumentaciones indígenas en los conflictos con el Estado y las empresas transnacionales.

Finalmente, cabe destacar que el interés en este artículo ha consistido en ofrecer una aproximación a los estudios sobre la politización de lo indígena considerando su construcción discursiva. Para ello, ha centrado su interés en la constelación de conceptos con los cuales se politiza lo indígena. Los conceptos revisados ofrecen un nuevo nivel de reconocimiento de la diferencia, yendo más allá de la cultura o profundizando esta diferencia, otorgando herramientas teóricas que sofistican las posibilidades de agenciamiento político para los pueblos indígenas. En ese sentido, el uso de estos y otros nuevos términos en el proceso constitucional chileno de 2021-2022 da señales de la necesidad de revisar la validez y utilidad de estos planteamientos en contraste con la situación jurídica actual y para los procesos de elaboración de nuevos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales asociados a los pueblos indígenas.

Referencias

Aguas, J., & Nahuelpan, H. (2019). Los límites del reconocimiento indígena en Chile neoliberal. La implementación del Convenio 169 de la OIT desde la

- perspectiva de dirigentes Mapuche Williche. *Cultura-Hombre-Sociedad*, 29(1), 108–130.
- Antileo, E. (2019). La politización de la cultura y la tradición en los movimientos indígenas de Chile y Bolivia. *Revista Chilena de Antropología*, 40, 169–188.
- Antivil, A., Donoso, S., Figueroa, V., Millaleo, S., Murray, M., Núñez, M., & Viera-Gallo, J. (2021). Contribuciones a la discusión constitucional: reconocimiento y derechos de los pueblos indígenas. *Temas de La Agenda Pública*, 16(138), 1–14.
- Argüello, S. (2019). De la politización a los regímenes de ciudadanía. Ajustes analíticos para estudiar las disputas por los derechos sexuales. *Estudios Sociológicos de El Colegio de México*, 37(110), 489–503. <https://doi.org/10.24201/es.2019v37n110.1790>
- Arriscado, J. (2014). El rescate de la epistemología. En B. de Sousa & M. Meneses (Eds.), *Epistemologías del sur* (pp. 219–244). Akal.
- Audi, R. (2004). *Diccionario Akal de Filosofía* (R. Audi, Ed.). Ediciones Akal.
- Bello, Á. (2009). Multiculturalismo, ciudadanía y pueblos indígenas. ¿Un debate pendiente en América Latina? En L. Valladares de la Cruz, M. Pérez Ruiz, & M. Zárate (eds.), *Estados Plurales: Los retos de la diversidad y la diferencia*. Editorial UAM-Iztapalapa-Juan Pablos Editor.
- Blaser, M. (2018). ¿Es otra Cosmopolítica Posible? *Anthropologica*, 36(41), 117–144. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/anthropologica/article/view/19242>
- Blaser, M. (2019). Reflexiones sobre la ontología política de los conflictos medio ambientales. *América Crítica*, 3(2), 63–79. <https://doi.org/https://doi.org/10.13125/americanacritica/3991>

- Bretón, V. (2015). La politización de la etnicidad en la región andina: Apuntes sobre un debate inconcluso. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 99, 41–51.
- Carril, F., Fuentes, C., & Yon, R. (2021). El País imaginado: propuestas programáticas de candidaturas indígenas a la Convención y la plurinacionalidad en Chile. *Economía y Política*, 8(2), 95–129.
- Castro, N. (2016). Hacia una racionalidad reproductiva-ambiental. Aportes de los movimientos sociales contra las represas para la desmercantilización del territorio. *Revista CUHSO*, 26(2), 15–43. <https://doi.org/10.7770/cuhso-v26n2-art1071>
- Cordero, R. (2021). *La fuerza de los conceptos. Ensayos en teoría crítica e imaginación política*. Metales Pesados.
- Cortés, C. (2022). Análisis genealógico del patrimonio cultural inmaterial: conformación del concepto e identificación de sus arbitrariedades. *Cultura y Representaciones Sociales*, 16(32), 1–30.
- De Sousa, B. (2013). *Descolonizar el saber, reinventar el poder*. LOM.
- De Sousa, B. (2021). *El Fin del Imperio Cognitivo: la afirmación de las epistemologías del sur*. Trotta.
- De Sousa, B., & Meneses, M. (2014). *Epistemologías del sur*. Akal.
- Descola, P. (2012). *Más allá de naturaleza y cultura*. Amorrortu.
- Donoso, K., & Tapia, C. (2017). (De)construyendo el folclor: historia de su conceptualización en la academia universitaria chilena durante el siglo XX. *Revista Mapocho*, 82, 130–161.
- Escobar, A. (2014). *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*. Ediciones UNAULA.
- Estupiñán, L., & Gómez, M. (2023). La utopía constitucional descolonial y feminista chilena. Una lectura desde

- Colombia. En L. Estupiñán, L. Balmant, & M. Romero (eds.), *Constitucionalismo de la resistencia y la integración desde y para Abya Yala* (pp. 147–170). Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - Codhes.
- Fagioli, N. L. (2022). Notas para una Nueva Filosofía de la Tierra. Entre la Ética y la Ontología. *Mediações: Revista de Ciências Sociais*, 1–13. <https://doi.org/10.5433/2176-6665.2022v27n2e45048>
- Ferrater, J. (1951). *Diccionario de Filosofía: Vol. II*. Editorial Sudamericana.
- Figueroa, V. (2020). Nueva Constitución y pueblos indígenas: ejes sustantivos para un nuevo acuerdo de convivencia. En D. Namuncura, C. Alvarado, E. Antileo, A. Millabur, E. Loncón, A. Álvez, H. Cholango, R. Cayuqueo, P. González, D. Millaleo, S. Caniuqueo, A. Llao, P. Huenchumil, G. Curinao, V. Figueroa, F. Pairican, J. Paillalef, M. Lara, & S. Millaleo (eds.), *Wallmapu: ensayos sobre plurinacionalidad y nueva constitución* (pp. 181–190). Pehuén.
- Gálvez, D. (2022). *La politización de la etnicidad en la posdictadura chilena: Estado, activismo mapuche e institucionalidad en crisis* [Tesis doctoral, Freie Universität Berlin]. <https://refubium.fu-berlin.de/handle/fub188/35122>
- Güell, P., Márquez, R., Godoy, S., Zilveti, M., Castillo, J., Yopo, M., Morales, J., Sierra, M., & Orchard, M. (2015). *Desarrollo Humano en Chile 2015. Los tiempos de la politización*.
- Huenchuan, S. (2017). Propiedad Cultural e Intelectual de los Pueblos Indígenas: Objetos y Enfoques de Protección. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 8, 81–96. <https://doi.org/10.4206/rev.austral.cienc.soc.2004.n8-06>

- IWGIA. (2009, December 29). *Bagua*. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). https://www.youtube.com/watch?v=_e0TLB7CfAk
- Kaltmeier, O. (2007). ¿Politización de lo étnico y/o etnización de lo político? El campo político en el Ecuador en los años noventa. En C. Büschges, G. Bustos, & O. Kaltmeier (eds.), *Etnicidad y poder en los países andinos* (pp. 195–215). Corporación Editora Nacional.
- Larraín, H. (1993). ¿Pueblo, etnia o nación? Hacia una clarificación antropológica de conceptos corporativos aplicables a las comunidades indígenas. *Revista de Ciencias Sociales*, 2, 28–53.
- Latour, B. (2014). ¿El Cosmos De quién? ¿Qué cosmopolítica?: Comentarios Sobre Los términos De Paz De Ulrich Beck. *Pléyade*, 14, 43–59.
- Levalle, S. (2019). Disputas en torno al territorio en la subregión de Tierradentro. Un abordaje de larga duración. *Izquierdas*, 48, 211–227. <https://doi.org/10.4067/S0718-50492019000400211>
- Mignolo, W. (2014). Retos decoloniales, hoy. En M. E. Borsani & P. Quintero (eds.), *Los desafíos decoloniales en nuestros días: pensar en colectivo* (pp. 23–46). EDUCO.
- Millaleo, S. (2019). ¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 32(1), 29–50. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502019000100029>
- Millaleo, S. (2021). *Inclusión constitucional de los pueblos originarios en Chile: el desafío de la Plurinacionalidad*. Lom.
- Ñanculef, J. (2003). La cosmovisión y la filosofía mapuche: Un enfoque del Az-Mapu y del derecho consuetudinario en la cultura mapuche. *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, 6, 37–58.

- Ortiz, A., Arias, M., & Pedrozo, Z. (2019). Pensamiento decolonial y configuración de competencias decoloniales. *Ensayos Pedagógicos*, 14(1), 203–233.
- Pairican, F. (2022). *La vía Política Mapuche*. Paidós.
- Prada, R. (2014). Epistemología pluralista. En A. Zambrana (ed.), *Pluralismo epistemológico. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia* (pp. 13–54). FUNPROEIB Andes.
- Pulido, G. (2009). Violencia epistémica y descolonización del conocimiento. *Sociocriticism*, 24(1), 173–201.
- Quijano, A. (1992). Colonialidad y modernidad/racionalidad. *Perú Indígena*, 13(29), 11–20.
- Richards, P. (2016). *Racismo. El modelo chileno y el multiculturalismo neoliberal bajo la Concertación 1990-2010*. Pehuén.
- Rivera, S., & de Sousa, B. (2015). Conversa de mundo. En B. de Sousa (ed.), *Revueltas. De indignación y otras conversas* (pp. 80–123). Proyecto Alice. Universidad de Coimbra.
- Rocha, A., & Ruíz, R. (2018). Agendas de investigación indígena y decolonialidad. *Izquierdas*, 41, 184–197. <https://doi.org/10.4067/S0718-50492018000400184>
- Rosental, M., & Iudin, P. (1968). *Diccionario filosófico*. Ediciones Universo.
- Salazar, I. (2019). Juridización de lo indígena: ¿Globalización desde arriba o Globalización desde abajo? El caso del extractivismo del litio en el noroeste argentino. *Espacio Abierto*, 28(2), 71–83.
- Serbin, A. (1980). Etnicidad y política. Los movimientos indígenas en América Latina. *Nueva Sociedad*, 49, 57–71.
- Spivak, G. C. (2003). Can the Subaltern Speak? *Die Philosophin*, 14(27), 42–58. <https://doi.org/10.5840/philosophin200314275>
- Stengers, I. (2014). La propuesta cosmopolítica. *Pléyade*, 14, 17–41.

- Tello, K. (2019). Causas de la politización reactiva del conservadurismo evangélico en el Perú contemporáneo. *Politai Revista de Ciencia Política*, 10(19), 13–33. <https://doi.org/10.18800/politai.201902.001>
- Turbino, F. (2015). El trasfondo epistémico de los conflictos interculturales. *Contextualizaciones Latinoamericanas*, 6(11), 1–5.
- Viveiros de Castro, E. (2013). *La mirada del jaguar: introducción al perspectivismo amerindio*. Tinta Limón.
- Wright, S. (1998). The politicization of “culture.” *Anthropology Today*, 14(1), 7–15.
- Zapata, C. (2019). *Crisis del multiculturalismo en América Latina. Conflictividad social y respuestas críticas desde el pensamiento político indígena*. CALAS.
- Zapata, C., & Oliva, E. (2019). La Segunda Reunión de Barbados y el Primer Congreso de la Cultura Negra de las Américas: horizontes compartidos entre indígenas y afrodescendientes en América Latina. *Revista de Humanidades*, 39, 325–353.

Una propuesta más allá de los movimientos sociales: el cambio constitucional como facilitador del proceso de incorporación de derechos colectivos indígenas en América Latina⁸

Katherine Becerra Valdivia⁹

Resumen: En Latinoamérica, desde el retorno a la democracia, ha existido un desarrollo de los derechos colectivos indígenas, especialmente en la región andina. La literatura establece una correlación directa entre la existencia de movimientos sociales y un mayor grado de desarrollo de dichos derechos. Las respuestas que se han dado a los motivos de esta relación no han sido satisfactorias pues se basan en dos fenómenos distintos. En primer lugar, en partidos políticos étnicos, que no existen en todos los países del área y, en segundo lugar, en la apertura a estándares internacionales, los cuales no han sido del todo exitosos. Este trabajo argumenta que los principales factores para incluir derechos colectivos indígenas en los ordenamientos jurídicos internos de los países de la zona andina y del cono sur de América Latina son la combinación de movimientos sociales indígenas fuertes y un alto grado de cambio constitucional, principalmente nuevas constituciones, que permiten hacer una transformación de paradigma. Esta teoría es apoyada por datos cuantitativos descriptivos y el estudio de casos.

⁸Este es un trabajo previo, que luego fue profundizado en Becerra Valdivia (2022). Se han hecho las actualizaciones necesarias para esta publicación.

⁹Abogada, Doctora en Ciencia Política en la Universidad de Missouri, Estados Unidos de Norteamérica. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Magister en Derecho por la Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo. Magister en Pedagogía Universitaria de la Universidad Mayor, Santiago. Profesora Asistente de la Escuela de Derecho Coquimbo, Facultad de Ciencias Jurídicas, de la Universidad Católica del Norte.

Palabras clave: Movilizaciones indígenas, derechos colectivos, cambios constitucionales, democracia, Latinoamérica.

Introducción

En Latinoamérica ha habido un constante desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas. Desde los años noventa, las movilizaciones sociales han sido un importante factor para la incorporación de estos pueblos en el sistema democrático. Esto es una sorpresa si se piensa que la población indígena en Latinoamérica alcanza a un 8% del total (CEPAL, 2014). La relación entre movimientos sociales indígena y derechos colectivos ha sido estudiada por diferentes académicos, quienes establecen los desafíos que estos derechos representan en nuestro sistema liberal- individualista (Badger, 2010; Hsieh, 2006; Jovanović, 2012; Kreimer, 2000; Schilling-Vacaflor & Kuppe, 2012; Xanthati, 2000). La academia ha prestado atención a la incorporación de estos derechos por las movilizaciones indígenas, mediante dos respuestas: la presencia de partidos políticos étnicos en países como Ecuador y Bolivia o la apertura de los países latinoamericanos a tratados internacionales que protegen estos derechos (Madrid, 2012; Van Cott, 2000, 2008). Estas respuestas son ineficientes pues la presencia de partidos políticos indígenas es limitada en la región y la apertura a estándares internacionales no ha sido lo suficientemente fuerte para lograr una plena protección de sus derechos. Entonces las preguntas de investigación de este artículo son ¿Cuáles son los factores que producen la inclusión de los derechos colectivos indígenas en la región Andina y el cono sur de América Latina? ¿Los movimientos sociales indígenas en conjunto con los cambios constituciones pueden producir dicha inclusión?

Este artículo examina el concepto de cambio constitucional como principal factor institucional que hace la

diferencia para la incorporación de los derechos colectivos indígenas en los diversos sistemas nacionales de la zona andina y del cono sur de Latinoamérica (Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela, Argentina, Uruguay y Chile). Este concepto es entendido como cualquier alteración de la constitución cuyo objetivo sea adaptar dicho instrumento a las necesidades sociales y estatales de un país. Las alteraciones pueden ser totales, nueva constitución o ejercicio del poder constituyente originario; o parciales, reformas constitucionales o ejercicio del poder constituyente derivado. La teoría de este artículo establece que los cambios constitucionales pueden lograr un cambio en el paradigma liberal para incluir los derechos colectivos indígenas. La combinación de cambio constitucional con la presencia de movilizaciones indígenas es la única forma de establecer estos derechos en un país. Las expectativas de este trabajo son dos. La primera señala que un incremento de los derechos colectivos a nivel nacional está asociado con un aumento en la movilización indígena cuando existe un alto grado de cambio constitucional. La segunda expectativa establece que los movimientos sociales indígenas son más efectivos en incluir derechos colectivos cuando existe una nueva constitución que cuando hay mayor presencia de reformas constitucionales.

A través de estadísticas descriptivas y método de investigación cualitativo, caso de estudios de tres países Ecuador, Colombia y Chile, los resultados apoyan la teoría. Así es posible señalar que existe una interacción entre los movimientos sociales indígenas y los cambios constitucionales que aumentan las posibilidades de inclusión de los derechos colectivos en la zona andina particularmente.

1. Revisión de la literatura existente: Movimientos sociales indígenas y los derechos colectivos

Para esta investigación, hay dos conceptos que deben ser explicados para contestar las preguntas de investigación: derechos colectivos y movilizaciones indígenas.

Los derechos colectivos han sido desarrollados contra la clásica noción de los derechos individuales que se encuentran consagrados en todos los sistemas democráticos (Badger, 2010; Hsieh, 2006; Jovanović, 2012; Kreimer, 2000; Schilling-Vacaflor & Kuppe, 2012; Van Cott, 2000; Xanthati, 2000). Jovanović (2012) señala que los derechos colectivos, particularmente los indígenas, no pueden ser enraizados en nuestros sistemas normativos y morales altamente individualistas. Estos derechos han sido elaborados para proteger grupos de personas que tienen acceso a bienes colectivos, los cuales son producidos y gozados por comunidades específicas, tales como el lenguaje, tradiciones, territorio, religión, cultura entre otros, siendo su principal característica que deben ser ejercitados en conjunto (Jovanović, 2012). Específicamente para los pueblos indígenas estos derechos protegen la cultura rechazando la asimilación (Xanthati, 2000). Consecuentemente, estos derechos son un ejemplo de co-creación de la sociedad, reconociendo la diferencia de varios grupos al interior de un estado (Xanthati, 2000).

Estos derechos colectivos comenzaron a ser consagrados en diversos instrumentos internacionales para su protección, pero también han sido reconocidos y protegidos en los ordenamientos jurídicos nacionales. Desde el Derecho Internacional han sido protegido por dos instrumentos jurídicos. Uno de ellos es la Convención nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual establece que los pueblos indígenas tienen el derecho a preservar su propia identidad y hacer una clara distinción entre los derechos que ejercitan colectivamente como grupo y los derechos

individuales que poseen. La ratificación de este instrumento por los países concede a los pueblos una serie de herramientas jurídicas y políticas para movilizarse por la inclusión de sus derechos a nivel nacional (Van Cott, 2000). El otro instrumento importante es la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Badger, 2010) la cual reconoce la importancia de los derechos colectivos sobre todo el autogobierno de los pueblos para tomar sus decisiones. Es importante aclarar que este instrumento al ser una declaración es solo una guía de principios a seguir por los estados. Aguilar et al. (Aguilar et al., 2010) indica que estos instrumentos son estándares mínimos para el reconocimiento de estos derechos a nivel nacional.

A nivel nacional, tanto la constitución como otros instrumentos jurídicos debieran reconocer estos derechos. Aunque el grado de reconocimiento varía entre los estados, así hay autores que han establecido distintos niveles en el reconocimiento de estos derechos, habiendo tres grupos de países (Aguilar et al., 2010; Barié, 2003). Los que tienen un nulo o muy bajo reconocimiento, como Uruguay y Chile; los que tienen reconocimiento y protección de estos derechos, pero de una manera inconclusa según los autores, como Costa Rica y el Salvador; y finalmente los países que han sido innovadores en la protección de los derechos colectivos indígenas, como Bolivia, Ecuador y Colombia. En este artículo el foco es la región andina y el cono sur de Latinoamérica, por lo tanto, los grupos importantes son el primero, nulo o muy baja protección, y el tercero, los países denominados innovadores.

Uno de los factores de incorporación de estos derechos han sido los movimientos sociales indígenas. Estos movimientos han sido enmarcados dentro de la nueva ola de movimientos sociales en toda la región latinoamericana, apoyando la idea de la organización horizontal o

horizontalismo, que significa que el poder emerge desde abajo para cambiar como el juego político es jugado (Stahler-Sholk et al., 2014). Así, son los ciudadanos los que juegan un rol central en las decisiones públicas. Desde el comienzo del 2000 hasta el presente, ha existido una activación del movimiento indígena (Boulding & Holzner, 2015; Madrid, 2012; Moseley, 2015; Stahler-Sholk et al., 2014). Esto ha ocurrido principalmente en países como Bolivia y Ecuador que han tenido partidos políticos indígenas en el poder (Madrid, 2012), donde estos movimientos han visto un aumento en la visibilidad pública. Esto es toda una sorpresa teniendo en cuenta que en Latinoamérica solo un 8% del total de la población es indígena (CEPAL, 2014; ECLAC, 2008). Este porcentaje aumenta a un 16,1% si solo se consideran los países andinos (CEPAL, 2014; ECLAC, 2008).

La importancia de los movimientos sociales indígenas está basada en la influencia que ellos tienen en el ámbito político para incluir su identidad cultural. Hsieh (2006) señala que los movimientos indígenas han sido esenciales para reconocer a los indígenas como agentes políticos, en medio del éxito de los mercados, incluyendo sus derechos en varias partes del mundo en los últimos treinta años. Esto remarca la idea que los indígenas no son minorías que necesitan ser incluidos en el área política, sino que, los pueblos indígenas son actores políticos que han existido siempre, aun mucho antes que las organizaciones occidentales impusieran su forma de organización (Barié, 2003; Jovanović, 2012; Ketley, 2001), por tanto, ellos nunca debieron estar fuera del sistema.

La identidad cultural que está detrás de los movimientos sociales indígenas es el elemento central del análisis. Los pueblos indígenas buscan remover de la agenda política la idea que ellos necesitan “desarrollo” como grupo social. Esto se basa en la descolonización del pensamiento liberal, reconociendo su forma colectiva de vida. Para los pueblos el

concepto de “buen vivir” es entendido como un marco de vida no capitalista, donde la sociedad está en directa armonía con la naturaleza (Stahler-Sholk et al., 2014; Yashar, 2005). Este objetivo se relaciona con el reconocimiento de los indígenas como entidades colectivas. Su punto de vista es una manifestación de una cultura común, porque existe el reconocimiento mutuo de los miembros de la comunidad, y al mismo tiempo existe una auto identificación de las características esenciales del grupo. Esto se asocia con el hecho que incluso las decisiones personales de cada individuo están marcadas por su cultura (Jovanović, 2012). Estas características son reconocidas por los derechos colectivos y es por esto la importancia en su reconocimiento y protección.

La relación entre las movilizaciones indígenas y los derechos colectivos ha sido descrita en la literatura a través de dos explicaciones: la presencia de partidos políticos étnicos en la región o la presencia de instrumentos internacionales de derechos humanos. Sobre el primero, la existencia de partidos étnicos, la explicación indica que son ellos los capaces de reconducir las demandas de las movilizaciones, combatiendo la discriminación étnica y la inequidad (Madrid, 2012), consecuentemente los derechos colectivos son incluidos en los sistemas nacionales. Respecto a los instrumentos internacionales de derechos humanos, se indica que los estados presentan una serie de ineficiencias relativas a la centralización del estado, por lo tanto, los procesos de protección internos no son efectivos, por lo que las movilizaciones indígenas han coincidido con una tendencia internacional de codificación de derechos, sociales económicos y culturales, lo que ha hecho cambiar los ordenamientos jurídicos internos en base a los derechos humanos (Van Cott, 2000).

Ambas explicaciones son problemáticas. Respecto a los partidos políticos étnicos como canalizadores de las demandas indígenas esta explicación sería coherente solo en el caso de Bolivia, pues el Movimiento al Socialismo o MAS es el único partido étnico que ha sido próspero en tener representación política en numerosas ocasiones desde el año 2005, en diferentes poderes del Estado (Madrid, 2012) y si bien es cierto Bolivia es uno de los países considerado innovador en cuanto derechos colectivos, existen otros también que no han tenido partidos políticos étnicos. Respecto a los instrumentos de Derechos Humanos es cierto que han sido influyentes en la incorporación de nuevos derechos a los ordenamientos jurídicos internacionales, pero también existen casos que firmando y ratificando dichos documentos, las condiciones jurídicas y políticas de los pueblos indígenas no han cambiado, como en el caso de Chile. Es por lo que este artículo examinará el rol de otros factores, como el cambio constitucional para permitir el cambio.

2. Argumento Teórico: el cambio constitucional como catalizador de mejoras para los pueblos indígenas

El cambio constitucional o transformación constitucional (Lorenz, 2016; Negretto, 2016; Nolte & Schilling-Vacaflor, 2012; Van Cott, 2000) es entendido como cualquier tipo de alteración sufrida por la constitución con el objetivo de ser un instrumento adaptable para las nuevas necesidades de la sociedad y del estado. Las alteraciones pueden ser totales o parciales. Si la modificación es parcial es llamada reforma constitucional en sentido estricto y hay ejercicio del poder constituyente derivado. Negretto (2016) indica que esta adaptación preserva la constitución en ambientes cambiantes. Si la alteración es total, es una decisión política de reemplazar el orden legal en un estado con una nueva constitución, aquí hay ejercicio del poder constituyente originario. Estos dos tipos de

cambio constitucionales o reformas constitucionales en sentido amplio son instrumentos para adaptar el ordenamiento jurídico a nuevas sociedades, y estos cambios se mueven entre la permanencia de la constitución y la dinámica de la sociedad. Estos cambios constitucionales son elementos institucionales que impactan en la inclusión de los derechos colectivos indígenas, que son reclamados por los movimientos sociales, en el sistema jurídico.

Uno de los principales incentivos para realizar cambios a la constitución es la imposibilidad de la carta fundamental para alcanzar el bien público (Negretto, 2016). El bien público es entendido como un estado de bien común para la mayoría de la población. Consecuentemente, cuando el estado no es efectivo en abarcar varios grupos de la población en su principal instrumento jurídico, es lógico que dichos grupos pidan ser parte del bien público. Si el “buen vivir” tiene un significado diverso para un grupo importante de la población es esencial la movilización para hacer visible esa exclusión y tratar de enmendar el problema, incluso cuando el buen vivir es basado en una identidad colectiva que lleva a bienes colectivos, que son producidos y disfrutados en un grupo (Jovanović, 2012).

Así, el aspecto central de la teoría es como el cambio constitucional puede producir una efectiva modificación del paradigma liberal incluyendo derechos colectivos que han sido reclamados por las movilizaciones sociales indígenas. El cambio institucional que fue hecho por la constitución es esencial para incluir efectivamente la nueva manera de pensar que implica el reconocimiento de los derechos colectivos. A través del cambio constitucional y la movilización indígena es la única manera de incorporar la onto-epistemología indígena en el sistema legal. Esto significa que la inclusión de las formas de ser y del sistema de creencias de los pueblos indígenas (Kovach, 2009) solo puede ser incluida a través de cambios en

el instrumento legal más importante de un estado. Por lo tanto, cuando existe una movilización indígena fuerte y hay un alto grado de cambio constitucional, puede haber más inclusión de derechos colectivos. Esto se debe a dos motivos: la retroalimentación positiva que se produce para cambiar el paradigma y al principio de supremacía constitucional.

Cuando se habla del cambio constitucional como principal catalizador de los movimientos indígenas, el énfasis se pone en que este cambio genera una serie de movimientos en el sistema político y jurídico que permiten una retroalimentación positiva respecto a la necesidad de incluir los derechos colectivos indígenas dentro del paradigma, creando un nuevo punto de equilibrio que permite un desarrollo más armónico de estos derechos en sociedad. En este sentido esta teoría se relaciona con la propuesta de Jones y Baumgartner del año 1993 denominada “equilibrio puntuado” o “equilibrio interrumpido” o *“punctuated equilibrium”* (Peña, 2012; True et al., 1999).

La inclusión de los derechos colectivos ocurre pues al cambiar la constitución, y cambiar el paradigma en la cual ésta se basa, el resto de las normas jurídicas también deberán cambiar como efecto del principio de supremacía constitucional. De acuerdo con este principio la constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico en sus aspectos formales y materiales (Del Rosario Rodríguez, 2011; García de Enterría, 1982; Henríquez, 2016). En este sentido la jerarquía normativa obliga a las normas de menor grado a ajustar su contenido para seguir lo que se establece en la norma fundamental (Del Rosario Rodríguez, 2011; Squella Agustín, 2000). Es por esto, la inclusión no es solo la mera presencia de derechos dentro del ordenamiento jurídico interno, sino que la inserción de un sistema de protección para los pueblos indígenas desde la perspectiva de grupo, incluyendo la

autodeterminación, la jurisdicción en sus derechos, derechos bilingües, territorios y tierras, entre otros. Para algunos autores esto es llamado innovación en derechos colectivos indígenas (Aguilar et al., 2010). Si existe un nivel de cambio constitucional elevado, incluso si las movilizaciones indígenas son débiles, existe oportunidad de tener una alta presencia de derechos colectivos en el ordenamiento jurídico. Esto ocurre porque el sistema tiene los incentivos correctos para cambiar el paradigma tradicional y hacer una constitución más efectiva, pero los pueblos indígenas no son lo suficientemente fuertes para perseguir el cambio de paradigma. En este caso habrá derechos colectivos, pero ellos serán moderados, no consagrando derechos importantes como la autodeterminación y la propia jurisdicción en sus derechos.

Cuando el cambio constitucional es bajo, significa que la duración de la constitución es más alta, y la consecuencia será la existencia de distintos niveles de derechos colectivos indígenas. Incluso si exista una fuerte movilización indígenas, habrá una presencia frágil de estos derechos, porque la sociedad no tiene los incentivos necesarios para hacer el cambio de paradigma, cambiando la constitución. Pero los pueblos indígenas trabajan haciendo visible su diferente forma de vida, para poder incluir los derechos en alguna oportunidad. Por cierto, en este caso, los derechos que son incluidos en el ordenamiento jurídico no son los más importantes, pero si dejan ejercitar cierto grado de diferenciación, como el reconocimiento de los pueblos indígenas. Cuando las movilizaciones sociales indígenas son débiles o inexistentes y hay un bajo nivel de cambio constitucional, habrá una ausencia de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Esto ocurre porque en el país hay una permanencia del paradigma individual- liberal y una constitución efectiva, sin agentes que quieran ningún cambio, o ellos no son lo suficientemente

fuerzas para hacer sus demandas perceptibles. La tabla 1 muestra las diferentes relaciones entre las variables.

Tabla 1. Variables en estudio y las expectativas respecto a los derechos colectivos.

		Cambio Constitucional	
		Alto	Bajo
Movilizaciones Indígenas	Fuertes	Innovación en derechos colectivos	Frágil presencia de derechos colectivos
	Débiles	Nivel moderado de derechos colectivos	Ausencia de derechos colectivos

Esta teoría se enfoca en el cambio constitucional como principal factor de inclusión de los derechos colectivos, por tanto, hay que clarificar qué tipo de cambio constitucional es más influyente, el cambio parcial o ejercicio del poder constituyente derivado, o el cambio total o ejercicio del poder constituyente originario. Así, la expectativa es diferente si estamos frente a una reforma constitucional o una nueva constitución.

Estudios hechos por Negretto señalan que desde 1789 hasta el año 2001, Latinoamérica ha tenido 193 nuevas constituciones, comparada con 51 que ha tenido Europa occidental. A su vez Europa ha realizado 240 enmiendas a sus constituciones, un número muy superior a las 141 enmiendas realizadas a constituciones latinoamericanas. De acuerdo con este mismo autor la relación entre reforma constitucional y nueva constitución es inversamente proporcional: Si hay una mayor cantidad de nuevas constituciones, menos probabilidades de enmiendas, como es demostrado por los números anteriormente señalados. La causa de esto es la flexibilidad (Negretto, 2016). Si la constitución es fácil de

cambiar, su duración será más larga (Nolte & Schilling-Vacaflor, 2012) manteniendo un alto grado de estabilidad.

Cuando existe una nueva constitución, hay un nuevo sistema constitucional, configurando un nuevo pacto social. En este caso, cualquiera sea el proceso de nueva constitución, los pueblos indígenas tendrán mayor posibilidades de inclusión de los derechos colectivos a nivel nacional, porque habría más espacios para configurar un nuevo bien público, donde todos los sectores de la sociedad puedan ser oídos, y con la posibilidad de crear mayores y mejores entendimientos de las onto-epistemologías indígenas y cambiar el paradigma liberal, sin tener importancia la existencia de partidos políticos étnicos o la influencia de instrumentos internacionales.

Por otra parte, cuando se habla de reformas constitucionales, el grado de flexibilidad de la constitución importa. La flexibilidad constitucional es entendida como la facilidad con la que se le pueden hacer cambios formales al texto de la constitución de un estado (Ginsburg & Melton, 2015). Este concepto no debe ser confundido con lo que Ginsburg y Melton llaman la cultura de las enmiendas, que se refiere a las actitudes que se tienen respecto a lo deseable que son las reformas constitucionales en un estado (Ginsburg & Melton, 2015). Aunque las actitudes frente a las reformas constitucionales importan, aquí nos estamos refiriendo a lo simple o complejo que es reformar una constitución.

Retomando la idea que las reformas constitucionales y nuevas constituciones son acciones inversamente proporcionales, este trabajo señala que si es más difícil reformar una constitución, los movimientos sociales indígenas tendrán menos posibilidades de incluir sus derechos colectivos a nivel nacional, porque incluir estos derechos significa un nuevo entendimiento del pacto social, y los procesos de

reforma constitucional son una forma de proteger el paradigma liberal que está inmerso en las constituciones contemporáneas en Latinoamérica. En este sentido Ginsburg & Melton (2015) indican que las constituciones que requieren muchos actores políticos y quórum muy elevados de votación para cualquier cambio son mucho más difíciles de modificar, en comparación a procesos más simples. Así, el poder constituyente derivado tiene mayores incentivos para mantener el mismo paradigma capitalista liberal y no hacer cambios que los movimientos sociales indígenas proponen respecto de sus derechos colectivos. Así si miramos la lógica binaria de Negretto y Ginsburg & Melton, menos de uno, más del otro, y los datos aportados para Latinoamérica, la tendencia será tener mayor cantidad de nuevas constituciones en la región y menos reformas constitucionales, lo que se traduce en que las movilizaciones indígenas serán más capaces de incluir sus derechos, incluidos los más innovadores, en los estados que han ido cambiando sus constituciones, como lo muestra la tabla 2.

Tabla 2. Expectativas dependiendo del tipo de cambio constitucional.

	Cambio Constitucional	
	Alta cantidad de nuevas constituciones	Alta cantidad de reformas constitucionales
Movilizaciones indígenas	Mayor innovación en derechos colectivos	Menos innovación en derechos colectivos

3. Metodología

Este trabajo se enmarca en un paradigma socio-jurídico de investigación, en el cual no se pretende realizar un análisis

dogmático de la norma jurídica, en este caso los derechos colectivos indígenas o de ninguna otra fuente del Derecho, sino que, se realiza un análisis de los factores que en la realidad social y política permiten establecer ciertas normas jurídicas (Díaz, 2008; Matias, 2012). En particular se está realizando una investigación comparativa, usando Law-in-context (Derecho en contexto) desde una perspectiva micro, siguiendo las clasificaciones presentadas por Hoecke (2015). Lo primero significa que se estudia el qué hace que el Derecho/derecho sea tal y el porqué del Derecho/derecho en un momento determinado en diversos países, teniendo en cuenta siempre una observación empírica, y la perspectiva micro quiere decir que la observación se basa en una institución jurídica o norma en particular (Van Hoecke, 2015), no en todo el ordenamiento jurídico, en este caso los derechos colectivos y los factores que tienden a hacer posible su existencia en algunos países de Latinoamérica. Para lograr este objetivo, en este trabajo se usó estadísticas descriptivas para ilustrar y metodología cualitativa de investigación para analizar la teoría y argumentos. La metodología cualitativa es usada para entender la contribución de los movimientos sociales indígenas a la inclusión de los derechos colectivos en Latinoamérica, particularmente la región andina y el cono sur. Por lo que se utilizará el método de casos de estudio para profundizar la relación entre las variables. La selección de los casos de estudios puede ser compleja, puesto que la decisión de escoger uno sobre otro puede estar prejuiciada. Geddes indica que la selección de casos basada en la variable dependiente puede arribar a conclusiones prejuiciadas porque el investigador tiende a escoger los casos que llegan al resultado esperado y que es idéntico a lo expresado en la teoría (Geddes, 1990). Para eludir esto, la selección de caso de este artículo trabaja con un caso tipológicamente representativo de las expectativas y dos casos anormales. Esto es una decisión metodológica que se basa en la importancia de estos dos casos anormales, pues ambos

presentan distintas relaciones entre las variables y distintos resultados.

Por otro lado, cuando se trabaja en temas indígenas, Van Cott indica que los prejuicios en la selección de casos se relacionan con dos problemas. El primero está enfocado en los mismos casos. Los académicos usualmente escogen casos inusuales o exitosos e ignoran casos donde los indígenas han tenido poco o ningún éxito (Van Cott, 2010). Por lo que la mayoría de la literatura explica el caso ecuatoriano, donde, en general, los pueblos indígenas han sido exitosos. El segundo problema en la selección de casos se da en el número de indígenas en un estado. Generalmente la preocupación de la comunidad científica ha sido en países donde existe un alto porcentaje de población indígena (Van Cott, 2010). Los investigadores han estudiado en profundidad casos como el boliviano, ecuatoriano, guatemalteco, mexicano y peruano, pero ha obviado casos complejos donde habiendo poca cantidad de indígenas han tenido logros como Colombia y Panamá (Van Cott, 2010). Es importante aclarar que en el caso de este artículo se analizan los países de la zona andina (Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela y Ecuador) y del Cono sur de Latinoamérica (Argentina, Chile y Uruguay), y en particular los casos de Ecuador, Colombia y Chile.

4. Análisis

Antes de desarrollar los casos de estudio, se presentarán algunas estadísticas generales de la zona estudiada relacionada con las variables que se están estudiando.

4.1. Estadísticas descriptivas

La tabla 3 muestra cómo los países en estudio se comportan en atención a la inclusión de derechos colectivos

indígenas. Por una parte, se muestra la ratificación de la convención número 169 de la OIT y el nivel de protección de los derechos colectivos a nivel interno. El caso de Uruguay es interesante, pues es el único país de la zona estudiada y de Latinoamérica en general, que no ha ratificado la convención ni tiene consagración de derechos indígenas. Este país indica no tener población indígena (Barié, 2003).

Tabla 3. Inclusión de los derechos colectivos indígenas

Países	Ratificación del Convenio no. 169 de la OIT*	Presencia de derechos colectivos indígenas**
Argentina	2000	XX
Bolivia	1991	XXX
Chile	2008	X
Colombia	1991	XXX
Ecuador	1998	XXX
Perú	1994	XX
Uruguay	0	0
Venezuela	2002	XXX

* Fuente: OIT

** Fuente: Barié, 2003; Aguilar et al. (2010), con actualizaciones

0: no ratificación o no inclusión

X: Escasa inclusión

XX: inclusión de algunos derechos colectivos

XXX: la inclusión de derechos colectivos es innovadora

La tabla 4 muestra la presencia de movimientos indígenas en dos distintos años, de acuerdo con la información cuantitativa proporcionada por la base de datos V-Dem del año 2022 (Coppedge et al., 2022). Esta información ha sido codificada en base a los siguientes parámetros. Si los datos establecían un rango de presencia de los movimientos indígenas de 0 a 0,49 se estableció que la presencia de estos movimientos sociales es débil en la región. Este es el caso de Argentina, Chile, Colombia, Perú, Uruguay y Venezuela. Si el valor proporcionado es superior a 0,5 la presencia de movimientos sociales indígenas se codificó como fuertes, lo que se observa en el caso de Bolivia y Ecuador, en los años señalados en la tabla.

Tabla 4. Presencia de movilizaciones sociales indígenas

País	Años	Movimientos Indígenas*
Argentina	1990-2022	X
Bolivia	1990-2005	XX
	2005-2006	X
	2007-2009	XX
	2010-2011	XX
	2012	X
	2013-2021	XX
Chile	1990-2012	X
	2015-2022	XX
Colombia	1990-2021	X
Ecuador	1990-1996	X
	1997-1999	XX
	2000-2012	X
	2013-2021	XX
Perú	1990-2021	X

Uruguay	1990-2021	X
Venezuela	1990-2022	X

* Fuente: V-Dem (2022)

X: Movilizaciones indígenas débiles

XX: Movilizaciones indígenas fuertes

En relación a los cambios constitucionales la tabla 5 muestra la información referente a la presencia de nueva constitución, el número de constituciones vigentes desde 1990 al 2018, la frecuencia de las reformas constitucionales, de acuerdo a la información proporcionada por Nolte (2013) y la codificación que se ha hecho en general de los cambios constitucionales estableciendo un nivel bajo de cambio constitucional, en los casos de Argentina, Uruguay y Venezuela, o un nivel alto, en el caso de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Para codificar esta última información se tuvo en cuenta el número de constituciones vigentes y la frecuencia de reformas constitucionales.

Tabla 5. Cambio Constitucional

País	Nueva Constitución (1990-2021)	No. Constituciones Vigentes (1990-2021)	Frecuencia de las reformas constitucionales*	Cambio Constitucional
Argentina	1 (1994)	2	0,04	X
Bolivia	3 (1994, 2004, 2009)	4	0,18 (2009)	XX
Chile	0	1	1,22	XX
Colombia	1 (1991)	2	1,60 (1991)	XX
Ecuador	2 (1998, 2008)	3	0,62 (1990-1998) 0 (1998-2008)	XX
Perú	1 (1993)	2	0,39 (1993)	XX
Uruguay	0	1	0,13	X
Venezuela	1 (1999)	2	0,04	X

* Fuente: Nolte, 2013

X: Bajo

XX: Alto

Triangulando las distintas informaciones entregadas en las tablas anteriores es posible señalar el distinto nivel de inclusión de derechos colectivos actualmente, siguiendo el argumento establecido anteriormente, como muestra la tabla 6:

Tabla 6. Variables en estudio y las expectativas respecto a los derechos colectivos con los países.

		Cambio Constitucional	
		Alto	Bajo
Movilizaciones Indígenas	Fuertes	Innovación en derechos colectivos (Bolivia, Ecuador)	Frágil presencia de derechos colectivos
	Débiles	Nivel moderado de derechos colectivos (Perú, Venezuela)	Ausencia de derechos colectivos (Uruguay)

Argentina, Chile y Colombia se presentan como casos anormales, porque no siguen la teoría establecida en este trabajo. Chile tiene un grado variable de movilizaciones indígena, un alto grado de reformas constitucionales, pero hay una frágil presencia de derechos colectivos en el ordenamiento jurídico nacional. Argentina tiene un bajo nivel de movilización indígena, un bajo nivel de cambio constitucional e inclusión moderada de derechos colectivos indígenas. Colombia tiene movimientos sociales indígenas que son considerados débiles, una gran cantidad de reformas constitucionales, y un nivel innovador de derechos colectivos.

4.2 Método Cualitativo: Casos de Estudio

Para los casos de estudio, el enfoque será en un país que presenta la combinación de fuertes movilizaciones indígenas y alto grado de cambio constitucional, Ecuador, y por otro lado los casos anormales de Chile y Colombia. Para aclarar, y no caer en los prejuicios establecidos anteriormente por Van Cott (2010), el caso de Ecuador se ha escogido pues presenta distintos niveles de inclusión en distintos periodos de su historia. Es posible encontrar innovación en la incorporación de derechos colectivos a partir del cambio constitucional de 2008,

pero la inclusión fue más moderada con las constituciones de 1978 y 1998.

Las actuales similitudes de Ecuador, Colombia y Chile se basan en distintos factores, por ejemplo, los tres son países con sistemas presidenciales, con presencia moderada a alta de población indígena (Chile: 11%; Ecuador: 7%; Colombia: 3.4% (CEPAL, 2014)). Las mayores diferencias en este estudio están basadas en el nivel de movilización indígena, en la inclusión de derechos colectivos indígenas y cómo han vivido los cambios constitucionales. Como se destacaba anteriormente, la particularidad de Ecuador es que la inclusión de los derechos colectivos indígenas ha sido distinta en diferentes periodos históricos pasando desde una frágil presencia hasta ser considerado hoy uno de los países más innovadores. Colombia es un país que presenta un muy bajo nivel de movilizaciones indígenas, antes de la entrada en vigor de su constitución, pero también después, lo que es explicado por otros factores como la inclusión de los derechos colectivos. Chile tiene la característica de tener muy pocos derechos colectivos a pesar de tener movimientos indígenas y ha sido poco estudiado por la literatura pues no es considerado lo suficientemente andino o sus movilizaciones no han sido lo suficientemente antineoliberales para producir cambios (Funk, 2012).

5.2.1. Ecuador

Desde 1990, Ecuador ha tenido 3 constituciones con diversos niveles de inclusión de derechos colectivos indígenas, usando el marco de la buena vida o *sumak kawsay* como principio rector, incluso hoy cuentan con derechos entregados a la *pachamama* (Gudynas, 2009). En este caso los derechos indígenas son fuertes y los pueblos poseen uno de los derechos más importantes, la autodeterminación. Aguilar et al indican que la constitución ecuatoriana de 2008 entrega a los distritos

electorales indígenas y afroecuatorianos un gobierno autónomo (Aguilar et al., 2010). Con esto los otros derechos colectivos, como lenguaje, educación bilingüe, recursos naturales, etc., son más fáciles de ejercitar. Contrario a lo que podría esperarse, teniendo una extensiva lista de derechos en diversos niveles normativos, Ecuador señala tener uno de los movimientos sociales indígenas más fuertes en América Latina, con la presencia de nacionalidades del Amazonas y de la costa andina, quienes están unidos en una de las más grandes organizaciones llamadas Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) (Yashar, 2005). Esta organización agrupa a las 14 nacionalidades indígenas ecuatorianas para luchar por la justicia social (Becker, 2014). En este sentido, la labor de esta federación ha sido importante para hacer visible la sociedad local en la que viven los indígenas e incluir la visión colectiva del mundo que ellos tienen en la constitución que está vigente en el Ecuador. El alto nivel de movilizaciones indígenas ha sido importante en incluir estos derechos y ha sido constante aun cuando han ido logrando sucesivamente su objetivo. Esto es fascinante, pues demuestra lo importante que son los movimientos sociales para hacer cambio, pero también para mantenerlos. Relacionado con esto la Constitución de 2008 solo ha sido enmendada en una ocasión el año 2015, aun cuando las modificaciones no versaron respecto a los derechos colectivos indígenas.

La Constitución de 1998 también fue importante para consagrar derechos colectivos para los pueblos indígenas, aunque estos derechos fueron más conservadores. La constitución declaraba que el estado ecuatoriano era plurinacional y multiétnico, con una extensa lista de derechos colectivos, sin embargo, de acuerdo con lo indicado por Grijalva, esta declaración solo se preocupaba de lo cultural con un enfoque estático, si se le compara con la constitución de 2008, cuyo énfasis es en las interacciones políticas, lo que produjo

más derechos colectivos (Grijalva, 2009). En el periodo previo a la entrada en vigor de esta constitución el nivel de movilizaciones sociales indígenas fue uno de los más altos de la historia del Ecuador de acuerdo con la información entregada por la base de datos de V-Dem (Coppedge et al., 2022) y la frecuencia de reformas constitucionales de esta constitución fue de 0 de acuerdo con la información provista por Nolte (Nolte, 2013). Esto implica la importancia de los pueblos indígenas para incluir derechos colectivos en nuevas constituciones, más que en reformas constitucionales. Respecto a las normas jurídicas que se dictaron en dicho periodo, señalar que existió la tendencia a establecer instituciones o adecuar la legislación existente. Por ejemplo, se creó el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (Decreto Ejecutivo no. 368 R.O.) o la Dirección Nacional de Salud de los Pueblos Indígenas (Decreto no. 1.642), lo que afianza el enfoque estático de la constitución.

El tiempo en que Ecuador tuvo menos derechos colectivos para los pueblos indígenas fue cuando la Constitución de 1978 estaba en vigencia. Este instrumento constitucional solo reconocía los lenguajes indígenas como parte de la cultura natural de acuerdo con su artículo 1. Nolte (2013) señala que en este periodo la frecuencia de reforma constitucional fue la más alta para el Ecuador. En los 80, las movilizaciones indígenas comenzaron a emerger activamente, aunque estas modificaciones y enmiendas constitucionales no fueron lo suficientemente fuertes para promover la inclusión de derechos colectivos para las nacionalidades indígenas. De hecho, en este periodo no existe legislación o normativa específica que haya regulado ningún tipo de derecho Indígena (Barié, 2003).

5.2.2. Colombia

En 1991, en Colombia, entró en vigor una de las constituciones latinoamericanas más protectoras de los derechos colectivos indígenas, aun cuando esta población alcanza un 3,4 % del total (CEPAL, 2014). Para algunos, precisamente este factor fue importante para el reconocimiento de estos derechos, pues el estado no veía peligro alguno en otorgarlos (Semper, 2006). Esta constitución es considerada una de las innovadoras en la región (Aguilar et al., 2010), lo que lleva aparejado que todo el ordenamiento jurídico ha transitado hacia esa protección. Esta inclusión fue el resultado de variados movimientos sociales indígenas que se suscitaron en el periodo anterior a su tramitación y entrada en vigor. Solo a modo de ejemplo, consignar que en Colombia existe un derecho a la educación intercultural, un derecho a los lenguajes indígenas en sus territorios, un derecho a la tierra como territorios arqueológicos, derechos de autonomía. Esta autonomía ha sido necesaria para los pueblos indígenas, pues sus territorios constituyen una de las unidades territoriales del estado donde las nacionalidades indígenas pueden mantener y practicar sus propias reglas para manejar sus intereses, lo que incluye el derecho a gobernarse con sus propias autoridades y administrar sus recursos, de acuerdo con Aguilar et al (2010) y Semper (2006). El proceso colombiano fue uno de los inspiradores de los otros movimientos en la región (Barié, 2003).

En 1983, se crea la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), la cual se presenta en la escena nacional a través de dos intervenciones. En palabras de Laurent, estas fueron de acción directa propendiendo a la recuperación de tierras; o de recurso legal, usando la normativa vigente hasta ese momento para luchar por sus derechos (Laurent, 2010).

El reconocimiento de derechos indígenas ha sido una característica importante que ha cambiado la estructura del

Estado y los instrumentos de protección de los derechos. Como ejemplo, el Congreso tiene cuotas especiales para diputados y senadores indígenas (Aguilar et al., 2010). También la Corte Constitucional Colombiana ha sido una institución clave de los pueblos indígenas, trabajando desde la interpretación constitucional y asegurando que el estado cumpla con sus obligaciones. En particular, la Corte ha sido relevante en el establecimiento del derecho a consulta general en ese país. Colombia es un modelo en cómo debe interpretarse ese derecho a través de su jurisprudencia sin mucha legislación doméstica (Inter-American Institute of Human Rights, 2016; Semper, 2006). A mayor abundamiento, se crearon una serie de instrumentos jurídicos para proteger estos derechos como la acción de tutela (Semper, 2006).

Este reconocimiento constitucional permitió la entrada y expansión de los derechos colectivos indígenas en Colombia a través de la corte constitucional y con alguna legislación. Siguiendo con el ejemplo del derecho a la autonomía, esta se basa en la ley 89 de 1890, de la cual algunos artículos fueron declarados inconstitucionales en 1996 (Laurent, 2010), pero se ha visto complementada y el lenguaje modernizado en varios decretos reglamentarios, principalmente el 2164 de 1995 (Semper, 2006). Asimismo, a partir de la Constitución de 1991, se han ido regulando otras materias como la creación de asociaciones de cabildos y/o autoridades indígenas (decreto 1088 de 1993) o la regulación de la consulta previa en materia medioambiental (decreto 1320 de 1998).

De acuerdo con Laurent, la baja en los movimientos sociales indígenas en el país se debe a que luego del reconocimiento otorgado a los pueblos originarios en la Constitución de 1991, hubo un cambio en las reglas del juego que fue aprovechado en el juego electoral para apoyar candidatos indígenas o pertenecientes a dichos movimientos

(Laurent, 2010). Desde el año 2008 con la organización de la Minga Nacional de Resistencia Indígena y Popular, hubo un crecimiento del movimiento pidiéndole al estado que honrara los compromisos adquiridos (Laurent, 2010), pero aun así de acuerdo con la información entregada por V-Dem los movimientos antisistema étnicos se ha mantenido muy bajo o casi inexistente en los últimos años (Coppedge et al., 2019).

5.2.3 Chile

Es un caso interesante por variadas razones. En primer lugar, hay una falta de estudios sistemáticos sobre la relación entre movilizaciones sociales indígenas y derechos colectivos. Si bien es cierto, el país presenta un porcentaje de población indígena menor a la región andina, las movilizaciones sociales son elevadas y han ido creciendo cada año (Coppedge et al., 2019). En este sentido Funk ha indicado que sin lugar a duda Chile es un país más estable que sus vecinos en el norte, y que posee un mejor nivel de bienestar social y económico, pero que sin embargo el alto nivel de desencanto que los ciudadanos presentan frente al sistema económico y político, con frecuentes manifestaciones sociales de diversos sectores de la sociedad, hacen que la diferencia con los países andinos sea de grado más que de tipo (Funk, 2012). Por lo que el análisis cualitativo en este caso es importante. La otra razón para que Chile sea objeto de estudio es porque es un caso anormal dentro de la teoría desarrollada en este trabajo, pues con un alto grado de movilizaciones sociales indígenas, hay un grado mínimo de desarrollo de los derechos colectivos. La diferencia está en el rol que juega el cambio constitucional, principalmente la ausencia de nueva constitución.

La legislación chilena reconoce un número muy menor de derechos colectivos indígenas. A mayor abundamiento Chile, es uno de los 5 países en América del Sur que no tiene

ningún reconocimiento de derechos indígenas. Los otros casos son Uruguay, Belice, Guyana Francesa y Surinam. En todos estos casos estos países señalan no tener población indígena o conflictos indígenas por la composición racial de su país. La diferencia en el caso de Chile radica en la promoción de la noción de “chilenidad” que se ha llevado a cabo de acuerdo a Aguilar et al. quienes indican que este concepto refuta la existencia de nacionalidades indígenas y marginaliza a ciertos tipos de grupos étnicos (Aguilar et al., 2010). En este sentido los estándares legales han fallado en proveer un rol positivo de las nacionalidades indígenas en la sociedad nacional según indica Worthen (Worthen, 1998). Esta falta de rol positivo o de retroalimentación positiva crea problemas de entendimiento lo que se traduce en políticas públicas que se basan en solo en igualdad individual y no colectiva (Worthen, 1998). Luego de muchas conversaciones entre autoridades nacionales y pueblos indígenas ha sido imposible introducir la noción de buen vivir y de los derechos colectivos en el ordenamiento jurídico nacional. La historia solo muestra algunas comisiones que realizó recomendaciones en este sentido (Rodríguez & Carruthers, 2008), y en la historia inmediata podemos encontrar el trabajo realizado para la elaboración de un proyecto de nueva constitución durante los años 2016 - 2017, pero que actualmente con un nuevo gobierno no hay voluntad política para su tramitación. Luego de variadas propuestas de reforma constitucional, pareciera ser que el miedo de las autoridades, en particular el Poder Legislativo en su función de Poder Constituyente Derivado, es establecer implícitamente un derecho a la autodeterminación de los pueblos si se consagra cualquier alusión a las nacionalidades indígenas en la constitución (Román, 2014). Consecuentemente, hasta hoy no hay cambios relacionados con esta inclusión.

Incluso, si la frecuencia de reformas constitucionales en el país es una de las más altas de la región siguiendo a Nolte

(Nolte, 2013), esto no hace mucho para lograr un cambio ideológico e incluir los derechos colectivos en el ordenamiento legal, aun cuando el nivel de movilizaciones indígenas y de población indígena es similar al de Ecuador de acuerdo con la información proporcionada por V-Dem (Coppedge et al., 2022) y CEPAL (CEPAL, 2014). En este caso los movimientos sociales indígenas son inefectivos por las sospechas de las autoridades. Lo paradójico de esta idea, es que las autoridades prefieren tener protestas violentas en ciertos sectores del país y preparar policías especializadas que comiencen un proceso de reconocimiento e introducción de derechos colectivos. En este sentido, los movimientos sociales indígenas son más fuertes en el sur del país, donde el pueblo mapuche aun lucha por sus tierras y su reconocimiento como nación (Rodríguez & Carruthers, 2008), las estrategias de esta lucha han sido incluso violentas o aparentemente violentas en algunos periodos (Funk, 2012).

El rechazo a los pueblos indígenas ha sido una constante en Chile. Por ejemplo, la Convención No. 169 fue solo ratificada en Chile el año 2008, y entró en vigor en septiembre de 2009. Teniendo en cuenta que este instrumento fue elaborado y comenzado a firmar por los países en 1989, Chile fue uno de los países en la región que más le costó ratificar este instrumento. La consecuencia de esto es la falta de derechos sociales y colectivos, enfocándose el ordenamiento jurídico solo en la individualidad de la persona (Román, 2014). Con esto, la única alternativa de realizar algún cambio es esperar por una nueva constitución que cambie el punto de vista individual-liberal a algo más colectivo, a los grupos como sujetos de derecho. En este sentido las autoridades pasadas tomaron algunas decisiones. Con la propuesta de una nueva constitución la presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria en los últimos años de su gobierno trabajó en el Proceso Constituyente Indígena, donde se negociaron algunos derechos

indígenas para una nueva constitución. El proceso fue complejo y hoy se sabe que no hay interés por parte del gobierno de Sebastián Piñera en seguir tramitando esta nueva carta fundamental. Lo que es rescatable es el proceso de consulta que se llevó a cabo el año 2017, siguiendo las indicaciones del Convenio No. 169. Con la representación de todos los pueblos indígenas reconocidos en Chile, hay muchos tópicos en los que se llegó acuerdo, otros en los que no, pero sin duda ha sido un proceso importante de diálogo entre el estado y los pueblos originarios.

En términos reales la normativa indígena que dice relación con derechos colectivos se basa en tres cuerpos legales. La ley indígena No. 19.253 publicada en el diario oficial en octubre de 1993, la cual establece la protección de las tierras indígenas (sólo en cuanto a la acción focalizada del estado), el reconocimiento, respeto y protección de la cultura e idioma, así como el establecimiento de las asociaciones indígenas (Aylwin, 2005). Por otro lado, por la ratificación del Convenio No. 169, se dictó el Decreto Supremo No. 66 el año 2013, que regula el derecho a consulta como parte del derecho a participar en la toma de decisiones públicas que digan relación con los pueblos indígenas, en materias generales, y un año antes el 2012, se dictó el Decreto Supremo No. 40 que se preocupa de regular este derecho en materia medioambiental. Sin lugar a duda, un avance, pero aún se requiere de más protección de estos derechos para obtener un significativo cambio de paradigma.

Desde el 2019, y luego de un estallido social ocurrido en octubre, ha existido intención de realizar una nueva constitución. Un primer intento fue la de la Convención Constitucional que trabajó durante el año 2021 y 2022, donde la propuesta final presentaba no solo el reconocimiento de los pueblos originarios, sino que una serie de derechos colectivos indígenas. Esta propuesta constitucional fue rechazada el 4 de

septiembre de 2022. Uno de los motivos del rechazo, fue la incorporación de la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico, dentro de los derechos consagrados. Durante el 2023, se está desarrollando otro intento a través de una Comisión de Expertos y del Consejo Constitucional. El anteproyecto, entregado por la Comisión de Expertos, reconoce a los pueblos originarios, y deja a la ley la regulación de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en Chile.

Conclusión

Después de realizar este estudio es posible señalar que la teoría es apoyada en cuanto el cambio constitucional y los movimientos sociales son elementos importantes para realizar inclusión de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En este sentido es posible establecer que cuando hay movimientos indígenas que son fuertes y un alto grado de cambio constitucional hay más posibilidades de incluir los derechos colectivos indígenas en el ordenamiento jurídico. Estos dos elementos deben estar presente al mismo tiempo para lograr el cambio, así es observado en el caso de Ecuador y parcialmente en el de Colombia. Estos resultados son interesantes, pues apoyan las expectativas establecidas en la teoría de este artículo. Así también se ve corroborada la idea de que lo que provoca mayores cambios en la inclusión de derechos colectivos, en término de cambio constitucional, es un proceso de nueva constitución, no el proceso de reforma constitucional. Esto se relaciona con la bibliografía existente en torno a la presencia de un alto grado de nuevas constituciones en la región en comparación con Europa. Así como también, lo sostenido en este trabajo, que las reformas constitucionales, al hacer cambios a la constitución, permiten un mantener y consolidar los paradigmas que se han establecido en occidente como los primordiales, que dejan de lado cualquier otra idea

distinta que incluya una visión colectiva de la vida. Una nueva constitución en conjunto con los movimientos sociales indígenas produce una retroalimentación positiva sobre los derechos indígenas lo que posibilita su inclusión en los sistemas.

Estas conclusiones se observan con mayor claridad en los estudios de casos analizados. En el caso del Ecuador con tres constituciones que han sido muy distintas en el tratamiento de los derechos indígenas han sido importantes para aumentar estos derechos en el ordenamiento jurídico interno. Con la constitución de 1978 había movimientos indígenas, pero aun así la inclusión de los derechos indígenas fue menor. Con la constitución de 1998, el nivel de protección de estos derechos en el ordenamiento jurídico interno aumentó, así como el nivel de movilizaciones. El nuevo cambio constitucional vino el 2008, con una nueva protección de derechos colectivos indígenas, siendo uno de los ordenamientos jurídicos más innovadores en Latinoamérica. En este sentido, Ecuador es uno de los ejemplos de la importancia del establecimiento de nuevas constituciones, lo esencial que es la movilización por los cambios, para el logro de mayores y mejores derechos.

El caso colombiano es atractivo, pues aporta una visión distinta del fenómeno. Con movilizaciones indígenas muy bajas pero constantes hasta el 2015, Colombia se establece como un país innovador en materia de inclusión de derechos colectivos indígena, con un cambio constitucional el año 1991 y una tasa de frecuencia de reforma constitucional alta en comparación al resto de los países en estudio. Sin dudas, esta innovación en derechos colectivos no solo ha sido en materia legislativa, el rol de la Corte Constitucional Colombiana ha sido esencial para hacer respetar el principio de Supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico interno, respetando y contribuyendo al nuevo paradigma. También es distinto el desarrollo de los

movimientos indígenas, pues si bien empezaron su trabajo desde fuera de la institucionalidad, han logrado mantener su trabajo a través del apoyo electoral que prestan a sus miembros.

Chile es interesante, pues las movilizaciones indígenas han sido una constante desde el regreso a la democracia, pero la legislación ha sido insuficiente para incluir nuevos derechos. No existe cambio constitucional en el sentido de nueva constitución, pues la Constitución de 1980 ha mantenido su vigencia hasta nuestros días, aunque ha sufrido variadas reformas constitucionales, siendo la constitución con una de las más altas tasas de cambios en la región. Si bien este caso fue tratado como un caso anormal, dentro de la teoría, también puede utilizarse para reforzar la expectativa de que este tipo de cambios constitucionales, que se traducen en modificaciones al texto en vigencia, no producen un cambio para dar mayores protecciones a los pueblos indígenas, pues tienden a perpetuar el *statuo quo*.

Referencias

- Aguilar, G., LaFosse, S., Rojas, H., & Steward, R. (2010). South/North Exchange of 2009—The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America. *Pace International Law Review Online Companion*, 2010, [xiii].
- Aylwin, J. (2005). *Pueblos indígenas de Chile: Antecedentes Históricos y Situación Actual*. Instituto de Estudios Indígenas Universidad de la Frontera.
- Badger, A. (2010). Collective v. Individual Human Rights in Membership Governance for Indigenous Peoples. *American University International Law Review*, 26, 485.

- Barié, C. G. (2003). *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: Un panorama*. Editorial Abya Yala.
- Becerra Valdivia, K. (2022). *Indigenous collective rights in Latin America. The role of Coalitions, Constitutions and Party Systems*. Lexington Books. <https://rowman.com/ISBN/9781666909111/Indigenous-Collective-Rights-in-Latin-America-The-Role-of-Coalitions-Constitutions-and-Party-Systems>
- Becker, M. (2014). Correa, Indigenous Movements, and the Writing of a New Constitution. En *Rethinking Latin American social movements: Radical action from below* (pp. 267–283). Rowman & Littlefield.
- Boulding, C., & Holzner, C. (2015). *Vote and Inequality in Latin American Democracies*. Paper presented at the 73rd Annual Conference of the Midwest Political Science Association, Chicago, IL, april 16-19.
- CEPAL. (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Síntesis.
- Coppedge, M., Gerring, J., Knutsen, C. H., Lindberg, S. I., Skaaning, S.-E., Teorell, J., Altman, D., Bernhard, M., Fish, M. S., Cornell, A., Dahlum, S., Gjerløw, H., Glynn, A., Hicken, A., Krusell, J., Lührmann, A., Marquardt, K. L., McMann, K., Mechkova, V., ... Ziblatt, D. (2022). *V-Dem Country-Year Dataset 2021*. Varieties of Democracy (V-Dem) Project. <https://doi.org/10.23696/vdemcy18>
- Del Rosario Rodríguez, M. F. (2011). La supremacía constitucional: Naturaleza y alcances. *Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica*, 20(1).
- Díaz, J. (2008). La Investigación Jurídica y la investigación socio-jurídica: Entre el modo jurídico de investigación y el método científico. *Iustitia*, 6, 201–206.
- ECLAC. (2008). *Indigenous People. Latin America and the Caribbean Demographic Observatory*.

- Funk, K. (2012). "Today there are no indigenous people" in Chile?: Connecting the Mapuche struggle to anti-neoliberal mobilizations in South America. *Journal of Politics in Latin America*, 4(2), 125–140.
- García de Enterría, E. (1982). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas.
- Geddes, B. (1990). How the cases you choose affect the answers you get: Selection bias in comparative politics. *Political Analysis*, 2, 131–150.
- Ginsburg, T., & Melton, J. (2015). Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. *International Journal of Constitutional Law*, 13(3), 686–713.
- Grijalva, A. (2009, July 16). *Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador del 2008*. <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-454.html>
- Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, 32, 34–47.
- Henriquez, M. (2016). *Las Fuentes del Orden Constitucional Chileno*. Thomson Reuters.
- Hoecke, M. V. (2015). Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method*, 12. <https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001>
- Hsieh, J. (2006). *Collective rights of indigenous peoples: identity-based movement of plain indigenous in Taiwan*. Routledge.
- Inter-American Institute of Human Rights (ed.). (2016). *El derecho a la consulta previa, libre e informada: Una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Jovanović, M. A. (2012). *Collective rights: A legal theory*. Cambridge University Press.

- Ketley, H. (2001). Exclusion by Definition: Access to International Tribunals for the Enforcement of the Collective Rights of Indigenous Peoples. *International Journal on Minority and Group Rights*, 8, 331.
- Kovach, M. (2009). *Indigenous Methodologies: Characteristics, Conversations, and Contexts*. University of Toronto Press.
- Kreimer, O. (2000). Collective Rights of Indigenous Peoples in the Inter-American Human Rights System, Organization of American States. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 94, 315-316.
<https://doi.org/10.1017/S0272503700056238>
- Laurent, V. (2010). Con bastones de mando o en el tarjetón. *Colombia Internacional*, 71, 35-61.
<https://doi.org/10.7440/colombiaint71.2010.03>
- Lorenz, A. (2016). Explaining Constitutional Change: Comparing the Logic, Advantages and Shortcomings of Static and Dynamic Approaches. In *A New Constitutionalism in Latin America: Promises and practices*. Routledge.
- Madrid, R. L. (2012). *The Rise of Ethnic Politics in Latin America*. Cambridge University Press.
- Matias, S. (2012). Tendencias y enfoques de la investigación en Derecho. *Diálogo de Saberes*, 36, 9–22.
- Moseley, M. W. (2015). Contentious Engagement: Understanding Protest Participation in Latin American Democracies. *Journal of Politics in Latin America*, 7(3), 3–48.
- Negretto, G. L. (2016). Toward a Theory of Formal Constitutional Change: Mechanisms of Constitutional Adaptation in Latin America. In *A. New Constitutionalism in Latin America: Promises and practices*. Routledge.
- Nolte, D. (2013). *Reformas constitucionales en América Latina*. Imprint. *Colloque international Le constitutionnalisme latino-américain aujourd’hui, entre renouveau juridique et essor démocratique 4 de Abril 2013*.

- Nolte, D., & Schilling-Vacaflor, A. (2012). Introduction: The times they are a changin': constitutional transformations in Latin America since the 1990s. In *New Constitutionalism in Latin America* (pp. 3-30). Routledge.
- Peña. (2012). El Equilibrio Puntuado: Sobre una teoría del cambio en las políticas públicas. *Encrucijada, Revista Electrónica Del Centro de Estudios En Administración Pública de La Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, doceavo*.
- Rodríguez, P., & Carruthers, D. (2008). Testing Democracy's Promise: Indigenous Mobilization and the Chilean State. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 3-21. <https://doi.org/10.18352/erlacs.9616>
- Román, C. (2014). Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en Chile. *Revista de Derecho Público*, 137-147.
- Schilling-Vacaflor, A., & Kuppe, R. (2012). Plurinational Constitutionalism: A new of indigenous-state relations? En *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*. Routledge. https://scholar.google.com/scholar?hl=en&as_sdt=0%2C26&q=schilling-+vacaflor+Kuppe+plurinational+constitutionalism&btnG=
- Semper, F. (2006). *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. 18.
- Squella, A. (2000). *Introducción al Derecho*. Editorial Jurídica de Chile.
- Stahler-Sholk, R., Vanden, H. E., & Becker, M. (2014). *Rethinking Latin American Social Movements: Radical Action from Below*. Rowman & Littlefield.
- True, J., Jones, B., & Baumgartner, F. (1999). Punctuated equilibrium theory. In *Theories of the policy process*.

- Van Cott, D. L. (2000). *The friendly liquidation of the past: The politics of diversity in Latin America*. University of Pittsburgh Pre.
- Van Cott, D. L. (2008). *Radical democracy in the Andes*. Cambridge University Press Cambridge.
- Van Cott, D. L. (2010). Indigenous Peoples' Politics in Latin America. *Annual Review of Political Science*, 13(1), 385–405.
<https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.032708.133003>
- Worthen, K. (1998). "The Role of Indigenous Groups in Constitutional Democracies: A Lesson from Chile and the United States." In *The Human Rights of Indigenous Peoples*. Transnational Publisher.
- Xanthati, A. (2000). Collective Rights: The Case of Indigenous People. *Amicus Curiae*, 25.
- Yashar, D. J. (2005). *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*. Cambridge University Press.

Parte Segunda: Pueblos Indígenas y Derecho

La jurisdicción indígena en Colombia

Antonio Yesid Pedroza Estrada¹⁰

Martha María Charris Balcázar¹¹

Guillermo Andrés Echavarría¹²

Resumen: Al interior del Estado Colombiano coexisten desde tiempos inmemoriales gran variedad de etnias y culturas indígenas esparcidas por todo el territorio nacional, con lenguas, culturas, cosmovisión diversas. Sin embargo, a éstas no se les ha dado el trato que se merecen por ser los primeros pobladores, sobre todo, porque las costumbres y estructura de gobierno traído por los invasores europeos siguen vigentes ahora al servicio de las clases privilegiadas. Es a partir de la Constitución Política de 1991 que en Colombia se empezó a restituir la dignidad de los pueblos indígenas y catalogó a la jurisdicción indígena dentro de las “Jurisdicciones especiales” junto con los jueces de paz y ordenó que sobre el desarrollo de la misma: “...La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”; Sin embargo, a la fecha, el Congreso de la República de Colombia no ha expedido tal Ley. La jurisdicción indígena se entiende como un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental, cuyo ejercicio por parte de las autoridades tradicionales depende de múltiples criterios jurisprudenciales. Desde luego, no se puede afirmar que los pueblos originarios han recuperado su total autonomía, sus territorios, sus costumbres ancestrales (absorbidas por el avance de la sociedad mayoritaria) o el ejercicio de justicia

¹⁰Abogado. Doctor en Ciencias políticas, especialista en derecho constitucional, especialista en gestión pública, administrador de empresa. Docente Investigador, docente universitario en Universidad Popular del Cesar y Escuela Superior de Administración Pública, Colombia

¹¹Abogada. Doctora en Ciencias Políticas, Magíster en Gerencia de Empresas, Administradora Pública Territorial. Docente investigador de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP y de la Universidad Popular del Cesar, Colombia

¹²Abogado. Magíster en Derecho, Especialista en Derecho Constitucional. Docente universitario, Universidad Popular del Cesar, Colombia

propia, pero, se sigue avanzando. Desde la academia también se debe aportar al proceso con el objetivo de seguir construyendo una sociedad más inclusiva, equitativa, solidaria y humana.

Palabras clave: Justicia, Jurisdicción, Jurisdicción indígena, constitución política de 1991.

Introducción

La Jurisdicción, en el derecho, aborda la necesidad de la sociedad de perfeccionar la manera como el Estado ejerce la responsabilidad de impartir justicia de acuerdo a los conflictos que se suscitan al interior del mismo entre las personas humanas y ficticias que lo integran, incluyéndolo a él mismo. El objetivo de la investigación fue analizar los procesos del ejercicio de la justicia indígena en el resguardo Kankuamo, ubicado en la Sierra Nevada de Santa Marta, Colombia, en el periodo 2021 – 2022, caso comunidad de Atanquez, así como determinar si la misma cumple con las condiciones establecidas para la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Para que exista la jurisdicción, la justicia como imaginario, concepto construido colectivamente ha debido existir previamente; ésta determina castigos para todo aquello que no es aceptable para la comunidad. La primera organiza, divide, reglamenta la estructura para que la segunda se evidencie a través de personas que como semi dioses reparten rayos, fuego, cadenas, expiación y algunas veces redención.

La justicia indígena es un espécimen al que no se le puede decir que nació con el Estado, pues, la misma existió, en el caso de América, mucho antes que en Europa se construyera el concepto político de Estado como producto de la modernidad, a partir de los escritos de Nicolás de Maquiavelo, ,

y que permitió que se desarrollaran culturas con pueblos que llegaron a ocupar territorios inmensos que no tenían límites más que los naturales, mismos que les fueron arrebatados por los extraños que decidieron que ellos eran los dueños comportándose como semi dioses.

En el caso específico de Colombia habitaban en los territorios pueblos originarios que vivían de acuerdo con su cosmovisión, costumbres y creencias. El problema de la misma aparece con la invasión por parte de los pueblos extranjeros, así como de los siguientes gobiernos que se estatuyeron en el territorio nacional, primero intentando desaparecer los pueblos indígenas que aún estaban en los territorios y luego, dándoles un trato inferior, en casos, despreciables, mediante unas normas que les imponía un régimen diferente, algunas veces bajo la tutela de organizaciones como la Iglesia Católica; todo esto hasta el año 1991 con la construcción de una nueva Constitución Política en donde el constituyente decidió que era el momento de comenzar a remediar esta situación injusta.

Si bien la Constitución Política de 1991 no crea la justicia indígena le da la relevancia que se merecía al crear una jurisdicción “especial” para una población que de acuerdo con Boletines Poblacionales: Población Indígena, Oficina de Promoción Social del Ministerio de Salud de Colombia (2020):

... con el DANE se estima que para 2018 en Colombia, había un total 1,9 millones de indígenas. Sobre esta base, la tasa de afiliados de la población indígena es de 82,1%. -la tasa de afiliación de la población general para la 2018 alcanzó el 97%. La Población Indígena, se concentra principalmente en La Guajira (20%), Cauca (16%), Nariño (10,8 %) y Córdoba (10,6%). El 19% de las personas víctimas del conflicto

armado son indígenas. La población indígena es predominantemente joven, los adultos mayores representan solo el 5,8%, con un porcentaje de Mujeres del 50,1% y de Hombres del 49,9% (p. 3).

En procura de retribuir una deuda ancestral con los pueblos originarios sometidos a toda clase de vejámenes y trato diferencial especialmente vulnerando los derechos humanos de los mismos, sobre todo en lo que respecta a su autonomía, cosmovisión y cultura, la Constitución Política de 1991 y especialmente con el desarrollo jurisprudencial adelantado por la Honorable Corte Constitucional creada mediante la carta o ley fundamental, ha venido construyendo un cuerpo normativo que ha permitido empoderar a los pueblos indígenas especialmente cuando se trata de solucionar conflictos de su pueblo u ocurridos en su territorio aplicando la llamada justicia propia.

1. La justicia

Según la Real Academia de la lengua Española (RAE, 2020) el significado de justicia proviene del latín “iustitia, principio moral que lleva a determinar que todos deben vivir honestamente, derecho, razón, equidad, conjunto de todas las virtudes, aquello que debe hacerse según derecho o razón, como pena o castigo, entre otros.

Platón (s.f.) sobre la justicia, expresa que la misma se basa en la idea del bien, el cual es la armonía del mundo, reside, entonces, en el perfecto ordenamiento de las tres almas, en poseer y hacer lo que es de cada cual; por lo que se debe establecer el reparto equitativo de los beneficios de una ciudad entre sus habitantes, de modo que para gobernar de manera justa, aquellos que menos tienen deben ser los más favorecidos por la organización de la ciudad, para poder hacer esto se usan

la persuasión y la fuerza como herramientas para que cada uno actúe con justicia. Platón (s.f.) concluye que la justicia es un equilibrio natural sobre el cual debe inclinarse el hombre; por lo que la justicia social consiste en la realización de las funciones propias de cada grupo y que cada grupo social sea consecuente con la virtud que le es propia.

Para Aristóteles (1985) la justicia

...es la virtud cabal...es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo...la justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero. El peor de los hombres es, pues, el que usa de maldad consigo mismo y sus compañeros; el mejor, no el que usa de virtud para con-sigo mismo, sino para con otro; porque esto es una tarea difícil... (p. 239).

Expresa Aristóteles (1985) que

...existen varias clases de justicia, y que, junto a la virtud total, hay otras...lo justo (se define) como lo legal y equitativo...hablar de la justicia parcial y de la injusticia parcial, y de la misma manera, de lo justo y de lo injusto...la justicia...consiste...en el ejercicio de la virtud total para con el prójimo...porque la ley manda vivir de acuerdo con todas las virtudes y prohíbe vivir según todos los vicios (p. 241).

John Rawls (1993) por otro lado, opina que la justicia es la capacidad moral que tenemos para juzgar cosas como

justas, apoyar esos juicios en razones, actuar de acuerdo con ellos y desear que otros actúen de igual modo; del mismo modo cree que a pesar del paso del tiempo, la opinión de la gente sobre la justicia no ha cambiado significativamente, por lo que cree que el principio de justicia social proporciona una forma de distribuir derechos y obligaciones en el sistema social básico, así como definir la distribución adecuada de derechos generando una Cooperación social.

Otro filósofo importante del siglo XX Dworkin (2015) estipula que "...la justicia es un entrelazamiento teórico en el que confluyen el derecho, la moral, el Estado y la filosofía política" (p. 51) razón por la que "...el discurso del Estado debe estar basado en la integridad y su punto de partida debe ser la búsqueda de la realización de los principios de la justicia y equidad sin violentar los derechos individuales..." (Dworkin, 2015, p. 181).

La justicia proviene de lo natural y de la construcción humana, por lo que: "...en el modelo de construcción de la justicia los hombres y las mujeres tienen la responsabilidad de organizar los juicios particulares sobre cuya base actúan en un sistema de acción coherente" (Dworkin, 2015, p. 184).

Dworkin (2015, p. 185) afirma, entonces, que

...la justicia es una cuestión acerca de cuál es la mejor teoría o la más correcta sobre los derechos políticos y morales, así la concepción de la justicia en su teoría, impuesta por las convicciones personales acerca de lo que son realidad estos derechos... (p. 185).

Por otro lado, la Justicia para Habermas (Rojas Armandi, 2012) puede ser posible desde el conocimiento práctico a partir

de una teoría de la comunicación que introduzca los contenidos normativos de la vida humana en una sociedad en la que realmente sea posible una relación satisfactoria entre autonomía y dependencia, donde las decisiones sociales deban ser tomadas con ayuda de los mecanismos de comprensión y formación del consenso alejado de los de poder o del dinero en la búsqueda de un orden social justo. Distingue Habermas (Rojas Armandi, 2012) entre

...normas morales y normas éticas...esta diferencia corresponde a la separación de los conceptos de lo justo, por una parte, y de lo bueno, por la otra...La búsqueda de lo justo se efectúa con base en preguntas del tipo: ¿qué se debe hacer? en cambio, la búsqueda del bien se plantea con preguntas del tipo: ¿qué es bueno para mí? (p. 18).

La justicia es, pues, “...un bien objetivo...en el que el sujeto queda confinado en relaciones de vidas concretas... (y)...las cuestiones morales sobre la justicia fijan su atención en la fundamentabilidad de las normas morales” (Rojas Armandi, 2012, p. 19).

Asimismo, Galarza (2002) establece que la justicia es una noción que cae fuera del conocimiento, ya que entraña un principio que protege determinados intereses, precisamente aquellos que quien juzga estima digna de protección. Pero el criterio para decidir qué intereses debe tutelarse y cuáles deben sacrificarse apunta al conflicto sobre los valores, y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional, es decir entonces que el juicio es un elemento subjetivo desde esta perspectiva condicionada respecto a los valores de la sociedad en particular incluso desde el mismo sujeto.

Una respuesta a la discusión planteada respecto a lo subjetivo u objetivo de la justicia señala Portela (2020) es que la justicia –ni más ni menos– es la capacidad de vivir la verdad con el prójimo. Porque el prójimo forma parte de la realidad, y por ello puedo darle lo que le corresponde y reconocer cuál es su derecho.

Entonces, el hombre justo es el que dirá: “Ego suum, ergo, u est alter ego”. Si la existencia del prójimo, y consecuentemente, de su derecho, dependiera de mí parecer subjetivo, no existiría pues posibilidad alguna de realizar una acción justa. Sólo de esa manera el hombre objetivo puede ser justo, y falta de objetividad, en el lenguaje usual, equivale casi a injusticia. (Portela, 2020).

A su vez, Arenal (1996) citado por Galván (2022) cree que toda convivencia está mediatizada por la justicia, en su ensayo sobre el derecho de gentes, nos recuerda que toda relación entre seres morales, muchos o pocos, blancos o negros, ricos o pobres, sabios o ignorantes, fuertes o débiles, tiene que estar condicionada por la justicia. Es más: *donde quiera que respire una criatura moral, hay derecho y hay deber, de modo que la justicia es una para todos los hombres*. El derecho es a los pueblos lo que el sustento al ser humano, no hay hombre sin derecho, el derecho es para la vida de los pueblos como el sustento para la de los hombres; se puede disminuir y viciar, pero no suprimir enteramente.

Según Tosto (1967) la justicia, en uno de sus sentidos, es presentada como una cualidad de las instituciones políticas, un valor de la estructura básica de la sociedad (constitución política y principales disposiciones económicas y sociales). Las estructuras básicas de la sociedad están reguladas, mínimamente, por el derecho. Además, existe una fuerte

propensión para hablar de la búsqueda de la justicia por parte del derecho.

2. La jurisdicción

El concepto de “jurisdicción” proviene de las palabras latinas “ius dicere”, que significan “declarar el derecho”; en sentido amplio se entiende como la función pública que ejerce un órgano del Estado facultado para administrar justicia, impedir la autodefensa violenta de los intereses particulares y dirimir conflictos mediante la aplicación de la ley a casos concretos (Deconceptos, 2015, p. 1).

La jurisdicción, también, es la

...potestad que tienen los magistrados, jueces, y autoridades...para administrar justicia, estos últimos tienen esa facultad reconocida legalmente, así como la facultad para conocer asuntos de acuerdo con las normas de competencia que corresponda a cada juzgador, con lo cual este debe hacer un llamado a las partes, recolectar pruebas y realiza las respectivas notificaciones (Sánchez, 2008, p. 131).

La Corte Suprema de Justicia (s.f.) estableció que la jurisdicción, es la manifestación concreta de soberanía del Estado para administrar justicia dentro del territorio nacional único e indivisible. No obstante el constituyente instituyó como jurisdicciones la ordinaria, la contenciosa administrativa, la constitucional e igualmente el aspecto funcional de las especiales de los pueblos indígenas, la penal militar, en determinadas labores asignadas a autoridades de otras ramas y en excepcionales casos a los particulares [Jueces de Paz];

además, reconoció la existencia de diversos ramos de la legislación que contienen reglas específicas no solo sustantivas si no procedimentales encaminadas a excluir la arbitrariedad y promover la realización de la igualdad a cuyo efecto se expiden por el congreso las compilaciones correspondientes por mandato de la carta fundamental en simetría con el principio de especialidad de los órganos jurisdiccionales.

Específicamente, la Corte Suprema de Justicia (s.f.) explica que el legislador dentro de la jurisdicción ordinaria, (que es la más conocida) en virtud de la especialidad de las diversas materias a que ellas se aplica para la mejor y más eficiente prestación de este servicio público, es decir, en atención a su aspecto funcional, tiene establecido de vieja data las jurisdicciones civil, laboral, penal, agraria de familia (incluyendo la de menores) y podrá crear otras en el futuro si lo estima necesario, sin que la diversidad de las mismas para efectos de la racionalización de la distribución del trabajo, rompa la unidad de la jurisdicción del Estado, ni desnaturalice la jurisdicción ordinaria en manera alguna.

3. La Jurisdicción Indígena

Al interior del Estado Colombiano coexisten de antaño gran variedad de etnias y culturas indígenas esparcidas por todo el territorio nacional, con lenguas, culturas y cosmovisión diversas. Sin embargo, a estas no se les dio el trato que se merecían por ser los primeros pobladores, sobre todo, porque las costumbres y estructura de gobierno traído por los invasores europeos seguían vigentes ahora al servicio de las clases privilegiadas. El indígena, de acuerdo con las normas legales, era considerado un salvaje; esto se evidencia en la Ley 89 de 1890, "Por la cual se determina la manera cómo deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida

civilizada” norma vigente modificada por jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir del año de 1991.

Es a partir de la década de 1970 que se empieza a evidenciar, a nivel mundial, la constante lucha de los pueblos indígenas para lograr su reconocimiento. Es así como nacen una serie de movimientos sociales donde no solo se buscaban acciones que rescataran sus derechos, sino que también exigían el tratamiento digno por parte de la sociedad mayoritaria. Según Fajardo (2000) desde mediados del siglo XX, por la presión de movimientos indígenas, el desarrollo de un pensamiento indigenista intelectual, el surgimiento de nuevas necesidades de incorporación de los indígenas al mercado, así como por requerimientos de legitimación política de los gobiernos, se crearon instituciones nacionales e internacionales para tratar el problema indígena quienes eran tratados desde un concepto paternalista, como si fuesen “minorías”.

Específicamente en Colombia es a partir del cambio de Constitución en de 1991 que se le da un nuevo tratamiento a las poblaciones indígenas que aún habitan territorios en el país por parte de la institucionalidad gubernamental.

El cambio de la Constitución que estuvo vigente desde el año 1886 surgió de un movimiento social que se dio en el año 1990 liderado mayoritariamente por estudiantes quienes aprovecharon las circunstancias políticas y sociales por las que venía atravesando el pueblo colombiano sumergido en una ola de violencia liderada por los carteles de la droga, así como los insostenibles niveles de corrupción que llevaron a proponer un cambio en la carta magna. Para esto se propuso que en las elecciones a cuerpos colegiados y gobernantes municipales se introdujera una “papeleta” adicional para que los colombianos votaran si estaban de acuerdo en convocar a una Asamblea

Nacional Constituyente que promulgara una nueva Constitución Política.

Producto de lo anterior surgió “La séptima papeleta”. En marzo del año 1990 se realizarían en el territorio nacional las elecciones para elegir a los congresistas a nivel nacional, así como a alcaldes, diputados y concejales en los territorios. A los tarjetones que se usaban para que los ciudadanos ejercieran el sufragio se propuso que se adicionara una nueva “papeleta” pidiendo por mandato popular que se reformara la constitución que había estado vigente por más de 100 años; la iniciativa logró un altísimo respaldo por los votantes, sin embargo, los votos que fueron contabilizados no tuvieron efecto vinculante ya que la autoridad pertinente, el Consejo Nacional Electoral, no autorizó su inclusión. Sin embargo, posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de Colombia reconoció la voluntad del pueblo y ordenó validar los resultados de la votación de la séptima papeleta por lo que en el mes de diciembre de 1990 se disolvió el Congreso que apenas había sido elegido y se convocó a elecciones para elegir a los representantes a la Asamblea Nacional Constituyente, de la que salieron elegidos representantes de la mayoría de la población nacional promulgando posteriormente en julio de 1991 la nueva constitución colombiana.

Con la aparición de la nueva carta magna se estableció un nuevo orden donde se le dio relevancia constitucional a la protección de la diversidad étnica y cultural. Lo anterior quedó plasmado en su artículo 7 que estableció que: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. La importancia de lo enunciado se afianzó en otros mandatos de la Constitución, tales como el artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” Así

como también, en el artículo 93 constitucional que, incluso, amplió el rango de derechos de los indígenas con instrumentos de rango internacional con la creación del bloque de constitucionalidad mediante el cual “...Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La Constitución Política en Colombia catalogó a la jurisdicción indígena dentro de las “Jurisdicciones especiales” junto con los jueces de paz. Por lo que, respecto al ejercicio de la justicia propia por parte de las etnias colombianas, el artículo 246 estableció que: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Sin embargo, a la fecha, el Congreso de la República de Colombia no ha expedido tal Ley, desconociéndose hasta el momento las razones, más cuando existen, paradójicamente, desde hace varios años congresistas que pertenecen a las diferentes etnias colombianas. Ante este nuevo agravio por parte del aparato legislativo, ha venido a llenar el vacío la Honorable Corte Constitucional colombiana con su abundante jurisprudencia sobre este tema desde el inicio mismo de su funcionamiento.

En este sentido, Durán (2019) explica que la Constitución Política de 1991 abrió la alternativa, sin precedentes, para compartir con las autoridades de los pueblos indígenas la posibilidad de llevar a cabo actuaciones judiciales,

reconociendo un pluralismo jurídico y otorgándoles un espacio legal para la participación como iguales en la diferencia.

Es así como en el ordenamiento jurídico colombiano que emergió a principios de los noventa, se reconoció que los pueblos indígenas son diferentes, lingüística, social, política y jurídicamente; es decir, escapan a la homogeneización de la que han sido víctimas por parte de la sociedad mayoritaria y el Estado. Paradójicamente, y pese a ser un país donde coexisten diversidad de sistemas jurídicos paralelos al estatal moderno, la academia en Colombia ha estado distante de una problemática que reclama estudios rigurosos al respecto, con miras a comprender dichos sistemas como aspectos estructurantes de las culturas indígenas (Kreutzer, 2001).

Al establecer la autonomía constitucional de la Jurisdicción Indígena se fortaleció el concepto de pluralismo político en el Estado colombiano. Según la Real Academia Española (RAE, 2020) el pluralismo jurídico consiste en aquella concepción conforme a la cual las fuentes del derecho no se reducen a las oficiales, sino que también incluyen otras de carácter social o profesional. De esto, y es aquí donde precisamente se entiende que todos aquellos usos y costumbres de un pueblo indígena, y sus formas autóctonas de lograr la justicia, entran a ser una fuente del derecho, reconocida y legitimada por la Ley.

4. Epistemología de la jurisdicción indígena (JI) en Colombia

Definir y delimitar la jurisdicción indígena (JI) ha sido una lucha a nivel mundial por parte de los pueblos originarios para seguir ejerciendo de manera autóctona la administración de la justicia propia, misma que surgió con el desarrollo de éstos desde tiempos remotos y que les sirvió, eficazmente, para sobrevivir hasta nuestros tiempos.

En Colombia autores como Devis (2004) puntualizan que la jurisdicción indígena se expresa como la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos, y en forma obligatoria y definitiva.

En cuanto a sus características, la Defensoría del Pueblo (2014) expresa que la jurisdicción especial indígena no sólo se restringe a hechos en los que por diferentes circunstancias miembros de pueblos indígenas se involucren en situaciones de carácter punible; aplica también a otros asuntos de carácter administrativo, ambiental, educativo y de salud, por ejemplo.

Al tenor de lo anterior, puede asumirse que las diferentes comunidades pueden implementar con base en sus costumbres, usos y normas ancestrales: “sus propios sistemas de autoridad, control social y resolución de disputas” (Cruz, 2006). En palabras de Botero (2005) más que derecho indígena, se trata de un “derecho propio de cada pueblo.” Por lo que en voz de Baena (2015) las autoridades indígenas deberían ser competentes en todo aquello que les faculta el principio constitucional de autonomía territorial.

Otra visión de la Jurisdicción Indígena la aporta Sánchez (2005) al catalogarla como la potestad de los pueblos indígenas de recurrir a sus autoridades e instancias internas para dar solución a las controversias que se generen dentro de sus territorios, así como a la facultad de tomar decisiones, juzgar y ejecutar hechos de acuerdo con sus normas

tradicionales (siempre que los derechos inherentes a todo ser humano estén garantizados).

Benítez y Darío (1997) describen a la Jurisdicción Indígena como una verdadera entidad “sui generis”, constituida desde la semejanza con categorías conceptuales de la sociedad nacional, con sus propios instrumentos teóricos y, no obstante, al margen de las tipologías tradicionales de esas categorías.

Según Mora (2003) la jurisdicción indígena es una institución en virtud de la cual se reconoce la facultad constitucional que tienen las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas para que, de una forma autónoma, administren justicia al interior de su territorio, de acuerdo a las normas y procedimientos propios, establecidos conforme a sus usos y costumbres ancestrales, siempre y cuando no contraríen la Constitución y la Ley.

La Declaración de las Naciones Unidas (1948) sobre los derechos de los pueblos indígenas artículo 34, establece que; “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”.

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), en el Art. 9.1 enuncia que: “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 recurren

tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

La jurisdicción indígena al ser autónoma posee procedimientos propios o sea una manera propia en que se conocen los conflictos, en que se los trata, resuelve y la búsqueda de cumplimiento de medidas reparadoras para evitar reincidencia. En todas las nacionalidades y pueblos hay procedimientos comunes básicos que se siguen y autoridades reconocidas que tratan y resuelven los conflictos. Se observa heterogeneidad en sus formas, según los conflictos que se traten de acuerdo a las particularidades de cada nacionalidad o pueblo (García, 2021).

Consecuente con la idea expresada en los párrafos anteriores, la jurisdicción indígena está diseñada para sujetos que, a pesar de estar dentro del mismo Estado, tienen características especiales por lo que no es dable aplicar un procedimiento de carácter genérico porque se podría vulnerar sus derechos fundamentales a la identidad y cultura de los mismos (Díaz, 2014). Luego entonces, la consecuencia es que se concede el derecho a los denominados “sujetos especiales” a ser juzgado por sus propias autoridades conforme a sus normas y procedimientos, dentro de un ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. (Restrepo, 2013).

Es importante matizar que no se trata de una jurisdicción homogénea en la que las diferentes entidades tribales se rigen por una misma regulación normativa, sino que pueden existir tantas jurisdicciones y normas como comunidades indígenas. En este sentido, los pueblos indígenas “deben ser diferenciados para no caer en la tentación homogeneizadora del pasado” (Ariza, 2004, p. 85).

5. La Jurisdicción Especial Indígena (JEI) desde la Jurisprudencia Constitucional

La Honorable Corte Constitucional colombiana (La Corte) ha desarrollado una amplia jurisprudencia debido, entre tantas razones, al poco progreso que en este tema ha realizado el Congreso de la República a quién por mandato constitucional es quien debe hacerlo. Entre los aspectos más relevantes, que, de acuerdo con los autores de este documento, se ha hecho lo citamos a continuación:

5.1. Definición de la JEI

En la Sentencia T-002 de 2012¹³ la corte define la jurisdicción especial indígena (JEI) como: “...un derecho autónomo de las comunidades indígenas de carácter fundamental, cuyo ejercicio por parte de las autoridades tradicionales depende de los múltiples criterios jurisprudencialmente establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura para delimitar la competencia. Uno de esos criterios es el fuero indígena”.

Adicional a lo anterior, La Corte en la Sentencia C-139 de 1996¹⁴ puntualiza que: “... la jurisdicción indígena se funda en el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural, que es propio de una visión participativa y pluralista.”

¹³Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-002 de 2012. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-002-12.htm>

¹⁴Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-139 de 1996. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm#:~:text=%E2%80%9CLas%20autoridades%20de%20los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20podr%C3%A1n%20ejercer%20funciones%20jurisdiccionales,y%20leyes%20de%20la%20rep%C3%BAblica.>

Las anteriores anotaciones acerca de la JEI, se amplían en muchas otras sentencias, por ejemplo, en la Sentencia SU-510 de 1998¹⁵ se define (la JEI) en función de la existencia de autoridades, sistemas de derecho propio basados en usos y costumbres tradicionales, y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad.

5.2. Elementos centrales de la JEI

La Corte estableció cuatro elementos centrales de la JEI; en la Sentencia C-139/96 definió:

...los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional:

(1) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas;

(2) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios;

(3) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y;

(4) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos

¹⁵Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm#:~:text=El%20respeto%20a%20la%20persona,desv%C3%ADen%20de%20los%20c%C3%A11nes%20tradicionales.>

segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.

6. La jurisdicción indígena en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia

Un tema fundamental al momento de realizar un estudio sobre la JEI es el trato que se le ha dado en la legislación colombiana, como se mencionó anteriormente, hasta el momento no existe una Ley estatutaria que defina la relación entre ésta y la jurisdicción ordinaria, sin embargo, La Corte en la Sentencia T-449 de 2013¹⁶ realizó un análisis sobre la JEI con respecto a la Ley Estatutaria de la administración de justicia. La Corte expresó que:

El artículo 11 del texto original de la Ley 270 de 1996¹⁷, Estatutaria de la Administración de Justicia, relativo a los órganos que constituyen la Rama Judicial del Poder Público, incluye a la jurisdicción de las comunidades indígenas en su literal e). Este texto no fue modificado por la Ley 585 de 2000 ni por el Decreto 2637 de 2004 –que fue declarado inexecutable en la Sentencia C-672 de 2005-. No obstante, al estudiar el proyecto que a la postre será la Ley 1285 de 2009, que modifica la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en la Sentencia C-713 de 2008¹⁸, este tribunal declaró inexecutable el referido literal e), por considerar que:

¹⁶Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-449 de 2013 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-449-13.htm>

¹⁷ Congreso de la Republica de Colombia. LEY 270 DE 1996 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-713 de 2008 <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-713-08.htm>

6. En cuanto a la jurisdicción de las comunidades indígenas, cabe reconocer que sus autoridades están constitucionalmente avaladas para administrar justicia. Ello se finca en el reconocimiento de su autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, es decir, “de conformidad con sus propias normas y procedimientos” (art. 246 CP), en la diversidad étnica y cultural (art. 7 CP) y en el respeto al pluralismo y la dignidad humana (art. 1 CP).

Desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena hace parte de la rama judicial; por ello no sólo es razonable sino jurídicamente exigible que el Consejo Superior de la Judicatura promueva labores de divulgación y sistematización de asuntos relativos a la jurisdicción indígena.

Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la Rama Judicial del poder público, como en repetidas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corporación.

Ante la circunstancia de que la jurisdicción indígena sí hace parte de la Rama Judicial, pero no pertenece a su estructura orgánica, es menester precisar de qué manera la jurisdicción indígena hace parte de la Rama Judicial. La respuesta la brinda el inciso segundo del artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que regula el ejercicio de la función jurisdiccional por la Rama Judicial, al prever, de manera acorde con la propia Constitución, que la jurisdicción indígena es una jurisdicción especial,

junto a las jurisdicciones penal militar y de paz. Este inciso fue declarado exequible en la Sentencia C-713 de 2008, bajo el entendido de que “la competencia residual de la jurisdicción ordinaria no comprende los asuntos de orden constitucional que por su naturaleza corresponden a la Corte Constitucional. Así mismo, en el entendido de que la Fiscalía General de la Nación ejerce excepcionalmente función jurisdiccional, y que la penal militar y la indígena ejercen función jurisdiccional pero no hacen parte de la rama judicial (numeral 6).

Más adelante en esta sentencia, la Corte, establece de plano y quitando cualquier duda que existiese previamente que, de acuerdo con lo definido en la Sentencia C-037 de 1996¹⁹ “...tanto el juez de la República como la autoridad indígena adquieren por igual la responsabilidad de respetar, garantizar y velar por la salvaguardia de los derechos de las personas que intervienen en el proceso, sin importar el sexo, la raza, el origen, la lengua o la religión”.

De igual manera consideró que “...la distribución de competencias entre las autoridades que pueden administrar justicia es, en principio, atribución exclusiva del legislador ordinario” salvo que el Constituyente, como en este caso, “...de manera expresa, haya reservado el conocimiento de algunos asuntos a ciertas corporaciones judiciales.” Como, por ejemplo, las autoridades indígenas, por lo que, ellas mismas podrán “...ejercer el control sobre los actos que ellas profieran”.

7. Criterios para resolver los problemas de aplicación de la JEI

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia .Sentencia C-037 de 1996. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-037-96.htm>

La expedición de la Constitución Política de 1991, elevó, como se ha mencionado anteriormente, a la JEI, al punto de equipararla, en cuanto a su poder de definición a las altas cortes colombianas, aclarando que la misma no hace parte de la estructura del sistema judicial nacional. Incluso con un poco más de poder, podría decirse, ya que ésta tiene la potestad de crear incluso, en su ámbito, procesos y procedimientos propios con base en sus costumbres y usos. Esto último plantea un problema respecto a la construcción de las fuentes del derecho propio, pues, la Constitución y la jurisprudencia constitucional han sido estrictas al momento de instituir que la JEI debe estar sujeta los límites que le impone la misma Constitución y las leyes.

La Corte, para resolver en la práctica los problemas de aplicación de la norma, en la Sentencia T-449 de 2013 planteó los siguientes criterios:

(i) a mayor conservación de los usos y de las costumbres, mayor autonomía: la realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la "vida civilizada" (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda

quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones (Sentencia T-449 de 2013).

También, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP925-2020²⁰, Eugenio Fernández Carlier Magistrado Ponente, con radicación 48049 (Aprobado en acta No.096) Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020) estipuló con referencia a este principio que: Debiese utilizar normas APA para hacer referencia a la sentencia... solo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad.

La Corte Suprema de Justicia, en esta misma sentencia recuerda el origen de este principio así: Este principio fue formulado, por primera vez, en la Sentencia T-254 de 1994²¹, en los siguientes términos establecidos.

Ahora, este grado de conservación cultural no puede llevar al juez, ni a ningún otro operador judicial, a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones: “La decisión de una comunidad indígena con un grado escaso de

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP925-2020. [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ago2020/SP925-2020\(48049\).pdf](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ago2020/SP925-2020(48049).pdf)

²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-254 de 1994. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm#:~:text=T%2D254%2D94%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Las%20comunidades%20ind%C3%ADgenas%20son%20verdaderas,y%20de%20ejercer%20control%20social>

conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado, que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria” (...) “En ningún caso (...) está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas al derecho mayoritario –o viceversa- es de mayor entidad en el segundo caso” (Sentencia T-254 de 1994).

(ii) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares: pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente (Sentencia T-449 de 2013).

(iii) las normas legales imperativas de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural: La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El

carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores (Sentencia T-449 de 2013).

(iv) los usos y costumbres de las comunidades indígenas priman sobre las normas legales dispositivas: Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas (Sentencia T-449 de 2013).

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia estudiada (SP925-2020, Eugenio Fernández Carlier Magistrado Ponente, con radicación 48049 (Aprobado en acta No.096) Bogotá D.C., trece (13) de mayo de dos mil veinte.) enuncia con otro nombre un principio que

puede caber en los enunciados anteriormente: citar datos de la sentencia de acuerdo con normas apa

(v) Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”: La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad, que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión: “... es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (...) La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma”.

El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo”.

Por otra parte, en forma generalizada, en la Sentencia T-523 de 2012²², La Corte retoma los criterios para resolver en la

²² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-523 de 2012. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-523-12.htm#:~:text=La%20Corte%20reitero%20que%20para,subordinaci%C3%B3n%20de%20la%20jurisdicci%C3%B3n%20especial>

práctica los problemas de aplicación normativa, y plantea los siguientes criterios:

- (i) maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de sus restricciones;
- (ii) mayor autonomía a mayor conservación de los usos y costumbres propios;
- (iii) mayor autonomía para la decisión de los conflictos internos;
- (iv) primacía de los derechos fundamentales constitucionales en tanto mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares;
- (v) primacía de las normas legales imperativas de la República si protegen un valor constitucional al de la diversidad cultural;
- (vi) primacía de los usos y costumbres indígenas sobre las normas legales dispositivas; y;
- (vii) necesidad de adoptar un enfoque casuístico que responda a las especificidades de cada caso concreto.

8. Límites a la Jurisdicción Especial Indígena

La Corte, ha desarrollado una jurisprudencia que rescata, respeta la autonomía de la Jurisdicción Especial Indígena, sin embargo, y concatenando lo preceptuado por el artículo 246 de la Constitución Política, también se ha esforzado por establecer límites a la autonomía de esta, bajo el entendido que tal y como lo expresa la Constitución en el artículo 1: “ARTÍCULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria...” y por lo tanto los pueblos indígenas integran un único sistema jurídico de normas, aunque la misma sea “especial”. Pero, estos límites deben ser estudiados, analizados en cada caso y bajo la premisa que: “...la autonomía no puede ser restringida a partir de cualquier disposición legal o constitucional, pues ello dejaría los principios de diversidad y

pluralismo jurídico en un plano retórico” (Sentencia 617 de 2010²³).

Por lo anterior, en la Sentencia 617 de 2010, establece, La Corte, que estos límites a la JEI deben ser especiales: En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P. artículo 4º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía”. “...Por lo que la determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente”.

Por otra parte, en la Sentencia SU-510 de 1998²⁴ expresó la Corporación sobre los límites de la JEI: Según la jurisprudencia de la Corte..., la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de

²³Corte Constitucional de Colombia. Sentencia 617 de 2010. [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm#:~:text=Sentencia%20T%2D617%2F10&text=La%20definici%C3%B3n%20de%20la%20competencia,de%20competencia%20\(defecto%20org%C3%A1nico\)](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-617-10.htm#:~:text=Sentencia%20T%2D617%2F10&text=La%20definici%C3%B3n%20de%20la%20competencia,de%20competencia%20(defecto%20org%C3%A1nico))

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-510 de 1998. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm#:~:text=El%20respeto%20a%20la%20persona,desv%C3%ADen%20de%20los%20c%C3%A1nes%20tradicionales.>

tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”. En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29)...los derechos fundamentales son los mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades...la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.

De lo expuesto podría concluirse que los límites a la autonomía están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado...aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso, debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos... Por ello, la Corte ha recurrido en múltiples oportunidades al concepto de antropólogos expertos para determinar si una conducta determinada, a la luz del derecho y un orden social indígena determinado implica una lesión a la integridad; o si una figura

como el trabajo comunitario puede asociarse en alguna medida a la servidumbre.

La Jurisdicción (Especial) Indígena en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 ha sido objeto de un proceso de reivindicación luego de más de 200 años de afrentas y desconocimientos por el Estado y los gobiernos manejados por los políticos, en su mayoría, de origen central quienes aún hoy siguen considerándose con derecho a someter a los pueblos originarios al considerarse herederos de los colonizadores extranjeros.

Lo anterior se evidencia en que, a pesar del mandato constitucional de establecer una Ley, por parte del Congreso de la República, que desarrolle la jurisdicción indígena no se ha hecho; su accionar, sin lugar a dudas, muestra el desdén con el que se sigue viendo a los pueblos originarios, no solamente en Colombia, sino en todo el continente americano.

El anterior vacío ha sido llenado por la labor que ha realizado la Honorable Corte Constitucional colombiana quien con base en la función de “integrar” ha venido devolviendo, poco a poco, un derecho que la sociedad occidental se abrogó por la fuerza y el despojo. Todavía no se puede afirmar que los pueblos originarios han recuperado su total autonomía, sus territorios, sus costumbres ancestrales (absorbidas por el avance de la sociedad mayoritaria) pero se sigue avanzando y desde la academia también se debe aportar al proceso con el objetivo de seguir construyendo una sociedad más inclusiva, equitativa, solidaria y humana.

Referencias

- Ariza, L. (2004). *Identidad Indígena y Derecho Estatal en Colombia*. Universidad de Oviedo. https://openlibrary.org/books/OL17092899M/Identidad_indi%CC%81gena_y_derecho_estatal_en_Colombia
- Aristóteles (1985). *Ética Nicomáquea*. Editorial Gredos. https://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles_Etica-a-Nicomaco-Etica-Eudemia-Gredos.pdf
- Baena, S. (2015). La autonomía de las Entidades Territoriales Indígenas. *Revista Digital de derecho Administrativo*, (13), 99–133. <https://doi.org/10.18601/21452946.n13.07>
- Benítez, H. D., & Darío, H. (1997). *Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración constitucional. Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígena, Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*. Editora Presencia. <https://docplayer.es/87646833-Memoria-conferencia-internacional-hacia-la-construccion-del-tribunal-constitucional-plurinacional.html>
- Corte Suprema de Justicia. (en línea). ¿Sabe a qué juez acudir? Para que reconozcan sus derechos. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/relatoria-civil-jurisdccion-y-competencia/>
- Cruz, I. R. (2006). Regional Study in the Andean Countries: “Customary law in the protection of traditional knowledge”. https://www.wipo/int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/study_cruz.pdf
- D’abbraccio Kreutzer, G. (2001). Justicia Indígena y Poder Estatal. *Convergencia Revista De Ciencias Sociales*, (25). Consultado de <https://convergencia.uaemex.mx/article/view/1766>
- DeConceptos (en línea) Concepto de jurisdicción. <https://deconceptos.com/ciencias-juridicas/jurisdccion>
- Defensoría del Pueblo. (Diciembre de 2014). *Jurisdicción Especial Indígena Boletín N° 6*.

- <https://www.defensoria.gov.co/public/pdf/04/boletinNr6JurisdiccionEspecialIndigena.pdf>
- Devis, H. (2004). *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad.
- https://www.academia.edu/37045340/TEOR%C3%8DA_GENERAL_DEL_PROCESO_Devis_Echandia
- Díaz, A. L. (2014). *Dicotomía entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción indígena frente al narcotráfico*. Trabajo de Grado para optar al título de Maestría en Derecho Procesal Penal. Universidad Militar Nueva Granada.
- <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6465/DICOTOM%C3%8DA%20ENTRE%20JURISDICCI%C3%93N%20ORDINARIA%20Y%20JURISDICCI%C3%93N%20IND%C3%8DGENA%20FRENTE%20AL%20NARCOTRAFICO.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Durán, N. (2019) *La responsabilidad del estado en los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la justicia indígena*. Universidad Santiago de Cali.
- Dworkin, R. (2015). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- Fajardo, R. Z. (2000). Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador). *Revista Pena y Estado*, 4.
- <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3247/jurisdiccion-andinos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Galarza, G. (2002). Justicia y Derecho en la administración de justicia indígena. *Aportes Andinos*, 2.
- <http://hdl.handle.net/10644/527>
- Galván, E. (2022). Justicia y derecho en la obra de Concepción Arenal. *Revista de la Inquisición. Intolerancia y Derechos Humanos*, 6(26), 355-366.
- <https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/114150/1/2022%20RI%20justicia%20derecho%20Concepci%C3%b3n%20Arenal%201as%20pruebas.pdf>

- Mora, D. F. (2003). Bases conceptuales de la jurisdicción especial indígena. <http://hdl.handle.net/10554/61718>
- Mora García, J. P., Barrera Martínez, C. H. & Correa Alfonso, J. del C. (2021). Comunidades indígenas en Colombia. Para una comprensión en la historia constitucional. Caso: Constitución de 1991. *Revista inclusiones*, 8, 470–487. <https://doi.org/10.5281/zenodo.4437693>
- Ministerio de Salud de Colombia. (2020). *Boletines Poblacionales: Población Indígena, Oficina de Promoción Social*. [https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/Biblioteca Digital/RIDE/DE/PS/boletines-poblacionales-poblacion-indigena.pdf](https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/boletines-poblacionales-poblacion-indigena.pdf)
- Platón. (s.f.). *La república*. <https://www.um.es/noesis/zunica/textos/Platon,Republica.pdf>
- Portela, J. G. (2020). El Derecho en tiempos de crisis: Una aproximación a las nociones de verdad y justicia. *JURÍDICAS CUC*, 16(1), 269–286. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.16.1.2020.11>
- RAE. (2020). Diccionario del Español Jurídico. <https://dej.rae.es/lema/pluralismo-jur%C3%ADdico>
- RAE. (2020). Diccionario del Español Jurídico. <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-moron/filosofia-del-derecho/glosario-4parte/15260285>
- Rawls, J. (1993). *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica. https://www.academia.edu/29951930/Liberalismo_Pol%C3%ADtico_John_Rawls
- Rojas Armandi, V. (2012). La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3088->

la-etica-discursiva-en-las-teorias-del-derecho-de-habermas-y-alexey

Sánchez Botero, E. (2005). Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia. *Revista IIDH*, 41, 225-251.

Tosto, G. (1967). *Justicia y Derecho*. Conferencia pronunciada en las Segundas Jornadas Regionales de Derecho Laboral organizadas por la Escuela de Capacitación Judicial 'Joaquín V. González' del Poder Judicial de la Provincia de La Rioja y la Universidad Nacional de La Rioja los días 16 a 18 de abril de 2009. <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fwww.jussantiago.gov.ar%2Fjusunueva%2Fcentrounico%2FEscuelaUnica%2F2009%2Ftosto%2FJusticiayderecho.doc&wdOrigin=BROWSELINK>

Autonomía en los pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia: una mirada integral

María José Carpio Fonseca²⁵
Kelly Johana Palacios Palacios²⁶
Lilian Katterine Pinzón Córdoba²⁷
Dudley Duque Sierra²⁸

Resumen: La presente investigación está enfocada en la autonomía de los pueblos indígenas y afrocolombianos en Colombia. Busca profundizar en la manera de utilizarla, desarrollarla y las formas de actuación que los pueblos étnicos desarrollan frente a esa autonomía que poseen y, en consecuencia, conocer en qué consiste, qué aspectos la conforman, cuáles son sus límites, y demás acciones que se desprenden o generan por esta. Además, se pretende conocer de fondo cuáles son las aportaciones y garantías brindadas por el Estado para con los pueblos étnicos y si todo ello ha resultado efectivo a lo largo de estos años desde la incorporación de la Constitución de 1991. Así mismo aborda conflictos, polémicas, y debates con el Estado, la comunidad y distintos sectores de la sociedad que discrepan frente a esta

²⁵Estudiante de Derecho de la Fundación Universitaria Claretiana – Uniclaletiana. Estudiante de Licenciatura en Lenguas Modernas de la Universidad Tecnológica del Chocó; lideresa indígena, vicepresidenta de la Plataforma Municipal de Juventudes. Consejera de Juventudes en el municipio de Cértegui – Chocó, Colombia.

²⁶ Kelly Johana Palacios Palacios. Estudiante de Derecho de la Fundación Universitaria Claretiana – Uniclaletiana. Diplomada en fundamentos del DIH del Politécnico Superior. Lideresa juvenil por medio de radio digital y becaria MLK.

²⁷ Estudiante de Derecho de la Fundación Universitaria Claretiana - Uniclaletiana, profesional en Criminología de la Universidad de Medellín y becaria MLK

²⁸ Abogado, Administrador Público, Especialista en Derecho Público, Magíster en Derecho Procesal Constitucional, doctorando en Derecho. Docente investigador, director del Grupo de Investigación Democracia, Constitución e Instituciones Jurídico-Procesales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica del Chocó. Presidente Colegio Abogados Utechinos. Director Regional Chocó Asociación colombiana Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro fundador de la Orden de Abogados de Colombia. dudley.duque@utch.edu.co; duquesd@hotmail.com; @duquesierra. [Orcid.org/0000-0001-5226-9501](https://orcid.org/0000-0001-5226-9501). Capítulo catalogado para ascenso en escalafón docente Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba Chocó Colombia.

autonomía con la que cuentan las comunidades. Finalmente se darán aportes, ideas y análisis implementados por medio de jurisprudencias, normatividades, planes, etc.

Palabras clave: autonomía, garantía, cosmovisión, conflicto armado, comunidades étnicas.

Introducción

La Autonomía en los pueblos afrocolombianos e indígenas se define como la facultad que tienen para organizar y dirigir la vida de sus comunidades internamente, de conformidad con sus propios valores, la idoneidad para conformar sus propias instituciones, mecanismos y conforme a los lineamientos del Estado del que forman parte.

Lo anterior debe entenderse como la capacidad y el derecho que tienen los pueblos para decidir por sí mismos los asuntos de su interés. Los miembros de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) plantean que “seremos autónomos en la medida en que seamos los constructores de nuestra propia historia (...). De modo que la autonomía también es la posibilidad de relacionarse e intercambiar con otros, sobre la base del respeto, la tolerancia y la convivencia pacífica”.

Se hace necesario entonces el reconocimiento de la autonomía para garantizar el presente y el futuro de estos pueblos. La exigencia del respeto a la autonomía además conlleva el reconocimiento de los sistemas de autoridad y gobierno de los pueblos étnicos y de los procesos mediante los cuales toman decisiones; así lo plantea el Convenio 169 de la OIT, al consagrar que deben reconocerse las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales por asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico, al

igual que por mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones.

Metodología

Para el desarrollo de este artículo se utilizó la metodología de investigación documental con el propósito de obtener, analizar, interpretar y comparar información, sobre algún tema de estudio a partir de un conjunto de fuentes documentales. Para ello se revisó la legislación colombiana, la jurisprudencia y la doctrina existente sobre el derecho de autonomía. Así mismo se realizaron entrevistas a algunos representantes de organizaciones étnicas territoriales, algunos líderes, y representantes de la comunidad.

La disertación se centra en torno a las nociones generales de la autonomía y sus antecedentes; la legislación interna sobre la autonomía; normas internacionales sobre la autonomía; forma de ejercer la autonomía desde los territorios Indígenas y las comunidades Afrodescendientes: los factores endógenos y exógenos de la autonomía, la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía; el territorio y la autonomía (Derecho Fundamental a la Consulta Previa) y el aporte de la mujer indígena y afrodescendiente a los procesos enmarcados dentro de la autonomía de las comunidades étnicas.

1. Nociones generales de la autonomía y antecedentes

El concepto de autonomía está sujeto a distintas nociones; es polisémico. Su raíz etimológica remite a dos palabras griegas a saber, autós, que significa sí mismo, y nómos, que significa ley. De allí que, desde la antigüedad griega, este fonema tan particular haya sido usado para significar a todo ente que vive de acuerdo con su propia ley o que se gobierna a sí mismo. Por lo tanto, a través de la historia se

puede evidenciar de qué modo los pueblos fueron adquiriendo un pensamiento de libertad, lo cual los llevó a tomar acciones para liberarse y tomar decisiones políticas, de organización y de vida, conforme con sus pensamientos.

Ahora bien, la autonomía se toma por definición a aquella capacidad de poder decidir de manera autónoma cualquier tipo de actuación en el que se tenga interés, sin la intervención de ningún tipo de terceros en ninguna circunstancia.

De hecho, al respecto, Kant sostiene, en la *Crítica de la razón pura* (1960) que es la autonomía de la voluntad el único principio de todas las leyes morales y de los correspondientes deberes. Hecho este salvamento, por medio de entrevistas realizadas a líderes indígenas y representantes de distintas organizaciones, desde su posición como miembros del territorio, que ejercen autonomía, se encontró que manifestaron lo siguiente:

Para Orlando Moya Ortiz²⁹, “Desde el punto de vista personal es ejercer lo que quiero hacer; desde el punto de vista de los procesos organizacionales, es organizar y definir nuestros procesos, territoriales y de gobierno para determinar qué hacer en nuestro territorio. El ejercicio de la autonomía busca definir en un territorio o en una organización, el sentimiento, las problemáticas, las necesidades y cómo resolverlos de manera independiente, es decir, establecer reglamentos, para que la gente se rija de conformidad con ellos. La autodeterminación en la preservación de los territorios étnicos, vivir bien, con tranquilidad, control social, económico y político; y que en la medida que todo ello se consolide, será posible vivir con autonomía; de hecho,

²⁹ Consejero mayor del Pueblo Wownaan, departamento del Chocó

los pueblos étnicos del Chocó están involucrados en ese proceso, así como también lo están todas las organizaciones en Colombia. Un ejercicio en construcción que no es fácil, dado que los grupos étnicos dependen de las decisiones centralizadas del gobierno nacional (Conversación personal con Orlando Moya Ortiz. 4 de noviembre de 2022. Quibdó Chocó).

Para, Francisco Rojas Birry³⁰, el concepto de autonomía es entendido como “La capacidad de un grupo de personas de darse formas de organización social, económica y política propias, poseer el derecho a designar autoridades propias, diseñar sus relaciones en virtud de sus tradiciones y sus actividades económicas, preservar su lenguaje, poseer formas de educación y salud propia” (Conversación personal 30 de octubre de 2022. Quibdó Chocó).

Por su parte, Jhoanes Rivas Mosquera³¹ considera que “La autonomía está condicionada al desarrollo del derecho propio, El artículo 7 de la Constitución Nacional es cConsejero mayor del Pueblo Wownaan, departamento del Chocólaro, así mismo el convenio 169 de la OIT. Para desarrollar el derecho propio, es necesario avanzar en eso. Los pueblos quieren que el Estado les de esa autonomía, pero ya existen postulados que nos otorga esa autonomía. Lo que falta es empoderarnos y asumir la autonomía (Conversación personal 8 de noviembre de 2022. Quibdó Chocó).

2. Legislación nacional e internacional sobre la autonomía

³⁰ Senador de la República de Colombia, abogado y magíster en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, con amplia experiencia y conocimiento en derecho constitucional, administrativo, legislación especial indígena y de negritudes Conferencista internacional en temas de derecho constitucional, tratados y convenios internacionales, derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho ambiental, derechos económicos, sociales y culturales.

³¹ Abogado y Máster en Ciencia Política y Liderazgo Democrático del Instituto de Altos Estudios Europeos. Docente Investigador de la Facultad de Derecho con Enfoque Étnico de la Fundación Universitaria Claretiana. Columnista de las Revistas Digitales Vive Afro, D'Cimarrón del Centro de Desarrollo Étnico del Perú - CEDET- y del Periódico El Manduco.

La Constitución Política de Colombia y los tratados internacionales ratificados reconocen la diversidad étnica y cultural del país y garantizan el derecho que tienen los pueblos constitutivos de la nacionalidad colombiana, a vivir de acuerdo con sus formas de vida, sus gobiernos y sus justicias. Este reconocimiento se hace también en función de la importancia que tienen los pueblos indígenas, afrocolombianos, raizales, palenqueros y rom para el país y para la humanidad.

Artículo 7 de la Constitución política de Colombia dice: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

La autonomía de las entidades territoriales se establece en el artículo 287 de la Constitución Política:

Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

Por otro lado, a los territorios indígenas se les confiere el artículo 329 de la Carta Magna:

La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con

participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

Este artículo se complementa con el artículo 330 de la Constitución Política que indica:

De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre uso del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por la debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.

5. Velar por la preservación de los recursos naturales.

6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en sus territorios.

7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.

8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.

9. Las que les señalen la Constitución y la Ley.

Resulta pertinente también el enlace con la Ley 21 de 1991: Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra (1989). Y el Decreto 1953 de 2014, que plantea los fundamentos administrativos para el funcionamiento de los territorios indígenas, y por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política.

3. Normas internacionales sobre la autonomía

En cuanto a Normas Internacionales sobre la Autonomía de los pueblos étnicos, existe el convenio 169 de la OIT, que reconoce el derecho de los Pueblos Indígenas de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico para mantener y fortalecer sus

identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven estas comunidades.

Así mismo se encuentra la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas (ONU, 2007) establece por su parte, el derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios necesarios para financiar sus funciones autónomas (Art. 4) y por último, se tiene registro de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a nivel de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2016 (“Declaración Americana sobre pueblos indígenas”).

4. Formas de ejercer la autonomía

Ahora bien, conviene reflexionar sobre la manera en que estas comunidades ejercen la autonomía. Para ello, es importante aclarar que se parte de la autonomía como concepto que se refleja en los Planes de Vida., para el caso de las comunidades Indígenas, y Planes de Ordenamiento Territorial (POT), para las comunidades afrodescendientes, y Planes de Desarrollo para la sociedad en general, que consisten en construir una ruta de vida propia, es decir la inclusión de las visiones y misiones que se tienen dentro del mismo territorio, de conformidad con sus prácticas y costumbres.

En lo concerniente con la educación, los pueblos étnicos estructuran autónomamente un prototipo de plan de diseño curricular que es la manera en que se aborda la educación dentro de estas comunidades dando prioridad a una educación propia y en la medida de lo posible, que conduzca al fortalecimiento de la misma cultura.

5. El territorio y la autonomía (Derecho Fundamental a la Consulta Previa)

En paralelo a este análisis, es menester enfatizar en la consulta previa como un derecho fundamental y a la vez un mecanismo de participación que tienen los grupos étnicos en Colombia, a través del cual se les confiere la capacidad de decidir sobre medidas (legislativas y administrativas) o proyectos, obras o actividades que se vayan a realizar dentro de sus territorios, buscando, de esta manera, proteger su integridad cultural, social, económica, garantizar el derecho a la participación y el respeto de la cosmovisión y conexión de las comunidades étnicas con sus territorios.

En Colombia, las comunidades afrodescendientes cuentan con los Concejos Comunitarios, que han sido previamente establecidos en la mencionada Ley 70 de 1993 en su artículo n°5. La jurisprudencia colombiana también se ha pronunciado respecto a las funciones de los Consejos Comunitarios, es el caso del Consejo de Estado que señala lo siguiente en la sentencia con radicación número: 27001-23-31-000-2004-00549-01(3826) del 20 de octubre de 2005, frente a la naturaleza de los consejos comunitarios: “Los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras son personas jurídicas cuya creación está autorizada por el Artículo 5º de la ley 70 de 1993, que tienen entre sus funciones las de administrar internamente las tierras de propiedad colectiva que se les adjudique, delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas, velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación”.

6. El aporte de la mujer indígena y afrodescendiente a los procesos enmarcados dentro de la autonomía de las comunidades étnicas

Otro acápite de gran relevancia es el tema del papel o rol de las mujeres afrodescendientes: a lo largo de los años, las mujeres han sido excluidas en muchos ámbitos puesto que vivimos en una sociedad machista y patriarcal.

Esta situación ha mejorado paulatinamente, dado que la mujer pasó de cuidar y criar hijos a tener cargos profesionales y representación en los congresos del Estado.

En el caso de algunos pueblos indígenas, la voz de muchas mujeres aún no es escuchada y sigue tras la sombra del hombre, muchas de estas aún trabajan el doble para llevar el pan a la mesa. No hay igualdad respecto a la toma de decisiones en las comunidades, puesto que su voz aún no es escuchada.

Por otro lado, en otras comunidades y en muchas partes del mundo, las mujeres indígenas han luchado por ser escuchadas y que su trabajo sea visible, ya no solo cuidan a sus familias, sino que además trabajan en pro de mejorar y proteger los derechos de sus comunidades.

En las comunidades afro, por el contrario, las mujeres han desempeñado un papel fundamental tanto en los hogares, como en la sociedad chocoana. Las matronas han sido el soporte ante la adversidad y un pilar de tenacidad, y hoy en día lo son para seguir en pie de lucha, ante los retos más apremiantes para restablecer el tejido social. Pese a lo anterior, para nadie es un secreto que ser mujer y pertenecer a las minorías étnicas y a las diversidades en este país implica un esfuerzo doble y hasta triple, debido a que las mujeres

históricamente han sido apartadas por débiles, frágiles, nociones culturales correspondientes a la división sexual del trabajo de hombres en lo público, mujeres en lo doméstico, demeritando implícitamente, o invisibilizando cualquiera de los muchos y permanentes aportes sociales y/o comunitarios que ellas emprenden.

Gracias a las luchas y revoluciones dadas por muchas mujeres, en contexto regional, nacional e incluso internacional, es cada vez más frecuente el reconocimiento de los aportes y luchas de muchas mujeres que propenden por incorporar en todos los ámbitos, los conceptos de equidad e igualdad en la sociedad, reivindicar sus derechos y elevar el nivel de participación de las comunidades. Y gracias a eso, esta generación ya ve algunos frutos de la transformación y el empoderamiento femenino, hasta el punto de que actualmente, en Colombia, se cuenta una representación étnica - negra de una mujer en la vicepresidencia. Francia Márquez representan ese cúmulo de logros que se han sumado históricamente en el marco de la autonomía de los pueblos étnicos, sus luchas, sus sueños. En ella el pueblo étnico ve reflejada la importancia de la representación, de la lucha y el esfuerzo por romper los esquemas clasistas de esta sociedad.

7. Factores endógenos y exógenos de la autonomía

Finalmente, también es importante tomar en cuenta que la autonomía puede verse afectada e influenciada por factores internos y externos, y que todo ello ha generado vulneraciones en dichas comunidades.

El conflicto armado en Colombia es un factor exógeno que obliga a las comunidades étnicas a desplazarse de sus territorios, trayendo como consecuencia, en muchas ocasiones, la pérdida de identidad y de sus costumbres, dado que muchas

personas e incluso comunidades enteras deben adaptarse a la vida en la ciudad o en otros territorios. Estos desplazamientos forzados generan además una aculturación, obligándolos así a perder autonomía y potestad sobre sus territorios ancestrales.

De otro lado, la cosmovisión de estas comunidades se considera un factor endógeno que crece dentro de su mismo hábitat, el contexto y percepción del mundo que los pueblos étnicos tienen de sí y ha sido de suma importancia para otorgar autonomía, conservando y preservando sus derechos fundamentales.

Otro factor que tiene gran influencia e impacto negativo es la aculturación y la desculturización desde el ámbito educativo, siendo la primera, la pérdida de la cultura propia y adaptación de otra y como segundo, el proceso de reducción de la cultura propia por individuos de la misma comunidad. Esta pérdida enfocada desde el nivel educativo se ve reflejada en muchas instituciones, debido a que ya son muy pocas las que imparten conocimientos fundamentales sobre etno educación, y en los espacios donde se comparte la cátedra, se hacen incipientes procesos de deconstrucción de pensamientos impregnados por la cultura colonizadora: toda la carga de la esclavitud a la cual fueron sometidas estas comunidades a la llegada de los españoles y la consecuente carga moral que ello representa. Así mismo debería profundizar en la enseñanza de la importancia de esa liberación, resaltar la lucha de siglos que han tenido estas comunidades. Es claro que el hecho de no educar con el debido conocimiento hace que las generaciones crezcan con ideas distorsionadas de la conquista, como, por ejemplo, la idea generalizadas de que Cristóbal Colón y demás conquistadores, eran héroes que llegaron a América a traer vida y cosas buenas a este continente.

Los Estados, mediante las constituciones y las normas internacionales, han permitido fortalecer la potestad que se le ha otorgado a los pueblos étnicos por medio de la autonomía. Han consentido el libre desarrollo, la identidad cultural, la diversidad étnica y cultural entre otros derechos que hacen que dichas comunidades no sean excluidas, de manera deliberada, del resto de la población.

Conclusiones

A manera de conclusión, es posible inferir que las comunidades afrodescendientes e indígenas en Colombia cuentan con la potestad de tomar casi cualquier tipo de decisiones de manera autónoma dentro de su mismo entorno como comunidad. Al mismo tiempo, es claro que existen diferentes factores que de una u otra forma limitan el desarrollo de esa autonomía y de que se pueda desplegar a cabalidad. Pese a todo ello, sí existe autonomía para los pueblos étnicos en Colombia y sería bueno que el Estado implementara alternativas para que esa autonomía pueda desarrollarse completamente.

La autonomía con la que hoy día cuentan las comunidades étnicas de Colombia es resultado de la lucha que durante siglos han tenido los pueblos afrodescendientes e indígenas no sólo en Colombia, sino en todo el continente americano.

Pese a que en la actualidad persisten permanentes y diversas manifestaciones de racismo y discriminación, el avance que han tenido estas comunidades por medio de arduas luchas durante siglos, ha permitido que hoy día éstas gocen de un abanico de derechos constitucionales que incluso han sido creados de manera exclusiva para las mismas, y de ese modo, garantizar que se siga preservando la autonomía y demás

derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Referencias

- Blanco Blanco, J. (2011). Tierra, autonomía y ancestralidad, una tríada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia. *Prolegómenos*, 14(28), 25-44. <https://doi.org/10.18359/prole.2377>
- Córdoba, L. M., Hinojosa, M. Y., Palomeque, A. K. y Hinestroza, L. (2017). Derecho de autonomía de los consejos comunitarios de comunidades negras del departamento del Chocó: límites y retos. *Ambiente Jurídico*, 21, 43-65. <https://revistasum.umanizales.edu.co/ojs/index.php/AmbienteJuridico/article/view/3157>
- Coronado Delgado, S. A. (2018). El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia. *Revista Controversia* (187), 48-81. <https://doi.org/10.54118/controver.v0i187.165>
- Corte Constitucional (2017). Sala séptima de revisión, Sentencia del 12 de octubre.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales*. Organización de Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>
- Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (tomo II). <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30326/27373>

El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su Acogimiento en el Sistema Constitucional Peruano: A Propósito del Derecho Indígena

Pedro Daniel León Estrada³²

Resumen: El control de convencionalidad ha supuesto una controversia en la clase política latinoamericana, habiéndose entendido este como una aparente injerencia en la supremacía constitucional de cada país miembro, en concreto de su soberanía para tomar sus decisiones en el ámbito jurisdiccional, sin tener en cuenta que el origen de la convencionalidad nace justo ante las violaciones reiterativas y sistemáticas de los derechos humanos por parte de los Estados y de sus agentes así como de la ineficacia en la administración de justicia o acceso a la misma por parte de las víctimas, generando conflictos sociales por parte de grupos que se sienten excluidos y que ejercen presión a efectos de que se reconozca la efectividad de los derechos humanos que ellos consideran suyos, y que muchas veces se encuentran establecidos en tratados internacionales, inclusive en las propias Constituciones; es por ello que esta debilidad de los sistemas internos de administración de justicia hizo necesario el establecimiento de tribunales supranacionales, a los cuales los Estados de manera voluntaria se han sometido, a fin de fijar estándares mínimos al que deben adecuar sus legislaciones, bajo riesgo de incurrir en responsabilidad internacional, y esto como garantía de respeto a los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos, Convencionalidad, Constitución Política, Soberanía.

Introducción

³²Abogado por la Universidad Nacional de Piura, y Juez de primera instancia del Poder Judicial del Perú.

Se debe tener en consideración que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) se encuentra facultada como órgano jurisdiccional supranacional exclusivo para dirimir conflictos que involucren a los países miembros de la Organización de Estados Americanos, que involucren una vulneración de derechos humanos señalados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), en Tratados Internacionales de Derechos Humanos así como en la jurisprudencia emitida por la propia Corte, dicha exclusividad es otorgada por la referida Convención Americana, convirtiéndose en ese sentido en una especie de guardián de la convencionalidad concebida esta como el deber de respeto por parte de los países miembros de los derechos humanos de sus ciudadanos y ciudadanas, y que algunos gobiernos consideran como una injerencia a su “*status quo*” político y jurídico, y en casos más extremos consideran esta facultad como una abierta agresión a su soberanía nacional reflejada en la supremacía de la Constitución Política vigente de su nación.

En ese sentido, a efectos de establecer una fortaleza y respaldo jurídico en esa tarea, es que se ha generado y desarrollado la figura jurídica del control de la convencionalidad en las diversas resoluciones emitidas por la CIDH en los cuales ha evolucionado tanto el alcance, como el contenido y fuerza vinculatoria de este tipo de control, a efectos de salvaguardar la garantía de protección de los derechos humanos contemplados tanto en la CADH como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos , también conocido como “*Corpus Iuris Interamericano*”; teniendo como base directriz a la dignidad humana, y su carácter universal que trasciende a toda normatividad interna de cada país miembro.

Finalmente, es necesario entender la necesidad de fortalecer el carácter vinculante de la CADH, debido a la

juventud democrática de los países miembros, donde la mayoría no poseen más de un siglo de democracia en su contexto, resultando necesario el control de convencionalidad, pero en concordancia con el dialogo convencional entre el *Corpus Iuris Interamericano* y el *Corpus Iuris Interno* de cada país miembro, ello a fin de no generar una reacción adversa por parte de los países miembros a efectos de coadyuvar esfuerzos para garantizar el ejercicio libre de los derechos humanos por parte de los ciudadanos y ciudadanas.

1. Contexto Inicial del Control de Convencionalidad

Es necesario tomar en cuenta que dicho control de convencionalidad surge a consecuencia de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a efectos de que este tribunal internacional logre precisar la relevancia de dicha moderna doctrina constitucional, asimismo de este modo establecer los lineamientos para facilitar la aplicación e implementación de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos en el orden jurídico de cada país miembro adscrito al también denominado Pacto de San José de Costa Rica, dicho esfuerzo busca no una limitación (a mi entender) de la soberanía de los países miembros, sino que, al contrario, reconoce esa supremacía constitucional pero busca una interpretación conjunta con el denominado "*Corpus Iuris Interamericano*".

Asimismo, se considera a este control como un principio relevante y directriz en el desarrollo de las funciones ejecutadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto debido al permiso (elemento subjetivo) otorgado para el ejercicio de revisión por parte de dicha corte internacional cuando se trata de casos de vulneración de derechos humanos, dicha licencia o permiso social es otorgado por la Convención Americana de

Derechos Humanos, así como por cada país de esta región americana se somete a las implicancias de dicha licencia cuando haya aprobado y ratificado la Convención Americana, sometiéndose a la jurisdicción y competencia de esta corte internacional, en base a las disposiciones consagradas en la Convención Americana y la interpretación que hace la corte de esta norma internacional sobre Derechos Humanos.

Por lo tanto, desde esta función relevante de emitir sentencias este tribunal americano ha exhortado a los estados miembros del referido pacto, comprendiendo las líneas de administración pública de dichos países así como sus sistemas de justicia, en el sentido de aplicar este control de convencionalidad a efectos de que el mismo sea un filtro que sirva de análisis entre los actos y normas internas de estos países, en todo lo que tenga que ver a principios y derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, principalmente la Convención Americana; por lo tanto es correcto establecer que este control va a delimitar la postura de los estados partes frente a estas obligaciones de observancia obligatoria y garantía de respeto de los derechos humanos de sus ciudadanos y ciudadanas, y con ello el diseño de las políticas públicas relacionadas con los derechos humanos, no solo a nivel jurisdiccional sino en el sistema administrativo estatal, tal como lo han señalado diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, por lo que puede darse en dos niveles según García Belaunde & Palomino Manchego (2013, p. 224):

- a) Internacional: El control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de

derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno tal como refiere el artículo 2° de la Convención Americana³³, toda vez que ello sirve para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad internacional. Este control puede alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la Constitución, esto último no es tan frecuente y con alcances limitados, aunque tenemos el caso controversial denominado “La última tentación de Cristo” del año 2006³⁴, en el país miembro Chile.

- b) Interno:** Esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del “*corpus iuris*” básico en materia de derechos

³³“Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

³⁴ Extraído del enlace:
https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=263&lang=es

humanos, y sobre lo cual la Corte ejerce competencia material, que se expresa en su jurisprudencia. Desde este punto de vista, el control de convencionalidad es un principio que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales.

Este control de convencionalidad, al igual que el control de constitucionalidad su ejercicio no es exclusivo de los Tribunales Constitucionales (control de constitucionalidad) o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control de convencionalidad), sino que para poder asegurar sus fines este control materia de este artículo también se debe extender a los tribunales judiciales internos de cada país miembro, en ese sentido es necesario citar el voto razonado del Juez Ferrer Mac Gregor³⁵:

... el control concentrado de convencionalidad es propiamente realizado por la Corte Interamericana al tener la competencia otorgada por la convención para interpretar y aplicar dichos preceptos. Será la corte la competente para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del “control de convencionalidad, siempre y cuando el análisis se derive del examen que se realice de la compatibilidad de la actuación nacional a la luz de la convención americana sobre derechos humanos.

Asimismo, un antecedente interesante sobre este tipo de control supranacional lo encontramos en la fundamentación

³⁵ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México de fecha 26 de noviembre del 2011, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf

del voto razonado del juez interamericano Sergio García Ramírez³⁶:

Debemos entender que la tarea de la corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales, estos examinan los actos impugnados, disposiciones de alcance general, a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve sobre la “convencionalidad” de esos actos.

Los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad, explica Sagüés et al (2010), son dos y ambos nacen del derecho internacional: i) el efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe, y ii) la prohibición de alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En conclusión, respecto a este tipo de control de convencionalidad se puede establecer dos elementos esenciales:

- Resulta una facultad inherente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el fin de resolver aquellos casos sometidos a su

³⁶Caso Tibi Vs. Ecuador de fecha 07 de septiembre del 2004, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

jurisdicción, previamente reconocida por los países miembros.

- Resulta ser un instrumento que facilita la ponderación entre el derecho u orden jurídico del Estado parte y las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El otro tipo de control de convencionalidad es el denominado como control difuso y del cual bajo una interpretación extensiva se circunscribe fuera de la Corte Interamericana para ser conferido ese deber a los tribunales internos de los países miembros, en este punto resulta relevante lo citado por el juez interamericano Ferrer Mac Gregor (2011):

Es el deber de todas las líneas de gobierno y administración pública de realizar un ejercicio analítico u examen de ponderación y/o compatibilidad entre los actos internos y normas nacionales frente a las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre derechos humanos, así como sus protocolos adicionales y la jurisprudencia propia de la corte que interpreta este corpus iuris interamericano (p. 540).

Además, en el controvertido caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido la siguiente línea jurisprudencial respecto a este control difuso³⁷:

Se realiza una “internacionalización del derecho constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos

³⁷Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (Ídem).

fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para que la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional.

Para ello es evidente la visibilidad de dos elementos propios de este control difuso, como mecanismo de garantía, estos elementos son los siguientes:

- Es una garantía de protección de los derechos humanos, establecida para las líneas de gobierno y de justicia de los Estados parte firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Se genera un contexto en donde los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos a manera de protectores directos de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Líneas Básicas del Control de Convencionalidad

Definida la naturaleza esencial del control de convencionalidad, es necesario señalar que existe una serie de criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, debido a su relevancia y reiterancia este organismo internacional ha establecidos líneas básicas en cuanto a la convencionalidad:

- a) El deber y/o responsabilidad de los jueces y autoridades de un Estado miembro no solo se centra en la protección de los derechos fundamentales contenidos en el ordenamiento normativo interno nacional, sino que

además incluye la protección de los principios y derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales celebrados por los países miembros.

- b) Es evidente la génesis de este control de convencionalidad como un límite necesario que tienen los estados al no poder invocar su derecho interno a efectos de no cumplir con el derecho internacional, siendo responsable de controlar la aplicación efectiva de las disposiciones normativas internacionales en materia de derechos humanos dentro de su territorio.
- c) Tiene como principio directriz el denominado como "*Pro Homine*", pues la ponderación que se realiza entre el ordenamiento normativo nacional y la convención americana de derechos humanos y la jurisprudencia de la corte, implica la aplicación de la interpretación más favorable para el goce y ejercicio de los derechos humanos, así como las libertades de las personas.
- d) Dicho control de convencionalidad se configura como un mecanismo relevante y fundamental en el desarrollo y evolución en la tarea de proteger y garantizar los derechos humanos, al establecer una armonía entre los "*Corpus Iuris Nacionales*" y el "*Corpus Iuris Interamericano*.", algo tan propio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- e) Este denominado *Corpus Iuris Internacional*, a criterio de la Corte Interamericana consiste en³⁸:

El Corpus Juris del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional en el sentido

³⁸ Opinión Consultiva OC 16/99 solicitada por México, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf

de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (Mac Gregor, 2011, p. 584).

- f) Un punto controvertido es la afectación de este control de convencionalidad a todas las normas internas de un país, inclusive su Carta Magna, en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado de la siguiente manera³⁹: “Acerca del término “leyes internas”, refiriéndose a que es aplicable para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones constitucionales”.

Estas líneas básicas sobre la convencionalidad justifican la necesidad de su aplicación en el espectro jurídico interno de cada nación, pero bajo una perspectiva de consenso con la normatividad interna, especialmente con la Carta Magna de cada país, pero siempre conservando el límite que como organismo internacional goza para garantizar el respeto a los derechos humanos, y quizás estas líneas básicas generen una resistencia por parte de algunos países miembros que no consideran a los derechos humanos como parte básica de su plan de gobierno, sino que al contrario establecen planes paralelos de gobierno en donde vulneran estos derechos fundamentales a fin de conseguir los objetivos planteados, y justificando un “aparente fin social” para dicho accionar.

Si bien, dentro de estos lineamientos no ha sido considerados dos elementos básicos del control de convencionalidad, es necesario especificarlos para una mejor lectura de esta figura supranacional, estos elementos son

³⁹ Opinión Consultiva OC 04/84 solicitada por Costa Rica, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf

necesario para el denominado examen de convencionalidad, siendo estos:

- a) **Parámetro de control:** este elemento involucra a los instrumentos normativos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), generando un deber internacional derivado de la Convención Americana de Derechos Humanos, es decir de los derechos fundamentales reconocidos en el SIDH; en ese sentido, se puede establecer una postura en tendencia a la vinculatoriedad de sus fallos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a ello el García Ramírez ex juez de dicha corte señala la siguiente definición:

En la especie, al referirse a un «control de convencionalidad» la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus iuris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etc⁴⁰.

- b) **Objeto de Control:** este segundo elemento tiene entre sus componentes la normatividad interna de un país, incluyendo la constitución política, incluyendo también

⁴⁰Voto del juez Sergio García Ramírez, en el caso Trabajadores cesados del congreso Vs. Perú, del 24 de noviembre del 2006. Extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

las interpretaciones sobre las normas y los proyectos de ley a pesar de que estos aun no tienen fuerza vinculante, pero por un fin preventivo se consideran dentro de este elemento; cabe señalar que este objeto de control no solo recae en el aspecto de la producción normativa sino que también busca incidir en la inacción para producir normas (omisión legislativa) y en ese sentido poder subsanar dichos vacíos normativos. Un ejemplo contundente es el caso del Código Penal de Panamá que no tipifica el delito de tortura:

El Código Penal vigente en Panamá desde 1983 no tipifica de manera específica el delito de tortura, sino más bien establece en su artículo 160, bajo el título de «Delitos contra la Libertad Individual», que el «servidor público que someta a un detenido a severidades o apremios indebidos, será sancionado con prisión de 6 a 20 meses. De lo anterior se desprende que el Estado ha incumplido con su obligación de modificar su legislación interna con el propósito de tipificar el delito de tortura, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención contra la Tortura⁴¹.

3. El Control de Convencionalidad en el Espectro Peruano

Previamente hay que tener en cuenta que en el Perú la justicia constitucional no es administrada solamente por el Tribunal Constitucional sino también por los jueces ordinarios quienes realizan el denominado control difuso de convencionalidad mientras que el Tribunal Constitucional realiza el control concentrado de convencionalidad, muestra de ello es la sentencia penal emitida por la jueza Antonia Saquicuray en el famoso caso de Barrio Altos, quien en el 16 de

⁴¹ Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, del 12 de agosto del 2008. Extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

junio de 1995, después de un examen de convencionalidad señaló que las leyes de amnistía dictadas por el Gobierno de Fujimori en beneficio de los militares involucrados en dicho crimen, resultaba incompatibles con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos como con la norma constitucional vigente, pues la supresión de protección a los derechos fundamentales, implica también la vulneración del debido proceso⁴².

Posteriormente a dicha sentencia si bien no se estableció de manera expresa el deber de control de convencionalidad por parte de los jueces y juezas del país, pero el Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha planteado esta obligación inherente con la función de emitir sentencias pero de manera intrínseca en la función social de impartir justicia, y esto sirvió de punto de inicio para establecer parámetros basados en los instrumentos internacionales del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, a efectos de establecer un filtro de compatibilidad o incompatibilidad entre las decisiones judiciales, sus fundamentos y estos denominados instrumentos internacionales; pero el Perú conserva un diálogo entre la convencionalidad y la constitucionalidad siendo que el ordenamiento jurídico interno ha señalado que los tratados internacionales de Derechos Humanos tienen la misma jerarquía o nivel de la Constitución Política.

A su vez, la teoría del rango constitucional de los derechos debería contrastarse con el hecho de que los tratados pueden ser objeto de control de constitucionalidad (artículo 200, numeral 4 de la Constitución). Sin embargo, si se admite que este último dispositivo es determinante para atribuirle rango legal a los tratados de derechos humanos, prevalecería

⁴² Extraído del enlace: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/02/19/sentencia-pj-16-de-junio-de-1995-16-juzgado-penal-de-lima-caso-barrios-altos-aplicacion-control-difuso/>

la perspectiva estática y formalista frente a la dinámica y finalista que sustenta la equiparación del rango de los tratados al de la Constitución formal (Ramírez, 2013).

4. Sentencias Relevantes de la CIDH sobre el Control de Convencionalidad y el Derecho Indígena

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha evolucionado en cuanto a sus líneas jurisprudenciales, no siendo una excepción la referida en cuanto al control de convencionalidad, siendo algunas de las sentencias más relevantes las detalladas a continuación, y que implementan las denominadas líneas básicas:

a) Caso Myrna Mack Vs. Guatemala⁴³:

Este caso se desarrolla en torno a la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang el 11 de septiembre de 1990, en la ciudad de Guatemala, la cual fue consecuencia de una operación de inteligencia militar, que obedeció a un plan previo y cuidadosamente elaborado por el alto mando del estado mayor presidencial.

Se plantea que el país de Guatemala no utilizó todos los medios a su disposición para realizar una investigación seria y efectiva que sirva de base para el esclarecimiento completo de los hechos, el procesamiento, juzgamiento y sanción de todos los responsables, tanto autores materiales como intelectuales, dentro de un plazo razonable. Esta situación se ha visto agravada por la existencia y tolerancia por parte del estado guatemalteco de mecanismos de hecho y de derecho que obstaculizan una adecuada administración de justicia.

⁴³ Caso Mack Chang Vs. Guatemala de fecha 25 de noviembre del 2003, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que la responsabilidad es global como país, pues atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho interno. No resultando posible seccionar internacionalmente al estado, ni se puede concebir obligar ante la corte sólo a uno o algunos de sus órganos administrativos o jurisdiccionales, entregar a éstos la representación del estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de esta corte internacional, ello en mérito del deber asumido del país miembro como una unidad estatal y no de manera divisible.

b) **Caso Almonacid Arellano Vs. Chile⁴⁴:**

Este caso se desarrolla en relación a la presunta falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del decreto Ley No. 2.191, ley de amnistía, adoptada en 1978 en Chile, así como la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

La Corte Interamericana consideró que el poder legislativo falló en su tarea de suprimir y/o adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, frente a lo cual el poder judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a

⁴⁴ Caso Almonacid Arellano Vs. Chile de fecha 26 de septiembre del 2006, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la convención americana, sus jueces, como parte del aparato del estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

c) Caso Boyce y otros Vs. Barbados⁴⁵:

En este caso la comisión alegó que el estado es responsable de las violaciones cometidas en contra de Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins Y Michael McDonald Huggins, por la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta.

Las presuntas víctimas fueron condenadas por el delito de homicidio. La comisión alegó la violación a los derechos de las presuntas víctimas por las condiciones de su detención, la lectura de las órdenes de ejecución mientras sus peticiones estaban supuestamente pendientes ante los tribunales internos y el Sistema Interamericano De Derechos Humanos, y por la supuesta falta de adecuar el derecho interno de Barbados a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos.

d) Caso Gelman Vs. Uruguay⁴⁶:

Este caso se genera por la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, pero guarda también una estrecha relación con la violación a los derechos de reconocimiento de personalidad

⁴⁵ Caso Boyce y otros Vs. Barbados de fecha 20 de noviembre del 2007, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

⁴⁶ Caso Gelman Vs. Uruguay de fecha 24 de febrero del 2011, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos de los niños y niñas, el derecho a la nacionalidad, a las garantías judiciales y a la protección judicial, vulneraciones acaecidas en la nación de Uruguay.

La Corte Interamericana en el caso *Gelman vs. Uruguay* explora por primera vez la obligación de que cualquier autoridad del estado debe ejercer un control de convencionalidad en aras de brindar una protección a los derechos humanos acorde no solo el tratado internacional, sino además la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según esta línea básica interpretada por la Corte Interamericana, se debe tener en cuenta que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad', que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del poder judicial." A partir de esta sentencia se suscitó un giro de 180 grados a la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues este control de convencionalidad no solamente obliga a los jueces internos de un país miembro sino a todas las autoridades del estado (inclusive administrativas).

En referencia al Derecho Indígena la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado, recalcando el deber de aplicar la compatibilidad de la convencionalidad en sus actos internos (administrativos, normativos y judiciales), en ese sentido se tienen las siguientes sentencias:

a) Caso Pueblo Indígena Xucuru Vs. Brasil⁴⁷:

El presente caso se encuentra referido a la presunta violación del derecho a la propiedad colectiva y a la integridad personal del referido pueblo indígena, esto debido a una injustificada demora de 16 años en el reconocimiento, titulación y delimitación de sus tierras comunales o ancestrales, en el Estado de Pernambuco (Brasil); este procedimiento administrativo vulneró las garantías y protección judiciales previstas en los artículos 21, 5, 8, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Resulta interesante que la Constitución Federativa de Brasil de 1988 dio rango constitucional a los derechos propios de las comunidades indígenas, derechos que comprenden aspectos territoriales, patrimoniales entre otros, tal es así que el artículo 20° de dicha Carta Magna establece el usufructo exclusivo y permanente de sus propias tierras, incluso sobre las áreas indígenas, pero parece que el problema no radicaba en el reconocimiento sino en el procedimiento excesivamente burocrático al que estaba sometido este reconocimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, relaciona este reconocimiento de propiedad sobre sus tierras nativas y comunales, es decir el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, al artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos pero sobre todo al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así mismo establece este deber de convencionalidad en referencia a la Declaración

⁴⁷Caso Pueblo Indígena Xucuru Vs. Brasil de fecha 05 de febrero del 2018, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf

de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en el fundamento 116 de dicha sentencia señala que estos forman parte del “*Corpus Iuris*” que protegen a los pueblos indígenas.

El fundamento que me parece resaltante en esta sentencia es el 117 que a la letra señala lo siguiente:

Por otra parte, el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual se indica *inter alia* que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas

han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra⁴⁸.

⁴⁸ Caso Pueblo Indígena Xucuru Vs. Brasil (ídem).

Este fundamento resulta relevante por el hecho de que establece pautas que orientan el procedimiento de la propiedad ancestral o nativa de los pueblos indígenas y de este modo facilita la creación de un flujograma que permita atender esta necesidad de reconocimiento, saneamiento y titulación de este tipo de tierras, sin que la dilación implique o signifique una vulneración a derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, y con ello establece un deber de convencionalidad no solo en los actos judiciales y legislativos de un Estado sino también en los procedimientos administrativos que tengan que ver con asuntos tribales o indígenas.

b) Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala⁴⁹:

Este caso se genera a raíz de una serie de ejecuciones extrajudiciales (asesinatos) a modo de masacre en la aldea mencionada, las cuales fueron acompañadas de actos de torturas, violaciones sexuales, detenciones ilegales, desapariciones, y desplazamientos forzados, principalmente contra miembros de la comunidad nativa de los Maya Achí, estos hechos acaecieron en el periodo comprendido entre 1981 a 1986, esta política estatal que se “justificaba” en la seguridad nacional señalando como enemigos de la estabilidad interna a los miembros de esta colectividad, sin fundamento justificado alguno, simplemente porque en base a sospechas se les considero grupos insurgentes que amenazaban la seguridad

⁴⁹ Caso Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala de fecha 30 de noviembre del 2016, extraído del enlace: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf

nacional; este genocidio conllevó a un silencio por parte del gobierno Guatemalteco sin llegar a establecer investigaciones para sancionar a los responsables de este genocidio.

En este caso, se concluyó que la vulneración se dio contra los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, e incluso dicho país reconoció de manera parcial su responsabilidad señalando que no se había creado una comisión veedora y evaluadora de las investigaciones que conlleven a esclarecer dichos actos, en ese sentido la Corte de manera brillante establece una protección especial a los pueblos indígenas cuando se traten de este tipo de hechos que pongan en peligro su existencia como comunidad, si bien Guatemala propuso una solución amistosa pero los representantes de los pueblos indígenas rechazaron esta propuesta.

La convencionalidad señalada como deber esta referido a los instrumentos internacionales que prohíben esos actos como la tortura, la desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, violación sexual, desplazamientos forzados; pero la Corte Interamericana de Derechos Humanos va más allá, señala que también se constituye como violación la omisión por parte del Estado parte de recaudar pruebas que conlleven a esclarecer los hechos y de desarrollar procedimientos judiciales que protejan estos aspectos especiales que caracterizan a este tipo de crímenes.

Una conclusión respecto a este caso es que este deber de investigación con matices especiales que debe guardar cuando se trate de poblaciones vulnerables como los pueblos indígenas deben ser desarrollados "*Ex Officio*" por parte de los Estados

parte, ello implica que en dichas diligencias judiciales deben realizarse en base a los instrumentos internacionales de derechos humanos, pero también los referidos a los derechos de los pueblos indígenas, y también constituye como obligación el remover obstáculos facticos y legales que impidan dotar de estas características especiales a estas investigaciones, a efectos de lograr encontrar la verdad, como fundamento principal.

5. Postura del Tribunal Constitucional Peruano respecto a la Convencionalidad con relacion al Derecho Indígena

El máximo intérprete de la Constitución Política en el Perú, en referencia al control de convencionalidad, es decir el Tribunal Constitucional ha señalado que el control de constitucionalidad se debe armonizar con el de convencionalidad propuesto por la Corte Interamericana, pero este último, prima sobre el otro tipo de control, en ese sentido tres sentencias de este tribunal son las que han sentado líneas de aplicación del denominado control difuso de convencionalidad en el Perú:

a) STC N° 679-2005-PA/TC⁵⁰:

Se trata de la demanda de Amparo presentada por Santiago Enrique Martín Rivas contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, alegando la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la cosa juzgada, a la amnistía y el principio de seguridad jurídica. Señala que en el año 1995 la Sala de Guerra le concedió el derecho de amnistía por los hechos ocurridos en torno al denominado caso «La Cantuta» (causa 157-V-93). Dicha medida fue elevada en consulta a la Sala Revisora de la

⁵⁰ Sentencia extraída del enlace: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00679-2005-AA.pdf>

Justicia Militar, la misma que aprobó el archivo definitivo del proceso. No obstante, con fecha 17 de octubre de 2001, la demandada reabrió el caso y se anuló la ejecutoria que disponía su archivo definitivo y, posteriormente, desestimó el recurso de nulidad interpuesto por el recurrente en la vía judicial.

Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente la Corte precisó que el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada «aparente» o «fraudulenta».

La potestad reconocida a los jueces del Poder Judicial de aplicar el control difuso en salvaguarda de las normas de derechos fundamentales contenidas en la CADH, a pesar de que el Tribunal Constitucional haya confirmado la constitucionalidad de la ley objeto de control difuso, reconociéndose de forma implícita, la prevalencia de la CADH sobre las normas cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional, pero que vulneran derechos regulados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

b) STC N° 1458-2007-PA/TC⁵¹:

Es una demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), solicitando se declare inaplicable el Acuerdo del Pleno del Consejo

⁵¹ Sentencia extraída del enlace: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01458-2007-AA%20Aclaracion.html>

Nacional de la Magistratura, de fecha 3 de julio de 2003, en la parte que acuerda no ratificarlo en el cargo de Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Ancash, así como la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N.O 292-2003-CNM, mediante la cual se deja sin efecto su nombramiento y se cancela su Título. En consecuencia, pide se ordene su reincorporación en el mencionado cargo y se le reconozcan todos sus derechos inherentes a él.

Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de Perú, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

c) STC N° 0275-2005-PHC/TC⁵²:

El caso de Aquilino Carlos Portella Núñez, quien interpuso una demanda de *Habeas Corpus* para que se le apliquen las leyes de Amnistía. Basaba su demanda en que por los mismos hechos que fue condenado en el fuero común, la Corte Suprema de Justicia dirimió una contienda de competencia que culminó con ejecutoria de fecha 11 de febrero de 1994, declinando su competencia a favor del fuero militar, agregando que la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar reservó su juzgamiento, por lo que la causa penal debe archiversse definitivamente.

Es dentro de esta línea de principios que resulta plenamente válido y legítimo el encausamiento penal del

⁵² Sentencia extraída del enlace: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00275-2005-HC.html>

demandante, y su consecuente detención, ordenada por la Juez penal demandada, por cuanto el propósito del demandante es impedir que se le procese en el fuero ordinario (...) siendo incluso ulteriormente beneficiado con el corte de la secuela del proceso en aplicación de las leyes de amnistía 26479 y 26492. Este tratamiento resulta incompatible con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de fondo en el caso denominado Barrios Altos (...) al ser aplicable a todos los casos de violaciones de derechos humanos en los que se aplicaron las referidas leyes de amnistía (García Belaunde & Palomino Manchego, 2013).

Respecto a la convencionalidad aplicada al derecho indígena, el Tribunal Constitucional del Perú ha tenido posiciones encontradas, en unas sentencias reconociendo el derecho indígena como autónomo constitucionalmente, mientras que otras consideraban que habían otros derechos colectivos que tenían prelación, ello mayormente en casos territoriales donde se estaban desarrollando actividades mineras; pero actualmente ha establecido una postura jurisprudencia uniforme, siendo relevante señalar las siguientes sentencias:

a) STC N° 03326-2017-PA/TC⁵³:

Este caso es uno de los más actuales que le ha tocado resolver al Tribunal Constitucional, siendo de fecha 06 de junio del 2023, en la que estaba en controversia la denominada consulta de los pueblos indígenas, puesto que el Gobierno Peruano estaba otorgando concesiones mineras a una serie de empresas sin tomar en cuenta que las mencionadas concesiones se encontraban sobre

⁵³ Sentencia extraída del enlace: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03326-2017-AA.pdf>

territorios propios de comunidades indígenas o campesinas, lo cual conllevó a que estas se levantaran para defender sus tierras, es por ello que el Tribunal Constitucional en este caso exhorto al Gobierno Peruano a que regule cuales son los alcances de la participación ciudadana de los pueblos indígenas en lo pertinente al otorgamiento de concesiones mineras, siendo este un derecho no solo protegido constitucionalmente sino que también se encontraba protegido por instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el fundamento 45 de dicha sentencia establece la convencionalidad que se debe tener en cuenta respecto también a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a los actos de consulta a los pueblos indígenas cuando se trate de sus territorios, y de manera literal establece dicho fundamento de la siguiente forma:

Por su parte, la Corte IDH ha desarrollado una jurisprudencia que afirma la necesidad de tutelar los derechos de los pueblos indígenas u originarios sobre sus territorios para garantizar su supervivencia étnica y cultural. En ese contexto, vulnerar el derecho a la consulta previa podría constituir un factor decisivo para verificar la vulneración del derecho al territorio. En especial, en lo concerniente a la consulta previa, la Corte IDH, en reciente jurisprudencia, ha reiterado, respecto a obras o actividades dentro del territorio indígena, que: [E]l Estado por una parte

debe observar los requisitos comunes a toda limitación al derecho de propiedad (...) y por otro parte debe cumplir —con las siguientes tres garantías: en primer lugar, —asegurar la participación efectiva de los pueblos o comunidades, —de conformidad con sus costumbres y tradiciones, deber que requiere que el Estado acepte y brinde información, y que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. En segundo lugar, debe —garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de[] territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto [...] ambiental. En tercer lugar, debe garantizar que las comunidades indígenas —se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio[]20 (resaltado agregado).

Esta postura ha generado controversia con la clase empresarial quien ante este pronunciamiento deben consultar previamente a las comunidades nativas o campesinas, por actividades mineras que se vayan a realizar en sus tierras comunales, esto en concordancia con las

diversas jurisprudencias desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

b) STC N° 01171-2019-PA/TC⁵⁴:

Este caso emblemático comprende un aspecto también importante para los pueblos indígenas en el Perú y esto es su reconocimiento legal y jurídico como comunidades indígenas a efectos de poder titular sus tierras, si bien la demanda de amparo presentada por el pueblo indígena o nacionalidad Achuar presentada contra el Gobierno Regional de Loreto, fue declarada improcedente pero resulta relevante el voto de la magistrada Ledesma Narváez quien abrió el camino para que posteriormente se emitan sentencias que dotaban de una protección especial a los derechos de los pueblos indígenas conforme señalan instrumentos internacionales.

Dicha magistrada señalaba que las políticas públicas y lineamientos técnicos que afecten a los pueblos indígenas deben garantizar la vigencia efectiva de los instrumentos y normas internacionales sobre sus derechos conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT, así mismo en concordancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas y asimismo comprendió esta convencionalidad que recae sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el fundamento 19 de su voto establece lo siguiente:

Ahora bien, es indispensable -para un adecuado goce y ejercicio del derecho

⁵⁴ Sentencia extraída del enlace: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01171-2019-AA.pdf>

a la propiedad de las comunidades nativas- que se efectúe una adecuada delimitación y demarcación de sus territorios. Sobre ello, es natural que, al tratarse de vínculos que se remontan en algunos casos a épocas incluso anteriores a la colonial, no exista alguna demarcación territorial definitiva. Es importante, por ello, resaltar que la falta de delimitación, demarcación y titulación en favor de las comunidades puede potenciar la expedición de títulos a favor de terceros dentro de sus territorios ancestrales [cfr. Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Nº 309. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 160].

Si bien el tema de la titulación de tierras se ve en el fuero civil como incluso la misma magistrada lo reconoce, pero aplica la convencionalidad y señala que la combinación de este reconocimiento como nacionalidad indígena puede permitir que exista la necesidad de establecer mecanismos especiales para la titulación de sus tierras en base a este reconocimiento como colectivo indígena.

Conclusiones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ostenta la facultad conferida de garantizar la protección de los derechos humanos de los ciudadanos de los países miembros, es por ello que resulta necesario fortalecer la aplicación e

implementación del control de convencionalidad en los ordenamientos internos de los países miembros del Pacto de San José de Costa Rica, puesto que actualmente la fuerza de este control solo reside en la respectiva jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha evolucionado teniendo en cuenta la inmadurez política y democrática de los países miembros, en los cuales incluso a la actualidad existen una diversidad de conflictos sociales y abiertas vulneraciones de derechos humanos, es por ello que esta corte internacional a modo de padre protector ha considerado necesario establecer una rigurosidad en este control de convencionalidad, asimismo determinar la prelación de este control de convencionalidad sobre el control de constitucionalidad en los países miembros.

Aún existe un reto pendiente, que es la armonización de las normas internacionales de Derechos Humanos, incluyendo la Convención Americana, con los ordenamientos jurídicos internos de cada país miembro considerando su respectivas Constituciones Políticas, para ello se debe dar relevancia al uso del diálogo convencional o diálogo de la convencionalidad, sin generar cláusulas cerradas en cuanto a este proceso de armonización, en cuanto a la protección de los derechos humanos.

Referencias

- García Belaunde, D., & Palomino Manchego, F. (2013). El control de la convencionalidad en el Perú. *Revista Pensamiento Constitucional*, 18, 224-225.
- Mac Gregor, F. (2011). *Interpretación conforme y control difuso de la convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez*

Mexicano. Revista de Estudios Constitucionales, 9, 531-622.

Ramírez, B. (2013). *El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. Tesis de Maestría en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sagues, N., Von. A & Morales M. (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia una Constitucionale Commune en América Latina?, Tomo I*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Este libro recoge principalmente las ponencias que se realizaron en el I Seminario Permanente del Grupo de Investigación de Derecho Indígena de la Red de Derecho de América Latina y el Caribe (REDALC) denominado “El Rol Político y Jurídico de los Pueblos Indígenas en Perspectiva Comparada” que se llevó a cabo el 10 de noviembre de 2022. Este seminario permanente tiene como eje principal analizar la situación de los pueblos originarios en clave política, explicando su participación como sujetos políticos en los estados y su relación con los gobiernos nacionales, y también ahondar en cuál ha sido la regulación jurídica de estas relaciones, desde una perspectiva comparada.

Revisar el rol político y jurídico de los pueblos indígenas en América es un tema de total relevancia, toda vez que en los últimos años ha habido un creciente desarrollo de su visibilidad en el espacio público, aun cuando no han tenido los resultados esperados en término de influencia y normativa que hagan efectivas sus demandas. Este libro está dividido en dos partes. Una primera denominada, “Pueblos Indígenas y Sociedad”, que cuenta con trabajos en perspectiva interdisciplinaria. La segunda parte del libro denominada “Pueblos Indígenas y Derecho” recoge el trabajo de autores de la realidad de Colombia y Perú.

Katherine Becerra Valdivia es abogada y doctora en Ciencia Política. Actualmente se desempeña como profesora asistente en la Universidad Católica del Norte, Chile