



# Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas en América Latina

Katherine Becerra Valdivia  
Compiladora



UNIVERSIDAD  
DE ATACAMA



**REDALC**  
RED de Derecho América  
Latina y el Caribe

# Pluralismo Jurídico y Derechos Indígenas en América Latina

Katherine Becerra Valdivia

Compiladora



Diseño de Portada: Katherine Becerra Valdivia

Directora Equipo Editorial: Taeli Gómez Francisco

Ayudante Editorial: Daniel Araya Ardiles

Ayudante Editorial: Gonzalo Namor Kong

Compiladora: Katherine Becerra Valdivia

Sobre la presente edición:

Editorial Universidad de Atacama, 2024

© Rodrigo Giraldo Quintero

© Ana María Ramírez Sanchez

© Yolange Véliz Valencia

© Javier Leiva Albornoz

© Pedro León Estrada

© Eduardo J.R. Iludgard

Serie: Grupo de Investigación en Derecho Indígena, REDALC

ISBN: 978-956-7701-13-1

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

Imagen de Portada: Pixabay/girl <https://pixabay.com/es/photos/niña-wayuu-indio-cultura-colombia-4232024/>

## **Comité Editorial**

Dra. Taeli Gómez Francisco

Dra. Carolina Salas Salazar

Dr. Alex Valle Franco

Dra. Katherine Becerra Valdivia

## Índice

<i>Presentación</i> .....	6
<i>Análisis socio-jurídico de la autoridad jurisdiccional indígena en Colombia: Contexto de los pueblos ancestrales desde su Ley de Origen en perspectiva Ius-Histórica.</i> .....	8
<i>Una mirada al Derecho Propio y jurisdicciones especiales indígenas en Latinoamérica</i> .....	30
<i>Reconocimiento del derecho indígena en el constitucionalismo andino: implicaciones jurídicas y socioculturales para el Derecho Latinoamericano</i> .....	67
<i>La justicia ordinaria y las 100 reglas de Brasilia, en el caso de los usuarios pertenecientes a la población indígena</i>	100
<i>La admisibilidad de recursos de protección presentados por pueblos indígenas desde una perspectiva intercultural y de obligaciones de garantizar derechos</i> .....	163
<i>Ambiente e importancia de los pueblos indígenas en su conservación y restauración</i> .....	191



## Presentación

Este libro reúne las ponencias presentadas en el II Seminario Permanente del Grupo de Investigación de Derecho Indígena de REDALC, titulado "El Rol Político y Jurídico de los Pueblos Indígenas en Perspectiva Comparada", realizado en noviembre de 2023, así como otras actividades del grupo de investigación. El propósito de este seminario es analizar la situación actual de los pueblos indígenas en América Latina, explorando su participación como actores políticos y su interacción con los gobiernos nacionales. También se examina cómo ha evolucionado la regulación jurídica de estas relaciones, brindando una perspectiva comparativa que permite una visión más amplia sobre las experiencias en diferentes países de la región. En particular, este año se profundizó en el pluralismo jurídico.

En los últimos años, los pueblos indígenas han ganado mayor visibilidad en la esfera pública, aunque su influencia efectiva en la normativa y en las políticas públicas aún enfrenta obstáculos significativos. Este libro se centra en analizar cómo se han desarrollado estas relaciones, identificando a los actores clave en el proceso, los desafíos específicos para los pueblos originarios y para los estados, así como los puntos críticos que persisten en la relación entre los pueblos indígenas y las estructuras de gobierno en América Latina. A través de esta mirada comparativa, se busca entender mejor el contexto y los cambios recientes en cuanto al reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Este libro es una contribución relevante al diálogo sobre el papel de los pueblos indígenas en América Latina, particularmente en lo que respecta a su rol político y jurídico. Los estudios reunidos ofrecen una visión comprensiva sobre los avances y las limitaciones en los sistemas jurídicos nacionales para garantizar los derechos colectivos indígenas y promover una justicia intercultural que considere las particularidades de cada pueblo originario.

Esta obra presenta seis trabajos que profundizan en las ideas recién expuestas. Hay cinco trabajos que abordan el pluralismo jurídico. El artículo del profesor Giraldo Quintero lo hace desde una perspectiva socio-legal. El profesor Llugard presenta un panorama general de Latinoamérica. La profesora Véliz Valencia pone el acento en el constitucionalismo andino. Finalmente se abordan el caso de Perú y las reglas de Brasilia, por el profesor León Estrada, y el caso de la acción de protección y el resguardo de los derechos indígenas en Chile, por el profesor Leiva Alborno. El último trabajo, realizado por la profesora Ramírez Sánchez, analiza el ambiente y su importancia para los pueblos indígenas.

Finalmente, es muy importante reconocer el trabajo de los autores y autoras, así como del equipo de REDALC y ayudantes, quienes hicieron posible tanto el seminario como la publicación de este libro. Agradecimiento especial merece el Comité Editorial, conformado por académicos de gran prestigio en América

Latina, cuyo esfuerzo y dedicación fueron esenciales para la concreción de esta obra. Esta publicación consolida el aporte del Grupo de Investigación en Derecho Indígena de REDALC, para fortalecer el análisis y la comprensión de los derechos de los pueblos indígenas en la región.

Dra. Katherine Becerra Valdivia

Compiladora

Octubre 2024



# **Análisis socio-jurídico de la autoridad jurisdiccional indígena en Colombia: Contexto de los pueblos ancestrales<sup>1</sup> desde su Ley de Origen en perspectiva lus-Histórica.**

Rodrigo Giraldo Quintero<sup>2</sup>

## **Resumen**

El presente capítulo busca escudriñar aspectos socio-jurídicos de orden histórico que pueden explicar las creencias, imaginarios y costumbres de los pueblos indígenas en Colombia en lo pertinente a su administración de justicia. En tal sentido, se espera hacer un análisis de la situación de esos caminos históricos que han llevado al complejo pero interesante aparato de justicia de estas etnias en la actualidad, partiendo de una visión arqueológica.<sup>3</sup>

El capítulo, concluirá con la necesidad de plantear un sistema de coordinación entre justicia ordinaria estatal y justicia indígena, atendiendo a un derecho consuetudinario ancestral. Finalmente, se hace la invitación a especialistas y académicos para que el estudio de la administración de justicia de los pueblos indígenas se haga utilizando fuentes primarias y directas con recursos brindados por la etnografía, y, no ejerciendo paralelismo forzados o

---

<sup>1</sup> Se hace una descripción principalmente de los pueblos Misak y Embera Chamí, por tratarse de dos pueblos con los cuales el investigador ha tenido un nivel de aproximación. Sin embargo, se alude a otros como los Wayuú o Arhuacos, por presentar algunos casos que contextualizan el contexto general del escrito en el caso puntual de Colombia.

<sup>2</sup> Docente investigador Universidad de Manizales, Colombia. Correo Electrónico: rgiraldoq@umanizales.edu.co

<sup>3</sup> Respecto a este concepto Michell Foucault sostiene que: "Hubo un tiempo en que la arqueología, como disciplina de los monumentos mudos, de los rastros inertes, de los objetos sin contexto y de las cosas dejadas por el pasado, tendía a la historia y no adquiría sentido sino por la restitución de un discurso histórico; podría decirse, jugando un poco con las palabras, que, en nuestros días, la historia tiende a la arqueología, a la descripción intrínseca del monumento". (Foucault, 1979, p.11). Y más adelante agrega: "El derecho de las palabras -que no coincide con el de los filólogos- autoriza, pues, a dar a todas estas investigaciones el título de *arqueología*. Este término no incita a la búsqueda de ningún comienzo; no emparenta el análisis con ninguna excavación o sondeo geológico. Designa el tema general de una descripción que interroga lo ya dicho al nivel de su existencia: de la función enunciativa que se ejerce en él, de la formación discursiva a que pertenece, del sistema general de archivo de qué depende. La arqueología describe los discursos como prácticas especificadas en el elemento del archivo". (Foucault, 1979, p. 223).

comparaciones entre la tradicional visión occidental y las formas de revisión de lo justo/injusto en perspectiva de los pueblos originarios desde una óptica foránea.

### **Palabras Clave**

Imaginario, Jurisdicción Indígena, encomienda, cacicazgo, revisión ius-histórica.

En la actualidad colombiana, las minorías juegan un papel fundamental en el entendimiento del Estado constitucional en el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho. A partir de esta, ya no tan nueva concepción o modelo estatal, los indígenas, una vez obtenidos sus derechos constitucionales – artículo 246 Constitución Política colombiana- esperan no ser expulsados de sus tierras y aspiran poder llegar a acuerdos con el gobierno. En este sentido, existen mecanismos de protección a nivel internacional que garantizan los derechos de los pueblos originarios, este es el caso de la Declaración de las Naciones Unidas para la protección de los indígenas de 1997 que en su artículo décimo (10) hace referencia a que los pueblos tribales no podrán ser removidos de sus tierras sin su consentimiento, la Convención 169 de la OIT y el artículo dieciséis (16) es muy similar en tanto desplazamiento interno de los grupos étnicos. Es importante resaltar que en lo corrido del siglo XXI, existe mucha más conciencia acerca del papel político y cultural de los pueblos indígenas, y emergieron redes políticas y desde la sociedad civil que coadyuvan y contribuyen por la lucha de los derechos multiculturales, lo cual también plantea retos interesantes desde el nivel jurídico. Giraudo (2007) afirma que:

En el salto del XIX al XX, los enfoques hacia la cuestión indígena (los indigenismos) tuvieron un importante papel en la redefinición de la relación entre nación y población indígena, como parte del debate sobre la integración nacional. En las últimas décadas, las políticas neoindigenistas, las actividades de los movimientos y de las organizaciones indígenas y la formación de un derecho y de una red internacional de defensa de los derechos de los pueblos indígenas, entre otros factores, han contribuido a desarrollar y transformar las relaciones entre los actores desde el nivel local al internacional, en el ámbito de un

renovado debate sobre las identidades nacionales que, una vez más, en una discusión acerca de los estados y de la ciudadanía, asume la configuración de una “cuestión indígena” (p.56).

La tierra hace parte de la identidad cultural de estos pueblos, es por ello que pretender expropiarlos o desplazarlos violentamente es una vulneración de los derechos humanos y de los Tratados, Convenios y Acuerdos internacionales, pero también de la Constitución Política como faro protector de los derechos en la mayoría de países latinoamericanos; en ello parecieran existir acuerdos. No obstante, las razones de esa protección y de la no vulneración no son tan claras, porque no se conocen los idearios, imaginarios y símbolos para darle sentido al respeto jurisdiccional de las comunidades ancestrales.

Los pueblos indígenas y su reconocimiento jurisdiccional es un logro importante de la Constitución Política colombiana de 1991; sin embargo, dichas comunidades desde la vigencia de la joven Constitución hasta el día de hoy, han tenido que enfrentar innumerables problemas asociados al desconocimiento de sus culturas y procederes de justicia. Baste con mencionar, por ejemplo, el desplazamiento forzado al que se han visto abocadas estas comunidades en todo el territorio nacional.

Los pueblos en referencia -han sido sometidos al desplazamiento interno, que como se sabe es un concepto disputado y no pacífico<sup>4</sup>, teniendo una dependencia complicada entre desplazamiento y refugio; entendiendo que el desplazamiento para la ONU por ejemplo, no era tal, sino todo lo contrario; es decir que, el desplazamiento se inventa para evitar el refugio. Existe entonces una dependencia difícil entre migraciones forzadas y sus causas de guerra inherentes a la violencia en el contexto del conflicto armado, es por ello por lo que todo desplazamiento pareciera ser causa única y exclusiva del horror.

No obstante, el desplazamiento de los indígenas no solamente está mediado por las causas del conflicto armado sino también por las relaciones capitalistas de Occidente. Los indígenas vienen siendo desalojados por el desconocimiento de sus referentes de identidad, de su cultura, son eliminados por la

---

<sup>4</sup> Al respecto se pueden discriminar muchos tipos de desplazamiento a saber: 1. Forzado, es decir por causa del conflicto armado; 2. Desplazamiento intra-urbano, como producto de proyectos de renovación urbana; 3. Desplazamiento ambiental, fruto de crisis ambientales y desastres naturales.

industria nacional y trasnacional, además de los gobiernos. Muchas veces, la responsabilidad directa del Estado y las asociaciones entre empresa-ejército regular, paramilitarismo o guerrilla. Las consecuencias jurídicas de dichas vulneraciones son evidentes y surge la obvia pregunta de: ¿cómo llevar una empresa trasnacional a las justicias internacionales? ¿Cómo se relaciona todo esto con la paz? Interrogantes fundamentales para entender las razones socio-jurídicas de las autonomías indígenas. Comprender primero las relaciones entre *Ius ad Bellum* (guerra justa) e *Ius in Bello* (Derecho Internacional Humanitario) como relación jurídica importante antes de la Carta de las Naciones Unidas, asimilando la guerra como una "coyuntura" permitida; actualmente –por lo menos en teoría-, sólo es lícita la guerra defensiva y la de emancipación, esto es, la de países sometidos a régimen colonial o guerra contra la discriminación racial, tal como lo plasman los protocolos adicionales de Ginebra de 1977, entendiendo esta norma como de *Ius Cogens*, lo cual le otorga obligatoriedad y vinculatoriedad.

Así lo ha reiterado la Corte Constitucional colombiana, quien menciona:

Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de derecho internacional humanitario son parte integrante del *Ius cogens*. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *Ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional general "una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter

consuetudinario. (Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero)<sup>5</sup>.

Sin ánimo de anacronismos, históricamente, este blindaje jurídico tiene sentido a partir de lo sucedido entre los sacerdotes de Salamanca y el debate de cómo hacer la guerra justa contra los indígenas, la argumentación se defendió en torno a que los indígenas eran "salvajes", por ello era necesario evangelizarlos, lo cual se entendió como un asunto voluntario, es decir, a quienes se evangelizaba se les perdonaba la vida y a los otros se les declaraba la guerra.

Finalmente, la conclusión colonial es que es legítimo hacer la guerra a los indígenas y construir un imperio.

Cuando vienen las repúblicas burguesas y el republicanismo postcolonial, por un lado, se enarbola el constitucionalismo; incluso ya se hablaba de un constitucionalismo multicultural donde emergen los grupos indígenas como claros protagonistas. Giraudó plantea que:

En relación con el actual "constitucionalismo multicultural" que representa una ruptura con el modelo constitucional antes predominante, el reconocimiento de derechos colectivos y del derecho consuetudinario se presenta inevitablemente en el debate como un posible retorno de elementos del antiguo régimen, por la relación entre derechos y pertenencia a un colectivo y por ser la colonia la experiencia histórica en que aquellos se configuraron. (Giraudó, 2007, p.55).

Por otro lado, se mantiene la fórmula del *Ius ad Bellum* o de guerra justa contra los indígenas con vigencia constitucional y enmarcado en el contexto del Derecho Internacional con expropiaciones y desplazamientos "legítimos" en cabeza del Estado. Vale la pena aclarar que, en clave colonial, se trató de una Guerra "justa" contra el indígena que no se sometió. Pues aquellos grupos que se entregaron fueron protegidos. No en balde, en la guerra de independencia, los indígenas del sur apoyaron a las fuerzas realistas en contra de los independentistas en el contexto de la Nueva Granada y el proceso de independencia.

Lo complejo en la actualidad es que, mientras esto sucede, manteniendo una fatalidad como estertor ius-histórico, los Embera Chami, Misak y otras comunidades indígenas colombianas siguen

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero.

siendo desarraigadas, principalmente la población infantil, y, la ignorancia con relación a sus costumbres y sistemas de justicia sigue siendo evidente como en el caso de otras parainformatividades *sui generis*<sup>6</sup>. Por supuesto, lejos de intentar un paralelismo imposible y anacrónico, la discriminación colonial respecto a la estigmatización otrora de estos pueblos y el ostracismo actual pese a los evidentes avances constitucionales, es notorio.

Dice Koudour en lo pertinente a la situación de niños indígenas, que:

Según CODHES (2000), los menores de edad representan el 70% de la población desplazada colombiana. En general, los niños desplazados sufren un proceso de maduración precoz como consecuencia de la necesidad de allegar recursos para su sustento y el de su familia. Es importante destacar que existe mayor vulnerabilidad en los grupos étnicos minoritarios, es decir, afrodescendientes e indígenas. Estos grupos se ven doblemente afectados por el desplazamiento: por un lado, tienen mayor riesgo de ser desplazados debido a que viven en zonas particularmente afectadas por el conflicto y, por otro lado, sufren fuerte discriminación en las zonas a donde llegan (Casteras, 2009, p.240).

Ahora bien, respecto a las tradiciones de administración de justicia indígenas como normas consuetudinarias, es necesario dejar claro que el reconocimiento de la costumbre jurídica a las distintas etnias, no solo se basa en la visibilidad de las culturas indígenas desde sus autonomías, sino que también se constituye en una suerte de imposición colonial. Sobre esto dice Giraudo que:

Con respecto al actual reconocimiento constitucional de la costumbre jurídica, que representa una ruptura con el modelo jurídico de los últimos dos siglos –si bien, como se subrayó, esto no significó la desaparición de la costumbre–, al mismo tiempo también tiene una compleja relación con los usos y costumbres coloniales y, en general, con aquel ordenamiento jurídico plural que se dio en el antiguo régimen, provocando reflexiones y discusiones sobre su posible retorno. Al mismo tiempo, la oficialización y

---

<sup>6</sup> Al respecto se puede consultar a Boaventura de Sousa Santos en su texto titulado: *El discurso y el poder (ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica)*. Revista Crítica Jurídica N° 26.

la tendencia hacia la codificación de lo consuetudinario por medio de la legislación positiva está provocando nuevas paradojas y controversias (2007, p.56).

Aunado a lo anterior, la idea que la costumbre como fuente del derecho debe asimilarse a la codificación occidental, es en buena medida una forma de neocolonialismo cultural aferrado al fetichismo normativo; pareciera ser que excita la violencia "legítima" estatal ya no sólo representada en la violencia de la marginación, sino también de la imposición de estereotipos culturales y jurídicos de corte independentista y decimonónico sin referentes antropológicos y sociológicos que permitan un análisis juicioso de su incorporación.

Entre tanto, desde el punto de vista de la realidad social, el desplazamiento mantiene jurídicamente unas coincidencias coloniales bien particulares; por ejemplo, en Colombia existe un diálogo entre derecho constitucional y Derecho Internacional vía Bloque de Constitucionalidad manteniendo unos principios similares a los de la escuela de Salamanca y el derecho natural de los siglos XIV y XV. Este marco jurídico constitucional ha sido el soporte para la toma de decisiones en sede de Corte Constitucional en Colombia para preservar los derechos de los pueblos originarios que encuentran salvaguarda en la Constitución y la ley, pero evidentes problemas desde el punto de vista de la praxis. Es por ello por lo que la relación entre decisiones de la Corte Constitucional y el Derecho Internacional es importante en todos estos contextos socio-jurídicos, porque de no darse estas sinergias, probablemente la situación de los pueblos indígenas sería mucho más difícil y compleja. Se habla también de justicia trasnacional donde se respetan principios como el de no repetición y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos apelando a la dignidad humana como en su momento también lo reivindicaban entre otros, Fray Bartolomé de las Casas requiriendo los derechos naturales de las comunidades ancestrales.

Un ejemplo acerca de uno de los pueblos referidos como arquetipo en este capítulo, es el caso de los Embera Chamí, el mismo fue discernido por la Corte Constitucional en lo pertinente a la toma de decisiones propias; allí se reivindicaron derechos constitucionales pero también respeto a la cultura propia, o costumbre jurídica. En el mismo, se planteó lo siguiente por parte del alto tribunal constitucional:

(...) acerca de la posible violación del derecho al debido proceso de un miembro de la comunidad acusado de homicidio (caso *Embera-Chamí*”, la Corte estableció la regla de la “maximización de la autonomía”: “considerando que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. Estas últimas son las que protegen la vida, la libertad y la integridad física, por lo cual no se puede aceptar la pena de muerte, la tortura y la esclavitud. En el caso *Embera-Chamí* la Corte afirmó que el cabildo había violado sus límites jurisdiccionales por imponer una pena que no era parte de sus tradiciones jurídicas. En este sentido, ya que estas tradiciones incluían el castigo del cepo, la Corte consideró que el cepo –que no consideró tortura, por no generar daño grave a la integridad mental o física- era una forma legítima de sanción, siendo además parte de la misma tradición del demandante. La decisión se fundó en un estudio antropológico sobre el sistema jurídico chamí (Giraudó, 2007, p.47).

En este marco, el tema de discusión nutre un debate nacional e internacional muy importante en torno al reconocimiento de la jurisdicción indígena. Las relaciones que se tienen entre el Estado y las comunidades indígenas, teniendo como punto de referencia el derecho occidental tanto a nivel nacional en Colombia como internacional, abren un interesante debate entre el positivismo incluyente y excluyente desde el entendimiento de los puntos arquimédicos del derecho que han servido de filtro para negar para-normatividades desde el pluralismo jurídico, este capítulo -busca reflexionar en estos aspectos para dilucidar sobre esas otras normatividades, desde la alteridad de esos mundos –terceros mundos transnacionales como los llama Sousa Santos- y sus saberes y reflexiones de justicia.

Al contrario de la lógica estatal como lo ha pretendido auscultar el derecho occidental, las comunidades indígenas Embera Chamí (dispersa por varios departamentos de Colombia) y Misak<sup>7</sup> ubicadas en el departamento del Cauca, parten de la

---

<sup>7</sup> Se hace referencia a estos dos pueblos porque son aquellos con los cuales el autor ha tenido un acercamiento físico y algún tipo de contacto en entrevista o con un nivel



ritualidad indígena como el sentido de justicia proveniente de los principios ancestrales que todavía, en la contemporaneidad, son de importancia para su existencia cultural y física, que continúan estando en resistencia frente a la occidentalización. Entonces, la justicia y la espiritualidad reflejan y permean toda su cosmovisión del mundo no occidental o "civilizado". Así las cosas, es la ciencia tradicional de la sabiduría la encargada de garantizar el orden de la vida, el universo y de nosotros mismos, que a su vez viene de pueblo en pueblo y se da según sus propios desarrollos que son ancestrales.

Los pueblos indígenas en general son protectores de la vida, la naturaleza y las normas materiales como naturales y las espirituales en armonía con el medio ambiente, entendiendo el maltrato físico a dichos principios cuando el hombre destruye la naturaleza, es por ello por lo que las armas de defensa frente a esa extinción son el conocimiento y la sabiduría.

Al respecto, Rosember Ariza comenta sobre el pueblo Arhuaco que:

Esta cultura de coordinación interjurisdiccional nos pone frente a interpretaciones como la que plantea Rubiel Zapata Torres, indígena del pueblo Arhuaco, en el texto "Justicia propia entre los Arhuacos" (Zalabata Torres, Rubiel. "Justicia propia entre los Arhuacos", USAID-CIT, Valledupar, 2008.), donde afirma que, según la Ley de Origen de los Arhuacos, la misión del Arhuaco es cuidar la naturaleza y el universo. Los bienes naturales son ofrecimientos de la Madre Tierra, la engendradora de vida, de la cual proceden, de la cual dependen y a la cual deben retribuir sus servicios permanentemente hasta retomar con la muerte nuevamente a su seno. Pero el *ánugwe* (espíritu o pensamiento) no muere, sino que regresa al lugar sagrado de donde procede y a él debe también seguirse cuidando. Para la perpetuidad de la vida interesa conservar el equilibrio natural.

Y concluye Zalabata:

Por ser el derecho indígena un ámbito de conocimiento poco explorado, no se tiene en realidad dimensionado su

---

etnográfico. No obstante, en el transcurso del capítulo se hace alusión a otras comunidades originarias por las similitudes en la cosmovisión según la experiencia de otros investigadores que detallan literariamente atendiendo a la riqueza multicultural de la nación colombiana en tratándose de pueblos indígenas.

alcance ni se conoce suficientemente la racionalidad que lo dinamiza. Este hecho dificulta en gran medida, implementar una política de desarrollo de la jurisdicción especial indígena o de fortalecimiento de los sistemas propios de justicia que no vulnere los cimientos y la dinámica propia de estos sistemas (Ariza, 2010, p. 10).

En lo pertinente a la cosmovisión y cosmogonía protectora de la naturaleza y de la vida, que prevalece en varios pueblos indígenas colombianos, es de resaltar que este ideario aparece en varias comunidades, así como se comentó entre los *arhuacos*, en otros pueblos como los *Misak*, los *Embera Cahmí* y los *wayuu*, por citar apenas unos ejemplos, prevalece una filosofía similar. La Ley de Origen se entiende como los derechos y prácticas de ancestralidad que tienen sobre sus tierras y recursos naturales. Esta normatividad como una especie de "derecho natural" si se quisiera explicar de manera simplista desde el canon de la filosofía del derecho occidental, reconocen los lazos históricos y espirituales que los pueblos indígenas tienen con sus territorios y les proveen el derecho a controlar, administrar y proteger sus tierras, así como sus recursos según sus propias formas de justicia y gobierno. Al respecto Ariza comenta que:

En igual sentido el texto *Trama y Urdimbre* (Granda Abella, 2010.), se plantea que la construcción del camino de entendimiento entre las formas de justicia indígena y el sistema de justicia colombiano, requiere de ingentes esfuerzos para sumar voluntades y escoger las alternativas más idóneas, más lúcidas y sabias. Refiere el libro que el pueblo *Wayuú* considera que es necesario tener claridad al respecto de la diversidad jurídica que supone la existencia de 102 pueblos indígenas, cada uno con su propia concepción de vida y de valoración de las normas sociales y morales. Ello conlleva que no todos los pueblos tengan una unidad de criterio frente a la jurisdicción de cada uno de los sistemas de justicia (Ariza, 2010, p. 14).

Por tanto, esta Ley de Origen abarca aspectos jurídicos, políticos, culturales y espirituales donde se presenta el reconocimiento que tienen los seres humanos como colectivos con una cosmogonía y cosmovisión propia con relación a sus territorios y el derecho a mantener y practicar sus tradiciones y formas de vida. En conclusión, se puede afirmar que la Ley de Origen es vital para la garantía de la autonomía y la supervivencia

de la mayoría de los pueblos indígenas en Colombia. Esto, dicho en términos constitucionales, implica decir que, no es concebible la figura jurídica de la autonomía jurisdiccional sin contemplar la narrativa y concepción espiritual de dicha ley.

### **1. La encomienda y el Cacicazgo como figuras fundamentales para el entendimiento de la actual jurisdicción indígena.**

La encomienda fue la institución jurídico-económica ibérica que tenía a su cargo ejercer un control disciplinar de carácter servil con una base ideológica fuerte enmarcada en la cristianización de los indios. Los encomenderos, por dicha administración y control, recibían unos tributos. El trabajo que desempeñaban los indios era sobre todo en la tierra y en las minas. Con la encomienda, los españoles pudieron enriquecerse en el nuevo mundo, aprovechando las exacciones que ejercieron sobre los indios. Hernán Cortez fue uno de los primeros colonizadores en ejercer dicha práctica. En el año de 1526 se aprobó la encomienda para ejercer los expolios. Llegó a ser una figura tan exitosa, que varias encomiendas alcanzaron a tener entre doce mil y quince mil indios a su cargo. Guillen, menciona sobre dicha institución lo siguiente:

Muy pocas veces se ha intentado investigar el significado de la encomienda como estructura de asociación o como marco de participación individual en el origen de la sociedad iberoamericana. Se la ha estudiado mucho más desde el punto de vista económico o con un enfoque jurídico que pone el énfasis en la licitud o ilicitud del trabajo servil. Un examen de ella que incluya una visión antropológica de su funcionamiento y una reconstrucción sociológica de su estructura es indispensable para conjeturar su significación política. (Guillen, 2015, p. 44).

Las condiciones de los indios encomendados eran terribles; sujetos de explotación y sometidos a la cristianización y sin esperanzas de libertad. La explotación era hasta la muerte, además, los caciques debían restituir al indio que iba muriendo. No todos los españoles se lucraron de dicha institución, ibéricos como Fray Bartolomé de las Casas criticaron y denunciaron las prácticas

de expolio contra la población indígena. Fue hasta el año de 1720 que se logró abolir dicha práctica, sin embargo, además del expolio generado, también se asimila como un antecedente del ostracismo de los indígenas en perspectiva de derechos. Al respecto, Guillen sostiene lo siguiente:

Pero esta tutoría no podía ejercerse sino por medio de personas concretas y valiéndose de instituciones concretas que garantizaran su cumplimiento. El conquistador se ofreció voluntariamente para ejercer una doble función: la educación política del indio y la recaudación eficaz del tributo. Así nació la encomienda. Teóricamente, como un ensayo racional para convertir un derecho tribal de parentesco en un derecho general fundado en el territorio y en la igualdad individual cristiana. Prácticamente, como una fórmula tolerable para permitir la existencia del trabajo servil indígena, indispensable a los ojos de los españoles para la supervivencia de su colonización (Guillen, 2015, p. 45).

La encomienda entonces si bien no es comparable con la jurisdicción indígena actual, sí es un antecedente importante, atendiendo a que ambas figuras implican cierto grado de control y dominio sobre los indígenas. No obstante, es claro entender que mientras que en la encomienda estriba una idea de apropiación de recursos de orden colonial y en la autonomía jurisdiccional indígena, el propósito es la garantía de los derechos y el desarrollo de la justicia propia de los pueblos constituidos en resguardo, también es claro que, ambas figuras nacen de un ideario occidental y no de las propias tradiciones y costumbres de los pueblos originarios. Por supuesto que, las diferencias de una y otra son evidentes, en tanto mientras que en la encomienda los propósitos son fútiles desde el punto de vista del lucro, en la administración indígena parece existir una intencionalidad más altruista a partir de la toma de decisiones propias y con carácter colectivo. No obstante, dichos propósitos no hacen lejanos los problemas que esta última representa en términos de realidad social siendo entonces una figura necesaria pero no indiscutible por lo referido en este capítulo.

En lo pertinente al cacicazgo, es necesario reseñar que dicho término es de origen *taíno* y significa señor responsable o

autoridad de los hombres. No establecía diferencia de género; en la práctica, el Cacique fungía como un "Rey". La palabra se utilizó en todas las comunidades originarias debido a la difusión que se dio entre los conquistadores, quienes empezaron a utilizar el concepto despectivamente hasta difundirlo a tal medida que se popularizó. Formal y jurídicamente, el concepto Cacicazgo empezó a utilizarse con la Real Cédula de 1538. En las comunidades aborígenes las decisiones se tomaban en Asambleas y era en las mismas donde se designaba un representante para que les dirigiera, esto sobre todo cuando se presentaban situaciones relacionadas con la guerra. Guillen afirma:

La "individuación" del indígena y su acomodación a un derecho político territorial, resultaban imposibles a pesar de las intenciones de la Corona. La experiencia de los colonizadores y su interés inmediato, enseñaron que la sujeción indígena y su "enseñanza" solamente eran viables utilizando los valores y las actitudes ancestrales de los grupos precolombinos. Tiene especial importancia que Las Casas indique cómo la fórmula legal de la encomienda expresaba en sustancia: "A vos, Fulano, se os encomiendan en el cacique Fulano 50 o 100 indios, con la persona del cacique, para que os sirváis de ellos en vuestras granjerías y minas y enseñadles las cosas de nuestra sancta fe catholica (2015, p. 45).

Guillen, citando a Ghisletti dice que el Cacique se entiende así:

Es en el círculo regido por su autoridad, el jefe indiscutido de todas las actividades, soberano absoluto en toda la extensión del término, no depende de nadie y en la realidad no es responsable ni siquiera ante los sacerdotes... Poder absoluto, pero ¿cuáles son sus fuentes y sus bases? Al decir poder absoluto hay que recordar que esta palabra nunca se aplica a una persona, sino a una función. (2015, p.p. 45-46).

Siendo la figura del cacicazgo también colonial, ella es más cercana a la jurisdicción indígena que la encomienda por lo menos desde su organización política y social. En tanto, el cacicazgo era administrado por un indígena quien a su vez tenía autoridad y representación sobre su pueblo manteniendo el orden

interno y administrando justicia. En virtud de ello, allende a comparaciones imposibles y teniendo en cuenta estas figuras ius-históricas más como antecedentes que con perspectiva de paralelismo, sí es posible determinar que tanto el cacicazgo como la jurisdicción indígena guardan relación respecto al mantenimiento de la cohesión social y la administración de justicia. No obstante, las diferencias también son plausibles, en tanto, mientras que el cacicazgo estaba sujeto a la autoridad colonial y operaba en el marco de la colonización, la jurisdicción indígena se ejerce de manera independiente de los gobiernos de turno y se rige por la leyes y costumbres propias, entre ellas la Ley de Origen aprovechando a su vez un blindaje y marco de protección otorgado por la Constitución Política.

## **2. Los estereores de las figuras coloniales en la actualidad**

En Occidente, sobre todo en contextos urbanos y de ciudad, se suele tener una mirada prejuiciada del indígena a quien se le asocia negativamente, a partir de estereotipos construidos por una particular visión eurocéntrica y anglo-céntrica, con un claro direccionamiento desde los patrones culturales ofrecidos por el cine, la literatura, los censos y la televisión.

Sobre este particular sistema estadístico y de control social, comenta Giraudo que:

Lejos de ser una rutina burocrática, los censos siguen reflejando el pensamiento racial y al mismo tiempo contribuyendo a su formación. Si desde la segunda mitad del siglo XX había disminuido el papel de los censos en la construcción del discurso racial, en las últimas décadas del siglo los censos han vuelto a representar un instrumento clave para construir el debate sobre la raza y sobre las categorías identitarias. Uno de los aspectos más interesantes de la evolución actual de los censos –con atención a su papel en la formación de identidades colectivas- es la influencia y la participación de grupos que consideran el censo como un instrumento para conseguir la reformulación y reconstitución de identidades a través de la categorización (Giraudo, 2007, p.29).

La discriminación frente a la población indígena se ha reforzado bien de forma explícita, bien tácitamente. Directamente, mediante políticas de exterminio o desaparición, y

tácitamente, mediante normatividades nacionales e internacionales insulsas o incompletas. Acerca de este asunto, enfatiza Giraudo:

Contribuye, creo, a reforzar este tipo de lectura la forma en que se ha desarrollado la protección internacional de los derechos indígenas y la misma evolución del derecho internacional. Por otra parte, se trata de un desencuentro importante con la historiografía más reciente, que ha renovado, en particular, el conocimiento acerca del XIX latinoamericano, desmintiendo muchos mitos y tópicos acerca de una supuesta “desaparición” de los indígenas en la época independiente (2007, p.10).

No obstante, pese a lo anterior, algunos países latinoamericanos vienen adoptando medidas de carácter legislativo, constitucional y desde la política pública, para mejorar la otrora discriminación y el todavía permanente olvido frente a la población indígena. Esto es importante por el reconocimiento a pueblos y etnias olvidadas, pero también se hace fundamental frente a una tradición legalista única estatal privilegiada y excluyente de otras formas de producción jurídica.

Sobre el particular se dice que: “Además, el reconocimiento del pluralismo legal en varios países implicaría una ruptura con una tradición de monismo legal, ya que el estado no mantendría el monopolio de la producción y aplicación de la ley” (Giraudo, 2007, p.10).

Ahora bien, emerge un pluralismo jurídico que indica que el único producto de la ley no es el Estado. Entonces, constitucionalmente, empiezan a surgir los derechos que positivados en las constituciones latinoamericanas explicitan y otorgan derechos a los pueblos indígenas.

Colombia, se suma a estos países y en el artículo séptimo de su Constitución Política, expresa el respeto por la multiculturalidad y la diversidad. No obstante, suele suceder que la protección jurídica y constitucional es simbólica o insuficiente de cara a los derechos de las comunidades y la normatividad, entonces, termina siendo letra muerta. Al contrario de esta situación de protección normativa poco eficaz o simbólica, existen países que sin necesidad de plasmar constitucional o legalmente la protección a sus comunidades indígenas, las blindan y salvaguardan, tal es el caso de Panamá.

Panamá sin expresarlo de forma positivizada respeta los derechos indígenas:

Por supuesto, la presencia o la ausencia de la “etiqueta multicultural” en una Carta constitucional no significa necesariamente el reconocimiento o la ausencia de reconocimiento de derechos diferenciados. El caso de Panamá es emblemático al respecto: sin adoptar este tipo de definiciones, presenta un amplio reconocimiento de la autonomía indígena en su constitución de 1972 y en la legislación incluso anterior, desde 1938 (Giraudó, 2007, p.14).

En la medida que la diversidad aflora y que la inconformidad con las políticas gubernamentales se materializa, surgen formas organizativas paralelas, *para-normativas*, que hacen que emerja una especial y espontánea forma de organización en el interior del propio Estado, pero al margen del mismo, que a su vez, propicia interesantes órdenes de producción y emisión de normas, algunas incipientes, otras muy sofisticadas, que en medio de un orden jurídico hegemónico, propician formas análogas de organización social y política.

Con razón advierte Giraudó que:

El reconocimiento de derechos, individuales y colectivos, que atañen a un determinado grupo de población, configurarían un “derecho especial” y una tendencia hacia una situación de pluralismo jurídico. En principio, normas especiales –sea por materia o por el grupo de personas al que se aplican- pueden existir al interior del mismo sistema jurídico nacional, mientras que el pluralismo jurídico consistiría en la coexistencia dentro de un mismo territorio de distintos sistemas jurídicos (no todos estatales) aplicables a grupos distintos de personas (Giraudó, 2007, p.14).

La pregunta que surge entonces es ¿qué tipo de normas pueden producir una comunidad para-estatal equiparable a las producidas por el ordenamiento jurídico tradicional? En lo pertinente al mundo indígena, se dice que la producción normativa de los pueblos originarios como tributarios de la cultura de la palabra y la tradición oral, es la costumbre.

Así las cosas, la mayoría de los pueblos indígenas tendría una fuerte inclinación desde la perspectiva normativa –si quisiéramos catalogarlos de alguna manera en los cánones



occidentales, hacia la costumbre y su derecho sería pues el consuetudinario.

En Colombia, el cambio cualitativo en lo pertinente a la visión del mundo indígena estuvo delimitado por la Constitución Política de 1991, quien a partir de su fórmula de Estado Social y Democrático de Derecho, le dio una postura mucho más multicultural al ordenamiento jurídico, por lo menos desde la perspectiva formal.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional como órgano de cierre en materia de controversias en lo relacionado a los derechos constitucionales y fundamentales de los colombianos, ha sido el órgano que por excelencia más ha defendido y definido los derechos<sup>8</sup> de las comunidades indígenas, considerándolos un sujeto de especial protección y garantizando sus prerrogativas y derechos colectivos, como si se tratase de un individuo considerado en clave de sujeto desde una perspectiva liberal.

Sobre este aspecto, se resalta que:

En ausencia de legislación, es la Corte Constitucional colombiana la que ha delineado las limitaciones y los alcances de la jurisdicción indígena. En cuanto a la subordinación de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y las leyes, por ejemplo, la Corte ha afirmado –en la sentencia de 1996 sobre el caso “Embera-Chamí”– que esta referencia no debe entenderse en el sentido de que “todas” las normas constitucionales y legales deben ser aplicables, ya que esto reduciría a mera retórica el reconocimiento de la diversidad cultural. Se trata de una sentencia en la cual se usó una perspectiva de “interculturalismo radical” y que estableció un principio de “maximización de la autonomía, con importantes implicaciones en cuanto a los derechos fundamentales con respecto al concepto de “costumbre” y “tradición” (Giraudó, 2007, p. 21).

---

<sup>8</sup> Sin embargo, antes de la Constitución de 1991 y de la existencia de la Corte Constitucional, ya existía un decreto que por lo menos, definía los derechos de los indígenas. Según Giraudó: “En Colombia, un decreto ofreció, con anterioridad a la constitución de 1991, una definición de parcialidad o comunidad indígena como “el conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales”. En el mismo decreto se encuentra también una definición de territorio, reserva, resguardo y cabildo indígena”. (Decreto 2001 de 1988) (Giraudó, 2007, p. 26).

Pese a los derechos formales que han sido reconocidos a las comunidades indígenas en Colombia, existe un asunto de fondo en lo pertinente a las vulneraciones de derechos a estos pueblos por parte de agentes comerciales, esto es de multinacionales y transnacionales que usurpan y usufructúan los territorios indígenas. Esto suele ser paradójico porque existe un discurso oficial que compatibiliza la multiculturalidad y los derechos colectivos con el neoliberalismo y el discurso del desarrollo.

Pese a esta aparente compatibilidad entre políticas neoliberales auspiciadas por el Estado y multiculturalidad y compatibilidad con el mundo indígena, los discursos de estas comunidades siguen siendo de resistencia y desobediencia frente al *statu quo*.

Atendiendo a las talanqueras y los impedimentos que los indígenas colombianos han tenido en la garantía y la defensa de sus derechos, es también cierto que gracias a la Constitución Política de 1991, han logrado notorios avances, sobre todo en materia territorial, a tal punto que hoy día la figura colonial del resguardo<sup>9</sup> sirve para la obtención de recursos para los pueblos ancestrales al ser equiparable a la figura del municipio.

Existen en la actualidad lo que podríamos denominar como "mentalidades coloniales", esto es que, pese a que el colonialismo ha desaparecido sustancialmente en el mundo contemporáneo, todavía existen superestructuras e ideologías que se auto constituyen en neocoloniales; es decir que, manejan todavía el concepto de subordinación y dependencia como plausibles en las relaciones de orden político, económico y cultural. El derecho y particularmente el "nuevo" derecho de los derechos humanos en el espectro internacional, no ha sido ajeno a esa mentalidad bien bruñida y estructurada en Europa y Norteamérica, a tal punto de concebir los derechos desde visiones ideológico-liberales que escinden los derechos; en algunos casos, estratificándolos, en otros, dándole más importancia a unos en prelación a otros, en ejercicios sofisticados de ponderación. En este panorama, de clara orientación occidental, es inconcebible pensar en derechos comunitarios o colectivos, es decir que el discernimiento liberal se

---

<sup>9</sup> Sobre el resguardo, nos dice Libardo Ariza que: "El resguardo se convierte en territorio ancestral y este modelo se sostiene, principalmente, en la distinción judicial entre indígenas auténticos y aparentes, al reificar la relación esencial entre sujeto indígena y naturaleza". (Ariza, 2009, p.19).

constituye en ocaso del entendimiento comunitario como cosmovisión del conjunto de los derechos indígenas.

### **3. Conclusiones**

La Ley de Origen en Colombia busca reconocer y proteger los derechos y la autonomía de los pueblos indígenas, incluyendo su sistema de justicia y la jurisdicción indígena a partir de conceptos intangibles de una perspectiva de cosmovisión y cosmogonía aferrada a referentes de espiritualidad imposibles de discernir desde las clásicas y actuales visiones del derecho occidental y en lógica lus-filosófica. Tal valoración, implica que el entendimiento de un derecho consuetudinario de los pueblos ancestrales, implique inmersión de corte etnográfico, sociológico y antropológico para no llegar a conclusiones precipitadas desde una perspectiva jurídico-occidental.

En perspectiva de lo anterior, la jurisdicción indígena es un elemento fundamental para el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos ancestrales, como su autogobierno, su sistema normativo y la preservación de su cultura y tradiciones. Dicha figura es un blindaje clave para que se otorgue el respeto a los derechos y decisiones autónomas de los pueblos originarios. No obstante, el reconocimiento y el estudio de sus formas auto-organizativas de administración de justicia debe ir allende al simple reconocimiento constitucional. En este sentido, se requieren diálogos interculturales respetuosos y estudios pormenorizados que no pueden tener como referente exclusivo el derecho clásico occidental como arquetipo del que desarrollan los indígenas desde la perspectiva de su Ley de Origen. Por tanto, este derecho consuetudinario debe ser respetado y garantizado por el Estado colombiano, ya que es un elemento clave para la protección de los derechos humanos de los pueblos ancestrales, así como un mecanismo para promover la reconciliación y la justicia en el país.

Finalmente, es clave entender que, es importante destacar que la jurisdicción indígena no debe ser utilizada como un mecanismo para negar o violar los derechos fundamentales de las personas, sean indígenas o no. El respeto a los derechos humanos universales es esencial en el ejercicio de la jurisdicción indígena.

### **Recomendaciones:**

El Estado colombiano debe fortalecer y promover la participación de los pueblos indígenas en la creación de políticas y normativas relacionadas con su jurisdicción, asegurando su pleno derecho a la autodeterminación y a la toma de decisiones que afecten sus comunidades atendiendo a conceptos intangibles como el de ancestralidad y espiritualidad. Para tales efectos, es necesario establecer mecanismos claros de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema de justicia oficial para evitar conflictos y asegurar una aplicación efectiva y equitativa de la justicia en el país.

En este sentido, se deben promover programas de capacitación y sensibilización dirigidos a funcionarios del sistema de justicia oficial, así como a los propios miembros de las comunidades indígenas, con el fin de fomentar el respeto mutuo, la comprensión intercultural y el conocimiento de los derechos de los pueblos ancestrales. Estos propósitos necesitan garantizar recursos económicos y técnicos adecuados para el funcionamiento de los sistemas de justicia indígena, así como para el acceso a la justicia y la defensa de los derechos humanos de las personas pertenecientes a comunidades tribales en Colombia.

Por otro lado, se deben promover espacios de diálogo y concertación entre los diferentes actores involucrados, incluyendo a representantes de los pueblos indígenas, organizaciones de derechos humanos, académicos, y funcionarios del Estado, para discutir y buscar soluciones a los desafíos y problemáticas relacionadas con la jurisdicción indígena en Colombia.

Finalmente, los desafíos de auscultación académica de la figura de la jurisdicción indígena como autodeterminación y autogobierno, deben ser direccionados desde el respeto recíproco entre investigadores y comunidades. En perspectiva lus-Histórica, lus-Filosófica, sociología jurídica y antropología del derecho, debe existir una inmersión etnográfica para no caer en comparativos desde los patrones occidentales que lleven a paralelismos ligeros, intentando comparar aspectos intangibles como la espiritualidad con figuras tradicionales del derecho clásico de las familias y tradiciones jurídicas que permean el centro del saber jurídico.

## **Referencias Bibliográficas**

Antuña, C. (2015). *La encomienda en el virreinato de la Nueva España: historia, contexto y consecuencias*. México: Editorial Universitaria.

Ariza, L. J. (2009). *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Boaventura de Sousa Santos. (n.d.). El discurso y el poder: ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. *Revista Crítica Jurídica*, (26).

Casteras, K. (2009). Revista de economía institucional. *Revista de Economía Institucional*, 11(20), 229–252.

Cuevas Arenas, J. (2019). *El casi casco: Un estudio sobre la resistencia indígena en el siglo XVI*. Fondo de Cultura Económica.

Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*.

De la Cadena, M. (2012). Cacicazgos y sistemas de gobierno indígena en Mesoamérica. En C. Martínez & H. López (Eds.), *Poder y resistencia en los pueblos indígenas de América* (pp. 45–67). Lima: Editorial Andina.

Foucault, M. (1979). *La arqueología del saber*. México: Siglo XXI Editores.

Gamboa, A. (2004). *Encomienda y resistencia: los pueblos indígenas en el periodo colonial*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Giraud, L. (Ed.). (2007). *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estado y orden internacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gutiérrez, A. (2018). *Los sistemas de encomienda y su impacto en las sociedades indígenas del siglo XVI*. Buenos Aires: Ediciones del Plata.

Menchú, R. (2000). *El quetzal y la serpiente: la vida y los sacrificios de los pueblos indígenas*. Guatemala: Editorial Maya.

Rodríguez Silva, V. (2017). *Las figuras indígenas de la encomienda en la Nueva España*. Editorial Universitaria.

Rodríguez, J. (2016). *El legado de la encomienda en la cultura indígena*. Barcelona: Ediciones Anthropologica.

Vargas, S. (2014). *Cacicazgos y encomiendas: el papel de los líderes indígenas en la colonización*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Zamora, D. (2017). *La resistencia indígena y la figura del cacique en la época colonial*. Santiago: Editorial Universitaria.



# Una mirada al Derecho Propio y jurisdicciones especiales indígenas en Latinoamérica

Eduardo J. R. Llugdar<sup>1</sup>

## Resumen.

Este artículo se propone hacer una recorrida del panorama actual de la recepción del derecho propio indígena en el orden jurídico interno de los países latinoamericanos. Muchos de ellos conforman la calidad de Estados Partes en convenios y tratados internacionales y regionales que exigen el reconocimiento de los pueblos indígenas, especialmente en sus aspectos culturales, dentro de lo cual involucra a sus sistemas propios de derecho y a autogestionarse respecto de sus instituciones, hábitat y territorios, autogobierno, autoridades, identidad, idiomas y demás aspectos culturales, como así a su inclusión en políticas públicas que puedan comprender

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE Argentina); CAS en Justicia Penal Juvenil, Interdisciplinariedad y Justicia Restaurativa, Universidad de Ginebra, Suiza. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Bolonia, Italia. Magister en Derecho Judicial y de la Magistratura, Universidad Austral de Buenos Aires. Doctor (hc) en Derecho, Federación Interamericana de Abogados (FIA) y entidades académicas integrantes. Doctorando en Humanidades, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina.

dichos aspectos. Todo ello en un marco de permanentes reivindicaciones para su reconocimiento, lo que no está ajeno a ingentes obstáculos provocados por políticas negacionistas, intereses económicos, sectarios, religiosos y culturales, generando avances y retrocesos como panorama general, pese a la su inclusión normativa en el orden jurídico.

**Palabras Claves:** Derecho propio, Pluralismo, reconocimiento cultural, recepción.

## **1. Terminología y protección internacional de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.**

Para una mejor comprensión de la cuestión propuesta, se considera necesario comenzar estableciendo precisiones terminológicas básicas para una mejor comprensión del abordaje temático, señalando que la lengua española la palabra indígena proviene del latín *indigēna*, que es un adjetivo que designa a los originarios del país de que se trata<sup>2</sup>. Desde una perspectiva más cercana al derecho internacional de los derechos humanos, a las comunidades originarias se las denomina indistintamente como aborígen, indígena y originarios, lo cierto es que ello proviene de una vertiente de la colonización y occidentalización, y como lo afirma la periodista indígena Zulema Enríquez<sup>3</sup>, "...los pueblos originarios

---

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, versión electrónica 23.7.

<sup>3</sup> Directora del Departamento de Pueblos Originarios de la FpyCS-Universidad Nacional de La Plata, Argentina, citada en el sitio web:



están en proceso de reconfigurar el lenguaje, de deconstruirlo y resignificarlo para reivindicar las identidades políticas indígenas en las ciudades y en los territorios".+

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989, ha aceptado el término indígena como denominación general a quienes pertenecen a estas comunidades. De este modo, se entenderá como "comunidad indígena" a los conjuntos de familias descendientes de poblaciones que habitaban los territorios nacionales desde tiempo ancestral, y muy anterior a la época de la conquista o colonización europea.

### **1.1. La Protección Internacional de las comunidades indígenas.**

Considerándose a las comunidades indígenas grupos sometidos a una especial situación de vulnerabilidad por la clara discriminación que han sido objeto desde el tiempo de la colonización a la actualidad, con la nueva concepción de la comunidad jurídica internacional, arraigada a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y mas precisamente el reconocimiento de la dignidad humana como bien jurídico esencial a proteger, rápidamente se paulatino ha ido generado estándares especiales de protección en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mediante pactos, convenciones, declaraciones, directrices y otros instrumentos

---

[https://www.cultura.gob.ar/aborigenes-indigenas-originarios-a-que-refiere-cada-termino\\_6293/](https://www.cultura.gob.ar/aborigenes-indigenas-originarios-a-que-refiere-cada-termino_6293/) Ultimo ingreso el 27/12/2023.

vinculantes para los Estados Partes (*hard law* o derecho duro) o no vinculantes (*soft law* o derecho flexible), además de la producción de sentencias por tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH).

### **1.1.1. Breve referencia a los principales instrumentos internacionales de protección.**

En este apartado mencionaremos rápidas referencias a la normativa generada por la comunidad internacional.

Comenzaremos por la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965, entrando en vigor el 4 de enero de 1969. Su objetivo principal es combatir el racismo, la discriminación racial y la intolerancia en todo el mundo, prohibiendo cualquier distinción hecha con motivo de la raza, el color o el origen de la persona. La Convención establece las medidas que los estados deberían tomar para eliminar la discriminación racial, la cual se define en el Artículo 1 como “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, color, descendencia u origen étnico o nacional, que tenga el propósito o efecto de invalidar o perjudicar el reconocimiento, goce o ejercicio, en situaciones iguales, de los derechos humanos y libertades fundamentales en el campo político, económico, social, cultural o cualquier otra área”. La aplicación de la Convención es vigilada por el Comité para la

Eliminación de la Discriminación Racial (CERD por sus siglas en inglés), que está compuesto por 18 expertos independientes, elegidos a título personal por estados parte de la Convención por un período de cuatro años, teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa<sup>4</sup>.

Continuamos con la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, si bien por ser declaración es un instrumento *soft law*, no por ello se debe restar la importancia de su contenido, ya que detalla los derechos humanos de esas comunidades y colectivos, ya regulados por instrumentos vinculantes para los Estados Parte como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), insistiendo en que las personas indígenas son libres e iguales a todas las demás personas. Resalta su derecho a vivir con dignidad manteniendo sus tradiciones y culturas, buscando su propio desarrollo de acuerdo a sus propios intereses y necesidades.

Algunos de los principios fundamentales de esta declaración incluyen:

- ✓ Derecho a la Autodeterminación: Los pueblos indígenas tienen el derecho a determinar

---

<sup>4</sup> Fuente: Oficina del Alto Comisionado Para los Derechos Humanos de la ONU. Sitio web: [https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/08/infonote2\\_racism\\_ihrl\\_sp.pdf](https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/2021/08/infonote2_racism_ihrl_sp.pdf) Ultimo ingreso: 27/12/2023.

libremente su condición política y a perseguir su desarrollo económico, social y cultural.

- ✓ Derecho a la Tierra y los Recursos Naturales: Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad y el control de sus tierras, territorios y recursos naturales.
- ✓ Derecho a la Cultura y la Identidad: Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su cultura, idioma, religión y tradiciones.
- ✓ Derecho a la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado: Cualquier medida que afecte a los pueblos indígenas debe ser consultada con ellos y obtener su consentimiento libre e informado.

Esta declaración ha sido ratificada por 148 países e indudablemente, es un paso fundamental hacia la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y su reconocimiento como comunidades con una rica herencia cultural y una contribución significativa a la diversidad global<sup>5</sup>.

En tercer lugar, referimos al “Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)” que fuera adoptado por la Asamblea general de Naciones Unidas del 21 de diciembre de 1963 y entró en vigencia en la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de

---

<sup>5</sup> Su texto completo puede consultarse en línea en: [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf) Ultimo ingreso: 27/12/2023.

Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, congregada en dicha ciudad el 7 junio 1989, en su septuagésima sexta reunión. Establece en síntesis, que los gobiernos de los Estado Parte están obligados a respetar la relación especial que los indígenas tienen con sus tierras y que esos pueblos tienen derecho a utilizar, administrar y conservar los recursos naturales que existan en sus tierras y fundamentalmente el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan.

Este Convenio revisa el Convenio anterior sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957 y se asienta en tres pilares básicos tales como:

- ✓ El derecho a mantener y fortalecer sus culturas: Reconoce el derecho de los pueblos indígenas a preservar y enriquecer sus tradiciones, idiomas y formas de vida.
- ✓ La participación efectiva en decisiones que les afectan: Garantiza que los pueblos indígenas tengan voz en las cuestiones que les conciernen, incluyendo políticas, programas y proyectos que puedan afectar sus comunidades.
- ✓ El respeto a sus instituciones y formas de vida: El convenio se basa en el reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales a que se respeten sus instituciones y formas de vida dentro de los Estados en los que viven.

Tiene radical importancia no solo por su obligatoriedad sino además porque desarrolla un meticuloso y detallado lineamiento respecto a los alcances de dichos derechos, entre los que se destaca el derecho a la consulta informada ante de las decisiones sobre distintas políticas que tomen los gobiernos y que puedan afectar dichos derechos<sup>6</sup>.

### **1.1.2. Breve referencia a instrumentos de protección específicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.**

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se puede mencionar a la “Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas”, que fue aprobada durante el Cuadragésimo Sexto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), realizada en Santo Domingo, República Dominicana, el 16 de junio de 2016.

Su contenido recoge principios consagrados en los instrumentos internacionales de ONU ya aludidos, agregando además estándares establecidos por la CortelDH en casos contenciosos que tratan la materia, siendo algunos aspectos clave de esta declaración que se pueden resaltar:

---

<sup>6</sup> Su texto completo puede consultarse en línea en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf) Ultimo ingreso: 27/12/2023.

- ✓ Derecho a la libre determinación: Reconoce el derecho de los pueblos indígenas a tomar decisiones sobre sus propios asuntos y a definir su desarrollo político, económico, social y cultural.
- ✓ Consulta previa e informada: Establece que los Estados deben consultar a los pueblos indígenas antes de tomar decisiones que afecten sus derechos y territorios.
- ✓ Preservación de la cultura y tradiciones: Garantiza el derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus propias culturas, idiomas y prácticas tradicionales.
- ✓ No discriminación: Prohíbe la discriminación contra los pueblos indígenas y promueve la igualdad de derechos y oportunidades.

Esta declaración, pese a ser un *soft law* es un paso importante hacia la protección y promoción de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en las Américas, en especial porque pese a su naturaleza jurídica, se basa en principios establecido por normativas y jurisprudencia vinculante<sup>7</sup>.

## **2. El acceso a la justicia y los derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas.**

---

<sup>7</sup> Se puede consultar el texto completo de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el siguiente enlace: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/DecAmIND.pdf> Último ingreso: 27/12/2023.

El acceso a la justicia es un principio básico del Estado de derecho. Sin acceso a la justicia, las personas no pueden hacer oír su voz, ejercer sus derechos, hacer frente a la discriminación o hacer que rindan cuentas los encargados de la adopción de decisiones. Es un derecho fundamental que se encuentra consagrado en instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente en su artículo 25, pero además establecido expresamente por la amplia mayoría de las constituciones políticas de los Estados.

El reconocido jurista mexicano y ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, concibe un sentido formal, es decir, se identifica con el derecho de audiencia en sentido amplio: comparecer en el proceso, proponer pruebas y expresar alegatos (argumentos), pero fundamentalmente a un sentido material que implica el acceso a jurisdicción y la posibilidad de plantear todas las alternativas que prevén los ordenamientos jurídicos para la defensa y protección de derechos con herramientas efectivas y eficaces, sin obstáculos ni limitación alguna, que involucra principalmente al “debido proceso legal” que permita a que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, recuerda que es útil recordar que el proceso es un



medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia<sup>8</sup>.

En dicho contexto, y con el reconocimiento del derecho propios por parte del Derecho Internacional de los derechos Humanos, y en donde están involucrados la mayoría de los países latinoamericanos como Estados Parte, resulta lógico que estos deben garantizar en sus ordenamientos internos, a establecer un sistema ordenado al pluralismo jurídico para el efectivo acceso a la jurisdicción y donde debe observarse la vigencia de dichos derechos, cuando se trata de colectivos de pueblos originarios.

## **2.1. Principales Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas.**

Los principales derechos de los pueblos y comunidades indígenas incluyen:

- ✓ Derecho a la igualdad.
- ✓ Derecho a la identidad social y cultural.
- ✓ Derecho al desarrollo.
- ✓ Derecho a la tierra y a la utilización de sus recursos.
- ✓ Derecho a la educación.
- ✓ Derecho a la autodeterminación.

El derecho a la igualdad esta garantizado por los principales Pactos y Tratados de DDHH y Constituciones Políticas de los países que imponen

---

<sup>8</sup> CortelDH, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párrafo 38.

el deber de no discriminación en especial por motivos de raza y nacionalidad y están receptados como enunciados básicos en los instrumentos de protección de comunidades indígenas.

En cuanto al Derecho a la identidad social y cultural, su concepto se desprende con claridad del Convenio 169 OIT que dispone “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad” (art. 2.1). Esta acción deberá incluir, entre otras medidas, la promoción de “la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (art. 2.2.b). Dentro de este contenido, se ubica el derecho a una jurisdicción especial, entendido como el derecho de los pueblos indígenas a acceder a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Artículo 40 – Convenio 169 OIT.

En referencia al Derecho al Desarrollo este comprende la facilitación a los pueblos indígenas de ejercer el derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo y que además, si son desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa <sup>10</sup>.

El Derecho a la tierra y a la utilización de sus recursos implica para los pueblos indígenas, el libre disfrute a relación con sus tierras y territorios tradicionales, lo que es fundamental para su identidad, espiritualidad, cultura e historia. Por ello, garantizar sus derechos a la tierra es esencial para preservar su bienestar y autonomía de dichos colectivos vulnerables. Al respecto se subraya que "...el control de las tierras, los territorios y los recursos por parte de los pueblos indígenas les permitirá "mantener y fortalecer sus instituciones, sus culturas y sus tradiciones" y "promover su desarrollo de conformidad con sus aspiraciones y necesidades"<sup>11</sup>.

Sobre el Derecho a la Educación, para los pueblos indígenas implica que "Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia

---

<sup>10</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 20

<sup>11</sup> *Ob.Cit.* Artículos 25 y 26.

con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje"<sup>12</sup>.

El Derecho a la Autodeterminación de los pueblos indígenas, deriva del principio universal que permite a los pueblos decidir sus formas de gobernarse y organizarse libremente, sin ningún tipo de injerencias. La declaración de la Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas, les reconoce a los pueblos originarios tener autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas a sus asuntos internos y locales, así como disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

### **2.1.1. Mención especial al Derecho Propio y Jurisdicciones Especiales Indígenas.**

El artículo 40 del Convenio 169 de OIT otorga a los pueblos indígenas el derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, donde se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos. De allí se extrae contenidos referidos al derecho propio de los pueblos indígenas, que involucra el ejercicio de la ley de origen que les permite determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, ejercer funciones jurisdiccionales, culturales, políticas y

---

<sup>12</sup> *Ob. Cit.* Artículo 14.

administrativas dentro de su ámbito territorial<sup>13</sup>. Estos derechos de los pueblos originarios, son aquellos que pertenecen a estos pobladores que habitaban un territorio que ha sido invadido y colonizado por forasteros (Lindholt, 2005).

Estas son diferentes ópticas con que se busca conceptualizar este tema especial de derechos y jurisdicción que conviven en un mismo territorio con otros sistemas jurídicos.

### **2.1.2. La mirada desde los actores del derecho propio.**

El reconocimiento del derecho propio indígena es importante para garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas. Ello en función de que permite a dichos pueblos preservar su cultura, su identidad y su forma de vida. Sin embargo, la tensión de la recepción del derecho propio, a partir de su reconocimiento, no está exenta de resistencias y obstáculos, pese a su consagración normativa. Así algunos de su exponentes de partencia estos pueblos entienden que "...el proceso que se está haciendo hace que para nosotros, como pueblos indígenas, se destape la sabiduría que dejaron nuestros antepasados, la cual nosotros llamamos el canasto, la sabiduría de cada una de las familias, de cada uno de los

---

<sup>13</sup> Fórmula utilizada por el Decreto 1953 de 2014 en Colombia, basado en mandatos de su Constitución Política y en estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

componentes del pueblo y de esa manera estamos llevando un camino para los futuros, para que también el país conozca a través de estos procesos la gran cantidad de la práctica de justicia desde la familia y desde los pueblos, que ya ha sido reconocida por mucha gente, principalmente por los que practican la justicia. A partir de este proceso se inician las bases del canasto, que será tejido lentamente para que este sea como una alternativa en el reconocimiento de aquello oscuro que para el otro mundo existe (mundo de los blancos) y de la claridad que hay al interior de cada uno de los pueblos indígenas”<sup>14</sup>.

### **2.1.3. El derecho propio en la normativa internacional de protección de los pueblos indígenas.**

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado, tal como lo expresa el art. 5 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dichas instituciones pueden ser muy diversas, ya que reflejan la diversidad de los pueblos indígenas. Pueden incluir estructuras de gobierno, sistemas legales, sistemas económicos, sistemas

---

<sup>14</sup> Luis Alberto Figama, quien integrara el Comité Asesor perteneciente al Pueblo Huitoto, en entrevista para el Programa de Televisión Institucional del Consejo Superior de la Judicatura, Administrando Justicia – Colombia.

sociales y sistemas culturales. Ello refuerza el conservar sus propias instituciones como algo fundamental para su supervivencia y desarrollo. Estas instituciones les permiten mantener su identidad cultural, sus tradiciones y sus formas de vida. También les permiten participar plenamente en la sociedad y contribuir a su desarrollo. Ello se correlaciona con lo enunciado por el art. 13.2 de la Declaración que impone a los Estados adoptar medidas eficaces para asegurar la protección de esos derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

En esa línea, surge el derecho a un régimen de justicia especial propia que concede a los pueblos originarios el 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<sup>15</sup>. Sin perjuicio de ello, puede advertirse que no se trata de derechos absolutos, sino tiene un marco limitado a que se adecúe a la conformidad con las pautas y mandatos estandarizados del Derecho internacional de los DDHH.

---

<sup>15</sup> Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 34.

#### **2.1.4. La jurisdicción especial en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**

El instrumento regional de OEA, también trae claras disposiciones respecto al derecho propio y a la jurisdicción especial, al referir del siguiente modo:

✓ 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 derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.

✓ Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.

✓ Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo XXII.



### **3. Panorama actualizado respecto a la recepción de los contenidos del derecho propio de los pueblos indígenas y de su jurisdicción especial del sistema internacional y regional.**

En este punto nos proponemos a realizar una rápida recorrida por las constituciones políticas de los países latinoamericanos a fin realizar un cuadro comparativo de la recepción en la normativa suprema doméstica de los contenidos del derecho internacional de los DDHH sobre esta temática.

ARGENTINA: (Art.75, INC. 17): Reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, y el derecho a la educación bilingüe e intercultural. También la Personería de las comunidades y la propiedad comunitaria. No existe disposición que aluda la justicia especial indígena.

BRASIL: Similar a Argentina, teniendo más contenidos explícitos al reconocimiento y protección de derechos indígenas, pero no alude tampoco a justicia especial de derecho propio.

CHILE: Ninguna disposición expresa sobre comunidades indígenas.

COLOMBIA: El Art. 246 establece: 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.

COSTA RICA: Solo una disposición en lo atinente a la conservación de las lenguas indígenas.

CUBA: Al igual que la de Chile no tiene ninguna mención.

EL SALVADOR: Idéntico a Chile y Cuba.

GUATEMALA: Su constitución tiene varias disposiciones que aluden a los derechos de pueblos indígenas. Sobre lo pertinente, el art. 83 declara de utilidad e interés nacional el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas. A este efecto, pueden dictarse leyes, reglamentos y disposiciones especiales para los grupos indígenas, contemplando sus necesidades, condiciones, prácticas, usos y costumbres.

HAÍTÍ: No tiene disposiciones especiales de derecho de los pueblos indígenas.

MÉXICO: En su art. 2, la Constitución Mexicana alude a que la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y

que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Considera comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. Las faculta a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

NICARAGUA: El art. 5 reconoce a los pueblos originarios y afrodescendientes de su propia identidad, el mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales. En el art. 160 dispone que la administración de justicia reconoce la participación ciudadana a través de los líderes tradicionales de los pueblos originarios de la Costa Caribe y los Facilitadores Judiciales en todo el país, como métodos alternos de acceso a la justicia y resolución alterna de conflictos, todo de conformidad con la ley.

PANAMÁ: El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y

espirituales propios de cada una de sus culturas, y diversos artículos donde se facilita la participación ciudadana en distintas cuestiones institucionales.

URUGUAY: Tampoco tiene dispaciones al respecto.

VENEZUELA: La Constitución Bolivariana presenta varios artículos donde se otorga participación política a los pueblos originarios que habitan el territorio. Del art. 119 a 126 desarrolla distintos aspectos vinculados a los derechos de los pueblos indígenas en el art. 260, alude a que las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Es de destacar que en esta pincelada no se menciona Bolivia ni a Ecuador en función que estos países han establecido en sus constituciones un sentido plurinacional expreso y por ende un con una clara orientación al un pluralismo jurídico en su ordenamiento como veremos líneas abajo.

### **3.1. Constitucionalismo Plurinacional e Intercultural.**

El diálogo intercultural, sólo es posible cuando se han superado los estereotipos raciales y coloniales que se han construido en contra de

colectivos indígenas, afrodescendientes y otros colectivos marginados. Superado esos estereotipos, el diálogo se sustenta en los principios de igualdad de oportunidad de todos los colectivos y la incompletud de las culturas. No pueden ser impuestos sólo desde una perspectiva o sólo desde el Estado o de un sector social, se requiere construir a partir del diálogo intercultural de las diferentes visiones y cosmovisiones no solo indígenas sino de todos los que integran la organización social denominada Estado.<sup>17</sup> Desde Naciones Unidas se afirma que es más crucial que nunca promover y difundir valores, actitudes y comportamientos que propicien el diálogo, la no violencia y el acercamiento entre culturas, de conformidad con los principios de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural<sup>18</sup>.

El constitucionalismo plurinacional e intercultural va más allá de la discusión del nuevo constitucionalismo latinoamericano que se fundamenta en las asambleas constituyentes democráticas y distribución del poder democrático. Porque el constitucionalismo plurinacional e intercultural se enfrenta al problema de la pluralidad. El problema de pluralidad para las democracias liberales se resuelve invisibilizándolo. La democracia directa o participativa tampoco

---

<sup>17</sup> Fuente: <https://es.unesco.org/themes/dialogo-intercultural> Ultimo ingreso 23/12/2023.

<sup>18</sup> Adoptada en la Conferencia General de Naciones Unidas realizada 2 noviembre 2001 - París, Francia.

resuelve el problema de la pluralidad, porque se fundamenta en las decisiones por mayorías.

### **3.1.1. Concepto de Plurinacionalidad e Interculturalidad.**

En primer lugar, “Pluri” significa varios/as o diversos/as, por lo tanto, plurinacionalidad significa varias nacionalidades; mientras Inter significa relación-diálogo, entonces, interculturalidad significa relación-diálogo-conversación entre sujetos iguales con distinta cultura. “Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales”<sup>19</sup>.

El concepto de plurinacionalidad está muy ligado a factores de interculturalidad, ya que desde una visión antropológica además de diversidad biológica-étnica, también existen patrones culturales diferentes en un mismo ámbito territorial de convivencia, ello ya desde una perspectiva socio-política. La interculturalidad, provoca el intercambio de valores culturales entre dos o más culturas. Implica, por lo tanto, la interacción cultural y se sustenta en el principio de ciudadanía, en principios de respeto a la identidad cultural de los pueblos y en el principio de igualdad ante la ley y reconocimiento al derecho a la diferencia(Comboti, et al., 2013).

---

<sup>19</sup> Fuente: Bancomundial.org  
<https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples#:~:text=Los%20pueblos%20ind%C3%ADgenas%20son%20grupos%20sociales%20y%20culturales,ocupan%20o%20desde%20los%20cuales%20han%20sido%20desplazados.>

El constitucionalismo plurinacional tiene las siguientes características jurídicas:

- ✓ Reconocimiento jurídico de las distintas naciones que componen un estado y el otorgamiento de derechos políticos.
- ✓ Reconocimiento del pluralismo político.
- ✓ Reconocimiento del pluralismo económico.
- ✓ Reconocimiento del pluralismo jurídico.
- ✓ Interculturalidad como principio constitucional.
- ✓ La plurinacionalidad es una de las características más importantes del constitucionalismo plurinacional<sup>20</sup>.

### **3.1.2. Países Latinoamericanos constituidos como Estados Plurinacionales.**

En Latinoamérica, si bien como vimos líneas arriba, existen países con constituciones políticas que en más o en menos tienen disposiciones que reconocen derechos de la diversidad cultural de los pueblos originarios, lo cierto es que solo dos de ellas tienen claros mandatos de reconocimiento de Estado Plurinacional. Ellas son Bolivia y Ecuador.

BOLIVIA: Estado Plurinacional conforme postulados de su nueva Constitución, aprobada en referéndum con un 61% de los votos en enero de

---

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional, Bolivia: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/Ficha/10676> Último ingreso 28/12/2023.

2009 y promulgada el 7 de febrero de ese año. El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley. Dos o más pueblos indígenas originarios campesinos podrán conformar una sola autonomía indígena originaria campesina. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. JURISDICCIÓN INDÍGENA ORIGINARIA CAMPESINA: (arts. 190 a 192), se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino. La ley infraconstitucional regulará su implementación<sup>21</sup>.

ECUADOR: Estado plurinacional. Constitución conocida con el nombre de “Montecristi” (2008). Art. 57, inc. 10, reconoce a las naciones indígenas

---

<sup>21</sup>Fuente:

[https://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/BOLIVIA\\_FICHA%20PAIS.pdf](https://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/BOLIVIA_FICHA%20PAIS.pdf) Ultimo ingreso: 28/12/2023.



originarias de su territorio: "Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes". Art. 171: Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. La Constitución de la República vigente establece a Ecuador como un país plurinacional e intercultural. Uno de los avances más importantes ha sido el reconocimiento de la justicia indígena para resolver los conflictos en sus propios territorios que afectan principios esenciales como el *ama llulla*, *ama killa*, *ama shwa* y *el ranti ranti*. Considerando sus costumbres, su derecho propio y su situación socioeconómica, se aplican sanciones distintas al encarcelamiento. Si bien debería existir igualdad de jerarquías, la justicia ordinaria limita las competencias de las autoridades indígenas.

#### **4. Breve referencia al pluralismo jurídico.**

El pluralismo jurídico es la coexistencia de dos o más formas diferenciadas del Derecho en un mismo plano temporal y espacial. Es una definición alternativa del derecho que supone que el Estado ha reconocido que no es el único ente emisor de normas, sino que existen grupos étnicamente diferenciados al interior de sus fronteras que crean su propio derecho, el cual debe ser respetado bajo ciertos parámetros (la protección de los derechos fundamentales de la persona) (Cabello Mallol, 2001, p.307-310).

En Latinoamérica, el pluralismo jurídico se constata cuando se percibe la existencia de dos o más sistemas jurídicos" dentro del territorio de un mismo Estado, uno de los cuales es el sistema jurídico nacional y el otro u otros, de los pueblos indígenas, encontrando su justificación en la existencia de diversas culturas, cada una con su propia identidad y racionalidad para concebir el orden, la seguridad y la igualdad y la justicia (López Bárcenas, 1999, p.283).

##### **4.1. Necesidad de una justicia especial**

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, necesariamente requiere la constitución de una justicia especial, en función de:

- ✓ Los indígenas poseen una serie de derechos específicos, que en definitiva no tienen otro objeto

que permitir el adecuado acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

✓ La obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio de «igualdad y no discriminación»

✓ Los derechos de los pueblos indígenas ante la justicia derivan –entre otras fuentes- de los instrumentos internacionales vigentes:

○ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

#### **4.1.1. ¿Qué comprende el concepto de derecho propio indígena?**

El Derecho propio indígena es el sistema o conjunto que abarca disposiciones, órganos jurisdiccionales y procedimientos que garantizan a los integrantes de las comunidades indígenas la jurisdicción del Estado en materia de justicia, sustentando en el respeto a los usos, costumbres y tradiciones propios de su comunidad. Los pueblos indígenas de América Latina reivindican un derecho propio y autónomo distinto al derecho del Estado, aunque no enfrentado a él. La justificación de esta aspiración se basa en la singularidad de este derecho de marcado carácter colectivo y consuetudinario bien distinto del derecho estatal y la percepción del mismo como única norma

vinculante. Tanto el derecho procesal como el derecho penal indígenas muestran un sentido comunitario en su elaboración histórica, transmitido de generaciones en generaciones, y resaltan la relevancia de la mediación en su aplicación (Soriano González, 2012, pp. 183-187).

#### **4.1.2. Características comunes del Derecho Propio y la Justicia Especial Indígena.**

- ✓ No existe como resultado de una decisión de política legislativa motivada en criterios técnicos o de eficiencia, sino que nace del reconocimiento de un derecho, cuyo titular es un ente colectivo: el pueblo indígena “el pueblo indígena”
- ✓ Es un conjunto de elementos inherentes a la existencia y aplicación de las normas de origen consuetudinario, que busca restablecer el orden y la paz social.
- ✓ Principios Fundamentales: Solidaridad, Reciprocidad y Colectividad (*ama killa, ama llulla, ama shua*, en quechua).
- ✓ Es de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y está basado en las costumbres y tradiciones”.
- ✓ Se realizan recordando la memoria de los antepasados.
- ✓ Es expedita. Concluye a corto plazo.

✓ Se realizan mediante ceremonias rituales donde se destaca la necesidad de respetar y cuidar el universo, la Madre Naturaleza. Por qué es la garantía de vivir.

✓ Los pueblos: Maya de Guatemala; Tzeltal de México, Kuna de Panamá; en los pueblos indígenas de Colombia, Perú, Bolivia; y, en los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, coinciden cuatro elementos fundamentales para la aplicación y administración de justicia indígena: los principios y valores; las normas; los mecanismos y procedimientos; las autoridades. Dentro de los cuales se encuentran elementos desarrollados como el valor de la palabra y el respeto, la aplicación de las normas de carácter costumbristas, la experiencia de los mayores y de los abuelos, la sabiduría y el consejo y las autoridades indígenas reconocida legítimamente por la asamblea de la colectividad o comunidad indígena. Estos son los elementos indispensables que van interrelacionadas con la persona (autoridad indígena) para el arreglo del conflicto, que finalmente buscan la recuperación del daño físico, moral y espiritual de las personas que viven en colectividad o comunidad indígena.

✓ Apuestan al diálogo, la discusión, el consenso y el acuerdo elementos conciliadores, compensadores y preventivos del conflicto, que permiten restaurar la paz y la armonía en la comunidad.

✓ Está prohibido la tortura y justicia por mano propia y linchamientos

✓ Sin embargo, el látigo, el agua, la ortiga y otras sanciones son torturas para la cosmovisión occidental, para la cosmovisión indígena, estos elementos sirven para la purificación de la persona infractora. Estos castigos corporales se hacen al momento de la resolución del conflicto o de la sentencia, con lo cual la persona queda en libertad y es una de las opciones para no ir a las cárceles, porque para el indígena, la cárcel es un cautiverio y un infierno de la vida.

✓ Inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.

✓ Es pública para garantizar la transparencia en el proceso.

✓ Es gratuito, oral, directo, cultural (uso de idioma, ritualidad, ceremonias, etc.), ágil y eficiente en las resoluciones de conflictos.

✓ La sanción es de carácter público, curativo y permite la inmediata reincorporación a la comunidad.

✓ Excepcionalmente la sanción consiste en la expulsión de la comunidad.

#### **4.1.3. Relación entre la justicia especial indígena y la ordinaria. - Criterios del T.C. Colombiano.**

Filipo Ernesto Burgos Guzmán, destaca aspectos relacionales entre la justicia especial indígena, contemplada en la Constitución Política de Colombia y el sistema de justicia ordinario del Estado. Para ello se vale de estándares fijados por el Tribunal Constitucional de dicho país, entre los cuales rescatamos los siguientes (Burgos Guzmán, 2008):

✓ Los pueblos indígenas deben entenderse como sujetos colectivos de derecho autónomo, diferentes a los miembros que lo componen y por ende, con derechos y obligaciones como tales (Sentencia T-380 de 1993).

✓ Se debe maximizar la autonomía de las comunidades indígenas y, por ende, minimizar las restricciones. Las costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas, y solo las normas legales imperativas (de orden público) priman sobre las indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural, mediante el ejercicio ponderativo (Sentencia T-523 de 1997).

✓ El núcleo duro de los derechos fundamentales constitucionales es el límite para la restricción del D.P.I. y se traduce en las condiciones de humanidad para todos los individuos, estando allí los derechos y prohibiciones mínimas que no pueden suspenderse ni derogarse y que siempre se

deben respetar, sobre el cual existe un consenso general, como si existieran “unos derechos más fundamentales que otros” (Sentencia T-349 de 1996).

Se aprecia, como ya lo dijimos, el Derecho propio, pese a la importancia de incorporarlos en un sentido de pluralismo jurídico, no será absoluto y siempre encontrará un límite basado en el sentido unívoco del respeto de la dignidad humana, de carácter universal.

## **5. La opinión de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum (1932-2016).**

Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, nacido en Alemania, fue un sociólogo y antropólogo defensor de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Se destacó como docente e investigador de ciencias sociales y fue el primer relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, entre 2001 a 2008. En una de sus entrevistas concedidas a ONU News esbozo un claro concepto, que puede sintetizar lo aquí expuesto y los obstáculos que el Derecho Propio Indígena todavía tiene para alcanzar su pleno desarrollo y aceptación por parte de los Estados. Al respecto expresó:

“La implementación de leyes es uno de los principales obstáculos en el largo y doloroso proceso de conseguir que los derechos humanos funcionen para la gente. Me atrevo a sugerir que esto no será diferente en cuanto a la implementación de la DNUPI. En uno de mis



informes al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas escribí acerca de la “brecha de la implementación” entre las leyes y la práctica real, que he observado en muchos países. Esto significa que hay muchas buenas leyes en el papel (a veces son el resultado de prolongados esfuerzos de cabildeo o de acuerdos políticos cuidadosamente negociados), pero luego algo pasa y su implementación no tiene lugar. Muchas personas con las que hablo de esto tienen una respuesta muy simple: “No hay voluntad política”.

### **Conclusión.**

A pesar de desarrollos normativos internacionales y nacionales, incluso a nivel constitucional, los avances en la protección práctica de los derechos de los pueblos indígenas han sido hasta el momento tímidos y más bien ha sido a través de las instancias judiciales nacionales e internacionales donde mayor tratamiento se ha dado a los alcances y aplicación concreta de los derechos de los pueblos indígenas. En definitiva, los Estados tienen la obligación primordial de garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas estableciendo mecanismos adecuados que permitan una participación efectiva en los procesos de toma de decisiones. En este sentido, el Sistema de las Naciones Unidas apoya a los Estados para llegar a una plena implementación de los derechos de los pueblos indígenas conforme con los estándares internacionales.-

### **Referencias Bibliográficas**

Aragón Andrade, O. (2007). *Indigenismo, movimientos y derechos indígenas en México: La reforma del artículo cuarto constitucional de 1992*. Morelia: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Burgos Guzmán, F. (2008). Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver. *Revista Derecho del Estado*, (21). Universidad del Externado. Bogotá.

Cabedo Mallol, V. (2013). El pluralismo jurídico en Iberoamérica: Los sistemas jurídicos indígenas y los sistemas jurídicos estatales. *Derecho & Sociedad*, 16. UNAM, México.

Castiglione, A. V. (2023). *El derecho indígena argentino (S. XV y XVII y noticias del derecho incaico)*. Academia de Ciencias y Artes, Santiago del Estero.

Estermann, J. (2006). *Filosofía andina: Sabiduría indígena para un mundo nuevo*. ISEAT, La Paz.

Grey Postero, N., & Otros. (2005). *La lucha por los derechos indígenas en América Latina*. Abya-Yala, Quito.

Gómez, M. (2005). El sinuoso camino de los pueblos indígenas frente al derecho hegemónico. En J. Dardón (Coord.), *Aplicación de justicia en una comunidad indígena de Totonicapán*. Guatemala: Editorial de Ciencias Sociales.

Gómez, M. M., & Otros. (2010). *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas: Su aplicación en el derecho interno argentino*. Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, Neuquén.

Lindholt, L. (2005). *Human rights in development yearbook 2003: Human rights and local/living law*. Martinus Nijhoff Publishers, Amsterdam.

López Bárcenas, F. (2002). *Autonomía y derechos indígenas en México*. México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes-Dirección General de Culturas Populares.

Mathieu, M. (2007). *El derecho a la tierra: Posibilidades y limitación para las comunidades rurales*. Ediciones INCUPO, Reconquista.

Roldán Ortega, R. (2005). *Manual para la formación en derechos indígenas: Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*. Abya-Yala-COICA, Quito.

Soriano González, M. L. (2012). El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (16). Universidad Carlos III, Madrid.

Azzali, J. (2012). *Acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes indígenas: Criterios de actuación para una defensa técnica adecuada*. UNICEF Argentina, Buenos Aires.

## **Reconocimiento del derecho indígena en el constitucionalismo andino: implicaciones jurídicas y socioculturales para el Derecho Latinoamericano**

Yolange Véliz Valencia<sup>1</sup>

**Resumen:** El derecho indígena surge como resultado de las sublevaciones de los pueblos y comunidades indígenas en la lucha por el reconocimiento de sus derechos ancestrales. El objetivo de esta investigación es analizar el reconocimiento del derecho indígena desde el punto de vista jurídico y sociocultural en el contexto del denominado constitucionalismo andino. El diseño metodológico empleado es cualitativo describiendo, a través de la revisión bibliográfica, el objeto de estudio en cuestión. Los resultados demuestran que el reconocimiento del derecho indígena termina por reconstruir el tejido social

---

<sup>1</sup> Docente titular de la carrera de Derecho de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador. Magíster en Derecho Civil y Procesal. Cursante del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Rafael Urdaneta. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0862-3053>. E-mail: [yveliz@sangregorio.edu.ec](mailto:yveliz@sangregorio.edu.ec)

instaurando una nueva responsabilidad ciudadana, estatal y supraestatal para con el ejercicio de dichos derechos, identificando que no se trata de un nuevo reconocimiento en tanto que es una organización social preexistente, sino más bien de la materialización jurídica producto de la descolonización del Derecho. Se concluye que el derecho indígena tiene claras implicaciones jurídicas y socioculturales por el reconocimiento de estos pueblos como sujetos colectivos de derecho, así como también por ser el punto de partida para posteriores procesos de similar naturaleza.

**Palabras clave:** Derecho indígena; descolonización; sujetos colectivos de derecho

## **Introducción**

Producto de diversos procesos históricos y sociales, a nivel jurídico ha existido un desplazamiento de los pueblos y comunidades indígenas y el desconocimiento de sus derechos y prácticas ancestrales; ocasionando así, una serie de movilizaciones y reivindicaciones cuyo objetivo final es la lucha por su autodeterminación y reconocimiento social como sujetos colectivos.

Apareciendo así -jurídicamente hablando- el derecho indígena como expresión cultural y manifestación social de las prácticas y

conocimientos de estos pueblos desde su cosmovisión, lo que consecuentemente conduce a otras cuestiones como el reconocimiento de los derechos de la naturaleza producto de su concepción y el carácter deontológico con el que las comunidades indígenas conciben al ambiente natural.

De aquí se derivan una serie de problemas que logran alcanzar niveles supranacionales a través de la rectificación de tratados vinculantes como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y las Declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas hasta llegar a la instauración de un nuevo constitucionalismo a nivel latinoamericano en el que la identidad cultural es elemento central en países multiétnicos y pluriculturales.

Pero ¿qué implica el reconocimiento del derecho indígena? Con la finalidad de responder esta interrogante y el objetivo de la presente investigación se analizará el reconocimiento del derecho indígena desde el punto de vista jurídico y sociocultural, a través de un estudio cualitativo de revisión bibliográfica.

## **1. Metodología**

Esta investigación es de corte cualitativa con enfoque descriptivo, el proceso de levantamiento de información se realiza a través de la revisión bibliográfica con la construcción de un Estado del arte que, por medio de la técnica 'bola de nieve', permita llegar a un estado de saturación del tema en estudio.

## **2. Desarrollo**

### **2.1. Los Derechos Indígenas y su relevancia antropológica.**

En la actualidad, con el desarrollo de los derechos de tercera generación, se pretende la transformación del paradigma jurídico internacional desde la exclusión hacia la inclusión en tanto que los pueblos indígenas, bajo el amparo de los derechos humanos, con numerosos recursos discursivos que les permiten reclamar la igualdad y equidad en cuanto a su situación social (Gómez, 2019).

Esto, frente a sistemas jurídicos históricamente caracterizados por su colonialidad e influencias eurocentristas, lo que requiere la revisión antropológica del Derecho para la determinación no sólo de los fundamentos sino también de la

relevancia de los elementos ancestrales (Cruz, 2019).

De ahí que Sieder (2019), destaque el valor de la antropología en la construcción de fenómenos sociales, lo que se evidencia en el campo de los derechos individuales y colectivos, de donde surge la necesidad de enfatizar en la diversidad propia de la pluralidad y la obligatoriedad del reconocimiento jurídico del derecho indígena.

La sociedad es, por naturaleza, pluralista y diversa. El derecho indígena pretende ampliar visiones estatales y supraestatales frente a una variedad de principios y directrices jurídicas de igualdad y respeto hacia la autodeterminación de los pueblos como derecho superior que incluso sobrepasa los límites de la justicia ordinaria (Laguna et al, 2020).

Su reciente exploración se debe, de acuerdo con Garzón (2019), a la colonialidad con la que se ha tenido que abordar el derecho producto de la dominación europea sobre el continente americano, lo que ocasionó un atropello cultural sin precedentes en el que la práctica jurídica se vio sometida a la cultura dominante. No obstante, a nivel regional el



constitucionalismo contemporáneo ha pretendido legitimar el reconocimiento del derecho indígena como estrategia de recuperación cultural e - incluso- de fortalecimiento de la autonomía.

Así, desde finales del pasado siglo se ha procurado adoptar un horizonte jurídico multicultural y plurinacional en el que los pueblos indígenas gocen de total autonomía y autodeterminación, procurando judicializar los derechos indígenas en un continente colonizado, apostando por su potencial transformador para el entramado social en general (Sierra y Lemos, 2020).

Esto es a lo que Acevedo (2021), se refiere al hablar de la escala y los niveles de reconocimiento de derecho indígena, en tanto que de acuerdo con dicho autor el multiculturalismo no es más que el punto de partida para la plurinacionalidad cuando a nivel constitucional y social se reconoce con amplitud los derechos para los pueblos indígenas -como en el caso de Ecuador o Bolivia-.

Olive (2004), lo define como uno de los rasgos característicos de la sociedad globalizada pero también una fuente de necesidad por cuanto plantea por parte del Estado el perfeccionamiento de técnicas y estrategias de práctica democrática

y participativa, que favorezcan el diálogo, la convivencia intercultural y el aprovechamiento sostenible de los recursos.

Ya que el sistema jurídico propio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se basa en sus normas, principios y valores consuetudinarios. El carácter consuetudinario significa que estas normas, principios y valores se transmiten oralmente de generación en generación y se adaptan a las circunstancias históricas y culturales de cada pueblo. La justicia indígena tiene como finalidad resolver los conflictos internos que se presentan en el seno de las comunidades indígenas, así como garantizar el orden social, la armonía comunitaria y el buen vivir.

Siguiendo con esta línea, para Salas (2019), reconocer los derechos indígenas supone acoger la etnicidad sin dar la espalda al desarrollo social, pues la contextualización de los derechos permitirá no sólo la representación sino también la concienciación reflexiva de la justicia social que deviene del deterioro estructural de la identidad cultural de los pueblos.

## **2.2. Reivindicación jurídica de los pueblos indígenas: Del constitucionalismo neoliberal a la justicia colectiva.**

En este contexto, el derecho indígena debe ser entendido como aquella regulación jurídica propia de los pueblos indígenas, por lo que el reconocimiento de las garantías jurídicas derivadas de dicho sistema no se limita únicamente a condiciones básicas de supervivencia e integridad, sino que abarca aspectos culturales relacionados con su cosmovisión, siendo el resultado de las históricas reivindicaciones de estos pueblos hacia su libertad (Cangas, Iglesias y Hernández, 2022).

Por lo tanto, su legalización y legitimación son el resultado de la movilización global de los pueblos originarios con la finalidad de formar parte de los espacios de tomas de decisiones, especialmente en lo que respecta a sus territorios ancestrales, de ahí que actualmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, bajo el fundamento de los derechos colectivos procure iniciar un sinnúmero de portales y estrategias para el ejercicio de su determinación, lo que a nivel latinoamericano puede entenderse como constitucionalismo neoliberal (Hurley, Guerra, y Valdés, 2021).

Las comunidades indígenas son consideradas el origen de un pueblo, también considerada la herencia que nos deja una cultura,

para recordar de dónde venimos y de qué somos parte, sin embargo, son objeto de marginación y desprecio.

Se trata de un reconocimiento constitucional indígena cuyo objetivo final es el fortalecimiento de la responsabilidad y el compromiso social que los Estados establecen para con su pueblo (Acevedo, 2021); es decir, son conquistas ciudadanas que requieren derechos constitucionales emancipadores ejercidos directamente por el Estado (Viera, 2023).

Los pueblos indígenas carecen de reconocimiento formal de sus tierras y recursos naturales, son los últimos en recibir inversiones públicas, servicios básicos e infraestructura, la participación política ha enfrentado limitantes y eso ha hecho que haya desigualdad en la toma de decisiones, en lo referente a economía, acceso a la justicia y ser parte de procesos políticos, sumado a esto los eventos naturales, las enfermedades, las inclemencias del tiempo, falta de educación, entre otros son factores, que han aumentado la pobreza.

### **2.3. Constitucionalismo andino y el desafío del extractivismo: resistencia y exclusión de los pueblos indígenas en Ecuador.**

A pesar de lo expuesto, el Estado ecuatoriano vive del extractivismo de los recursos que se encuentran en territorios indígenas. Según Ernesto Flores Sierra, Ecuador históricamente, ha mantenido a la población indígena en un estado de aislamiento y sometimiento, la maquinaria administrativa estatal ha excluido a este sector de la población de la educación, la salud, la participación en la vida política. Las comunidades indígenas se han convertido por lo mismo en focos de resistencia contra las políticas extractivistas, coloniales, capitalistas de los diferentes gobiernos a lo largo de la historia. (Sierra, 2016)

El movimiento indígena en el Ecuador (CONAIE) ha sido considerado el más importante e influyente en América Latina desde su fundación en 1986, sin embargo, a pesar de su peso político, los indígenas continúan siendo el grupo étnico más excluido de la sociedad, con pocas oportunidades para salir adelante, debido a la discriminación étnica y a las trampas de la pobreza en las que se hayan inmersos y que dificultan su recuperación. (Larrea, et al, 2007)

Según datos del Instituto de Investigaciones Económicas de la PUCE (IIE) los ecuatorianos con los rangos de pobreza más altos para 2021 eran los indígenas Específicamente, el

75,4% de esa población sufrió de pobreza multidimensional en el 2020. En el 2021, el porcentaje llegó al 78,6% de la población indígena. Se conoce que el Ecuador cuenta con 18 nacionalidades y 14 pueblos indígenas. Estos poblados viven en un área con riqueza natural y cultural abundante. Es un espacio importante para la economía y estabilidad del país. Genera recursos mediante la extracción de petróleo, madera, agricultura, turismo, entre otros.

Los intereses del pueblo indígena, deberían ser los intereses del Estado, no tendría por qué ser diferente, ante esto no es comprensible, por qué los gobernantes no pensaron en llevar la obra pública a las comunidades, por qué la exclusión, o se debe suponer que los pueblos y nacionalidades indígenas deben crear sus propios recursos y hacer sus propias políticas públicas, entonces, por qué el Estado cuenta con los recursos de ese territorio.

En lugar de presentar a los pueblos indígenas como vulnerables se pone énfasis en los derechos de los pueblos indígenas a preservar sus valores culturales e instituciones para ejercer más control sobre su desarrollo, se realiza un esfuerzo por alejarse de enfoques de mitigación y de protección que busquen encuadres más positivos que les permitan a sus representaciones seleccionar y

ejecutar sus propios programas de desarrollo, los principios guías de las intervenciones de desarrollo para con los pueblos indígenas se manifiestan cada vez más en términos de “autodesarrollo, desarrollo autónomo, desarrollo con identidad” (Roger Plant, p..3)

#### **2.4. Derecho ancestral y reconocimiento internacional: el rol de los pueblos indígenas en la reconfiguración jurídica.**

En este sentido, el derecho indígena es un derecho ancestral preexistente que de acuerdo con Chirif (2020) únicamente debe ser regularizada por el Estado en función de sus necesidades ya que -en teoría- ha sido socialmente reconocido. De ahí que incluso la Organización de las Naciones Unidas es para los pueblos y nacionalidades indígenas una plataforma de movilización y visibilidad, ya que a partir de ésta se han establecido objetivos y organismos estratégicos destinados a garantizar derechos que por naturaleza les corresponden, entre los que Gómez (2019) destaca la creación del Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas o el Foro Permanente sobre las Cuestiones Indígenas.

El derecho indígena es un derecho alternativo que se basa en un derecho

fundamental: la identidad cultural como elemento integrante de la estructura social (Jiménez, Viteri y Mosquera, 2021); esto considerando que un derecho propio constituye una necesidad imprescindible para garantizar la vitalidad étnica de una comunidad (Hidalgo, Jiménez y Torres, 2021).

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de un derecho fundamental de las colectividades cuyo respeto por parte de una sociedad que se llame a sí misma multicultural y democrática debe respetar. A partir de esto, Faundes (2020), lo considera un básico trascendental del que derivan los demás derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas; siendo, además, un filtro hermenéutico del que se debe desprender todo ordenamiento jurídico que verse sobre los derechos indígenas (Faundes, 2019).

La cultura es el rasgo de identidad cuya negación supone la de la persona. Aniquilar una cultura puede significar etnocidio, que supone la muerte del grupo que comparte unas características comunes, y al respetar el derecho a sus tierras ancestrales hoy no sólo se les reconoce su tierra originaria sino su identidad porque difícilmente pueden atender a las exigencias materiales y



espirituales, negada o dificultado el goce de aquella. Este hábitat natural de la mayoría de los pueblos indígenas tiene como escenario a la naturaleza en 'estado puro' que preservan (Iglesias, 2021, p. 218).

De esta manera Elizabeth McPherson (2020), afirma que los derechos indígenas incluyen intrínsecamente a las nuevas tendencias jurídicas que reconocen a los derechos de la naturaleza, porque reconocen la interdependencia de esta con los seres humanos pues, de hecho, la mencionada autora sostiene que los derechos de la naturaleza llegan a humanizar mucho más los sistemas legales porque por primera vez se está dando respuesta a los reclamos de los pueblos indígenas.

## **2.5. Deontología ambiental y derecho indígena: Reconstruyendo la convivencia social y política.**

El tema ambiental es clave en el reconocimiento de estos derechos colectivos desde una visión deontológica, en tanto que, para los pueblos y nacionalidades indígenas su estructura y funcionamiento social deriva del uso racional y respetuoso del medio ambiente considerando que

es el escenario para el ejercicio de su vida espiritual (Iglesias, 2021).

Es decir, establecer derechos propios de estos colectivos supone reconocer política y socialmente a los pueblos indígenas, lo que consecuentemente permite que jurídicamente se normalicen sus prácticas culturales a través del diseño y aplicación de determinadas políticas públicas además de permitir la “recreación de tejidos comunitarios y subjetividades político-culturales” (Magallanes, 2019, p. 142).

Tratándose, de acuerdo con Acevedo (2021), del reconocimiento jurídico de la diversidad para establecer una nueva comunidad política a partir de la transformación de la convivencia social. Ya que, para que realmente se configure la justicia social es necesario, de acuerdo con Faundes (2018), la existencia de grupos con capacidad de ser sujetos políticos activos en el proceso democrático.

En este sentido, es necesario que el Derecho asuma un papel creativo capaz de dinamizar la protección a los derechos de los pueblos indígenas y lograr una consonancia entre lo legalmente reconocido y el ejercicio de estos con políticas públicas interculturales que logren acción

y expresión cultural y territorial de estos sujetos colectivos (Aguilar y El Fakih, 2021).

La relación intercultural es, por ende, un bien inmaterial compuesto de religiosidad, identidad cultural y cosmovisión que por cuestiones existenciales conllevan a una interpretación más subjetiva -pero igualmente válida- del Derecho (Montallván y Wences, 2022). De esta manera, la superación de la implementación formalista, parcial y colonialista de estos derechos sería el elemento clave para que el derecho indígena no sea simplemente una realidad social sino también jurídica (Becker y Álvez, 2020).

## **2.6. El rol de los instrumentos internacionales y la Constitución de la República del Ecuador en la protección de los derechos de los pueblos indígenas.**

En el contexto nacional, la constitución ecuatoriana tiene más de 100 artículos que priorizan los derechos de las comunidades, pueblos, nacionalidades, y colectividades.

La Constitución ecuatoriana en su artículo 3, entre los deberes primordiales del Estado, en el numeral 5 revela el siguiente texto: Planificar el

desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir.

En el contexto internacional la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas y tribales a gozar de las mismas condiciones de trabajo, que el resto de la población, así como de una protección especial en materia de salud, seguridad social y vivienda. (Arts. 20 a 25)

Para Chirif (2020), este convenio representa el inicio de una nueva era de derechos para los pueblos indígenas en función de factores como el surgimiento de nuevas representaciones sociales que pretenden fortalecer derechos sociales y territoriales para el establecimiento de condiciones propicias a diversos grupos que por el simple hecho de ser humanos gozan de titularidad de derechos no sólo individual sino también colectiva, lo que para López (2020), permite que "cualquiera que sea su situación jurídica, conserven sus propias instituciones sociales, económicas, culturales, políticas o parte de ellas" (p. 227).

En el caso de América Latina, el Convenio 169 de la OIT permite otorgar mayor fuerza y legitimidad al funcionamiento del derecho

indígena en la región en tanto que una de sus conquistas es llenar brechas sociales que les reconozcan como pueblos sobre dos pilares fundamentales a decir de Casado (2020):

1. Mantenimiento y fortalecimiento de la identidad cultural.
2. Participación activa de estos pueblos en las decisiones que les afectan.

El derecho al trabajo estará reconocido cuando las políticas públicas de cada estado cumplan con su deber jurídico, y se haga lo pertinente para que cada persona se beneficie del acceso a educación, salud, vialidad, comercio, entre otras.

La Declaración de las Naciones Unidas reconoce los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas con 144 estados miembros, en su articulado reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, lo que implica su condición política y a perseguir su desarrollo económico, social y cultural.

La declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a establecer y mantener relaciones de cooperación con otros pueblos

indígenas, estados y organizaciones internacionales, así como a contar con el apoyo financiero y técnico adecuado para el ejercicio de sus derechos.

La Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas, que agrupa a 35 países del continente americano, inspirada en los principios y estándares del derecho internacional de derechos humanos aplicables a los pueblos indígenas, trabaja por la protección y reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las Américas que según DADPI, son 826, con una población cercana a 55 millones de personas. (Jacanamejoy, 2016)

Tanto el convenio 169 de la OIT, como los otros instrumentos internacionales comparten una misma visión sobre el reconocimiento y protección de la diversidad cultural y jurídica de los pueblos indígenas, así como a la libre determinación, el territorio, la consulta, la participación, la educación, la salud, el desarrollo y la cooperación internacional, pero garantizar y promover la justicia social requiere abordar áreas como: Reconocer y respetar los derechos indígenas de manera individual y colectiva como lo establece la legislación nacional e internacional, tanto de sus tradiciones, culturas, territorios, como de su

autonomía en la toma de decisiones sobre asuntos que a ellos conciernen.

Garantizar que los pueblos indígenas tengan acceso equitativo a la justicia que incluya el derecho a un juicio justo, acceso a servicios legales gratuitos o asequibles y la disponibilidad de intérpretes y mediadores culturales para superar barreras lingüísticas y culturales.

La igualdad en la prestación de servicios requiere la participación significativa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en asuntos que a ellos afecten.

Esto implica consultarlos de manera previa, libre e informada en políticas, programas y proyectos que puedan tener impacto en sus comunidades, además se debe fomentar su activa participación en los procesos de diseño, implementación y evaluación de los servicios que les conciernen.

Garantizar educación intercultural y bilingüe amparada en aquellos principios de igualdad y equidad promoviendo la valoración de sus conocimientos, idioma, cultura y adaptación de contenidos educativos a sus realidades y necesidades específicas.

Los Estados deben asegurar que los pueblos indígenas tengan acceso a servicios básicos como salud, vivienda, agua potable, saneamiento, electricidad y transporte, lo que implica eliminar disparidades, especialmente en las áreas rurales.

Promover el desarrollo económico y social de los pueblos indígenas, respetando sus formas de vida y fomentando su participación en la toma de decisiones sobre el uso de los recursos naturales en su territorio, brindar apoyo para el desarrollo de actividades económicas sostenibles, acceso a créditos y capacitación, promover el comercio justo y respeto a los derechos laborales.

Garantizar la igualdad en la prestación de servicios que involucra el acceso a la titularidad de la tierra y los recursos naturales de los pueblos indígenas, de acuerdo con sus sistemas de tenencia tradicional (reconocer y proteger sus derechos de propiedad y uso de la tierra, evitar desalojos y desplazamientos forzados).

## **2.7. Tensiones del derecho indígena frente a los postulados del Constitucionalismo Andino.**



Se ha llegado hasta aquí para analizar ¿qué es lo que ha marcado esta marginación? ¿Qué los ha convertido en el sector más vulnerable? ¿Es tal vez la coexistencia de sistemas jurídicos?

En primer lugar, conviene recordar que el derecho de los pueblos indígenas sobre su territorio es un derecho originario que su reconocimiento se remonta a las disposiciones de las viejas Leyes de Indias,

Y que de acuerdo con Gómez (2019), las desigualdades y atropellos que aquejan a estas masas han buscado un objetivo final que es “la reparación por injusticias de carácter histórico” (p. 126). De ahí que para Castelnuovo, Castilla y Valverde (2019), la comunidad indígena se trate de un agente propio de la realidad política porque su lucha social ha dado como resultado el diseño de políticas públicas que -por lo menos en la región- han logrado disminuir la brecha social, con quien no comparto criterio, puesto que, como he dejado ver en párrafos anteriores hay grandes muestras de desigualdad y pobreza extrema en las comunidades indígenas en el Ecuador.

Así, la justicia indígena supone, para Luque, Ortega y Carretero (2019), un desafío legislativo en tanto que se trata de un país

multicultural frente al cual se requiere el establecimiento de principios doctrinarios de armonización de la justicia procurando que se valoricen equitativamente las prácticas ancestrales de las diversas culturas que conviven dentro de un mismo territorio.

El pluralismo jurídico o la existencia y reconocimiento de múltiples sistemas legales en un mismo territorio y sociedad, en el caso de los pueblos indígenas que se basan en costumbres ancestrales, tradiciones orales y sistemas de gobierno propios que difieren significativamente de las estructuras y principios legales del sistema estatal, pueden generar discriminación y marginación en estos colectivos humanos y su exclusión manifestada en la falta de reconocimiento y protección de los pueblos indígenas, la imposición de leyes y normas que no tienen en cuenta sus tradiciones y cosmovisión y la limitada participación de los indígenas en la toma de decisiones que les afectan.

Cuando se trata de coexistencia de sistemas legales en el marco del pluralismo jurídico, surgen tensiones debido a la falta de armonía y reconocimiento mutuo entre los sistemas.

La tensión principal radica en la supremacía sobre los sistemas jurídicos indígenas, en muchos países las leyes estatales no reconocen plenamente los derechos y autonomía de los pueblos indígenas, lo que lleva a la imposición de normas y procedimientos que no se alinean con las tradiciones y valores indígenas, esto puede resultar en la violación de los derechos culturales, territoriales y de autogobierno de los indígenas, así como la pérdida de su identidad y formas de vida.

Hago mío el pensamiento del jurista y sociólogo austriaco Eugen Ehrlich que en alguna ocasión leí en que señalaba que, la problemática radica en que los juristas están acostumbrados a reconocer solamente como derecho aquello que emana del Estado a través de la amenazadora coerción estatal, y lo que enseñamos en los salones de clases es que, una de las fuentes formales del derecho es la costumbre, el Estado ecuatoriano se concibe como multicultural, diverso y preceptúa una pluralidad jurídica.

En este mismo sentido, se considera preocupante el hecho de que no haya cupos obligatorios de representatividad de los pueblos y nacionalidades en los diferentes poderes del Estado y que, en concreto, no se haya valorado dicho cupo en un órgano tan relevante como la Corte

Constitucional, órgano común de las dos justicias. También es sumamente contradictorio que la propiedad de los recursos naturales no renovables sea del Estado sin importar que éstos se encuentren en territorios ancestrales, pueblos y nacionalidades o no. (Bolívar, 2020)

De la investigación que realizaron May Galilea Quiroga Salinas y Jorge Luis Canela López en su ensayo lo más relevante y que es necesario imitar es que, Estados Unidos dio incentivos para crear entidades bajo leyes federales para promover el autogobierno indígena y estos se organizaron bajo sus propias pautas, los Cherokee y los Chickasaw crearon sus autogobiernos en donde sus miembros son una mezcla de otras tribus como son los Choctaw, luego siguiendo esta línea en Canadá Sechelt, fueron reconocidos por el gobierno como una municipalidad en una provincia y otro es el caso Nisga'a, que como lo dice en el texto marcó el primer paso para la autodeterminación y la liberación de las comunidades indígenas (López M. G., 2022)

Analizando la cita anterior y el pensamiento de Kelsen que dice que no hay diferencia entre el Estado y el derecho, el estado soberano crea las normas de derecho, y el derecho es un sistema jerárquico compuesto por normas

promulgadas por un conjunto de instituciones centralizadas que deriva su validez de una norma fundamental, para Kelsen el derecho estatal excluye a cualquier otro sistema de normas que pretenda competirle.

Está claro que cualquier sistema pluralista, o cualquier marco jurídico no puede apartarse del Estado central (Madonado, s.f.). Cabe aquí señalar que en todos los casos de subordinación se ve una mala distribución de los recursos y un reconocimiento errado.

Una prueba más de ello se ve reflejada en la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador (20-12-IN20), en la que los representantes de las comunidades indígenas presentaron una acción pública de inconstitucionalidad en contra de varios artículos (del 1 al 8) del acuerdo No. 080 del Ministerio del Ambiente del 13 de mayo de 2010. Acuerdo que prohíbe mantener la posesión de la tierra indígena, vulnera el derecho constitucional de vivienda, alimentación, identidad cultural, propiedad ancestral, entre otros a 23 comunidades Kichwa.

## **Reflexiones finales**

En atención al objetivo propuesto y la pregunta de investigación, es posible concluir que

el derecho indígena supone la extensión no sólo argumentativa sino también aplicativa del Derecho en cuanto a ciencia, en tanto que supone la materialización jurídica de derechos ancestrales y, consecuentemente la descolonización de la misma con un enfoque cultural.

En este sentido, las implicaciones del derecho indígena a nivel jurídico se refieren a la adaptación paradigmática tanto a nivel constitucional como supraconstitucional a nuevos principios de libertad, respeto e igualdad desde la perspectiva de la inter y pluriculturalidad que no se limite al reconocimiento de derechos, sino que comprenda también el diseño y aplicación de políticas públicas que permitan su materialización.

A nivel sociocultural, por su parte, representa la reconstrucción del tejido social y la revalorización de la identidad cultural, por lo que su impacto es directo sobre la convivencia colectiva y la lucha por el reconocimiento de derechos; es decir, supone el punto de partida para que, desde la visión de los derechos colectivos de tercera generación, se lideren a nivel social nuevas reivindicaciones destinadas al cumplimiento de los fines sociales del Derecho.

## **Referencias Bibliográficas**

Acevedo, C. (2021). Inclusión de derechos indígenas en Chile: Arquetipo constituyente desde América Latina. *Polis Revista Latinoamericana*, 1–21.

Aguilar, V., & El Fakih, F. (2021). Del pluralismo jurídico en Venezuela y el desafío del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. *Dossiê*, 143–174.

Becker, A., & Álvez, A. (2020). La consulta indígena en Chile: ¿Derecho de participación o de libre determinación? *Estudios Sociales*, 89–111.

Bolívar, U. S. (2020). Pluralismo jurídico. *Revista de Derecho FORO*, 219.

Cangas, L., Iglesias, J., & Hernández, L. (2022). Papel de la enseñanza del derecho indígena en la formación de los futuros abogados. *Revista Universidad y Sociedad*, 555–565.

Casado, F. (2020). La influencia del Convenio 169 de la OIT en la justiciabilidad de los derechos indígenas a través de la jurisprudencia en los países del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 977–994.

Castelnuovo, N., Castilla, M., & Valverde, S. (2019). Movilización, derechos indígenas y antropología en colaboración. *Revista del Departamento de Ciencias Antropológicas, Filo:UBA*, 33–47.

Chirif, A. (2020). Derechos indígenas en el Perú: Transgresiones y contrabandos normativos. *Mester*, 115–130.

Cruz, E. (2019). El derecho indígena como impulsor del pluralismo jurídico en el derecho mexicano. *Diálogo Andino*, 131–142.

Faundes, J. (2018). Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: Un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, 51–78.

Faundes, J. (2019). El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: Un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: La justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 514–536.

Faundes, J. (2020). El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, configuración conforme el derecho internacional y perspectivas de su recepción en Chile. *Revista Ius et Praxis*, 77–100.

Garzón, P. (2019). Pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica: Repensando el derecho desde la colonialidad del poder. *IusInkari: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 329–346.

Gómez, F. (2019). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos



Indígenas: Un hito en el proceso de reconocimiento de los derechos indígenas. *Revista Española de Derecho Internacional*, 119–138.

Hidalgo, M., Jiménez, R., & Torres, B. (2021). Aplicación de los métodos PEST-DAFO para el diagnóstico de la situación actual de la justicia indígena en Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 209–218.

Hurley, S., Guerra, F., & Valdés, J. (2021). Negociando consentimiento y derechos indígenas: Geografías legales de la fragmentación en territorio Mapuche-Williche, Futawillimapu, Chile. *Journal of Latin American Geography*, 67–102.

Iglesias, M. (2021). Los pueblos indígenas y la protección del medioambiente: La indigenización del derecho internacional, derechos bioculturales y derechos de la naturaleza. *Cadernos de Derecho Actual*, 216–240.

Jacanamejoy, R. R. (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. *Aprendiendo y enseñando nuestros derechos*, 7.

Jiménez, H., Viteri, B., & Mosquera, M. (2021). La justicia indígena y la violación de los principios contemplados en la Constitución del Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 176–183.

Laguna, H., Méndez, C., Puetate, J., & Álvarez, M. (2020). Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina: Una visión crítica desde

la perspectiva del derecho comparado. *Revista Universidad y Sociedad*, 381–388.

Larrea Maldonado, C., Montenegro Torres, F., Greene López, N., & Cevallos Rueda, M. B. (2007). *Pueblos indígenas, desarrollo humano y discriminación en el Ecuador* (1ª ed.). Ediciones Abya-Yala.

López, F. (2020). La reforma constitucional en materia de derechos indígenas: Los discursos y los hechos. *Alegatos*, 225–234.

López, M. G. (2022). Autogobierno indígena en Norteamérica. *BLOCH*, 13.

Luque, A., Ortega, T., & Carretero, P. (2019). La justicia indígena en Ecuador: El caso de la comunidad de Tuntatacto. *Revista Prisma Social*, 1–19.

MacPherson, E. (2020). Derechos constitucionales, derechos humanos, derechos indígenas: El lado humano de los derechos de la naturaleza. En M. García (Ed.), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos* (pp. 77–117). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Madonado, D. B. (s.f.). Propiedad extra legal, monismo y pluralismo jurídico. Obtenido de [https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo\\_SELA\\_2008-Pluralismo-Juridico.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Articulo_SELA_2008-Pluralismo-Juridico.pdf)

Magallanes, J. (2019). Políticas públicas, agencia judicial y derechos indígenas: Aportes para

una comprensión de los conflictos territoriales en el sur mendocino (Argentina). *Revista TEFROS*, 124–149.

Montallván, D., & Wences, I. (2022). Hacia una interpretación descolonial del derecho al territorio de los pueblos indígenas en el derecho internacional de los derechos humanos: Más allá de la propiedad y la cartografía. *Revista Ius Et Praxis*, 61–84.

Olive, L. (2004). *Interculturalismo y justicia social*. México: UNAM.

Salas, R. (2019). Justicia contextual, derechos indígenas y empresas multinacionales en Ngulumapu (Chile). *Revista nuestraAmérica*, 315–336.

Sentencia No. 20-12-IN/20 (Corte Constitucional del Ecuador, 01 de julio de 2020).

Sieder, R. (2019). La antropología frente a los derechos humanos y los derechos indígenas. En *Los derechos humanos en las ciencias sociales* (pp. 191–219). México: UNAM.

Sierra, E. B. (2016). Instituciones educativas indígenas. *ReHuSo: Revista de Ciencias Humanísticas y Sociales*, 44.

Sierra, M., & Lemos, R. (2020). Neocolonialismo y justiciabilidad de los derechos indígenas. *Nouveaux défis du pluralisme juridique en Amérique latine*.

Viera, M. (2023). Derechos indígenas y políticas de salud pública en Brasil: ¿Responsabilidades sociales o "naniidad"? *Revista Electrônica de Administração*, 126–142.

## **La justicia ordinaria y las 100 reglas de Brasilia, en el caso de los usuarios pertenecientes a la población indígena**

Pedro Daniel León Estrada<sup>1</sup>

**Resumen:** Las Reglas de Brasilia se constituyen como el conjunto de 100 normativas (reglas) reconocidas por los principales sistemas judiciales iberoamericanos, estableciendo estándares fundamentales para asegurar el acceso a la justicia de ciudadanos y ciudadanas en situación de vulnerabilidad. Con relación al derecho de acceso a la justicia, los tribunales tienen el deber de asegurar que la justicia sea accesible para todos, priorizando especialmente a aquellos en situación de vulnerabilidad. Dentro del conjunto de poblaciones vulnerables se encuentran las comunidades indígenas, las cuales poseen identidades culturales únicas que tienen lazos ancestrales compartidos con la tierra y los recursos naturales en los que residen, ocupan o de los que han sido desplazados; con frecuencia, los pueblos

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Piura (Perú), ex juez de primera instancia del Poder Judicial del Perú, miembro de la comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Piura, conferencista nacional e internacional.

indígenas carecen de la debida legitimación de sus tierras, territorios y recursos naturales, y suelen ser relegados en la asignación de inversiones públicas para servicios esenciales e infraestructura, encarando numerosos desafíos para integrarse plenamente en la economía formal, acceder a la justicia y participar en procesos políticos y decisionales. El presente artículo busca enfocarse en esta población vulnerable, a efectos de evaluar los efectos de la implementación de las 100 reglas de Brasilia en el Poder Judicial Peruano, con el objetivo de determinar su eficacia.

**Palabras claves:** Derechos humanos, Poder Judicial, comunidades indígenas, justicia, vulnerabilidad.

### **Pisiyachisqa<sup>2</sup>**

Brasilia kamachiykunaqa 100 kamachiykuna (kamachiykuna) hina ruwasqa kanku, chaykunatan reqsinku hatun sistemas judiciales iberoamericanos nisqakuna, chaypin churanku normas fundamentales nisqakunata, chaywanmi llaqta runakuna justiciaman haykunankupaq, situaciones vulnerables nisqapi. Justicia nisqaman haykuy derechowan tupachisqaqa, tribunalkunan deberniyoy kanku, llapankupaq justicia nisqaman haykunanpaq, aswanta prioridadta qospa, situaciones vulnerables nisqapi kaqkunaman.

Chay conjunto de poblaciones vulnerables nisqa ukupim kachkanku comunidades indígenas

---

<sup>2</sup> Resumen en idioma Quechua, originario de Perú, y usado por gran porcentaje de las poblaciones indígenas.

nisqakuna, chaykunam identidad cultural nisqayuq kanku, chaykunam ancestral lazos nisqayuq kanku allpawan hinaspa recursos naturales nisqawan maypi yachasqanku, chaypi tiyasqanku utaq maymantam qarqusqa kasqanku; Pueblos indígenas nisqakunaqa sapa kufinmi mana allintachu legitimanku allpanku, territorionkuta, recursos naturales nisqakunatapas, chaymi askha kutipi relegasqa kanku inversiones públicas nisqakuna servicios esenciales nisqapaq, infraestructura nisqapaqapas, askha sasachakuykunawanmi tupanku, economía formal nisqaman hunt'asqata haykunankupaq, justicia nisqaman haykunankupaq, política nisqapi, decisión nisqapipas participanankupaq -ruray ruwaykuna.

Kay qillqasqaqa maskanmi kay mana allin qawasqa runakunata, chaynapi Brasilia suyupa 100 kamachikuyninkunata Poder Judicial Peruano nisqapi ruwakuyninpa ruwayninkunata chaninchanapaq, chaywanmi allinta yachakunman.

**Sapaq simikuna:** Runakunapak hayñikuna, Poder Judicial, indígena ayllukuna, justicia, vulnerabilidad.

## **Introducción**

La disponibilidad de una justicia de alta calidad en su expresión jurídica de derecho fundamental, referido a los elementos que permiten evaluar la capacidad para satisfacer las

necesidades de los usuarios del sistema judicial, tales como la resolución eficiente de disputas mediante la aplicación de la ley (motivación adecuada de las decisiones judiciales), resulta esencial en la estructura del nuevo sistema judicial, pero ello no basta toda vez que el acceso adecuado al servicio de justicia resulta una utopía para las comunidades consideradas vulnerables debido a una serie de obstáculos de naturaleza étnica, lingüística, económica, género, entre otras barreras.

En consecuencia, una de las responsabilidades del Estado moderno es garantizar a los ciudadanos una administración judicial adecuada, considerada un servicio público esencial para la convivencia en sociedad, no limitándose a la simple resolución de los conflictos legales planteados; también implica satisfacer ciertos estándares cualitativos, como rapidez, atención adecuada y comprensión del proceso judicial. La "accesibilidad" es una característica fundamental en la concepción de un servicio público de calidad, y esto se aplica particularmente a la administración de justicia. Pero los Estados deben observar con mayor atención a las denominadas poblaciones vulnerables, pues dichos colectivos humanos conservan características que son se convierten en obstáculos para un acceso eficaz al servicio de justicia, como es el caso de la población indígena que enfrenta barreras económicas, geográficas, de idioma, de etnicidad, entre otras.



Respecto a las poblaciones indígenas, se debe considerar que, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, los pueblos indígenas son reconocidos legalmente como descendientes de las poblaciones que habitaban el país antes de la colonización europea, lo que explica su situación actual de vulnerabilidad, desigualdad y discriminación. En consecuencia, los desafíos que enfrentan los ciudadanos indígenas son particularmente complejos debido a la coexistencia de dos sistemas legales distintos: el sistema judicial convencional y el sistema basado en las tradiciones y prácticas propias de las comunidades indígenas, pero la clave para aprovechar la riqueza inherente a ambos sistemas y lograr una colaboración mutuamente beneficiosa radica en reconocer y respetar la diversidad cultural, estableciendo así espacios de interacción intercultural significativas, y este objetivo forma parte de la esencia de las 100 reglas de Brasilia.

Por lo tanto, es importante un análisis jurídico del derecho de acceso a la justicia en relación con el derecho a la igualdad y la no discriminación, así como la accesibilidad como uno de los componentes del servicio público de administración de justicia, en referencia a los usuarios provenientes de comunidades o poblaciones indígenas. Lo que conlleva a concluir, que las Reglas de Brasilia resultan ser una garantía para reducir diversos tipos de obstáculos, tanto internos como externos, que dificultan el acceso a la justicia para personas en situación de

vulnerabilidad; toda vez que, estas reglas promueven la eficiencia del sistema legal y la mejora del bienestar y la prosperidad social, lo que representa una valiosa contribución a la cohesión social, la realización de metas individuales, así como al desarrollo pleno de sectores de la población que han sido generalmente marginados en nuestros países.

## **1. Nociones básicas de las 100 reglas de Brasilia**

Las 100 Reglas de Brasilia como reglas de referencia internacional surgieron durante la Cumbre Judicial Iberoamericana<sup>3</sup>, en el contexto de su XIV edición en el año 2008, con un enfoque central en mejorar el acceso a la justicia para individuos en situación de vulnerabilidad. Estas reglas reflejan las deliberaciones y esfuerzos de las principales redes iberoamericanas de profesionales

---

<sup>3</sup> La Cumbre Judicial Iberoamericana es una estructura de cooperación, concertación e intercambio de experiencias, que se articula a través de las máximas instancias de los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana, actualmente esta integrada por Cortes Supremas, Tribunales Nacionales y Consejos de Judicatura de 23 países (incluido Perú); dicha cumbre es el resultado de la fusión o convergencia, a partir del mes de junio del año 2004, de las siguientes estructuras: la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y el Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura. Esta fusión se operó a partir de las trascendentales declaraciones de Copán-San Salvador, en las que los Presidentes y Presidentas tomaron el acuerdo de formar una sola estructura en la que se residenciaría la voz unificada de las máximas instancias de los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana.

y funcionarios del sistema judicial, como la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de Ombudsmen y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Están fundamentadas en los principios establecidos en la "Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano", promulgada en Cancún en 2002, particularmente en la sección que aborda el concepto de "Una justicia que protege a los más débiles".

Asimismo, dichas reglas establecen una obligación estatal de que cada sistema judicial debe ser diseñado o en proceso de ser diseñado, como un medio efectivo para salvaguardar los derechos de individuos en situaciones vulnerables, considerando que el reconocimiento formal de un derecho por parte del Estado carece de utilidad o incluso se vuelve nulo si la persona afectada no puede acceder de manera efectiva al sistema judicial para hacer valer dicho derecho. Aunque, se debe tener en cuenta que la efectividad de los derechos, especialmente los sociales, económicos y culturales, es un problema generalizado que afecta a todos los ciudadanos, las dificultades son aún mayores para aquellos en condiciones de vulnerabilidad; siendo este análisis el principal motor detrás de las 100 Reglas de Brasilia, y define su objetivo principal dentro de los verbos superar, eliminar o reducir las limitaciones en el acceso a la justicia para personas vulnerables.

Para lograr lo señalado en el párrafo anterior, se debe entender que dichas reglas no solo se enfoca a identificar los problemas en el acceso a la justicia para estas personas, sino que también proponen recomendaciones tanto para entidades gubernamentales como para los profesionales que trabajan en el sistema judicial, siendo que estas recomendaciones van desde políticas públicas hasta cambios en actitudes y procedimientos, con el fin de asegurar que todos los actores del sistema judicial, tanto públicos como privados, contribuyan a garantizar el acceso a la justicia. En consecuencia; estas reglas marcan un hito importante en los esfuerzos por mejorar el acceso a la justicia en la región iberoamericana siendo sus aspectos más claves los siguientes:

- a)** Enfoque en la vulnerabilidad: Las reglas se centran en las personas en situación de vulnerabilidad, reconociendo los desafíos adicionales que enfrentan para acceder a la justicia y hacer valer sus derechos. Esto abarca a grupos como mujeres, niños, personas con discapacidades, migrantes, indígenas y otros grupos marginados.
- b)** Amplio alcance: Las reglas abordan una amplia gama de temas relacionados con el acceso a la justicia, desde el acceso a la información legal y la asistencia legal gratuita hasta la protección de los derechos de las víctimas y el fortalecimiento de la capacidad de los profesionales del derecho.

- c)** Colaboración multinacional: Las reglas surgieron de un esfuerzo colaborativo que involucró a diversas redes y organizaciones relacionadas con el sistema judicial en la región iberoamericana, garantizando así una perspectiva amplia y diversa en su desarrollo.
- d)** Marco para la acción: Más que un documento teórico, las reglas ofrecen un marco práctico para la acción, brindando orientación específica sobre cómo los países pueden mejorar sus sistemas judiciales para garantizar un acceso más equitativo y efectivo a la justicia.
- e)** Adaptabilidad: Aunque inicialmente concebidas para la región iberoamericana, muchos de los principios y recomendaciones de las reglas son relevantes y pueden adaptarse a otras regiones del mundo que enfrentan desafíos similares en términos de acceso a la justicia.

En resumen, las 100 Reglas de Brasilia representan un recurso valioso que ofrece un marco completo para abordar los obstáculos en el acceso a la justicia, con un enfoque particular en las personas en situación de vulnerabilidad. Su implementación efectiva tiene el potencial de mejorar significativamente la protección de los derechos humanos y la igualdad ante la ley no solo en la región iberoamericana, sino también en otros contextos a nivel mundial.

Por lo que acorde a la esencia de las 100 Reglas de Brasilia, es necesario tener en cuenta las siguientes variables de acción, que resaltan sobre las demás nociones que proponen estas normas (Tello Giraldi y Calderón Puertas, 2019, pp. 45-48):

- a)** Es necesario priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas, pues la concurrencia de varios factores de vulnerabilidad, se debe generar una mayor protección para que dichos sectores vulnerables puedan ejercer sus derechos, pues a medida que estos son protegidos y efectivizados, disminuye o varía la vulnerabilidad.
- b)** Adoptar las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, implica una correcta tutela jurisdiccional efectiva, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Es decir, cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia, pues estos conceptos conciben la celeridad del proceso como uno de sus principios elementales para la eficacia y seguridad de la justicia.

- c)** Se constituye como obligación el impulsar las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte apropiado, tanto antes del inicio del proceso como durante su tramitación. La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que impliquen la resolución del conflicto por un tribunal, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia.
- d)** Asimismo, procurar que la persona vulnerable espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial. Los actos judiciales deben celebrarse puntualmente, es decir establecer protocolos no complejos que no generen dilaciones innecesarias en la meta de obtener justicia a través de una resolución final.
- e)** Evitar comparecencias innecesarias, de tal manera que solamente se deberá comparecer cuando resulte estrictamente necesario conforme a la normativa jurídica. Se procurará, asimismo, la concentración en el mismo día de la práctica de las diversas actuaciones en las que deba participar el adolescente.
- f)** Resulta relevante garantizar la asistencia técnico-jurídica, ya sea a través de las defensorías públicas o la creación de

mecanismos de asistencia letrada, tales como consultoría jurídica con la participación de las universidades, casa de justicia, intervención de colegios o barras de abogados. Esta asistencia debe ser especializada y gratuita, en razón de que la defensa técnica o jurídica es una garantía esencial, integrante no solo del debido proceso legal sino para el efectivo acceso a la justicia, y para comunidades indígenas implica que tengan nociones del idioma o dialecto en que se comunican, así como de su cosmovisión.

- g)** La especialización de los profesionales operadores y servidores del sistema judicial es fundamental, no solamente para el conocimiento de los derechos especiales de los adolescentes, sino también para la sensibilización con respecto a los problemas particulares que se presentan en relación con ellos y sus necesidades.
- h)** Es necesaria la conformación de equipos multidisciplinarios en el sistema judicial, actuación de equipos interdisciplinarios, conformados por profesionales en psicología, trabajo social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia del adolescente y para afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración de la vista judicial.



- i) La proximidad obliga a promover la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

En el caso del Perú, la implementación de estas reglas se dio mediante la Resolución Administrativa N° 037-2011-CE-PJ, del 26 de enero de 2011, oficializando de este modo el Programa Nacional de Justicia en tu Comunidad, con el objetivo de difundir el ejercicio de derechos fundamentales a nivel nacional. Posteriormente, con la Resolución Administrativa N° 316-2015-CE-PJ, del 14 de octubre de 2015, se constituyó el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables, para realizar las acciones necesarias de elaboración, ejecución y monitoreo del Plan Nacional de Acceso a la Justicia de las Personas Vulnerables. Seguidamente, como política de gestión, el Consejo Ejecutivo fusionó ambos programas y creó formalmente el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad<sup>4</sup>, a fin de lograr un mejor desarrollo y cumplimiento de las

---

<sup>4</sup> Esto mediante Resolución Administrativa N.º 028-2016-CE-PJ, de fecha 3 de febrero de 2016.

obligaciones adquiridas por las Reglas de Brasilia y la Carta de los Derechos de las Personas.

Dichas políticas públicas han permitido que existan una serie de juzgados itinerantes, es decir órganos jurisdiccionales del Poder Judicial que atienden en las tierras o territorio de las comunidades indígenas o nativas 01 o 02 días cada semana o cada mitad de mes, con el objetivo de acercar dicho servicio de justicia, incluso el mismo juez se moviliza a dichos territorios con un equipo de servidores para desarrollar procesos express (que se desarrollan en plazos incluso de horas), pero respetando las mínimas reglas del debido proceso, y propiciando la conciliación entre las partes. De este modo, coadyuvan a la participación de la población indígena en el sistema de justicia, al cual no suelen acceder principalmente por motivos de económica, distancias geográficas y culturales.

## **2. El acceso a la justicia como derecho fundamental**

El derecho es discurso y práctica social y no pura normatividad. No hay un mundo de valores inmutables, eternos y universales que definen cuándo una norma es jurídica ni una relación de derivación de una norma a otra que asegure su validez. La legitimidad no es idéntica a la validez, pero tampoco es la realización inevitable de un modelo axiológico ajeno al mundo social y político en el que se presenta. El discurso jurídico se construye en un entretrejo de discursos sociales diversos, aludidos y eludidos en cada tramo de esa

construcción – y no por azar-. El derecho no deviene ni de la pura razón, ni de dios. Es de la cultura, que es contingente y cambiante, es opaco, las ficciones lo atraviesan y su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades, relaciones, sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo, que “naturaliza” y declara verdaderos sólo aquellos que incluye en su texto bajo determinadas formas. El derecho tiene un vínculo con el poder y con la violencia (sobre todo con esta última) inescindible y necesariamente oculto. Y por fin hay historia en el derecho y el derecho moderno lleva las marcas del tiempo en que surgió y también metaboliza, modificándolas, las herencias recibidas, con lo cual desmiente toda lectura instrumentalista de su estructura<sup>5</sup>.

Este discurso no solo concibe al derecho como una respuesta desde la investigación y el razonamiento lógico y/o axiológico, como un ente abstracto que incluso los mismos abogados y operadores de justicia no logran entender en su totalidad; sino que se requiere la exteriorización de dicho discurso jurídico en problemas propios y reales de la comunidad en general, es decir que el acceso a la justicia no solo descansa en la dimensión subjetiva que posee como derecho fundamental, sino que establezca la practicidad del mismo, permitiendo que se perciba como un bien alcanzable, y si lograr ello en poblaciones con

---

<sup>5</sup> Defensoría General de la Nación (2008), “Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires – Argentina, p. 10

índices mínimos de vulnerabilidad es difícil, entonces la tarea del Estado para lograr esta percepción del acceso a la justicia se vuelve más complicada en las poblaciones consideradas vulnerables, entre estas los pueblos indígenas o nativos.

Bajo estas líneas básicas, se concibe este servicio de acceso a la justicia como un derecho fundamental, sin embargo, su origen no se dio en un contexto democrático, pues la historia señala que el antecedente del derecho mencionado se generó en una monarquía donde la democracia sólo era una utopía de igualdad, precisamente es la siguiente frase a la que hago alusión:

*[T]he Justices [...] shall assign to the same poor person or persons*

*counsel, [...] which shall give their counsel, nothing taking for the*

*same; [...] and likewise the Justices shall appoint attorney and attorneys*

*for the same poor person or persons [...]*

*Enrique VII, c. 12 (1495)*

*An Act to Admit Such Person as Are Poor to Sue in Forma Pauperis<sup>6</sup>*

---

<sup>6</sup> Birgin, Haydee & Gherardi, Natalia (2011), "La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes Empíricos y Conceptuales". Suprema Corte de la Nación, Buenos Aires – Argentina, p. 09

El contexto que enmarca la frase mencionada se dio en el año 1495 bajo el reinado de Enrique VII, y en el cual el Parlamento de Inglaterra aprobó una ley especial para garantizar a las personas indigentes el derecho a asistencia jurídica gratuita en los procesos civiles ante los tribunales del Common Law. En los siglos que siguieron, los mecanismos para asegurar el acceso a la defensa de los derechos fueron perfeccionándose en algunas jurisdicciones ante la creciente conciencia de las limitaciones inherentes a un amplio reconocimiento de derechos carentes de instrumentos que permitan su goce efectivo<sup>7</sup>.

Garth señala que es difícil ser muy preciso respecto al significado de acceso a la justicia, teniendo en cuenta que el acceso puede ser definido de muchas formas, desde la accesibilidad formal a una determinada institución, o la accesibilidad subsidiada, hasta las estrategias proactivas para promover el acceso a individuos o grupos que, de otro modo, no actuarían para lograr la eficacia de sus derechos. La justicia es también un concepto inestable, ya que las nociones de justicia cambian según el tiempo y el lugar. Sería más preciso, por ejemplo, referirse a acceso a abogados, a cortes, o a medio de resolución de controversias (Garth, 1994, p. 21).

Según la Doctora Carolina Ayvar Roldán (2014), el acceso a la justicia comprende dos dimensiones: una judicial, que se refiere a la

---

<sup>7</sup> Birgin, Haydée Y Gherardi, Natalia. *Ibid.*, p. 10

capacidad de participar en un proceso judicial, y otra pública, que aborda las garantías previas al proceso destinadas a facilitar el acceso a la justicia. Ambas dimensiones se complementan entre sí. En relación con las políticas públicas, esta dimensión del acceso a la justicia se considera anterior al proceso legal e implica el deber del Estado de establecer garantías mínimas para que todas las personas tengan la oportunidad de acceder a la justicia, incluso antes de verse involucradas en un conflicto. Estas políticas deben buscar nivelar el campo de juego para los grupos más vulnerables de la sociedad, permitiéndoles ejercer sus derechos de la misma manera que el resto de la población, y eliminando cualquier obstáculo que pueda impedir que estos derechos se hagan efectivos, considerando siempre la vulnerabilidad de la cual adolecen.

Asimismo, el informe de la Organización de Estados Americanos - OEA concibe el acceso a la justicia como un derecho, pero también, como un indicador de ciudadanía efectiva, y, como tal, un elemento central de la gobernabilidad democrática y de la legitimidad de los gobiernos. Bajo este enfoque integral, el acceso a la justicia incluye el concepto tradicional del derecho que tiene toda persona a alegar la tutela judicial efectiva, así como la capacidad de contar con mecanismos alternativos de solución de conflictos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Organización de Estados Americanos – OEA (2007) "Acceso a la Justicia: Llave para la gobernabilidad democrática. Informe Final del

En el mismo orden de ideas el informe de la OEA adopta una definición de acceso a la justicia de carácter amplio pues debe entenderse como el:

*"... derecho de las personas, sin distinción de sexo, raza, edad, identidad sexual, ideología política o creencias religiosas, a obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas por medio de toda clase de mecanismo eficaz que permita solucionar un conflicto."*

Analizando lo señalado por la OEA, se podría concluir que el informe establece que el acceso a la justicia, en su sentido más amplio, no se limita únicamente al derecho a una tutela judicial efectiva como se ha entendido tradicionalmente; no obstante abarca otras formas de resolver conflictos que son alternativas y complementarias a los sistemas judiciales, como la justicia indígena o los mecanismos alternativos de resolución de disputas, es por ello que resulta relevante entender a la población indígena en su aspecto cultural que cuentan con un sistema de justicia implementado por siglos, lo cual dificulta en gran manera su interés o voluntad de querer acceder a la resolución de sus conflictos mediante la justicia ordinaria.

Por otro lado, existe el enfoque comprensivo del acceso a la justicia, inicialmente promovido por el PNUD, pero adoptado posteriormente por

---

Proyecto "Lineamientos y Buenas Practicas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas". Washington, p.25

diversas organizaciones de la sociedad civil enfocadas en la reforma judicial, especialmente en América Latina. Esta perspectiva considera el acceso a la justicia como una herramienta para cambiar las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la subordinación de grupos como mujeres, personas encarceladas, indígenas, inmigrantes, personas con discapacidades, niños, ancianos, personas de bajos recursos económicos, entre otros factores limitativos<sup>9</sup>.

De esta manera, este enfoque integral del derecho al acceso a la justicia comprende, por un lado, el concepto "tradicional" del derecho de toda persona de "hacer valer sus derechos o resolver sus disputas bajo el auspicio del Estado" a través del acceso a tribunales "independientes e imparciales" y con las garantías del debido proceso, de conformidad con los artículos 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otro lado, desde esta perspectiva, los mecanismos comunitarios o indígenas, los Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC), los tribunales administrativos o instancias estatales como la Defensoría del Pueblo, también pueden ser idóneos para satisfacer la demanda de acceso a la justicia de los ciudadanos y ciudadanas y, por ende, acceso a la justicia no

---

<sup>9</sup> La Rosa Calle, Javier (2007) "El Acceso a la Justicia como condición para una reforma judicial en serio". En Revista Derecho PUCP N° 62. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima - Perú, p. 116



será sinónimo -necesariamente de tutela judicial efectiva<sup>10</sup>.

En el ámbito jurisprudencial, existen una diversidad de conceptos ensayados por diversos órganos jurisdiccionales en el mundo, de los cuales 02 referentes resultan interesantes, uno de estos es el concepto ensayado por el Tribunal Constitucional Español, que señala lo siguiente:

*“... La tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, “efectiva”, y la medida en lo que sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del Poder Judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demande<sup>11</sup> ...”*

En la misma línea coherente se ha ceñido la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que afirmo:

*“... corresponde al amparo garantizar el acceso a tal jurisdicción (la ordinaria) y, en consecuencia, dejar sin efecto los actos que contravengan dicha garantía, pues compete a ésta la protección efectiva de los*

---

<sup>10</sup> Organización de Estados Americanos – OEA – Acceso a la Justicia: Llave para la gobernabilidad democrática. Ibid. Pag. 26

<sup>11</sup> Extraído del fundamento jurídico 3, de la STC 238/1992: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2125>

*derechos fundamentales y la defensa del orden constitucional.<sup>12</sup>*"

### **3. Protección de la población indígena mediante las 100 reglas de Brasilia**

Cuando se hace referencia a la comunidad indígena o nativa, resulta inevitable el no relacionar dicha temática con el pluralismo jurídico, el mismo que se ha de entender como la posibilidad de que coexistan, en un mismo ente territorial (contexto espacio-temporal), distintos enunciados normativos y con estos, una pluralidad de sistemas jurídicos; es decir, enunciados legales adecuados o correspondientes a un mundo real-hecho. En consecuencia, con esto, el Pluralismo Jurídico según Vladimir Llano intenta pensar el Derecho desde una postura más comprensiva y por lo tanto, afirma que este (Llano Franco, 2012).

*"Se encuentra soportado desde la teoría del derecho en las corrientes, enfoques, movimientos y teorías críticas que como viene exponiéndose tienen amplias reflexiones epistemológicas sobre el derecho como ciencia jurídica y su relación con la realidad social, por medio de puentes como lo interdisciplinario que surge de especialidades como la teoría del derecho,*

---

<sup>12</sup> Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1992) "Repertorio de jurisprudencia constitucional 1986 – 1991. Doctrinas y principios constitucionales". Ciudad de Guatemala - Guatemala, p. 207

*la filosofía del derecho, la sociología y la antropología jurídica, aclarando de antemano que los estudios de carácter crítico logran el diálogo entre lo epistemológico y lo ontológico con la pretensión de que el derecho sea más acorde a las exigencias de los tiempos contemporáneos."*

Griffiths, afirma lo siguiente: "Un sistema jurídicos es "pluralista" cuando el soberano establece regímenes jurídicos distintos para grupos diferentes de la población, por ejemplo, la Constitución Política del Perú reconoce la diversidad cultural así como una pluralidad de sistemas de justicia, entre estos la justicia indígena, e incluso se ha legislado al respecto emitiendo la Ley de Comunidades Campesinas, así como la Ley de Comunidades Nativas, reconociendo de este modo el autogobierno y auto legislación de dichas comunidades, generando la conclusión de estas comunidades con el reconocimiento pleno del pluralismo jurídico<sup>13</sup>."

En ese sentido, la situación de las comunidades indígenas es sumamente compleja; su principal anhelo es que tanto el Estado como la sociedad en general reconozcan y respeten su rica diversidad cultural. A lo largo de la historia, han luchado incansablemente por el reconocimiento de su singularidad, buscando que el sistema acepte

---

<sup>13</sup> Griffiths, Jhon (2007), "¿Qué es el pluralismo jurídico? Pluralismo Jurídico", Editorial Siglo del hombre, Bogotá – Colombia, p. 76

y respete sus tradiciones y prácticas como legítimas y auténticas, incluida su forma de organizarse y gobernarse de acuerdo a pautas ancestrales. Sin embargo, también requieren del Estado la implementación de programas que fomenten su desarrollo y les garanticen acceso a derechos y servicios públicos, siempre considerando su realidad y costumbres para no menoscabar su estructura social y cultural. Es crucial que se respete el derecho de estas comunidades a preservar su vida cultural propia, practicar su religión y utilizar su lengua indígena, entre los derechos que se reconocen especialmente a los pueblos indígenas por parte del Convenio 169<sup>14</sup> de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, están los siguientes:

- a) Gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación.
- b) Salvaguardar sus costumbres, instituciones y cultura propias, sus bienes, el trabajo y el medio ambiente que habitan.
- c) Derecho a la posesión y propiedad de tierras y territorios que tradicionalmente ocupan, por la importancia y valor que se les atribuye como parte inherente a su existencia misma, su cultura y sentido de pertenencia colectiva.
- d) Conservar su derecho consuetudinario, inclusive los métodos a los que recurren

---

<sup>14</sup> Extraído del enlace: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)

tradicionalmente para la represión de delitos cometidos por sus miembros, en la medida que sean compatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos reconocidos universalmente.

- e) Derecho a comprender y hacerse comprender en procedimientos legales en su idioma a través de un traductor o intérprete.

Una parte de los derechos de las comunidades indígenas se relaciona con su acceso a la justicia, lo que implica que los diferentes órganos que componen el sistema judicial tienen la responsabilidad de garantizar el respeto de estos derechos desde una perspectiva intercultural, generando la obligación de aplicar el "control de convencionalidad" por parte de los "actores de primer contacto", tales como los operadores de justicia, órganos auxiliares (policía, y equipos multidisciplinarios) u otras entidades públicas encargadas de brindar servicios comunitarios, incluyendo la Defensa Pública, y la Fiscalía. En otras palabras, implica la aplicación de los tratados de derechos humanos como parte del derecho interno de manera automática y la integración del derecho indígena, junto con protocolos de actuación policial, fiscal y judicial, como una guía para mejorar la coordinación de la aplicación del derecho en cada caso específico siempre observando y comprendiendo la cosmovisión de estas comunidades indígenas respecto al ideal de justicia.

Las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de los Grupos en Condición de Vulnerabilidad han establecido una diversidad de pautas sobre políticas públicas judiciales para promover y formalizar el enfoque de acceso a la justicia indígena como una garantía de acción afirmativa. Esto implica la implementación de medidas positivas para asegurar un acceso diferenciado a la justicia, brindando así a personas y grupos que han sufrido discriminación histórica o han sido invisibilizados, mayores oportunidades de acceso real y calidad en las decisiones que les conciernen; muestra de ello es la regla 9 de dicho protocolo, que a la letra establece lo siguiente:

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

*culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propias de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal<sup>15</sup>."*

Un enfoque arraigado en estas reglas es el de los Derechos Humanos, a efectos de garantizar la atención especial ante la vulnerabilidad de la población indígena o nativa, el cual se ve concretado en el sistema judicial a través de la convencionalidad, la misma que según sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CDIH) no sólo es aplicable a las autoridades judiciales sino también a las autoridades administrativas; en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado, recalcando el deber de aplicar la compatibilidad de la convencionalidad en sus actos administrativos y judiciales de atención y acceso a la justicia ordinaria, en ese sentido se tienen las siguientes sentencias más relevantes:

**a) Caso Pueblo Indígena Xucuru Vs. Brasil:<sup>16</sup>**

---

<sup>15</sup> Extraído del siguiente enlace:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

<sup>16</sup> Caso 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](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf)

Caso referido a la 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 20º 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.

El fundamento más 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 tierra<sup>17</sup>.*

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 sólo en los actos judiciales y legislativos de un Estado sino también en los procedimientos administrativos que tengan que ver con asuntos tribales o indígenas, lo cual se irradia a los actos administrativos conducentes a la atención de dichas comunidades previo al inicio de un proceso judicial.

---

<sup>17</sup> Caso Pueblo Indígena Xucuru Vs. Brasil (Ídem).

**b) Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala:<sup>18</sup>**

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 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

---

<sup>18</sup> 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](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_328_esp.pdf)

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 trate 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 fácticos y legales que impidan dotar de estas características especiales a estas investigaciones, a efectos de lograr encontrar la verdad, como fundamento principal.

Cuando una persona indígena participa en un proceso judicial, las disparidades estructurales se vuelven evidentes, ya que se ven inmersas en un entorno formal donde el lenguaje puede ser no sólo desconocido, sino también especialmente complejo. Estos espacios institucionales pueden resultar intimidantes debido a su asociación con una justicia formal y distante. Es por ello que las 100 reglas de Brasilia buscan no solo entender que la brecha entre la persona indígena y el entorno judicial se amplía debido a la falta de reconocimiento, por parte del sistema judicial, de las diferencias estructurales entre ellos y otros usuarios del sistema legal ordinario, sino que busca garantizar un derecho fundamental como es el acceso a la justicia a través de estas 100 Reglas de Brasilia.

Las nacionalidades o pueblos indígenas deben beneficiarse de la formulación, aplicación y consolidación de políticas públicas que aseguren su acceso a la justicia con un enfoque cultural y jurídico adaptado a sus necesidades específicas, y acorde a las 100 Reglas de Brasilia, los servidores y operadores del sistema de justicia deben brindar a

las personas indígenas un trato adecuado a sus circunstancias particulares; en consecuencia, se debe priorizar acciones que faciliten el acceso a la justicia de aquellos individuos que enfrenten una mayor vulnerabilidad, ya sea debido a múltiples causas concurrentes o a la alta incidencia de una sola causa, esto se encuentra inspirado en lo que señala la regla 2 de estas reglas.

Finalmente, cabe resaltar que las 100 Reglas de Brasilia respecto a las comunidades indígena, tienen un eje central pedagógico para ser una fuente para generar políticas públicas de acceso a la justicia por parte de poblaciones vulnerables como las comunidades indígenas o nativas, un referente modelo de estas políticas públicas es el denominado Protocolo de actuación de justicia intercultural del Estado de Oaxaca<sup>19</sup> (México), el mismo que se basa en los siguientes principios:

**a)** Principio de acceso a la justicia diferenciada: en sentido amplio, es el derecho de todas las personas para que, sin ningún tipo de distinción, puedan solicitar a todo tipo de autoridad pública, el reconocimiento de algún derecho o la decisión de algún conflicto en que se encuentre involucrada, cuya resolución sea, además de justa y equitativa, dictada de manera pronta, cumplida y eficaz. En sentido estricto, el acceso a la justicia se entiende en referencia a la justicia intercultural, de manera

---

<sup>19</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2014), "Protocolo de actuación de justicia intercultural", IDH, Oaxaca – México, pp. 69 – 70.

que los actos y decisiones de todas las autoridades involucradas (no sólo las de carácter judicial) resuelvan las demandas, peticiones y conflictos indígenas conforme a una visión integrada del derecho aplicable con pertinencia intercultural.

**b)** Principio de derecho de defensa: resulta ser una garantía fundamental e irrenunciable que asiste a todas las personas inmersas en algún tipo de conflicto legal, para que su causa sea analizada, investigada y resuelta conforme a los estándares del debido proceso legal. En materia penal, debe existir defensa letrada gratuita para personas en situación de pobreza o exclusión por medio de la Defensa Pública. Para otros asuntos no penales, se debe proveer defensa social gratuita a personas indígenas.

**c)** Principio pro persona humana (principio pro homine): implica aplicar la norma más favorable a favor de la persona usuaria de la justicia diferenciada, independientemente de su origen o jerarquía.

**d)** Principio pro pueblo indígena: comprende la aplicación de la norma que más favorezca los derechos de las personas o comunidades indígenas.

**e)** Principio de no discriminación: incluye tratar a las personas usuarias indígenas en términos de igualdad cuando ello no represente una

desventaja por su particular condición de vulnerabilidad.

**f)** Principio de equidad jurídica: se deben aplicar criterios de justicia equitativa a favor de la persona indígena cuando ello se justifique debido a su particular condición de vulnerabilidad, desventaja, exclusión o discriminación.

**g)** Principio de acción afirmativa: asimismo, la aplicación es en base con el principio de equidad, normas o decisiones que brinden mayores ventajas o derechos a las personas indígenas en razón de su condición de vulnerabilidad especial.

**h)** Trato con respeto a la diferencia cultural: existe la obligación del funcionariado de conocer y respetar diferencias culturales de las personas indígenas al momento de establecer cualquier tipo de contacto, trato o diligencia, en el marco de su competencia.

**i)** No revictimización: se busca evitar cualquier tratamiento institucional, personal o actitudinal que revictimice, discrimine, humille o afecte la dignidad de las personas usuarias indígenas al momento de acceder a cualquier instancia de acceso a la justicia.

**j)** Protección a la identidad e integridad de grupo: se debe tomar en consideración que detrás de cada caso o situación de conflicto a



resolver en que se involucre una persona indígena, puede haber derechos colectivos, sociales y culturales que se identifican o afectan la identidad e integridad de las comunidades indígenas a las que pertenecen.

**k)** Principio a ser informado de manera adecuada: es derecho y obligación del funcionariado de informar de manera adecuada a las personas usuarias indígenas sobre los alcances de su involucramiento en alguna causa, juicio, proceso o diligencia judicial, y brindar la debida orientación en el idioma y en lenguaje sencillo y entendible.

#### **4. Experiencia del Poder Judicial peruano al respecto**

Conforme al compromiso asumido por el Poder Judicial del Perú respecto a las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad", y considerando el contexto particular del sistema judicial del Perú, en el sentido de su pluriculturalidad, diferencias socio económicas, discriminación por razones de género, elevados índices de violencia familiar, por lo que se han venido dictándose disposiciones administrativas de carácter interno destinadas a implementar las 100 Reglas de Brasilia, entre estos la

Resolución Administrativa N° 028-2016-CE-PJ<sup>20</sup>, que aprueba el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y Justicia en tu Comunidad, que busca promover el efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, incluyendo las comunidades indígenas o nativas, en todas las Cortes Superiores de Justicia del país, a través de una estructura organizacional que permita ejecutar y monitorear la eficacia de las 100 Reglas de Brasilia en forma articulada, fusionando el Programa Nacional de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables y el Programa "Justicia en tu Comunidad".

Asimismo, la Resolución Administrativa N° 090-2016-CE-PJ<sup>21</sup> aprueba el Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad del Poder Judicial período 2016-2021, cuyo objetivo general fue la promoción del efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, mediante la implementación de las 100 Reglas de Brasilia de manera coordinada intra e interinstitucional, fomentando el acceso a la justicia de las mujeres discriminadas y víctimas de violencia basada en género, de manera eficaz y oportuna, propiciando la eliminación de las barreras que limitan su acceso.

---

<sup>20</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 05 de febrero del 2016, páginas 577230-577231.

<sup>21</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 12 de abril del 2016, página 582966.

Dados los elevados índices de población rural en condiciones de pobreza y con escaso margen de acceso a la justicia ordinaria, limitada a su justicia comunal (nativa) y, excepcionalmente, a una justicia de paz que materialmente no forma parte del sistema, el Poder Judicial peruano ha venido realizando, aún con anterioridad a la adopción del acuerdo contenido en las tantas veces citadas "100 Reglas de Brasilia", con el fin de conseguir una justicia inclusiva y sensible a las necesidades de dicha población vulnerable, emitiéndose las siguientes disposiciones normativas:

- a) Resolución Administrativa N° 499-2012-P-PJ<sup>22</sup>, que aprobó la Hoja de Ruta de la Justicia Intercultural.
- b) Resolución Administrativa N° 227-2012-CE-PJ<sup>23</sup> que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el cual se amplían las funciones de la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz y Justicia Indígena.
- c) Resolución Administrativa N° 202-2011-P-PJ<sup>24</sup> y 121-2013-P-PJ, mediante las cuales se creó y reconfirmó la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz la que elaboró, entre otros, dos anteproyectos legislativos, uno sobre Justicia de Paz,

---

<sup>22</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 22/12/2012, páginas 481764-481765.

<sup>23</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 14/12/2012, páginas 480882-480889.

<sup>24</sup> Extraído del enlace: [www.pj.gob.pe](http://www.pj.gob.pe) .

promulgado como Ley N° 29824, en enero del año 2012, y el otro sobre Coordinación y Armonización Intercultural de la Justicia.

- d) Resolución Administrativa N° 417-2010-CE-PP<sup>25</sup>, en la que se dispuso que la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz (ONAJUP), en adición a sus funciones proceda a realizar las coordinaciones respectivas entre la jurisdicción estatal, comunal y ronderil, de acuerdo a las recomendaciones de los dos primeros Congresos de Justicia Intercultural realizados en las provincias de La Merced y Cajamarca.
- e) Resolución Administrativa N° 266-2010-CE-PJ<sup>26</sup> mediante la cual el Consejo Ejecutivo dispuso la adhesión del Poder Judicial a las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad", entre cuyos destinatarios se cuentan a las personas integrantes de las comunidades indígenas y nativas.
- f) Acuerdo Plenario I-2009/CJ-116<sup>27</sup> en el que se reconocieron formalmente las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas.

---

<sup>25</sup> Extraído del enlace: [historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cepj/documentos/RA\\_417-2010-CE-PJ.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cepj/documentos/RA_417-2010-CE-PJ.pdf)

<sup>26</sup> Extraído del enlace: [www.onajup.gob.pe/wp.../08/Resolucion\\_Administrativa\\_Ño\\_266-2010-CE-PJ.pdf](http://www.onajup.gob.pe/wp.../08/Resolucion_Administrativa_Ño_266-2010-CE-PJ.pdf)

<sup>27</sup> Extraído del enlace: [historico.pj.gob.pe/transparencia/cóntenido.asp?caso=2&código=227.226](http://historico.pj.gob.pe/transparencia/cóntenido.asp?caso=2&código=227.226)

Asimismo, mediante Resolución Administrativa N° 217-2015-P-PJ<sup>28</sup> se designó a la Coordinación Nacional del Programa "Justicia en tu Comunidad" del Poder Judicial como responsable de la ejecución y monitoreo de la eficacia de las 100 Reglas de Brasilia, con asistencia de las Comisiones Distritales del Programa "Justicia en tu Comunidad" y la Gerencia General del Poder Judicial. Ello como consecuencia de que a través de la Resolución Administrativa N.º 037-2011-CE-PJ se institucionalizó el Programa "Justicia en tu Comunidad" a fin de realizar una tarea de prevención de delitos, difusión de valores democráticos y promoción de derechos fundamentales así como de los mecanismos de su protección para favorecer el acceso a la justicia de los diversos grupos poblacionales, particularmente los vulnerables como mujeres, niños en zonas urbano-marginales, rurales y alejadas de las ciudades, atendiendo a la diversidad propia de un país pluricultural y de una gran diversidad geográfica.

Es destacable lo dispuesto en la Ley N° 29735<sup>29</sup> que regula el uso, preservación, desarrollo, recuperación, fomento y difusión de las lenguas

---

<sup>28</sup> Extraído del enlace: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/.../RA-217\\_2015\\_P\\_PJ+-25+\\_05\\_2015](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/.../RA-217_2015_P_PJ+-25+_05_2015)

<sup>29</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 5/7/2011, páginas 445799 a 445801.

originarias del Perú, cuyo contenido vinculado con las "100 Reglas de Brasilia" consagrando como elemento del acceso a la justicia estas lenguas originarias, por lo que señala lo siguiente:

*“Consagra como derechos de toda persona: ejercer sus derechos lingüísticos de manera individual y colectiva; usar su lengua originaria en los ámbitos público y privado; ser atendida en su lengua materna en los organismos o instancias estatales; gozar y disponer de los medios de traducción directa o inversa que garanticen el ejercicio de sus derechos en todo ámbito. (Artículo 4° Incisos a), c), f) y g).”*

Posteriormente, se dictó el Decreto Supremo N° 004-2016-MC<sup>30</sup> que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29735, conteniendo el siguiente articulado relacionado con las 100 Reglas de Brasilia:

*Artículo 3°, referido a "Definiciones" se precisaron como "Derechos lingüísticos": aquellos "derechos fundamentales, individuales y colectivos, que reconocen la libertad a usar lenguas indígenas u originarias en todos los espacios sociales y a desarrollarse en estas lenguas en la vida personal, social, ciudadana,*

---

<sup>30</sup> Extraído del enlace: [www://http.busquedas.elperuano.com.pe](http://www.busquedas.elperuano.com.pe)

*educativa, política y profesional."; se precisa un "Enfoque intercultural": consistente en "una concepción del funcionamiento del Estado que implica que este valore e incorpore las diferentes visiones culturales, concepciones de bienestar y desarrollo de los pueblos indígenas u originarios para la generación de servicios con pertinencia cultural, la promoción de una ciudadanía intercultural basada en el diálogo y la atención diferenciada."; por otro lado alude, también, al "Servicio público con pertinencia cultural": como "aquel servicio público que incorpora el enfoque intercultural en su gestión y su prestación."*

En este contexto, el Poder Judicial del Perú creó la Oficina de Atención Gratuita al Usuario Judicial en el Idioma Quechua, integrada por un intérprete y traductor en la misma de suerte que las personas con esa lengua materna que requieren del servicio de justicia cuenta con su apoyo, incluso en el desarrollo de las diligencias judiciales en que les corresponda participar.

Se tiene, además, la Ley N° 30364<sup>31</sup>, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar que

---

<sup>31</sup> Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" del 23/11/2015, páginas 567008-567019.

contiene las disposiciones que detallamos y se vinculan con la aplicación de las "100 Reglas de Brasilia" en el ámbito de la labor jurisdiccional; y en su artículo 3º, referido al enfoque del marco normativo bajo análisis, incluye los siguientes aspectos resaltantes: i. Enfoque de género, reconociendo la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. ii. Enfoque de interculturalidad, reconociendo la necesidad del diálogo entre las distintas culturas que se integran en la sociedad peruana, de modo que permita recuperar, desde los diversos contextos culturales, todas aquellas expresiones que se basan en el respeto a la otra persona; sin aceptar prácticas culturales discriminatorias que toleran la violencia u obstaculizan el goce de igualdad de derechos entre personas de géneros diferentes. iii. Enfoque de interseccionalidad, precisando que la experiencia que las mujeres tienen de la violencia se ve influida por factores e identidades como su etnia, color, religión; opinión política o de otro tipo; origen nacional o social, patrimonio; estado civil, orientación sexual, condición de seropositiva, condición de inmigrante o refugiada, edad o discapacidad; y, en su caso, incluye medidas orientadas a determinados grupos de mujeres.



Si bien el Estado Peruano a través del Poder Judicial ha establecido una serie de normas internas respecto a las 100 Reglas de Brasilia, pero ha enfocado sus esfuerzos presupuestales a otros grupos vulnerables como las mujeres y los niños, relegando a las poblaciones indígenas o nativas en dichas políticas públicas, lo cual genera que estos esfuerzos mínimos no son suficientes para lograr coberturar a esta población vulnerable bajo los efectos de las 100 Reglas de Brasilia. Siendo una tarea pendiente en el Perú, pues a pesar de ser un país que tiene 55 pueblos indígenas u originarios lo cual representa un aproximado de 2,014 534 habitantes que están distribuidos en comunidades de la sierra y la selva del país, los cuales hablan un total de 48 lenguas indígenas u originarias, no se ha logrado aun proteger los derechos de esta población.

## **5. Postura del Tribunal Constitucional del Perú**

El guardián de la constitucionalidad en el Perú, si bien no ha establecido pronunciamiento sobre las 100 Reglas de Brasilia, pero si se ha pronunciado sobre su principal objetivo que es al acceso a la justicia de las poblaciones vulnerables, tal como establecen las siguientes sentencias:

a) STC N° 010-2001-AI/TC<sup>32</sup>:

---

<sup>32</sup> Sentencia extraída del enlace:  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2001-AI.html>

En su fundamento jurídico 10 ha establecido lo siguiente: "(.. .) *El derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso.*"

Mediante el referido derecho (de acceso a la justicia) se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación 'de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter', como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjeto constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales. Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú.

b) STC N° 02437-2013-PA/TC<sup>33</sup>:

En este pronunciamiento el Tribunal Constitucional, en uno de sus fundamentos señala que:

*"5. En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha recordado que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional (cfr. STC N.º 0045-2004-AI/TC, fj. 20). Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras*

---

<sup>33</sup> Sentencia extraída del enlace:  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>

*("motivo" "de cualquier otra índole") que jurídicamente resulten relevantes.*

*6. Igualmente, se ha recordado que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que "la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" (Opinión Consultiva N° 4/84). La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual (discriminación directa, indirecta o neutral, etc.), sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario (discriminación por indeferenciación). (...)."*

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° 0437-97-AA/TC<sup>34</sup>:

El Tribunal Constitucional peruano interpreta como sinónimos el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de acceso a la justicia. En dicho caso de proceso de amparo el Tribunal Constitucional se pronuncia de la siguiente forma:

*"Que, es necesario evitar se prolongue la incertidumbre del conflicto en tanto existe la obligación de prestar una tutela jurisdiccional efectiva, declarando el derecho a favor o en contra, según las pruebas actuadas; en caso contrario, puede configurarse negar acceso a la justicia oportuna"*

---

<sup>34</sup> Sentencia extraída del enlace: <https://www.tc.gob.pe>

d) STC N° 0830-2000-AA/TC<sup>35</sup>:

El Tribunal Constitucional peruano pudo reforzar el pronunciamiento anterior en enero del 2001, sobre un caso similar al anterior, cuya sentencia en un proceso de amparo señala lo siguiente:

*"... Que, independientemente de que el artículo 2 del Decreto Ley N° 25454, al afectar el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia, no debió ser aplicado por su incompatibilidad con normas de un tratado internacional que tenían la jerarquía constitucional; con posterioridad, al entrar en vigencia la Constitución de 1993, se debió entender que dicho dispositivo había quedado derogado en forma tácita por el inciso 3 del artículo 139 de dicha Constitución, que reconoce expresamente el derecho a la tutela jurisdiccional."*

e) STC N° 0615-1999-AA/TC<sup>36</sup>:

El Tribunal Constitucional señala que el debido proceso forma parte integrante del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, tal como lo refiere en la siguiente sentencia:

---

<sup>35</sup> Sentencia extraída del enlace:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00830-2000-AA.html>

<sup>36</sup> Sentencia extraída del enlace:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00830-2000-AA.html>

*"... En ese sentido, el Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solamente consiste en el derecho de acceder a un tribunal de justicia en forma libre, sin que medien obstáculos que impidan o disuadan irrazonablemente su acceso, que sea independiente y se encuentre previamente determinado por la ley (sic) sino también que las resoluciones que los tribunales puedan expedir resolviendo la controversia o incertidumbre jurídica sometida a su conocimiento sean cumplidas y ejecutadas en todos y cada uno de sus extremos, sin que so pretexto de cumplirlas, se propicie en realidad una burla a la majestad de la administración de la justicia en general y, en forma particular, a la que corresponde a la justicia constitucional."*

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, y como parte elemental del derecho de acceso a la

justicia; pero actualmente ha establecido una postura jurisprudencia uniforme, siendo relevante señalar las siguientes sentencias:

a) STC N° 03326-2017-PA/TC<sup>37</sup>:

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 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

---

<sup>37</sup> Sentencia extraída del enlace: <https://tc.gob.pe>



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[1] territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto [...] ambiental[1]. En tercer lugar, debe garantizar que las comunidades indígenas —se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio (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/TC<sup>38</sup>:

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

---

<sup>38</sup> Sentencia extraída del enlace:  
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01171-2019-AA.pdf>

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 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 N° 309. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 160].”*

Una última sentencia, es la signada en el expediente N° 00012-2020-0-0-1618-JR-FT-01<sup>39</sup> de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, si bien no ha sido emitida por el Tribunal Constitucional, sino por un juzgado ordinario, en este caso el Juzgado Civil de la Esperanza, siendo resaltantes los siguientes fundamentos:

*“3.1.2.- Que en principio, debemos afirmar para ser merecedor de tutela urgente en nuestro sistema jurídico, el justiciable debe encontrarse en “estado de vulnerabilidad”, es decir encontrarse en un estado de dificultad, que no le permita a plenitud ejercer ante el sistema de justicia, los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Para delimitar si estamos o no, ante una persona en situación de vulnerabilidad, debemos acudir al instrumento denominado “100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, la cual ha reseñado y establecido cuales son los factores y*

---

<sup>39</sup> Sentencia extraída del enlace: <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/exp.-12-2020-Desproteccion-Familiar.pdf>

elementos que deben concurrir para considerar a una persona en condición de vulnerabilidad, así reproducimos lo determinado por dicho instrumento legal: “(4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

(...)

3.1.4. La consecuencia clara de encontrarse en un estado de vulnerabilidad, es que requiere de una respuesta por parte del Estado y en especial por parte del órgano jurisdiccional, como garante de los derechos fundamentales, quién debe brindar tutela jurisdiccional efectiva, dando pie a la elaboración de un andamiaje tuitivo destinado a cautelar los intereses de las partes, sopesando con ello la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran inmersos, pues en estos casos el órgano

*jurisdiccional debe enarbolar la bandera de la defensa efectiva de los derechos fundamentales de las personas vulnerables, a través de principios y mecanismos procesales que salten la barrera burocrática de acceso a la justicia que tienen las poblaciones vulnerables, estando el Juez obligado a aplicar todas las instituciones expresas e implícitas que emergen de la normatividad internacional y nacional que garantice el pleno ejercicio de dicho derecho, tal como ocurre con los principios de flexibilización, informalidad, oralidad, entre otros; así lo ha reconocido la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador, que en la exposición de motivos de la actualización de las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad señaló que:*

*“El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho.*

*Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es*

*aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones.*

*De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social."*

## **Conclusiones**

Las 100 Reglas de Brasilia es un documento que tiene matices de norma excepto la característica de vinculatoriedad, pero ello no ha impedido su aplicación e implementación en los diferentes sistemas judiciales de más de 20 países de Iberoamérica, siendo un avance inicial interesante pero que debe ser coadyuvado con la aplicación por parte de los servidores judiciales lo cual inicia con la capacitación de los mismos, siendo que la realidad establece una lectura distinta, pues si bien se tienen los instrumentos de referencia para aplicar políticas públicas pero los operadores de justicia no han interiorizado los objetivos de este instrumento (100 Reglas de Brasilia) e incluso desconocen sus efectos beneficiosos en los grupos vulnerables.

El derecho no implica utilidad cuando subsiste solo en el ámbito del discurso jurídico, sino que este debe materializarse en respuestas concretas (políticas públicas) a la problemática de la población, como por ejemplo el acceso efectivo a

la justicia pues aun subsisten límites al goce total de dicho derecho.

Resulta relevante la protección del derecho fundamental de acceso a la justicia, pero resulta más urgente la protección de dicho derecho aplicado a las poblaciones vulnerables como son las comunidades indígenas, debido a las limitaciones (geográficas, económicas, culturales, etc.) que estos poseen para acceder al sistema de justicia ordinario; debido a estas circunstancias especiales de la población de los países Iberoamericanos, se realizaron tratativas previas a lograr un acuerdo unánime destinado a asumir un compromiso de proteger adecuadamente a las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, como ocurrió con la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de los países Iberoamericanos realizada en Cancún en el año 2002.

Un punto aun por analizar por parte de esta Cumbre Iberoamericana es la pluralidad jurídica que existen en mucho de sus países miembros, pero no ha sido tomada en cuenta, toda vez que el derecho indígena o nativo se encuentra reconocido constitucionalmente en la mayoría de países de América Latina, por lo que se debe justificar porque la población indígena debería acceder a la justicia ordinaria cuando tienen sus propios sistemas consuetudinarios de justicia; siendo otro punto del debate el que si dicho derecho fundamental de acceso a la justicia también aplica a la justicia no ordinaria (indígena o nativa), pues en dichos



espacios consuetudinarios también se tiene el valor denominado justicia como resultado de un procedimiento de investigación.

Aún existe un reto pendiente, que es la armonización de las normas internacionales de Derechos Humanos, incluyendo la Convención Americana de Derechos Humanos, con los ordenamientos jurídicos nacionales internos de cada país miembro considerando la autonomía de sus respectivas Constituciones Políticas o cartas magnas, 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, entre estos el derecho de acceso a la justicia.

### **Referencias Bibliográficas**

Ayvar Roldán, C. (2014). El acceso a la justicia y sus implicancias. *Inris Omnes: Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*, 16(1), Arequipa, Perú.

Birgin, H., & Gherardi, N. (2011). *La garantía de acceso a la justicia: Aportes empíricos y conceptuales*. Suprema Corte de la Nación, Buenos Aires, Argentina.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (1992). *Repertorio de jurisprudencia constitucional 1986–1991: Doctrinas y*

*principios constitucionales.* Ciudad de Guatemala, Guatemala.

Defensoría General de la Nación. (2008). *Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.* Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, Argentina.

Garth, B. (1994). *Access to Justice.* Presentado en la Conferencia del Banco Mundial sobre Reforma Judicial en América Latina y el Caribe, p. 21. (Traducción de Schiappa Pietra).

Griffiths, J. (2007). ¿Qué es el pluralismo jurídico? En *Pluralismo jurídico* (pp. xx-xx). Editorial Siglo del Hombre, Bogotá, Colombia.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2014). *Protocolo de actuación de justicia intercultural.* Oaxaca, México: IDH.

La Rosa Calle, J. (2007). El acceso a la justicia como condición para una reforma judicial en serio. *Revista Derecho PUCP*, (62), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

Llanos Franco, J. (2012). *Teoría del derecho y pluralismo jurídico*. Criterio Jurídico. Universidad Javeriana, Cali, Colombia.

Organización de Estados Americanos – OEA. (2007). *Acceso a la justicia: Llave para la gobernabilidad democrática*. Informe Final del Proyecto Lineamientos y Buenas Prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas. Washington, Estados Unidos.

Tello Gilardi, J., & Calderón Puertas, C. (2019). *Las Reglas de Brasilia: Por una justicia sin barreras*. Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, Lima, Perú.

## La admisibilidad de recursos de protección presentados por pueblos indígenas desde una perspectiva intercultural y de obligaciones de garantizar derechos

Javier Leiva Alborno<sup>1</sup>

**Resumen:** Este trabajo examina cómo los tribunales chilenos gestionan la admisibilidad de recursos de protección presentados por pueblos indígenas, destacando los desafíos legales y culturales que enfrentan. Se enfoca en los requisitos procesales establecidos en el Auto Acordado de la Corte Suprema, particularmente la identificación de la vulneración de derechos constitucionales, y cómo estos requisitos pueden constituir barreras para comunidades indígenas debido a su formalismo excesivo. El texto resalta que esta etapa puede generar exclusión, limitando el acceso a la justicia y

---

<sup>1</sup> Abogado, Máster en Derecho Público (UDP), correo electrónico javier.leiva.alborno@gmail.com. El autor agradece los aportes del profesor Dr. Juan Jorge Faúndes en el contexto de la elaboración de este trabajo para el curso de Derecho de los Pueblos Indígenas y a la Dra. Katherine Becerra por sus aportes y paciencia por esperar una mejor versión del mismo.

agravando desigualdades históricas. Además, se analiza el conflicto entre la normativa procesal tradicional y las necesidades específicas de los pueblos indígenas, cuya cosmovisión no siempre coincide con los criterios jurídicos occidentales. El ensayo propone flexibilizar las reglas de admisibilidad o incluso eliminarlas en casos de comunidades indígenas, para garantizar una justicia más inclusiva. También aboga por incorporar peritajes antropológicos y considerar estándares internacionales en derechos humanos para asegurar un acceso efectivo a la justicia. El documento concluye que superar el formalismo procesal es crucial para proteger derechos fundamentales y fomentar la igualdad, sugiriendo que las Cortes deben priorizar la comprensión intercultural y adaptar sus procedimientos a las realidades de los pueblos indígenas.

**Palabras claves:** Admisibilidad, pueblos indígenas, recursos de protección, acceso a la justicia, formalismo procesal.

## **Introducción**

El presente trabajo busca plantear reflexiones acerca de la forma en que los tribunales de justicia chilenos han conocido de las acciones constitucionales de protección que se presentan en sus salas. Más allá de los resultados de fondo que

estos recursos puedan tener, nuestra preocupación y posterior análisis abarcará exclusivamente el requisito de la admisibilidad para la tramitación de dicha acción constitucional y su posible conflicto con derechos de pueblos indígenas en esta etapa procesal. Para abordar este problema, revisaremos el auto acordado de tramitación y fallo del recurso de protección, así como parte de lo señalado por la doctrina que ha manifestado sus consideraciones, para finalizar con su traducción en obligaciones de derechos humanos y su debate acerca de si mantiene una proyección exclusivamente interna o externa en caso de incumplimiento.

En nuestro país, el acceso a las acciones protectoras de derechos fundamentales<sup>2</sup> mantiene un fuerte componente procesal que se traduce en formalidades para su interposición. Tales exigencias quedan de manifiesto en la ritualidad bajo la cual es posible que un recurso de protección no sea conocido por las Cortes de Apelaciones, quienes son los tribunales que de acuerdo con lo

---

<sup>2</sup> En Chile, se les llama vulgarmente *recursos* (de protección y de amparo), los que están contemplados en los artículos 20 y 21 de la Constitución Política de la República. Mientras que el recurso de protección protege una amplia gama de derechos, el recurso de amparo o *habeas corpus*, protege sólo la libertad personal y seguridad individual.

establecido en las reglas procesales respectivas, constituyen la primera instancia.

Dentro de tal ritualidad, este trabajo procurará centrarse en la fase de admisibilidad, que es la primera dentro de la tramitación de cualquier acción constitucional y en especial, del recurso de protección.

Desde que la acción constitucional de protección comenzó a ser empleada como herramienta de salvaguarda frente a vulneraciones de derechos fundamentales, su utilización por parte de los auxiliares de la administración de justicia ha ido en creciente aumento<sup>3</sup>. También han aumentado de forma creciente los libelos que han sido declarados inadmisibles, pero en menor medida. Nuestra principal preocupación radica principalmente en aquellos legitimados activos que son personas (naturales, morales o jurídicas), identificadas como pertenecientes a pueblos originarios y las implicancias que puede tener el excesivo formalismo aplicable en esta etapa de admisibilidad de sus presentaciones.

---

<sup>3</sup> Hasta Junio de 2023, de acuerdo a las cifras oficiales del canal institucional sólo la Corte de Apelaciones de Santiago suma un total de 12.058 recursos de protección que fueron presentados, la segunda mayor cantidad de causas después de las apelaciones. Disponible en <https://numeros.pjud.cl/Territorio>

Al respecto, debemos recordar que este trámite conocido como “examen de admisibilidad” no estuvo siempre presente en la sustanciación del llamado recurso de protección. Muy por el contrario, desde su entrada en vigor en la década del '70 a la fecha, autores como Ríos distinguen tres etapas claramente diferenciables respecto a la configuración que tiene tal acción constitucional: la admisión del recurso, la inquisitiva y la decisión (Ríos, 2007). Cada una de ellas se encuentra regulada y procuraremos centrarnos en la primera de ellas.

### **1. Admisibilidad: ¿Necesidad de orden o impedimento del acceso a la justicia?**

De acuerdo con lo establecido en el auto acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección<sup>4</sup>, que constituye el marco regulatorio procesal emanado de la Corte Suprema, las presentaciones que realicen los agraviados deben pasar por esta etapa en la cual se analiza de forma meticulosa el cumplimiento de requisitos procesales, que el mismo órgano ha impuesto. Estos elementos son: a) El plazo de 30 días desde la ocurrencia del hecho (art. 1º Auto Acordado), b) La

---

4

Disponible

en

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080916>



identificación clara del agente (persona natural o jurídica) que causa las vulneraciones y c) que ésta se manifieste a través de la perturbación, privación o amenaza de un derecho constitucional asegurado por tal acción

Frente a estos requisitos, procuraremos centrarnos en el tercero de ellos y que implica asumir algunas posiciones para analizar bajo este prisma la etapa de la admisibilidad. Parece sensato concebir como un requisito procesal, la existencia de conflictos con agentes que se traducen en vulneraciones de garantías constitucionales. Dentro de ese entendido, ya la misma Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante CENC o Comisión Ortúzar), indicaba como de máximo interés el uso de la herramienta del recurso de protección, como un punto de control interno, en el caso de la gestión de subalternos de gobernantes:

*(...) En nuestro concepto no sólo constituye una garantía para las personas expuestas a sufrir la perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de sus derechos, sino también para el gobernante interesado en que en los distintos niveles en que se ejerce la autoridad se cumpla la ley y se actúe con el*

*sentido de equidad que debe caracterizar al gobierno (...)"*

De lo anterior se sigue que, la acción de protección no solamente es importante para efectos de reparar episodios de infracción de garantías constitucionales, sino también para sostener los pilares básicos de toda democracia que busque preservar el Estado de Derecho, respecto de la ciudadanía, por las conductas desplegadas por agentes públicos y/o privados. La población resguardada por dicha acción, puede manifestarse de diversas maneras y por ello es que quienes se identifican como pertenecientes a pueblos indígenas, tienen no sólo que demostrar su pertenencia a determinadas culturas, sino que además mostrar la vulneración a personas ajenas a ella. Dicho de otra forma, en términos de admisibilidad, no basta con tener que demostrar que existe una vulneración, sino mostrar cómo, en perspectiva indígena, es posible entender que ésta afecta el normal devenir de los reclamantes. Esto no puede ser de menor interés para cualquier gobierno que propenda dar cumplimiento a compromisos tanto nacionales (tratados ::: ), como internacionales en la materia (insertar). Ahondaremos más sobre los problemas que pueden surgir en este punto, a propósito de algunos casos de interés.

Nos ponemos en el caso de algunos conflictos que pueden predicarse en formas diversas de ver la vinculación de las sociedades con el territorio. A propósito de ello pensamos en aquellas situaciones bajo las cuales una comunidad indígena no propietaria de un territorio, pueda requerir el acceso a éste por considerarlo de vital importancia religiosa; versus una visión romanista de la propiedad y la exclusividad que conlleva el ejercicio del derecho a dominio. También nos referiremos al caso en el cual existen recursos de protección frente a actuaciones de entidades extractivistas y comunidades indígenas, por situaciones que no se encuentran contempladas en las hipótesis de resguardo de intereses por parte de la institucionalidad ambiental. Finalizaremos proponiendo una regla de especial adecuación a la situación de acciones constitucionales en materia de admisibilidad y que sean presentadas por -o en favor de- comunidades indígenas por eventuales lesiones de derechos fundamentales.

## **2. ¿Es el recurso de protección, en todos los casos, una acción cautelar?**

Autores como Paillas (2002), han señalado que no en todos los casos la pretensión incoada ante las Cortes persigue la adopción de medidas de naturaleza cautelar. Por lo anterior, surgen serios cuestionamientos acerca de la real importancia

que tiene la admisibilidad para la realidad del mundo indígena, cuando entra en contacto con el sistema de justicia y que dentro de su cosmovisión no necesariamente compartirá los criterios jurídicos tradicionales que hemos incorporado los operadores del derecho. Por ello, parece imposible e ilusorio pretender desconocer los efectos que conlleva una decisión de inadmisibilidad de una causa presentada por personas o comunidades indígenas en materia de acciones constitucionales de protección.

Por lo anterior, parece razonable avanzar en el entendimiento de las consecuencias que puede tener para grupos desaventajados (como en este caso pueblos indígenas), la declaración jurisdiccional previa de que su presentación tiene aptitudes de ser conocida por las Cortes de nuestro país. Para entender mejor el problema que nos ocupa, diremos que el acceso a la justicia de los pueblos indígenas es fundamental para mantener su subsistencia en el tiempo, pues así se ha considerado tanto por autores como por organismos internacionales (Ramírez, 2021). De esta manera, debemos precisar nuestro foco de análisis respecto a cómo este acceso a la justicia puede o no estar garantizado a través del ejercicio de la acción constitucional de protección.

### **3. La admisibilidad del Auto Acordado: ¿Una barrera en el derecho de acceso a la justicia de Pueblos Indígenas?**

Ya para Díez (1999) a finales del siglo pasado, es bastante claro que la redacción del precepto constitucional del artículo 20 “*el que*”, permite con bastante amplitud que cualquier tipo de persona natural, jurídica o incluso moral, pueda tener acceso a utilizar este remedio jurisdiccional en defensa de sus derechos fundamentales. Esta antigua y correcta interpretación de lo sostenido en nuestra Carta Fundamental viene a ser confirmada por la hermenéutica de las altas Cortes y la Corte Suprema, al permitir que tanto personas como agrupaciones (sean estas constituidas legalmente o no), puedan -al menos teóricamente- accionar, sin mayores formalidades que la sola presentación de la acción para ser conocida.

El problema ha surgido, a través de la incorporación de los llamados Auto Acordados de tramitación y fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, que según Contreras, constituyen “Normas infra legales dictadas por los tribunales superiores de justicia con el objeto de regular ciertas materias procesales en cuestiones propias del funcionamiento interno de estos órganos jurisdiccionales” (García y Contreras, 2014, p. 96). Si lo abordamos desde el punto de vista teórico y

práctico, estaremos de acuerdo tal como lo han señalado algunos (incluso la propia Corte Suprema), de la necesidad de una regulación procesal para abordar estas acciones. Sin embargo, nuestro llamado es a pensar si en casos como el que hemos venido intentando desarrollar, el remedio puede ser peor que la enfermedad, pues puede ser posible que en las formas se escondan verdaderos prejuicios a la hora de evaluar si se entrará a conocer lo planteado por grupos desaventajados como las comunidades indígenas. Así, cobra sentido lo señalado por Atienza (2011) respecto al formalismo excesivo que puede traspasar la cultura jurídica en la cual estamos inmersos:

*“(...) Pero el formalismo al que me estoy refiriendo aquí es otra cosa. Es una manera de entender el Derecho en la que el juez se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones en las que ellas se fundamentan. Implica por ello un comportamiento ritualista, una forma de desviación que, en consecuencia (cuando se es consciente de ello), tiende a ocultarse; de ahí que tenga sentido hablar de desenmascarar, pues nadie se reconoce a sí*

*mismo como un formalista. (...)" (Atienza, 2011, p. 199)*

Este trabajo cuestiona ese formalismo excluyente, que atenta contra todo el Estado de Derecho que hemos intentado construir como sociedad postmetafísica y con pretensiones de desarrollo multinivel, . Entender las claves que nos pueden llevar a aumentar el espacio de incidencia de grupos históricamente desaventajados en la esfera pública, nos llevará a tener una mejor paz social que recordemos, es uno de los fines que propone el derecho. En el caso mismo del Auto Acordado<sup>5</sup>, tenemos como parte de las exigencias, las que siguen

*"(...)Presentado el recurso, **el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si se mencionan hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.** Si su presentación es extemporánea **o no se señalan hechos que puedan constituir vulneración a garantías de las mencionadas***

---

<sup>5</sup> CORTE SUPREMA, Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1080916>

**en la referida disposición constitucional**, lo declarará inadmisibile desde luego por resolución fundada, la que será susceptible del recurso de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día. En carácter de subsidiario de la reposición, procederá la apelación para ante la Corte Suprema, recurso que será resuelto en cuenta.(...)”<sup>6</sup>

Acá nuevamente nos surgen algunas interrogantes: ¿Es respetuoso con las culturas ancestrales, la exigencia de un marco temporal de vulneración de las garantías que se denuncian? Lo menciono a propósito de las diversas formas ancestrales de contabilizar el tiempo que no necesariamente se condicen con la forma occidental de considerar nuestras unidades de planificación temporal.

Luego, ¿Qué debiésemos entender entonces por “hechos que puedan constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República”? La respuesta exegética seguro será lo primero que nos venga a la cabeza a la hora de intentar develar el sentido y alcance de lo preceptuado en el instrumento normativo de

---

<sup>6</sup> Enfasis añadido



regulación procesal. Sin embargo, debemos recordar que, en los hechos se han declarado admisibles (e incluso acogidos), recursos presentados por personas que han invocado derechos implícitos<sup>7</sup>, que no se encuentran explícitamente consagrados como parte de las hipótesis de procedencia de la acción constitucional de protección (Navarro, 2018) .<sup>8</sup> Ahora bien, una cuestión que sería importante evidenciar es si para lograr avanzar en términos de admisibilidad y evitar esta trágica barrera de exclusión en el acceso a la justicia

¿Bastará con que los pueblos indígenas deban recurrir a los derechos implícitos, o más bien, debemos pensar en abrir las categorías formalistas que hasta ahora nos han impedido acercar el derecho a las personas? Pareciera ser que, como veremos en posteriores líneas, la respuesta ha ido a partir de la segunda idea.

---

<sup>7</sup> Nos aproximamos a los derechos implícitos, según los entiende el profesor Guastini.

<sup>8</sup> Piénsese en los casos de acceso a medicamentos de alto costo, arguyendo vulneraciones al derecho a la vida o incorporación de funcionarios públicos a los que no se les renovó su contrata, esgrimiendo argumentos de vulneración al derecho a la igualdad.

Si pensamos en que el ejercicio de esta judicatura tan diferente a las formas de resolución de conflictos que pueden desarrollar las culturas ancestrales, podremos pensar en la complejidad de traducir estos problemas a nuestra cultura más occidentalizada<sup>9</sup>. Como hemos dicho previamente, la admisibilidad es una forma de filtrar las acciones constitucionales que se presentan donde éstas son relatadas a puertas cerradas en una sala constituida para revisar el cumplimiento de formalidades. Sobre esto podemos ya hacer algunas críticas.

No deja de ser curioso también, que ya desde antiguo se manifestaran serios cuestionamientos a este formalismo incluso a través de la propia potestad de dictar autos acordados por parte de la Corte Suprema, pues según Diez<sup>10</sup>, dicha facultad sólo se encuentra establecida en el acta constitucional de 1976 y que dejó de tener

---

<sup>9</sup> De ahí que el peritaje antropológico en muchos casos sea necesario, incluso en casos de acciones constitucionales. Sobre esta imposibilidad de diálogo a partir de la génesis de la construcción del derecho procesal, véase Salgado, Juan Manuel, *Cómo la práctica procesal anula los Derechos Indígenas*, pp. 51-68 en Olea, Helena [Editora] *Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión*, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2013, disponible en <https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/DerechoypueblomapucheCompleto.pdf>

<sup>10</sup> Op. Cit. p. 280.

vigencia a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1980.

#### **4. Algunos criterios de inadmisibilidad de las acciones de protección:**

Para no dar lugar al conocimiento de las acciones constitucionales que presentan diversas personas (naturales, jurídicas y morales), es que las Cortes han ido mezclando razones que van desde el descanso en las normas del Auto Acordado, como también algunas meramente jurisprudenciales. Aquí nombraremos las principales:

- a) La existencia de otra vía idónea y los juicios de lato conocimiento: es curioso pensar en la forma en la cual las Cortes consideran que, si existe otro procedimiento que pueda aplicarse de forma idónea para resolver el problema sometido a su conocimiento; se prefiera desestimar las reclamaciones. Frente esto cabe preguntarnos ¿cuál es la vía idónea? En más de una ocasión, es posible sostener que no existe una vía idónea para resolver un problema que involucra un entendimiento del ejercicio de derechos considerados "ancestrales", fuera de la órbita de comprensión de garantías bajo un prisma occidental hegemónico.
  
- b) La falta de derechos indubitados: para las Cortes de Apelaciones y Suprema, es

importante bajo esta visión del recurso de protección, deban invocarse garantías constitucionales que no se encuentren en duda respecto a la titularidad de quién las ejerce de forma legítima. Dicha premisa es tan vaga desde el punto de vista interpretativo, que deja un espacio de extrema discrecionalidad judicial para resolver asuntos que tengan un compromiso real con la interculturalidad en observancia con derechos y garantías de derechos humanos. Si esto pretendemos que sea así, deberán los Tribunales de Justicia, entonces, adentrarse en el terreno de derechos como la identidad cultural de los pueblos indígenas<sup>11</sup>, la propiedad indígena, la ritualidad ceremonial y otros que puedan ser susceptibles tanto de ser amagados como de ser invocados de manera legítima. Así algunas sentencias de Cortes de Apelaciones que han sido confirmadas por la Corte Suprema, han excusado el conocimiento de acciones de protección, aduciendo una falta de derechos indubitados que invocar o en algunos casos, se ha hecho un análisis poco riguroso de lo

---

<sup>11</sup> Trabajado muy acuciosamente a mi juicio por FAUNDES, Juan Jorge, en *El Derecho Humano a la Identidad Cultural en el Derecho Internacional: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, p. 240.

que la recurrente pretende someter a conocimiento de las Cortes <sup>12</sup>.

- c) *Inexistencia de una clara infracción*: no ha estado exenta de críticas esta posibilidad, pues hay autores como Larroucau (2020), quienes han cuestionado esta aproximación a la tutela efectiva de derechos, pues se esconden las razones de no conocer de estas acciones bajo tesis como la vulneración evidente<sup>13</sup>.

Así, pueden existir casos en los cuales acciones constitucionales de protección que han presentado comunidades indígenas por situaciones que han considerado como vulneradoras de su espacio de goce de derechos fundamentales, se pueden quedar sin conocimiento por parte de la judicatura nacional. Es por ello que surge la pregunta acerca de cómo poder abordarlas de una forma que sea respetuosa con su cosmovisión y que, como consecuencia, nos permita dar cumplimiento a estándares tanto nacionales como

---

<sup>12</sup> Un ejemplo es la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia Rol Ingreso 2492-2021 (Protección).

<sup>13</sup> Es decir, para Larroucau, sin que exista una violación grotesca de garantías, pareciera ser que las Cortes no conocerán de asuntos en sede de protección.

internacionales de respeto por los pueblos indígenas.

Advertimos también, que, en un importante esfuerzo materializado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, se ha propendido a la entrega de nuevas directrices a través del denominado Protocolo de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables <sup>14</sup>:

*(...) Preocuparse acerca de la admisión de acciones procesales interpuestas por personas indígenas que concurren a tribunales en representación de intereses individuales o colectivos, aunque no sean titulares de los derechos que desean ejercer, y siempre que se acredite un vínculo causal entre el hecho recurrido y los actores.(...)*

Esto, el mismo protocolo lo ha explicitado a la hora de entrar a hacer efecto el principio de igualdad a y no discriminación<sup>15</sup>:

---

<sup>14</sup>CORTE SUPREMA, *Protocolo de Acceso a la Justicia de Grupos Vulnerables*, p. 111, disponible en [https://academijudicial.cl/wp-content/uploads/2022/10/PROTOCOLO\\_DE\\_ACCESO\\_A\\_LA\\_JUSTICIA.pdf](https://academijudicial.cl/wp-content/uploads/2022/10/PROTOCOLO_DE_ACCESO_A_LA_JUSTICIA.pdf)

<sup>15</sup> Op. Cit. p. 106.

*“(...)Por ejemplo, la posibilidad de expresarse en su propia lengua, de acuerdo a sus costumbres, a adecuar los espacios institucionales para dar cabida a sus expresiones de manera de permitir una adecuada presentación de antecedentes o de argumentos, según corresponda. (...)”*

Lo señalado en el protocolo entra en una pugna directa con el extremo formalismo con el que se ha tomado la tramitación del recurso de protección en los últimos años a propósito de los requisitos propios de la admisibilidad.

Con esto pretendemos exponer un espacio de tensión que no deja de ser relevante: ¿a qué debemos atender como norma procesal respetuosa de los pueblos originarios: al auto acordado y su hermenéutica particular o al reciente protocolo de acceso de grupos vulnerables? La respuesta no es baladí, pues de ello se sigue pensar en la forma bajo la cual debemos mantener garantizado, no sólo el ejercicio del derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas -en el caso del recurso de protección-, sino que además el derecho que bajo su cosmovisión pueda estar siendo vulnerado y que requiera un pronunciamiento de carácter urgente.

Mientras que el auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema, tiene una vocación general y obligatoria de aplicación, el protocolo antes citado sólo es una orientación que tiene el poder judicial en su conjunto y que no es necesariamente vinculante. Bajo este prisma, existe entonces una diferencia sustantiva de grado, respecto de los instrumentos a analizar. La paradoja que se pretende exponer en estas líneas, es que lo pretendido por este segundo elemento se alinea de forma precisa con lo planteado como tesis principal. En otras palabras: favorece un mayor acceso a la justicia, el evitar formalismos tales que puedan dejar sin tutela judicial efectiva a personas pertenecientes a grupos vulnerables (en este caso, indígenas).

Las consecuencias de un excesivo formalismo y la consecuente declaración de inadmisibilidad de los recursos de protección que presenten comunidades indígenas frente a reclamaciones de lo que consideren como derechos legítimamente ejercidos, adquiridos y que se encuentren amagados, puede devenir en una doble vulneración en términos constitucionales: por un lado, la persistencia de la infracción de garantías constitucionales que son el objeto de la pretensión principal y por otro, la vulneración al derecho de acceso a la justicia que puede realizar una



declaración de inadmisibilidad de las Cortes que revisan las acciones presentadas.

¿Qué se ha dicho en el derecho internacional de los derechos humanos sobre el acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas?

Desde el informe de la OIT del año 2020<sup>16</sup>, nada se menciona de Chile respecto al acceso a la justicia de pueblos indígenas respecto a acciones jurisdiccionales de carácter urgente y desformalizadas.

¿Puede ser discriminatoria una declaración de inadmisibilidad de un recurso de protección, bajo los términos de la ley 20.609?

Parece entonces, que el desafío de las Cortes al momento de conocer la admisibilidad de los recursos de protección que se presentan en sus dependencias, está no sólo en mantener la concepción occidental de entender los derechos fundamentales para la protección de los derechos

---

<sup>16</sup> International Labor Organization, *Leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales Perfiles de países de América Latina que han ratificado el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_758166.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_758166.pdf), p. 60

de las personas, como es el fin tradicional liberal de la judicatura en resguardo del Estado de Derecho.

Sobre esta tensión entre aspectos procesales-constitucionales contenidos en el auto acordado, y el derecho de acceso a la justicia de comunidades indígenas, es que nos parece ilustrativo lo que ha señalado el Excmo. Tribunal Constitucional al respecto:

*“(...) DÉCIMO CUARTO: Que este Tribunal ha sostenido, en su sentencia rol N° 783, que en aspectos de funcionamiento en que el legislador no ha establecido normas o que expresamente la Constitución no le ha reservado a éste, el propio órgano judicial puede autoregularse, añadiendo que, naturalmente, estas regulaciones no pueden contradecir normas legales ni menos las de rango constitucional. **Por ende, los autos acordados no pueden regular materias que el constituyente ha reservado al legislador, como ocurre con los derechos fundamentales** (...)”* (STC 1557, énfasis añadido)

Siguiendo esa misma línea argumental<sup>17</sup>, consideramos entonces que una declaración de

---

<sup>17</sup> Teniendo en consideración el hecho de que la doctrina ha reconocido el acceso a la justicia como un derecho fundamental tan

inadmisibilidad de un recurso de protección interpuesto por comunidades indígenas al menos, en ciertos casos, puede ser objeto de una infracción no sólo legal, sino que además constitucional respecto a la seguridad jurídica contenida en el numeral 26° y N°3, contenidas ambas en el artículo 19, de nuestra Carta Fundamental.

Las vulneraciones a las respectivas garantías constitucionales pueden entenderse porque, en este caso, las Cortes se arrogan una potestad normativa que impacta en derechos de comunidades indígenas de acceso a la justicia que está siendo proveída, por los mismos tribunales. Dicho de otro modo, bajo esa perspectiva, la imparcialidad judicial también podría encontrarse en entredicho, toda vez que quien regula está resolviendo, lo que a todas luces contraviene nuestros principales valores republicanos respecto a la separación de poderes. Con lo anterior, no pretendemos erradicar el ejercicio de dictar autos acordados por parte de las altas magistraturas jurisdiccionales en nuestro país, sino más bien pensar en que en ocasiones, puede existir una

---

relevante, que es base esencial para el ejercicio de otros derechos que pueden estar siendo vulnerados.

vulneración de derechos en el ejercicio de poderes públicos.

Es por ello que resulta pertinente la crítica que realiza Salgado<sup>18</sup>, quien conociendo al respecto del mismo problema -pero desde su realidad nacional trasandina-, ha dado cuenta de esta práctica de la cultura judicial argentina, extrapolable perfectamente a nuestro espacio nacional sobre este choque de perspectivas:

De aquí resulta el principal problema que abordan las categorías clásicas del derecho procesal cuando se enfrentan con la llamada cuestión indígena: de las dos culturas cuyos componentes se hallan en juicio, una de ellas tiene las reglas procesales a su favor. Éstas sólo son neutrales y garantizan la imparcialidad cuando están en juego intereses pertenecientes a la cultura hegemónica, pero en cuanto se pretende que los miembros de los pueblos indígenas se introduzcan en ellas, se advierte que para hacerlo deben dejar de lado precisamente los rasgos colectivos que constituyen su identidad.

---

<sup>18</sup> Salgado, Juan Manuel, *Cómo la práctica procesal anula los derechos indígenas*, en Olea, Elena, *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2013, p.58 (51-68)

Frente a ello, no es de extrañar que en el espacio de incompreensión que en estas líneas se advierte, se predique un problema de larga data y que consideramos puede ser abordado adecuadamente con elementos que ya existen en la práctica judicial que entra en contacto con pretensiones de pueblos originarios. Nos referimos en este caso a peritajes antropológicos o al menos un esfuerzo por entender en la etapa de admisibilidad, las causas que puedan presentarse en sede de protección.

Incluso podríamos llegar a pensar que el sólo trámite de la admisibilidad podría, por razones interculturales, prescindirse en el caso de comunidades indígenas, como una forma de evitar que el excesivo formalismo procesal pueda llegar a empañar cualquier clase de pretensión de estos pueblos.

### **Referencias Bibliográficas.**

Atienza, M. (2011). Cómo desenmascarar a un formalista. *Revista Isonomía*, (34). Disponible en <https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n34/n34a10.pdf>

Corte de Apelaciones de Copiapó. (2019). Rol Ingreso 35-2019.

Corte Suprema. (2022). *Protocolo de acceso a la justicia de grupos vulnerables* (p. 111). Disponible en [https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/10/PROTOCOLO\\_DE\\_ACCESO\\_A\\_LA\\_JUSTICIA.pdf](https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/10/PROTOCOLO_DE_ACCESO_A_LA_JUSTICIA.pdf)

Díez, S. (1999). *Personas y valores: Su protección constitucional*. Editorial Jurídica de Chile.

García, G., & Contreras, P. (2014). *Diccionario constitucional chileno*. Cuadernos del Tribunal Constitucional, (55).

International Labor Organization. (1989). *Leyes y políticas públicas al respecto de pueblos indígenas y tribales: Perfiles de países de América Latina que han ratificado el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales* (núm. 169). Disponible en [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_758166.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_758166.pdf)

Larroucau Torres, J. (2020). Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 27, e4142. Disponible en <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0004>

Paillas, E. (2002). *El recurso de protección ante el derecho comparado: Una acción en busca de una justicia rápida y eficaz* (3ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.

Ramírez, S. (2021). *La justicia indígena y la justicia ordinaria frente a los conflictos civiles: Camino para su articulación*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

Salgado, J. M. (2013). Cómo la práctica procesal anula los derechos indígenas. En E. Olea (Ed.), *Derecho y Pueblo Mapuche: Aportes para la discusión* (pp. 51–68). Ediciones Universidad Diego Portales.

## **Ambiente e importancia de los pueblos indígenas en su conservación y restauración**

Ana María Ramírez Sánchez<sup>1</sup>

**Resumen:** Los derechos humanos y fundamentales están en constante modificación, desde el contenido mismo hasta las garantías para su protección. En el campo de las comunidades y pueblos originarios hay confrontaciones entre diversos derechos, como el de educación, religión, entre otros, con el derecho a la libre autodeterminación. Tal conflicto puede surgir porque se llevan a cabo ciertas actividades o actos que pueden ir contra los derechos humanos *per se*, pero que se consideran parte de las tradiciones y/o costumbres de dichas regiones o grupos sociales, pero que con el paso del tiempo y el avance de la ciencia se comprende que dichos hábitos ocasionan o pueden ocasionar daños a las personas -sean físicos o psicológicos, incluso al mismo entorno y que al dañarse este trasciende en repercusiones a su misma forma de vivir-. El derecho a la autodeterminación debe atender a un

---

<sup>1</sup> Licenciada y Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista por la Universidad de Castilla, La Mancha, España. Docente en la Facultad de Derecho de la UNAM, así como en otras instituciones educativas.



ejercicio informado y de conocimiento para que se les proteja adecuadamente, ya que puede traer consecuencias favorables a la sociedad fuera de las comunidades; como es el caso de la protección al ambiente. Esto no se relaciona únicamente con prerrogativas de beneficiarse de los elementos naturales, sino con la protección, defensa, restauración o indemnización en el tema ambiental.

**Palabras clave:** Ambiente, autodeterminación, educación, información, pueblos indígenas.

## **Introducción**

La humanidad tiene que cambiar la cosmovisión del mundo, no de su mundo. El ser humano forma parte de un todo, en donde cada elemento biótico y abiótico tiene funciones determinadas que sirven para mantener un sistema. Es por ello que se debe construir un aparato que apoye la protección de los diversos derechos humanos y fundamentales. En el presente texto me centro en la importancia de los pueblos indígenas y su autodeterminación, pero con información, para la preservación y cuidado del ambiente. En ese sentido, es que inicio señalando lo relativo a lo que se debe entender por ambiente, con una visión ecocéntrica y no antroposupremacista. Asimismo, explicando los que son los derechos ambientales y la importancia de su ejercicio, pues trasciende en la sobrevivencia misma del ser humano. Concluyo indicando cómo es que entiendo la trascendencia de los pueblos indígenas en el cuidado del ambiente y el respeto

de sus derechos, no como gracias que les concedemos, sino como el respeto de los mismos.

Para el desarrollo utilicé el método de investigación sistémico-analítico, debido a que analizo las partes del tema en general y realizó una reflexión en su conjunto. Permitiendo, además, que se pueda proponer temas en razón de lo plasmado aquí.

Que la encrucijada en que se encuentra la humanidad nos permita una conciencia ambiental ecocéntrica y las acciones las llevemos en plazos cortos y no esperando a que sea el 2030 para analizar si cumplimos o no con los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

## **1. Ambiente, derecho ambiental y derechos ambientales**

Hay un grito de alarma por los derechos humanos, decían, por toda la gente, y los pueblos indígenas decían: ¿qué pasa con los derechos del mundo natural? ¿Dónde está el lugar del búfalo o del águila? ¿Quién los representa ante este foro? ¿Quién va a hablar por el agua de la tierra? ¿Quién va a hablar por los árboles y los bosques? ¿Quién hablará por los peces, por las ballenas, por los castores, por nuestros niños? (Boyd, 2020, p. 21)

El texto citado es un resumen de lo que significa el ambiente. Esta visión va más allá del sentido antroposupremacista que generalmente se

le imprime a la hora de conceptualizarlo o de definirlo. Como se observa no habla de recursos naturales, sino del mundo natural y la interrogante profunda y clave para este texto es ¿quién representa en el foro a quienes integran ese mundo natural? El grito de alarma no es solamente por derechos humanos y pueblos indígenas, sino por lo que pasa con ese mundo, aquel que se ha dejado tangencial y que se le voltea a ver cuando repercuten sus condiciones en la vida y salud del ser humano, que cuando nos encontramos en impactos de sequía o inundaciones que ocasionan daños al abasto de diversos alimentos entre animales no humanos y humanos hay conflicto, porque estos quieren cubrir las necesidades en lo colectivo -solo respecto de seres humanos- y no en lo integral, esto es, considerando también a los demás seres vivos y sus necesidades para la sobrevivencia.

Lo anterior es una especie de preámbulo para poder exponer, aunque concreta pero concisa, lo que significa entender al ambiente *per se*. No adecuado. Porque esto último se considera en función del ser humano, más allá de que sea sano o saludable para todos los seres vivos y agentes bióticos y abióticos. El papel que tienen los pueblos indígenas en la protección de la naturaleza ha permitido que el sistema jurídico internacional se modifique a lo largo del tiempo y se visibilicen a quienes integran dichos grupos sociales. En ese sentido es conveniente hablar sobre lo que implica

el ambiente, el derecho al ambiente y los derechos ambientales.

### **1.1. Ambiente**

El concepto mismo de “ambiente” o también llamado “medio ambiente” ha ido cambiando a lo largo del tiempo, ese cambio se suscita debido a los diversos resultados de las ciencias en el campo, pues tratan de que el mismo abarque lo más posible.

Al principio, se consideró que el medio ambiente estaba formado únicamente por el medio natural, desde ese punto de vista para calificar un medio ambiente determinado se tenían en cuenta las variables físico-químicas, temperatura, humedad, luminosidad calidad del aire, calidad del agua, etc., considerando también las concernientes al paisaje por su mayor o menor belleza.

En la actualidad, hemos dado un paso más y en este momento se considera medio ambiente a medio global, es decir a todo lo que rodea al [ser humano], añadiendo a lo anterior las relaciones sociales, la cultura, la economía, la política, etc. (Flor Pérez, 2006, p. XXIII)

El estudio del ambiente no puede ser de forma aislada de la presencia del ser humano,

porque incluso todos los elementos de aquel son utilizados como recursos para la sobrevivencia o supervivencia de las comunidades indígenas. Si se modifica el entorno, también se ven afectadas las actividades socio-culturales de estos grupos indígenas, lo cual trasciende incluso en su derecho de identidad. Es importante no soslayar que estos grupos de individuos no siempre tienen una relación con la naturaleza con propósitos económicos -es más, en la generalidad no lo tienen-, su vínculo con ella suele ser de identidad, protección, preservación y de integración con la misma.

Derivado de lo anterior, es importante mencionar en la siguiente cita

[E]l [ser humano] no solo transforma la naturaleza sino también a sí mismo debido a su necesidad de alimento, bienes y servicios. Aunque el punto de partida se origina de las necesidades biológicas [...] después viene la generación de otro tipo de necesidades que hace que este cambie su ideología y la del medio que lo rodea, en la humanización de las necesidades biológicas del [ser humano], que Marx expresó magistralmente con su famosa frase: 'el hambre es hambre, pero el hambre que se satisface con carne cocida, comida con cuchillo y tenedor, es un hambre muy distinta a la del que devora carne cruda con

ayuda de manos, uñas y dientes'.  
(López y Guerra, 2004, p. 33)

En fin, la figura del ambiente es un conjunto de elementos bióticos y abióticos, todos con funciones que permiten la existencia entre sí. La situación es que debe entenderse como integralidad -atender a cada elemento que lo conforma y su trascendencia en la existencia de vida- y no solamente como un concepto jurídico. Gran parte de ese entendimiento integral y ecosistémico es la que la cosmovisión indígena tiene.

## **1.2. Derecho al ambiente**

El derecho al ambiente sano/adeecuado o saludable<sup>2</sup> no solo se trata de proteger a los elementos naturales en conjunto y únicamente como unidad -la naturaleza-, sino a cada uno *per*

---

<sup>2</sup> Un medio ambiente adecuado, definido bajo el crisol antropocéntrico, se considera una condición previa para la realización de otros derechos humanos, lo cual implica que el medio ambiente debe ser propicio para la salud y bienestar -el objetivo principal es el goce de los derechos humanos y fundamentales de los seres humanos-. "El derecho a un medio ambiente adecuado y saludable", en *Red DESC*, [en línea], <<https://www.escri-net.org/es/derechos/medio-ambiente>>, [consulta: 15 de noviembre, 2023]. En relación con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; Mandato de los procedimientos especiales de la ONU sobre los derechos humanos y el medio ambiente en 2012; Resoluciones aprobadas por el consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente -A/HRC/RES/19/10 de marzo de 2012, A/HRC/RES/25/21 de marzo de 2014, A/HRC/RES/28/11 de marzo de 2015, A/HRC/RES/31/8 de marzo de 2016, A/HRC/RES/34/20 de marzo de 2017, A/HRC/RES/37/8 de marzo de 2018, A/HRC/RES/46/7 de marzo de 2021.

se para que sigan su función natural y aporte al ecosistema y a las comunidades originarias, considerando que la suma de todo es lo que la integra. Lo anterior incluye la protección a los animales no humanos -a quienes generalmente se les trata como anexos en la protección al ambiente-, no solo como especies cuya conservación debe realizarse a la luz de las generaciones humanas futuras, sino también como fines en sí mismos.

Un medio ambiente sano significa asegurar condiciones óptimas de la naturaleza, más allá de su relación con el ser humano y de la apreciación que éste haga sobre aquellos, reconociendo que su valor intrínseco deriva de que su proceso o los procesos que la integran continúan y siguen aparentemente en un sentido: reproducirlo vivo, seguir existiendo, en su esfuerzo constante de adaptarse para sobrevivir, incluso a la acción humana (CNDH, 2016, p. 6).

### **1.3. Derechos ambientales**

Los derechos ambientales son las expectativas positivas auxiliares en el ejercicio del derecho a un ambiente sano. Se trata de prerrogativas con los siguientes aspectos: por un lado, es el ejercicio de otros derechos en sí mismos, como el derecho a la educación; el derecho al acceso a la información; el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la participación ciudadana en asuntos de interés público, por lo tanto, los derechos ambientales implican una interdependencia entre la

materialización de los resultados consecuencia del ejercicio de los derechos mencionados. Por otro lado, son elementos del derecho a un ambiente sano, cuya realización será garantía para el ejercicio de este derecho. Como expectativas positivas en sí mismas se encuentran reguladas en normativa ambiental las cuales buscan su realización para cumplir con la obligación estatal -proteccionista de derechos-.

Los derechos ambientales no se agotan con la sola incorporación en los ordenamientos jurídicos, ya que únicamente adquieren sentido como garantías de las condiciones materiales para el desarrollo de la vida y el desenvolvimiento de la libertad (Canosa Usera, 2002, p. 127-129). Tal como se mencionó líneas arriba, deben existir los mecanismos necesarios y suficientes para el ejercicio de los mismos, dejando de tener solamente una función de garantía y poder ejercerse de forma independiente a otros derechos.

Los derechos de acceso a la información, la participación pública y la justicia en asuntos ambientales (derechos de acceso) surgieron del Principio 10 de la Declaración de Río. Asimismo, la protección también se encuentra en el precepto 1 del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y la Justicia en Asuntos Ambientales (Acuerdo de Escazú).

### 1.3.1. Educación ambiental:

En términos generales, la educación refiere que la adquisición, desarrollo, mejoramiento o afinación



de las facultades intelectuales y de los sentidos implica la enseñanza y la presencia de conocimientos los cuales se van adquiriendo por medio de diversas formas; la educación implica ciertos factores externos que influyen en la formación de la personalidad de los animales humanos a lo largo de sus vidas; las condiciones sociales del ser humano se determinan tanto por el núcleo familiar como por las interacciones sociales. (Venegas Alvarez y Ramírez Sánchez, 2019, pp. 19-20). La educación apoya en la capacidad reflexiva, analítica y desarrollo de las capacidades cognitivas. Aunado a que se percibe el entorno objetivamente.<sup>3</sup>

La educación ambiental como término fue acuñado en 1969 por William Stapp, quien propugnaba porque los Estados logren solucionar sus problemas ambientales al aportar alternativas benéficas. Cuestión que aún, después de tanto tiempo transcurrido, sigue siendo motivo de sendas investigaciones y propuestas, pues no se ha logrado.

La educación ambiental es la acción educativa permanente por la cual la comunidad [...] tiende a la toma de conciencia de una realidad global,

---

<sup>3</sup> Es importante considerar las limitaciones, dentro de la objetividad, que las diversas ramas de la ciencia tienen. Ya que es el mismo ser humano quien realiza los estudios y traduce lo encontrado en lenguaje para sus congéneres. Aunado a que falta mucho por estudiar e investigar para tener pleno conocimiento del entorno por parte de esta especie animal.

del tipo de relaciones que los [seres humanos] establecen entre sí y con la naturaleza, de los problemas derivados de dichas relaciones y sus causas profundas. (Mortera Gutiérrez, 1999, p. 63)

La educación ambiental,<sup>4</sup> además, implica coordinación con otras ramas del saber para poder tener la información actualizada sobre los diferentes temas y, en su caso, avanzar en los conocimientos adquiridos previamente, para mejorar las capacidades reflexivas, analíticas y de acción en cuanto a todo aquello que conlleva el entendimiento del ambiente, de los ecosistemas y de los individuos que se encuentran en estos, así como los elementos naturales. Con el propósito de realizar las acciones o modificaciones a las mismas

---

<sup>4</sup> Vid Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972, principio 19; Carta de Belgrado, en donde se mencionan metas, objetivos destinatarios, valores, actitudes y principios de la educación ambiental, apartado III punto 9, inciso b; en 1977 Tbilisi surgió el Informe sobre la Conferencia Intergubernamental sobre Educación Ambiental, destacándose lo siguiente: el medio ambiente como un todo, enfoque interdisciplinar, educación ambiental permanente y con enfoque global, fomentar el sentido de responsabilidad y solidaridad; Congreso Internacional sobre la Educación Ambiental y Formación Relativas al Medio Ambiente (PNUMA) de 1987 de donde derivó la Estrategia Internacional de Acción en Materia de Educación y Formación Ambientales para el Decenio de 1990; Declaración de Líderes de Universidad para un Futuro Sostenible, Talloires, Francia 1990; La Carta de la Tierra;; Manifiesto por la Vida; Cumbre de Río o Cumbre de la Tierra -Agenda 21-; 1992 Tratado sobre Educación Ambiental para Sociedades Sustentables y Responsabilidad Global; 1997 Conferencia Internacional Medio Ambiente y Sociedad: Educación y Sensibilización para la Sostenibilidad; Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2002 -Johannesburgo, Sudáfrica; 2002 Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible 2005-2014.

y poder actuar adecuadamente. Esto último se refiere a tomar en cuenta a todos los elementos y organismos y actuar de tal forma que no se les dañe o cause dolor y sufrimiento únicamente por intereses del ser humano.<sup>5</sup> Es así que los conceptos de solidaridad<sup>6</sup> y responsabilidad<sup>7</sup> forman parte de esta educación ambiental. (Castillo Osorio y Moreno Gaspar, 2018, p. 140)

Desafortunadamente, en el tema ambiental los esfuerzos de los distintos Estados realizados con el propósito de atender y tratar de revertir tales problemáticas simplemente han quedado en declaraciones retóricas y reflexiones poco desarrolladas teóricamente desde el punto de vista jurídico.

La educación ambiental implica el acceso a la información sobre los elementos naturales y vivos que las diversas ramas del saber tienen, tal como va avanzando el conocimiento, considerando que la educación y el aprendizaje se dan a lo largo de la vida, no únicamente en los primeros años de esta.

---

<sup>5</sup> Sobre todo, cuando se anteponen o se argumenta el libre desarrollo de la personalidad e intereses económicos, por mencionar algunos.

<sup>6</sup> Dejar tangencial la individualidad, proyectar interés y apoyo en quienes se encuentran alrededor –'quienes' incluye a los seres vivos que no son humanos, ya que los animales diversos también son un quien y no objetos-.

<sup>7</sup> La responsabilidad no solo se debe observar al crisol de la culpa o como castigo, sino como la asunción de consecuencias más allá de realizar u omitir alguna acción que ocasione o pueda ocasionar un daño o deterioro, sino de la misma coexistencia con los demás seres vivos y elementos naturales. Es decir, actuar o modificar acciones atendiendo a lo adecuado o conveniente para todos los elementos - incluyendo como elemento al animal humano- en su integralidad y como partes de un todo.

Lo cual generará un ejercicio individual y colectivo de escucha, análisis y reflexión sobre los diversos temas. Aunado a ello, parte de ese conocimiento y aporte es lo que las comunidades indígenas también suman a la educación, el aspecto empírico y tradicional, lo cual apoya a un pragmatismo. Cada integrante de la sociedad es importante, sin embargo la sinergia entre indígenas y naturaleza se ha soslayado en la inclusión de la formación en materia ambiental.

Lo anterior, implica que la educación no solo se trata de transmitir información, sino, derivada de la adquisición de la misma, provocar la reflexión, análisis y modificación, en su caso, de las conductas que hasta el momento se hayan llevado en contra de lo que las ramas de la ciencia han mostrado como parte de sus resultados y que suman a perfeccionar la forma de desarrollo y avance de los seres humanos, sobre todo respecto de aquellas conductas que tiene el género humano hacia los otros animales y los elementos naturales.

De lo anterior, se deduce que si no se informa sobre aquellos avances en la ciencia que sirven para mejorar la protección del ambiente y de los animales, entonces tampoco se está cumpliendo con el respeto del derecho a la educación, ya que esta debe ser completa e integral, no atendiendo únicamente a intereses de alguna índole fuera del ejercicio adecuado de ese derecho.

### 1.3.2. Información ambiental:

La información ambiental es cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato, relativa al medio ambiente y sus elementos, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el medio ambiente, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales.<sup>8</sup>

Atendiendo a lo anterior, las diversas personas que se encuentran en las diferentes ramas de la ciencia deben hacer del conocimiento y permitir la difusión de información respecto de lo que implica el ambiente (elementos naturales, seres vivos, organismos, flora, etc.) para que la formación reflexiva pueda cumplirse. Asimismo, cuando se trate de información respecto de seres vivos, sobre todo, cuando sume en el trato que se les da por parte del ser humano. Justamente, debido a que la información suma en la conformación del conocimiento y este permite la toma de decisiones adecuadas en los diversos aspectos de la vida, en el caso respecto de la protección jurídica ambiental y animal. Estas decisiones a tomar deben ir más allá de conservar actitudes disfrazadas o no de tradiciones o costumbres, incluso de lo económico. Pero, también implica la escucha y apertura a nuevas formas de vida, justamente esto es la relación que tiene la información en materia ambiental con la educación en el avance y

---

<sup>8</sup> Artículo 2 c, Acuerdo de Escazú.

desarrollo de la humanidad en un entorno adecuado.

La información en materia ambiental ha sido tema dentro de las disputas entre comunidades originarias y la construcción de diferentes proyectos en sus territorios, ya que suele considerarse que el aspecto económico en sí mismo les va a proporcionar mejores condiciones, sin considerar que en estas regiones la trascendencia de los elementos naturales va más allá del dinero. La información ambiental no solamente se refiere del exterior a estos territorios, sino también escuchar a quienes forman parte de ellos.

Además, la información significa contar con aquello que implica la modificación de los diferentes territorios de comunidades indígenas, lo económico, social, cultural y los servicios ambientales que se dejarán de percibir. Todo ello para que quienes integran esas zonas puedan participar adecuadamente y su decisión sea legítima.

### 1.3.3. Justicia ambiental:

El derecho de justicia ambiental implica, siempre conforme a las garantías del debido proceso, que todas las personas deberían poder acudir a instancias judiciales y administrativas, para reclamar cualquier acción u omisión, tanto de autoridades como de agentes privados, que represente una restricción a sus derechos de acceso; que afecte o

pueda afectar adversamente al ambiente o contravenir la legislación ambiental.<sup>9</sup>

En cuanto a las instituciones procesales relevantes para el acceso a la justicia en asuntos ambientales deben existir:<sup>10</sup>

- Legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente.
- La posibilidad de disponer medidas cautelares y provisionales para prevenir, hacer cesar, mitigar o recomponer daños al medio ambiente.
- Medidas para facilitar la producción de la prueba del daño ambiental, como la inversión de la carga de la prueba y la carga dinámica de la prueba.
- Mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas que correspondan.
- Mecanismos de reparación, tales como: la restitución, restauración, compensación o el pago de sanción económica, la satisfacción, garantías de no repetición, la atención a personas afectadas y los instrumentos financieros para apoyar la reparación.

---

<sup>9</sup> Artículo 8, Acuerdo de Escazú.

<sup>10</sup> En atención al Acuerdo de Escazú.

Las disposiciones en materia de acceso a la justicia se aplican esencialmente a todos los aspectos del Derecho Ambiental, los cuales se pueden englobar en lo siguiente:

- i. Denegaciones e inadecuado tratamiento por parte de las autoridades públicas de solicitudes de acceso a la información ambiental.
- ii. Decisiones, actos y omisiones de autoridades públicas relativas a autorizaciones, procedimientos de autorización y decisorios sobre actividades específicas.

Para estos dos aspectos (i y ii) se debe garantizar un procedimiento de revisión frente a un tribunal o bien ante un órgano *cuasi*-jurisdiccional establecido por Ley.

- iii. Cualquier otra clase de actos y omisiones de personas privadas y autoridades públicas que puedan contravenir el Derecho referido al medio ambiente. (Salazar Ortuño, 2019, p. 73)<sup>11</sup>

Para este tercer punto se debe asegurar el acceso a la justicia, bien mediante procedimientos administrativos, judiciales -entendiéndose estos

---

<sup>11</sup> En relación con lo señalado en el convenio sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convenio Aarhus), precepto 9. Aunado a lo que se establece en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los numerales 1, 2 y 26, respecto de la progresividad y respeto a los derechos.



Últimos como procesos ante órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales-.

La justicia ambiental implica el acceso a la información, de petición y de respuesta a la misma, seguridad jurídica y certeza jurídica, así como las obligaciones de los Estados (internacionalmente hablando) de respetar, promover, proteger y garantizar, todo ello enfocado en la materia ambiental, particularizando los elementos naturales y seres vivos que forman parte del ecosistema.

En la actualidad, el amparo se presenta como una acción para establecer puente entre la tutela efectiva de los derechos humanos y la aplicación que los operadores judiciales deben realizar. (Iglesias, 2019, p. 159) Trascienden las herramientas para la protección del derecho a la justicia cuando se trata de grupos que han sido vulnerados a lo largo de los tiempos, sobre todo en aquellos países en que se tienen varias comunidades indígenas, pues su riqueza cultural e identitaria debe ser preservada y, cuando sea necesario, restaurada.

Pero, como se mencionó anteriormente, la protección a seres vivos en sí mismos también es importante dentro de la defensa y ejercicio del derecho al ambiente sano, pues, la protección de los animales y, en dado el caso, sus derechos, su protección ayuda en el mantenimiento de los ecosistemas y ello se refleja en la salud ambiental que trasciende a la animal humana. Pues, dada la cosmovisión de los pueblos indígenas, no solamente

ven por la protección de la flora, sino del conjunto de elementos que se encuentran en los hábitats naturales. Ello, como se leerá en líneas siguientes, no significa que no puedan modificar algunas prácticas en costumbres para mejorar como grupos y mantener equilibrio ecosistémico, sin perder su identidad. Por todo ello es importante contar con las garantías para la protección de sus derechos ambientales.

En México lo reciente sobre protección al derecho al ambiente sano se refleja en el Amparo en Revisión 307/2016 resuelto por la Primera Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, en sentencia emitida en el año 2018, señala que el derecho al ambiente sano es un derecho autónomo, lo cual ha generado una evolución hacia el reconocimiento de la naturaleza como un valor tutelable en sí mismo, por lo tanto, el carácter autónomo del derecho humano al medio ambiente y su interdependencia con otros derechos conlleva una serie de obligaciones ambientales para los Estados.<sup>12</sup>

En ese sentido, de alguna forma se ha avanzado en la protección de la naturaleza, a través de mecanismos en donde se pide la

---

<sup>12</sup> *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017, párr. 55. En relación con lo señalado en Corte IDH. Caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400, § 203.

protección de diversos derechos, pero en este caso específicamente sí se refiere al del medio ambiente sano. En donde de manera indirecta se señala la necesidad de protección a otros organismos para poder cumplir con la protección del ambiente.

#### 1.3.4. Participación ciudadana en la toma de decisiones ambientales:

La participación ciudadana enfocado en las comunidades indígenas en la elaboración de diversas herramientas para conservar el orden público y paz social, en su caso para recuperarlos, tiene trascendencia tal que puede parecer obvio. Sin embargo, es imprescindible mencionarlo, sobre todo cuando se trata de proteger al ambiente, al ser este parte del entorno en el que se desarrolla también la especie animal y que se relaciona con el ejercicio de otros derechos, como el de la salud e incluso la vida. La participación ciudadana de quienes se encuentran en territorios originarios, con la información completa sobre los asuntos ambientales, ha permitido mejorar la protección de los territorios y su naturaleza. Tal como se lee a lo largo del presente texto en cuanto a, por ejemplo, los casos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto en el tema ambiental, pues la mayoría se trata de comunidades indígenas.

La materia ambiental fue la primera en la que se estableció una denuncia ciudadana, sin importar su legitimación a la causa o al proceso, simplemente porque le consta una conducta nociva al ambiente; derivado de que el interés

jurídico<sup>13</sup> deja de ser el único que trasciende en el ejercicio de diversos derechos y, por lo tanto, la legitimidad toma un cauce distinto a lo que generalmente se señala en los diversos ordenamientos y áreas del Derecho. Pues en materia ambiental el interés legítimo es una garantía que apoya en la materialización del ejercicio del derecho al ambiente sano, por la participación ciudadana.

El derecho de participación pública en asuntos ambientales requiere que las autoridades estatales promuevan una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional. (Juárez Mendoza y Rabasa Salinas, 2022, pp. 101-114). La participación de las comunidades indígenas es parte de esa inclusión, recordando que no se trata de canonjías, sino de respeto de sus derechos y materialización de los mismos.

En relación a lo anterior, un paso importante que ha tenido México es que en el interés legítimo la idea de obligación prevalece sobre la de derecho, ya que se está ante responsabilidades

---

<sup>13</sup> “La legitimación procesal para presentar demanda sobre asuntos ambientales permite hacerlo por daño ambiental a cualquier clase de recursos, sean estos de propiedad de los particulares o cuando pertenezcan al dominio público del Estado. En consecuencia, no se hace distinción entre bienes de la propiedad privada o del dominio del Estado de las acciones judiciales ejercidas para sancionar daños al ambiente y los recursos naturales”. (Pérez, 2002, p. 111)

colectivas más que prerrogativas individuales; no implica la generalización de una acción popular, sino garantizar el acceso a la justicia ante lesiones e intereses jurídicamente relevantes y protegidos; quien alega este tipo de interés se encuentra en una situación jurídica identificable, surgida de una relación específica con el objeto de protección que alega, ya sea de carácter particular o derivado de una regulación sectorial o grupal que le permite hacer valer una afectación a su esfera jurídica a partir de un agravio diferenciado al resto de demás integrantes de la sociedad; se trata de la especial situación que guarda la persona o comunidad con el ecosistema que estima vulnerado, particularmente, con sus servicios ambientales. Ejemplo en la sentencia del amparo en revisión, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, señaló que el reconocimiento del interés legítimo en materia ambiental garantiza el acceso a la justicia ante lesiones a intereses jurídicamente relevantes y protegidos. Legítimo porque deriva de la especial situación que guarda la persona o comunidad con el ecosistema que se estima vulnerado, particularmente con los servicios ambientales. Esto ha sido de especial trascendencia porque nuestro sistema jurídico está en un proceso de lentitud extrema en el tema ambiental. Constitucionalmente no estamos a nivel de Ecuador ni Bolivia en donde se ha señalado y reconocido a ese nivel la Pachamama como sujeto de derechos o con protección jurídica en sí misma.

Como se observó en líneas anteriores, la participación ciudadana tiene herramientas para actuar en favor de la defensa del ambiente. Es más, la participación ciudadana es visible en las diversas mesas de trabajo que se realizan en órganos legislativos cuando se pretende la reforma a cuerpos normativos o la emisión de nuevos. Pero, además, dicha participación se debe hacer presente y permitir cuando se están conformando, redactando y realizando las reformas, no solamente en el momento de analizar lo que el órgano legislador ya redactó como posible reforma o nueva normativa. Es claro que, además de promover dicha participación, esta debe ser informada para que sea eficaz y eficiente.

El efectivo ejercicio de las prerrogativas ambientales hace posible el derecho al ambiente sano. Ello, por supuesto, tiene relación directa con los pueblos originarios y/o indígenas y la protección que hacen de los ecosistemas. Pues la relación que tienen con la naturaleza ha permitido la preservación de diversos ecosistemas. Asimismo, el Acuerdo de Escazú sirve sobremanera para proteger los territorios de estas comunidades originarias.

## **2. Pueblos indígenas y su trascendencia en la protección al ambiente**

Como se leyó líneas arriba el derecho al ambiente es una cuestión general, de interés colectivo, el cual permite incluso el efectivo ejercicio de otros derechos. En este apartado es importante

establecer lo relativo al actuar que tienen los pueblos indígenas en la protección del ambiente y cómo impactan en la conservación del mismo. Más allá de lo jurídico, llega un momento en que se trata de su modo de vida y la manera en que pueden desarrollarse y autodeterminarse, por las mismas condiciones ambientales.

## **2.1. Libre autodeterminación de los pueblos indígenas**

La libre autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas implica la elección de sus autoridades y administrar en los asuntos propios, incluyendo el acceso a los elementos naturales, así como la demarcación del propio territorio y las relaciones con las instituciones estatales, implica también presionar y negociar con el Estado mismo. (Aparicio Wilhelmi, 2009, pp. 15-16)

Estas figuras jurídicas son definitivamente un punto de partida dentro de las comunidades indígenas, pues se reconoce la capacidad de existencia, pero también de colaboración del mismo ente estatal en el mantenimiento de su diversidad cultural. Asimismo, se trata de una oportunidad que se tiene para conservar los elementos naturales.

## **2.2. Papel de los pueblos indígenas en la protección ambiental**

El papel de los pueblos indígenas en diversos temas que un país tiene por atender es importante, porque como se sabe no todas las funciones y

actividades que se necesitan lo puede llevar a cabo el Estado por sí mismo. El tema ambiental es uno de aquellos que requiere la participación comunitaria y societal, además de la gubernamental.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se mencionó en temas anteriores, ha establecido el derecho de los pueblos indígenas de participar en asuntos relativos a los elementos naturales y su administración. Así como la interdependencia entre el ambiente y los derechos humanos.

La mayoría de las sentencias de la Corte Interamericana que hablan sobre medio ambiente están vinculadas a comunidades indígenas.<sup>14</sup> El deber que tienen los Estados de que sus programas y políticas medioambientales deben respetar el modo de vida, incluyendo la cultural, de los grupos indígenas.

Una parte que es trascendental a destacar es que las comunidades originarias y su autodeterminación y libertad en varios temas apoya en la conservación ambiental, por todas las prácticas que realizan, generalmente, en consonancia con el ciclo natural de los elementos que conforman los ecosistemas. Sin embargo, también es cierto que en ocasiones tienen algunas prácticas que, si bien reflejan un hábito a través de

---

<sup>14</sup> Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina.



los años y de los tiempos, es verdad que están fuera de toda actualidad -tanto reflexiva como científica per se-. Un ejemplo de ello son aquellas festividades en las que se utilizan seres vivos y que son sometidos a tratos crueles.

Al respecto de lo anterior, cabe mencionar un evento en México llamado *kots kaal pato*. Festividad que celebra el pueblo de Citilcum, Izamal, en el Estado de Yucatán, sin origen determinado. Esta festividad -el nombre en sí significa arrancarle la cabeza al pato. Se construye una especie de portería y se coloca en el centro de la comunidad maya, en el medio de dicha estructura se ponía<sup>15</sup> un pato vivo, amarrado de sus patas y con su cabeza hacia abajo. La cuestión de esta actividad consistía en que los hombres se formaran para ir pasando y halar la cabeza del animal no humano, ganaba quien arrancara su cabeza. Si lograba escapar el animal se lanzaba entre la multitud y se le daba muerte a pisotones.

Es importante señalar que solo participaban hombres en las actividades realizadas en ese evento. No niños, tampoco mujeres.

Otra situación que se organizaba era construir piñatas con forma de animales y rellenarlas con animales vivos. Estas piñatas también eran destruidas a palos por los participantes.

---

<sup>15</sup> Más adelante señalaré porque redacto en copretérito. Es parte de lo que conforman las conclusiones del presente texto.

El ejemplo que refiero sobre aquello que se realizaba en la comunidad hasta hace algunos años, aproximadamente hasta 2016, con animales vivos.

Esto lo traigo a colación debido a que el avance social, tanto científico como ético y moral, ha ido cambiando y revolucionando en la manera en que tratamos a los demás seres vivos, ello al tener conocimiento de las capacidades de sintiencia que tienen. Y la labor que han realizado organizaciones de la sociedad civil para llevar dicha información a esas comunidades.

Retomando el ejemplo, es viable analizar la importancia de los pueblos originarios y el ejercicio de los derechos ambientales:

Por un lado, el derecho de acceso a la información y educación ambientales. Parte de la labor que las diversas organizaciones civiles han realizado es explicar la trascendencia de conservar y proteger a los elementos que conforman el ambiente, más allá del agua y flora, sino también los seres vivos, ya que cumplen funciones particulares que ayudan en la cadena ecológica. Al tener un adecuado funcionamiento, porque se tienen todas las partes del sistema ambiental, entonces integrantes de los pueblos indígenas pueden llevar su vida de forma adecuada -ya sea por su salud, la misma vida, o sus aspectos culturales. Ello permite la sobrevivencia de las mismas en el tiempo y no solamente por lapso corto.

Con lo anterior, respecto de la educación ambiental se aportó:

- Profundo conocimiento de los problemas mundiales y de valores universales. La misma relación que la comunidad indígena tiene con el entorno natural, ayudó en que se modificara la manera de llevar a cabo el festejo.
- Competencias no cognoscitivas, que comprenden aptitudes sociales como la empatía y la solución de conflictos, competencias de comunicación y aptitudes para el trabajo en red y la interacción con personas con diferentes historias, orígenes, culturas y perspectivas. Las comunidades indígenas y su cosmovisión sobre el ambiente aporta en la conservación y preservación del mismo, porque comprenden que para poder ejercitar su derecho a la cultura y a la identidad deben mantener en adecuadas condiciones los elementos naturales y los ecosistemas.
- Capacidades de comportamiento para actuar en forma colaborativa y responsable para encontrar soluciones globales a los problemas mundiales y esforzarse por lograr el bien colectivo. (UNESCO, 2016, p. 18). La preservación ambiental es un interés mundial, desde las comunidades indígenas se actúa local.

- Entender que la globalización no solo se refiere al espectro económico, sino también al avance científico y cómo este puede ser elemento determinante en la modificación de diversas acciones y concepciones sobre la vida.

Lo cual trascendió en la manera en que modificaron el evento de Kots Kaal Pato. Porque tienen alternativa de la forma en que llevan a cabo su festejo y, por otra parte, no se utilizan más animales vivos, evitando con ello la crueldad animal, manteniendo sus tradiciones. Lo cual refleja que la educación es una guía de vida. Por parte de la comunidad indígena muestra a la sociedad en general que se pueden seguir realizando actividades cuidando el ecosistema.

La información no solamente radica en la manera que pueden utilizar los elementos naturales y obtener la satisfacción de sus necesidades, sin importar las características de dichos elementos, sino también es el hecho de hacerles saber el impacto que tiene aquello que realizan en el mismo ecosistema -tanto animales humanos como no humanos-, y la difusión del avance científico en los temas ambientales y animales. Para que las comunidades puedan autolimitarse y decidir sobre sus costumbres. No se necesita desaparecer formas de vida, sino mejorar la manera en que se desenvuelve.

La participación ciudadana se refleja en el momento en que las mismas comunidades son

quienes toman acción sobre sus formas de sobre y supervivencia. Dicha toma de acción es con base en la información que tienen. Es decir, se trata de elecciones informadas y no solamente basadas en el argumento de la tradición y costumbre, acompañada de los hábitos y repeticiones no reflexionadas.

Es así que la situación de la información y decisión dentro de las comunidades indígenas tiene trascendencia en la autodeterminación de las mismas. Además, eso apoya en el avance mismo de la comunidad y permite dejar de mantenerlas en un estado natural, fuera de cualquier atisbo de civilización. El poder más grande que se puede otorgar a alguien es el conocimiento. Es importante mencionar que no estoy proponiendo la desaparición y que realizo un adjetivo despectivo hacia integrantes de esas comunidades, sino estoy resaltando que tienen avidez de educación y atención prioritaria para coadyuvar en su desarrollo y satisfacción de las necesidades que tienen. Porque, resalto también, el llevar a cabo ciertas costumbres no da de comer ni tampoco disminuye la brecha económica en la que se encuentran y que, por lo tanto, no pueden enfrentar esas necesidades.

Sin desviarme del ejemplo que estoy tomando para explicar la relación entre las comunidades indígenas y el medio ambiente. Es importante mencionar al respecto del párrafo anterior que incluso cuando se quiere construir alguna industria o fábrica en sus terrenos -terrenos

de los pueblos indígenas- en el mejor de los casos con el propósito de llevar fuentes de trabajo y mejores condiciones económicas. No siempre ocurre así. Pues los elementos naturales se ven afectados y, consecuentemente, el *modus vivendi* también. Debido a que los mismos servicios ambientales se modifican y en muchos escenarios desaparecen algunos, lo cual trasciende a la salud y la vida de los integrantes de dichas comunidades. Es así que cuando se pretende materializar un proyecto, debe darse toda la información a esas personas para que tengan todos los escenarios y no solamente el económico, que a veces es el argumento toral. Para que puedan participar adecuadamente.<sup>16</sup>

Continuando con el ejemplo de la región de Izamal, la razón de expresarme en copretérito es que en la actualidad ya no se realiza con animales vivos. Se siguen realizando eventos en atención a las diversas festividades en favor de agricultores, pero con figuras hechas por quienes habitan esa parte del Estado yucateco. No se rellenan las piñatas de animales vivos. Se organizan diversos juegos y concursos. Además, si recuerda quien lee

---

<sup>16</sup> En México, por ejemplo, se han parado la construcción de diversos proyectos en comunidades originarias debido a la afectación que se tiene a los elementos naturales y los servicios ambientales que se obstaculizaron debido a tal deterioro. Ello se logró al informar a la comunidad sobre su derecho de acceso a la información y participación ciudadana que nunca les fue respetada. Pues, el mismo grupo social entiende el daño ambiental y la importancia que tiene sobre el ejercicio de otros derechos.

el presente, la participación ya incluye a mujeres y menores, aunado a hombres que de por sí participaban. Ni siquiera los bailes se realizan con el pato vivo, sino con figuras alusivas al mismo construidas por los indígenas.

Todo lo anterior fue posible debido al acceso a la información que tuvieron, a la educación y al diálogo entre organizaciones en favor de la conservación ambiental y animal con quienes integran las comunidades originarias.

En tan pocas palabras, pero con el firme propósito de proyectar la importancia de las comunidades indígenas en el cuidado, conservación y preservación del ambiente, se puede analizar que los derechos ambientales no solo sirven para que el derecho al ambiente sano parezca una estructura rimbombante, sino sea materializado por quienes integramos la sociedad en general, visto desde un lugar de integración y no de supremacía. Aceptando que se trata de elementos naturales y no solamente del adjetivo de recursos naturales para el ser humano dejando de lado a los demás seres vivos.

## **Conclusión**

El derecho al ambiente sano no es una canonjía que quienes no formamos parte de las comunidades indígenas -aunque tengamos descendencia tal, pero que no estamos dentro de esas regiones- damos a las mismas. Se trata del respeto que se debe tener a los derechos en general, porque ya los tienen. Los derechos

ambientales, entonces, son una herramienta importante para que el ecosistema siga su curso natural y no solo a reserva de lo que quiere el ser humano. Por ello, las comunidades indígenas tienen una función de vital realización, por su contacto directo con el mismo y la relación que tienen entre sí.

La información, educación y participación ciudadana son como primera instancia lo que debe reflejar esa inclusión de las mismas comunidades en los planes estatales. En el caso necesario, la justicia ambiental también tiene trascendencia para que los derechos transgredidos de esas comunidades sean restablecidos.

No son una parte ajena a las ciudades, son parte de la humanidad. No se trata de recursos naturales, sino elementos que debemos mantener sanos para conservar los ecosistemas. No es solamente ideas de economía a diestra y siniestra, es cuestión de sobrevivencia. Tampoco el ser humano es dueño de todo lo natural, es parte de una integralidad -implica integración no dominación-.

## **Referencias Bibliográficas**

Aparicio Wilhelmi, M. (2009). La libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas: El caso de México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 42(124), enero-abril.



Boyd, D. (2020). *Los derechos de la naturaleza: Una revolución legal que podría salvar el mundo* (S. Vallejo Galárraga, Trad.). Colombia: Fundación Heinrich Böll.

Canosa Usera, R. (2002). Protección constitucional de derechos subjetivos ambientales. En M. Carbonell (Coord.), *Derechos fundamentales y Estado: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Castillo Osorio, G., & Moreno Gaspar, M. (2018). El papel de la educación ambiental ante el desarrollo sustentable. En A. Islas Colín (Coord.), *Derechos humanos y globalización* (pp. xx-xx). México: Flores.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2016). *Educación para la ciudadanía mundial: Preparar a los educandos para los retos del siglo XXI*. Francia.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2016). *El derecho humano al medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar* (Reimp.). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Flor Pérez, J. (2006). *Hablemos del medio ambiente: Para conocer cómo funciona nuestro entorno y poder actuar*. Madrid: Pearson Educación.

Iglesias, M. (2019). Rigor formal versus la eficacia del tiempo y del Derecho. En Defensoría General de la Nación, *Los desafíos del litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires: Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa.

Juárez Mendoza, C., & Rabasa Salinas, A. (2022). *Manual sobre adjudicación de derechos fundamentales y medio ambiente*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

López, T., & Guerra, A. (2004). *El amor en tiempos de la contaminación*. México: Fondo de Cultura Económica, Secretaría de Educación Pública, CONACYT.

Pérez, E. (2002). *Derecho ambiental*. Colombia: McGraw-Hill Interamericana.

Salazar Ortuño, E. (2019). *El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus: Justicia ambiental de la transición ecológica*. España: Thomson Reuters.

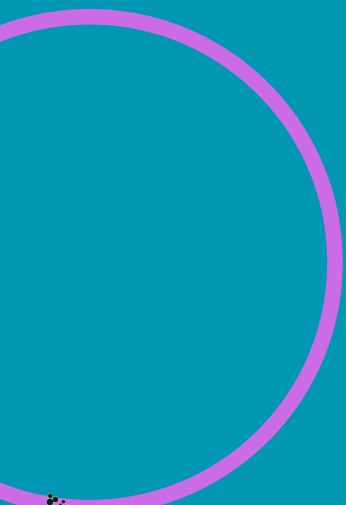
Venegas Álvarez, S., & Ramírez Sánchez, A. (2020). Educación y su relación con otros conceptos en el trato respecto de los animales no humanos. En S. Venegas Álvarez & V. M. Garay Garzón (Coords.), *Protección jurídica de los animales no humanos*. México: DOXA.



Este libro recoge principalmente las ponencias que se realizaron en el II 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 en noviembre de 2023, así como en otras actividades del grupo de Investigación de Derecho Indígena.

Analizar el papel político y jurídico de los pueblos indígenas en América es un tema de gran importancia, ya que en los últimos años ha habido un notable incremento en su visibilidad en el espacio público. Sin embargo, los resultados en cuanto a su influencia y la creación de normativas que hagan efectivas sus demandas no han sido los esperados. Este libro recoge especialmente trabajos sobre pluralismo jurídico y derechos indígenas.

Katherine Becerra Valdivia es abogada y doctora en Ciencia Política. Actualmente se desempeña como vicedecana y profesora asociada en la Universidad Central de Chile, Región de Coquimbo



**REDALC**

RED de Derecho América  
Latina y el Caribe